

CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO DE FAMÍLIA E SUA INFLUÊNCIA PARA CRIAÇÃO DOS CÓDIGOS CIVIS BRASILEIROS

Heloíza Gomes de Lima¹

Gabriella Simonetti²

RESUMO

Este trabalho aborda o conservadorismo patente à época da elaboração do Código Civil de 1916 e também do Código Civil de 2002, os quais se revelaram cercados pela cultura oitocentista, vista pelos olhos de hoje como antiquada. Discutem-se, também, os avanços da sociedade em concomitância com as leis no que tange o Direito de Família, porque foi este o expoente do conservadorismo social e jurídico da época e também por ser o mais alterado durante todo esse tempo. Por fim, trabalha-se a tamanha influência que exerce a sociedade sobre a elaboração das leis, adequando-as às exigências sociais para que o direito não se torne inócuo, ineficaz. Para atender o propósito deste artigo, foram feitas pesquisas bibliográficas utilizando o método dialético e procedimento dissertativo –argumentativo.

Palavras-chaves: Direito de Família. Conservadorismo social. Lei e sociedade

ABSTRACT

This paper addresses the conservatism patent at the time of drafting the 1916 Civil Code and also the Civil Code of 2002, which proved to be surrounded by nineteenth-century culture through the eyes of today as antiquated. It also discusses the society advances in tandem with the laws regarding family law, because this was the exponent of social and legal conservatism of the time and also because it changed the most during that time. Finally, works to such influence that society exerts on the formulation of laws, adapting them to the social demands that the right does not become harmless, ineffective. To meet the purpose of this article, literature searches were made using the dialectical method and procedure dissertative-argumentative.

Keywords: Family Law. Social conservatism. Law and society.

1 Acadêmica do curso de direito da FARN. E-mail: heloizagomes15@hotmail.com

2 Professora do curso de graduação em Direito da FARN.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe uma análise de como o contexto social e histórico, à época da criação dos Códigos Civis Brasileiros, foi tão influente para o processo de elaboração destes.

Objetiva-se proporcionar uma visão geral das novas e relevantes questões do Direito de Família, em vista das mutações socio-econômicas do mundo contemporâneo. Analisa-se, também, a necessidade da evolução legislativa e a existência de novas leis, necessidade presente principalmente no Direito de Família, tendo em vista que ele contém, ainda, fortes características conservadoras existentes à época de sua elaboração.

O Direito de Família é o destaque principal neste artigo porque foi ele o expoente do conservadorismo social e jurídico e também por ser o mais alterado durante todo esse tempo. Diversos artigos dessa parte seriam inaplicáveis atualmente. Não se pode falar, hoje em dia, em ilegitimidade de um filho, em adultério como um crime, em poder pátrio, em submissão da mulher ao marido.

Por fim, enxerga-se a necessidade de atualizar o texto da legislação Civil que aborda o Direito de família, para que deixe de ser apenas conjunto de normas sem eficácia, passando a ser aplicada de forma efetiva no nosso ordenamento jurídico com as concepções atuais e respeito às figuras dos seus componentes humanos.

Para dar continuidade ao escopo precípua do trabalho, deve-se ressaltar, primeiramente, que o direito deve adequar-se, inevitavelmente à realidade sensível na sociedade. Não sendo assim, a lei não tem eficácia, entra em desuetude. Esse conceito é primordial para compreender por que o contexto histórico e social vigente à época de uma elaboração de um corpo de leis é tão influente.

2 O CÓDIGO E A SOCIEDADE

Sem visar a prolongar-se na questão da origem, função, meios e outras características atinentes ao Direito (que suscita, a propósito, discussões infundáveis e

insolúveis), deve-se, introdutoriamente, remeter à adequação dessa ciência à sociedade, inclusive tendo isso como objeto de estudo da Sociologia.

O Direito, como afirma a maioria dos doutrinadores, surge como consequência inevitável do modo de vida gregário humano. Do surgimento da sociedade, resultam conflitos, que serão abrandados ou, até mesmo, resolvidos pela prescrição jurídica. Como afirma Maria Helena Diniz (DINIZ, 2002, p. 19):

Somente as normas de direito podem assegurar as condições de equilíbrio imanentes à própria coexistência dos seres humanos (...). Dito isso, percebe-se que o Direito deve estar em conformação, adaptado às realidades sociais, para que possa resolver seus litígios. Essa conclusão será imprescindível para a análise sobre o Direito de Família que será feita no presente estudo

Proceder-se-á, após exposta a necessidade de correlação entre as leis e a ordem social, ao exame mais minucioso do Direito de Família nos códigos civis brasileiros de que é o escopo deste trabalho. Apresentar-se-ão, anteriormente, uma abordagem histórica da criação do primeiro Código Civil e algumas características marcantes da sociedade da época.

2.1 Criação do primeiro Código Civil Brasileiro

A necessidade de um código civil brasileiro remonta ainda à época pouco posterior à independência brasileira, em 1822. Isso porque, mesmo após essa conquista, uma lei (datada de 20 de outubro de 1823) determinava a manutenção da vigência das ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções dos reis de Portugal. Houve, dessa forma, um retrocesso jurídico, visto que se impunha o ordenamento português (que já era atrasado, conservador e em desacordo com as necessidades sociais para os portugueses) ao Brasil, que, obviamente, era totalmente diverso de sua ex-metrópole.

Esse atraso jurídico brasileiro logo após a independência desperta nos juristas do país a necessidade de uma codificação que atendesse aos avanços e às especificidades da sociedade brasileira. Liderando esse grupo, destacou-se o advogado Francisco Inácio de Carvalho neto, o qual acusou, em 1845, o direito civil da época de legislação “esparça, desordenada e numerosíssima”.

Dessa primeira provocação, inicia-se uma verdadeira viagem para a codificação do direito civil. O ponto de partida fica a cargo de Teixeira de Freitas, convidado por José Tomás Nabuco, Ministro da Justiça, em 1855, para a referida tarefa. Freitas é lembrado por sua Consolidação das Leis Civis, destinada a promover o conhecimento das leis civis, já que estas se encontravam dispersas no ordenamento brasileiro.

Ocorre, contudo, posteriormente, uma rescisão de Teixeira, e a tarefa da codificação civil passa a Nabuco de Araújo. Araújo trabalhou na elaboração, porém faleceu, deixando mais de cem artigos prontos. Houve, ainda, o trabalho de Felício dos Santos, que, entretanto, também não vingou.

Após a proclamação da República, foi encarregado Coelho Rodrigues, cujo projeto não foi, todavia, aceito. Após tantas desaprovações aos trabalhos elaborados pelos citados juristas, o Ministro da Justiça Epiácio Pessoa, em 1889, convida Clóvis Beviláquia para a elaboração do código civil. O projeto de Beviláquia apresentou alguns avanços (como a igualdade jurídica dos cônjuges); alguns deles não foram aceitos pela comissão revisadora, dado, como se verá a seguir, o conservadorismo da sociedade à época. Em 1915 a Câmara dos Deputados aprovou a redação final, e o projeto foi sancionado como a lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Estava criado o primeiro Código Civil Brasileiro.

O código possuía uma parte geral e uma especial. A primeira era dividida em três livros, referentes aos bens, às pessoas e aos fatos jurídicos; a segunda dividia-se em direito de família, direito das coisas, direito das obrigações e direito das sucessões. Destacava-se, ainda, pela técnica jurídica, linguagem escura, obra concisa, clara e precisa.

2.2 Análise da sociedade (séc. XIX)

Chega-se, agora, ao momento mais importante para o presente trabalho. Será feita uma análise da sociedade que influenciou a elaboração do primeiro código civil do Brasil, objeto deste estudo. Claro que os costumes e usos do século XIX foram marcantes para essa elaboração, visto que ela se estendeu desde o ano de 1845. Suas raízes sociológicas remontam a esse século, espelhando uma cultura distanciada das necessidades e sentimentos da população.

A sociedade do século XIX era baseada em princípios cristãos, e, por conseguinte, conservadores, que atingiam, por excelência, a mulher. Como relata Louisa Garret Anderson, que viveu na referida época (AUSTEN, 1813, p. 55):

Permanecer solteira era considerado uma desgraça e aos trinta anos uma mulher que não casasse era chamada de velha solteirona. Depois que seus pais morriam, o que elas poderiam fazer, para onde poderiam ir? Se tivessem um irmão, poderiam viver em sua casa, como hóspedes permanentes e indesejados. Algumas tinham que se manter e, então, as dificuldades apareciam.

Não é de espantar-se, entretanto, que assim fosse a situação social da época. Na verdade, essa análise é feita comparando-se com a sociedade atual, cujos valores são totalmente diversos, o que pode levar à percepção às vezes até equivocada daquela época. Os valores religiosos, precipuamente cristãos, estavam marcantes de tal forma que o matrimônio era previsto no código como indissolúvel; o grande poder concedido ao homem pelo código também é reflexo desses valores.

Esse processo de adequação das normas aos costumes sociais e culturais da época de formação do código é, contudo, natural. Percebe-se isso hoje também: o casamento deixou de ser indissolúvel; o adultério não é mais crime. A primeira parte deste trabalho buscou demonstrar exatamente essa necessidade de adequação. O direito, quando não adequado socialmente, entra em desuetude. Afirma Paulo Nader ((NADER, 2008, p. 18-19):

Por definição, o direito deve ser uma expressão da vontade social e, assim, a legislação deve apenas assimilar os valores positivos que a sociedade estima e vive.

Vale ressaltar, ademais, o espírito colonialista que ainda permeava a época. Alguns aspectos provam isso:

2.2.1 Economia

A economia era essencialmente rural, baseada, ainda, na produção primária agrícola. Agravante era que o Brasil fosse explorado economicamente, como se permanecesse colônia, pelos países imperialistas europeus, como a Inglaterra. O país

exportava matéria-prima a preços reduzidíssimos e importava produtos industrializados a vultosos preços. Os grandes fazendeiros situavam-se no topo da hierarquia social, os comerciantes, logo abaixo. Havia, já, contudo, uma classe média, insatisfeita com as oligarquias políticas e com as elites, que tentava chegar aos cargos públicos, com idéias liberalistas e progressistas.

Por isso que se pode dizer que o Código Civil, embora representasse também a visão elitista da época, é uma mistura de interesses da classe média e dos grandes fazendeiros, estes conservadores ferrenhos e formadores de oligarquias.

2.2.2 Política

Dominada pelas oligarquias formadas por grandes fazendeiros e comerciantes, a política da época não abria muito espaço para as outras classes. A classe média, como já se disse, encontrava-se insatisfeita com o conservadorismo político e principalmente seu elitismo, e tentava ocupar-se dos cargos públicos, por meio dos quais pretendia chegar a um avanço liberalista. Como afirmou Felipe Camilo Dall’Alba (GOMES, op. cit. p. 27-28):

Outrossim, no plano político, insta ressaltar que os cargos ocupados pela ‘elite intelectual urbana da classe média’ eram apoiados por grandes fazendeiros, os quais, por meio de uma política clientelista praticamente nomeavam os legisladores e governadores, em farsas eleitorais.

Feita a análise da sociedade, procede-se, agora, ao estudo das leis constantes do código que comprovam o exposto acima.

3 ANÁLISE DO DIREITO DE FAMÍLIA NOS CÓDIGOS CIVIS BRASILEIROS

A família talvez seja o tema jurídico mais exemplificativo para analisar um Código Civil. Isso porque vêm à tona, neste contexto, aspectos que até a atualidade são motivadores de conflitos, como o concubinato, a igualdade entre homem e mulher, a (des)igualdade entre os filhos havidos dentro ou fora do matrimônio, o poder pátrio etc.

3.2 Do casamento

O código de Beviláquia mostrava diversos capítulos tratando do matrimônio, assim como o atual Código Civil, porém sendo mais minucioso. O rol de impedimentos para casar era, por exemplo, bastante extenso, além de mais conservador.

A primeira prova do conservadorismo era o artigo 183 (impedimentos). Uma primeira vista sobre o artigo, comparando-se ao capítulo do código atual que trata também de impedimentos, leva a supor que a família “ilegítima” submetia-se a diversas restrições, podendo-se até dizer que se situava à margem do código. Contudo, como afirma Silvio Rodrigues (RODRIGUES, 1993, p. 9):

O Código não dá maior relevo à família ilegítima. O concubinato, que via de regra a gera, só indiretamente é por ele mencionado, sendo pequenas as consequências que o legislador de 1916 atribuiu à união fora do matrimônio.

Apesar do que fora dito por magnânimo doutrinador, observam-se casos bastante expressos de vedação ao adultério. O inciso VII do artigo 183 prescreve que não pode casar: o cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado. Ademais, traz: os afins em linha reta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo. Expressões como “adúltero” ou “vínculo ilegítimo” comprovam o conservadorismo patente à época.

Não é somente, entretanto, a ilegitimidade familiar que é ressaltada nesta parte do Código. Assim também o é o poder do pai concernente à celebração do casamento. Eram impedidas de casar também as pessoas sujeitas ao poder pátrio, enquanto não o obtiverem, ou lhes não for suprimido o consentimento do pai (inciso XI, art. 183). É importante notar que o consentimento expresso na lei é do pai, e não de qualquer dos pais. Além disso, havendo dissidência quanto ao consentimento do matrimônio, prevalecerá a vontade paterna (art. 186). Dos exemplos citados, não há nenhum correspondente no Código Civil de 2002.

Quanto ao erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, o artigo 219 traz o que seria, hoje, absurdo. O inciso IV, dispõe que “o defloramento da mulher, ignorado pelo

marido” é considerado também erro essencial. Apesar de o artigo 1557 do Código atual tratar de semelhante assunto, não se especifica o defloramento da mulher um erro essencial, ao menos não expressamente. O absurdo mostra-se, ainda, insuperável porque, como afirma Rodrigues (RODRIGUES, 1993, p. 11):

Não exige a lei, para definir a dissolução do vínculo, prova de qualquer outra circunstância; nem a prova do mau comportamento da mulher, nem de sua má formação moral, nem sequer de sua participação voluntária no coito que a infelicitou. Basta a demonstração de não estar intata.

Assim, mesmo que a mulher tenha sido forçosamente deflorada, ou seja, estuprada, a lei não previa exclusão de anulabilidade matrimonial. A mulher submetia-se, dessa forma, a uma legislação machista e claramente conservadora.

3.3 Das diferenças entre homem e mulher

Além de trazer os já citados casos, em que o homem mostra-se em posição superior à da mulher, o Código de 1916 traz outros capítulos que comprovam a desigualdade entre os sexos, como reflexo da sociedade da época em que a lei vigia.

O capítulo II (Dos Direitos e Deveres do Marido) é o expoente da desigualdade entre os sexos. O atraso desta parte é tamanho que, em 1962, foi criado o Estatuto da Mulher Casada, visando a estabelecer, conquanto tímida, uma igualdade entre homem e mulher, sendo associado, posteriormente, à Constituição Federal de 1988, que consagrou essa igualdade. Rodrigues afirma, ainda:

Essa diversidade de tratamento decorre de razões várias, entre as quais a necessidade de escolher um dos cônjuges para determinadas tarefas; ou então, da maior prática do homem para o exercício de alguns misteres (RODRIGUES, 1993, p. 14)

Ademais, o artigo 233 *caput* do primeiro Código Civil brasileiro prescreve que o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher no interesse comum do casal e dos filhos.

Observe-se que a mulher exerceria apenas um papel de colaboração, sendo a chefia da família outorgada ao esposo. A segunda parte do *caput*, ressalte-se, em que se observa uma maior equiparação entre os sexos, não constava do projeto original do Código, somente sendo acrescentada em 1962, com a lei 4.121/62.

Entre as competências do marido, a lei determinava em seu artigo 233 que:

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 - o direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal

IV - prover a manutenção da família, guardada as disposições dos arts. 275 e 277.

É interessante notar o inciso IV, puro reflexo da sociedade tradicionalista da época e impensável nos dias atuais, em que as mulheres têm conquistado cada vez mais parcelas do mercado de trabalho.

O capítulo III, que trata, agora, dos direitos e deveres da mulher, foi profundamente alterado por leis subseqüentes à produção do código em 1916, como consequência óbvia do avanço social que tornava inaceitáveis a submissão da mulher, especialmente o já citado Estatuto da Mulher Casada. Dessa forma, alguns direitos, como até mesmo dispor livremente dos seus bens adquiridos com a própria renda, foram conquistados, atenuando a disparidade jurídica havida até então entre os dois sexos.

O Código Civil de 2002, em consonância com a mentalidade progressista geral, consagrou, expressamente, a igualdade entre homem e mulher, perante a família, a sociedade e o casamento. Ou seja, na família, sociedade e casamento, homens mulher

têm iguais direitos e deveres, como se vislumbra dos artigos 1565 e seguintes do atual Código Civil que reza que pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família

3.4 Do regime de bens

O que mais marca neste aspecto é que a comunhão universal de bens, no Código Civil de 1916, era a regra. Dizia o artigo 258 que não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

Assim, com a exclusão de algumas exceções, os patrimônios dos cônjuges se fundem em um só, passando, marido e mulher, a figurar como condôminos daquele patrimônio. Segundo Sílvio Rodrigues (RODRIGUES, 1993, p. 58):

Trata-se de condomínio peculiar, pois que, insuscetível de divisão antes da dissolução da sociedade conjugal, extingue-se inexoravelmente nesse instante.

O Código atual prevê, por outro lado, o regime parcial de bens, que somente foi acrescido após 1962.

É evidente que, nos modernos tempos em que o matrimônio dissolve-se com muito mais frequência do que àquela época, o regime parcial de bens torna-se muito mais adequado, sendo o a comunhão total apenas mais um reflexo da sociedade do início do século XX.

3.5 Do Divórcio

O divórcio é um instrumento bastante moderno, estando, portanto, ausente à época da elaboração do Código de Beviláquia. O artigo 267, parágrafo único, dispunha, antes de 1977, que o casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges. Ou seja, havia a indissolubilidade matrimonial, não prevendo a lei nem mesmo dissolução do casamento em caso de ausência presumida.

Na verdade, antes da vanguardista lei 6.515/77, não se falava em divórcio, mas em desquite. Além disso, só haveria desquite nos casos de adultério, tentativa de morte, sevícia ou abandono do lar conjugal. A referida lei veio a regulamentar o divórcio,

tornando-o possível e pondo termo à indissolubilidade do casamento. A importância desse instrumento foi grande, pois a indissolubilidade era uma das principais causas da difusão do concubinato no País.

Doutrinadores da época já afirmavam que o reconhecimento do concubinato, como criador da família, é veemente. Aliás, a par dessa posição, encontra-se um deliberado propósito de ignorar a palavra legítima, para distinguir família legítima da ilegítima, principalmente para distinguir filhos legítimos de ilegítimos.

3.6 Da legitimidade na família

Um dos pontos mais enfrentados no Código Civil de 1916 é o tocante à legitimidade da família. Não é à toa que seus artigos falam tanto em concubinato, filhos legítimos, adultério etc.

Como se sabe, falar-se, hoje, em família ilegítima é inconcebível, dadas as salutares mudanças que o sistema jurídico brasileiro sofreu, atendendo, principalmente, aos avanços sociais que possibilitaram, por exemplo, a igualdade entre os filhos havidos dentro ou fora das núpcias.

O próprio Código de 1916 dispõe que legítimos são os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se se contraiu de boa-fé (artigo 337, *caput*). O capítulo III, entretanto, ressalta a possibilidade de haver legitimação de filhos havidos sem casamento. O absurdo, contudo, é que a única possibilidade de legitimação ocorre pelo casamento dos pais.

Há, ainda, o reconhecimento dos filhos ilegítimos, previsto pelo Código. Trata-se, na verdade, de algo inconcebível para uma visão atual. Isso porque o filho ilegítimo, conquanto reconhecido, sempre seria ilegítimo. Criava-se uma infâmia para os filhos que não nasciam de pais casados, transferindo-se a culpa que deveria ser dos pais para eles, que tinham de carregar essa mácula de ilegitimidade por toda a sua vida.

O conservadorismo da época teve influência tamanha sobre a elaboração do Código, que este vedava o reconhecimento de filhos adulterinos. Desse forma, filhos nascidos de um adultério nunca poderiam ter um pai ou uma mãe reconhecidos. Hoje, filhos fora ou dentro do casamento, detêm os mesmos direitos.

4 BREVE VISTA SOBRE A FAMÍLIA MODERNA

É despidendo dizer que a família brasileira atual, em sua generalidade, pouco se atém àqueles valores arraigados na égide do Código Civil de 1916. O próprio conceito de família, inclusive, alterou-se ao longo do século passado. Como afirma Rodrigues, “O Código Civil (*de 1916*) não define família, embora as Constituições Brasileiras, a partir de 1934, a ela se referissem e condicionassem a ideia de família à de casamento.” Assim, família sem casamento, antes, era conceito impensável. Esse pensamento não se coaduna com as transformações familiares patentes, como a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a família unipessoal, a família havida fora do casamento etc.

Um grande passo, indubitavelmente, foi dado pela Constituição Federal de 1988, admitindo a existência do núcleo familiar fora do casamento, com a união estável, como se percebe de seu artigo 226 (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 2009):

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Além disso, depara-se com a família formada por uma só pessoa (unipessoal), ou a formada por pessoas do mesmo sexo. Esses dois tipos serão analisados a seguir.

4.1 Família Unipessoal

Tendência da vida moderna, as famílias com somente uma pessoa (o que era inconcebível, antigamente) receberam até tratamento equivalente ao dado às famílias “clássicas”, com pai, mãe e filhos. O STJ incluiu esse tipo de família na proteção ao chamado bem de família, conforme sua súmula 364 em que diz que o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. (03/11/2008).

Reportagem da Revista Época, ainda de 2003, já enfatizava as modificações nas bases familiares, com a radicalização do conceito de “família”. Veja-se parte da matéria, bastante pertinente com o assunto em estudo:

O álbum de família moderno requer legendas cada vez mais encorpadas para explicar quem é quem. O retrato atual não reflete mais o modelo clássico, composto de pai, mãe e filhos de um mesmo casamento. [...]

Na última década, o número de famílias - de qualquer espécie - cresceu duas vezes mais que a população como um todo, embora o número de divórcios tenha triplicado e o de casamentos de papel passado diminuído 12%. Essa aparente contradição sugere que há cada vez mais gente formando famílias a partir de novas bases. Há um desmembramento do que antes era uma única unidade familiar e também mais gente optando por formatos menos tradicionais. Especialistas no assunto explicam que, longe de andar em baixa, a instituição familiar está se adaptando aos novos tempos, assumindo um perfil mais centrado na qualidade das relações entre as pessoas e no desejo de cada indivíduo.

A hierarquia, a obediência e o formalismo que caracterizavam a família no passado deram lugar a uma relativa igualdade e respeito entre todos os integrantes. Mulher e filhos conquistaram espaço e direito a voz, que antes eram exclusivos dos homens. Estes, por sua vez, sentem-se menos obrigados a exercer o pesado papel do provedor. Tanto que, no Novo Código Civil, a expressão pátrio poder foi substituída por poder familiar, que pode ser exercido por ambos os sexos. (ÉPOCA, 2003, p. 65)

A Revista traz, ainda, um dado revelador para o presente trabalho: a proporção de famílias unipessoais cresceu, de 1992 a 2001, de 7,3% para 9,2%, um crescimento indiscutivelmente expressivo, comprovador das novas tendências familiares e que cabe à Sociologia pesquisar com o cuidado devido.

5 PROBLEMÁTICAS NÃO REGULADAS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O novo Código Civil que passou a ter vigência em 11 de janeiro de 2003, teve seu processo de elaboração iniciado em 1975, em razão disso, o novo Código Civil sofreu

fortes influências do contexto social da década de 70, principalmente no que concerne ao Direito de Família.

Muitas problemáticas não foram abordadas ou foram abordadas de forma já ultrapassada no novo Código Civil, como por exemplo, a união estável homoafetiva, a adoção por pessoas de mesmo sexo e a extinção da separação judicial. A verdade é que o Código Civil de 2002 não conseguiu acompanhar o desenvolvimento da sociedade, por esse motivo, ficou a cargo do Poder Judiciário, em muitas vezes, o papel de “legislar”, através de decisões jurisprudenciais.

5.1 União estável e casamento civil entre pessoas do mesmo sexo

Ao longo dos séculos, o conceito família era simplesmente a união, por meio do casamento, de homem e mulher, com o objetivo de constituir uma prole. O casamento era dado como uma condição para existência de uma família e tinha como principais objetivos a geração de filhos e concentração de negócios e patrimônio para que, no futuro, fossem transmitidos para os herdeiros, em especial, neste caso, para filhos homem.

A união homoafetiva sempre gerou discussões intermináveis, vez que se trata de tema muito delicado, por envolver aspectos culturais e de convicção que variam de pessoa para pessoa. Indiscutível é, contudo, que os homossexuais têm recebido direito sancionado pelo Estado, seja pelo respeito à sua opção sexual (com a não discriminação por qualquer motivo), seja pela sua expressão perante a sociedade, com o reconhecimento da união estável ou até do casamento civil entre eles.

Sob o Código Civil de 1916, era inconcebível que se pudesse cogitar o casamento civil ou a união estável homoafetiva, dado que a família, para ter essa condição, deveria exsurgir do casamento reconhecido. Se não se aceitava filho fora do casamento, imagine-se casamento entre pessoas do mesmo sexo. O atual Código Civil também se encontra omissa em relação a casamento civil ou a união estável entre homossexuais, contudo, com a decisão do STF sobre a possibilidade de união estável entre homossexuais, o casamento civil tornou-se completamente viável nos dias de hoje.

A Holanda foi o primeiro país a aprovar o casamento civil homossexual (em 2002), sendo seguida pela Bélgica (2003), Canadá (2005), África do Sul (2006), Noruega (2009), Suécia (2009), Portugal (2010, Islândia e Argentina (2010).

No Brasil, depois de infindáveis discussões acerca do tema, foi o Poder Judiciário, e não o Legislativo, que tomou uma posição. O voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Celso (ADI 4277) de Mello deixou clara essa leniência do Legislativo, justificando-a com os costumes arraigados na sociedade, norteadores do direito positivo, como se vê:

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, no que se refere à qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais (MELLO, 2011)

A decisão do STF em estender a união estável aos homossexuais representa um largo passo no tratamento jurídico da família e certamente causará muita polêmica, não se podendo negar que foi um avanço necessário para tratar algo que já existia de fato, mas estava à margem do direito.

O Tribunal considerado pioneiro no que diz respeito à união estável homoafetiva é o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, ampara sempre suas decisões nos princípios da dignidade humana e princípio da igualdade, ambos elencados na Constituição Federal, como se pode observar a seguir:

TJRS - EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. SEPARAÇÃO DE FATO DO CONVIVENTE CASADO. PARTILHA DE BENS. ALIMENTOS. União homossexual: lacuna do Direito. O ordenamento jurídico brasileiro não disciplina expressamente a respeito da relação afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo. Da mesma forma, a lei brasileira não proíbe a relação entre duas pessoas do mesmo sexo. Logo, está-se diante de lacuna do direito. Na colmatação da lacuna, cumpre recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, em cumprimento ao art. 126 do CPC e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Na busca da melhor analogia, o instituto jurídico, não é a sociedade de fato. A melhor analogia, no caso, é a com a união estável. O par homossexual não se une por razões econômicas. Tanto nos companheiros heterossexuais como no par homossexual se encontra, como dado fundamental da união, uma relação que se funda no amor, sendo ambas relações de índole emotiva, sentimental e afetiva. Na aplicação dos princípios gerais do direito a uniões homossexuais se vê protegida, pelo primado da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um exercer com plenitude aquilo que é próprio

de sua condição. Somente dessa forma se cumprirá à risca, o comando constitucional da não discriminação por sexo. A análise dos costumes não pode discrepar do projeto de uma sociedade que se pretende democrática, pluralista e que repudia a intolerância e o preconceito. Pouco importa se a relação é hétero ou homossexual. Importa que a troca ou o compartilhamento de afeto, de sentimento, de carinho e de ternura entre duas pessoas humanas são valores sociais positivos e merecem proteção jurídica. Reconhecimento de que a união de pessoas do mesmo sexo, geram as mesmas conseqüências previstas na união estável. Negar esse direito às pessoas por causa da condição e orientação homossexual é limitar em dignidade a pessoa que são. A união homossexual no caso concreto. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos da união estável (art. 1.723 do CC) e demonstrada a separação de fato do convivente casado, de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de conseqüência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, tal como a partilha dos bens, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70021637145, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/12/2007)

Com a decisão do STF restou completamente viável a conversão da união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento civil. Isso porque os mesmos fundamentos usados para admitir a união estável entre pessoas do mesmo sexo, quais sejam, princípio da dignidade humana e princípio da igualdade, servem também para embasar decisões que possibilitam a conversão da união estável em casamento civil.

5.2. Adoção por pessoas de mesmo sexo

Outro tema de grande polêmica no meio jurídico e social é a adoção por casais formados por pessoas de mesmo sexo. Existe na sociedade barreira no que tange o assunto, devido o preconceito que há, ainda, na sociedade com relação à escolha sexual julgada muitas vezes como “anormal”, frente aos casais formados por pessoas de sexos diferentes.

A nossa legislação, no que concerne a adoção, apresenta-se no ordenamento jurídico brasileiro de uma forma bem espaça. A Constituição Federal estabelece em seu art. 227, § 5º, que a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que

estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 2009). O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, ao tratar da deixa de forma clara que podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil (Lei Nº 8069, 2010).

Percebe-se que no ordenamento jurídico brasileiro não há legislação pertinente que impossibilite a adoção de crianças e/ou adolescente por casais homoafetivos, no entanto, não existe também uma que a regularize de forma clara e expressa. O que há, mais uma vez, é uma omissão no Direito, cabendo ao poder judiciário preencher a lacuna através de decisões jurisprudenciais.

A adoção, além de ser um ato jurídico é também um ato afetivo, que une pessoas estranhas, de laços sanguíneos diferentes, dando origem a uma família. Ao conceituar adoção, Maria Helena diz que (DINIZ, 2002, p.448):

A adoção é um ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha

Parte da sociedade que é contra a adoção por casais homoafetivos afirma que o desenvolvimento da personalidade da criança está em formação até os 3 (três) anos de idade e que assim sendo, prejudicará seu desenvolvimento psicológico e também influenciará na sua escolha sexual por não possuir de uma forma bem clara, a figura masculina e feminina.

A verdade é que bem melhor que essas crianças que estão à espera de fazer parte de uma família, fossem adotadas e acolhidas por casais homoafetivos plenamente capazes de cuidá-las tendo o mínimo necessário para seu desenvolvimento saudável e feliz. A questão já foi assunto de inúmeras decisões proferidas pelos tribunais:

TJPR - APELAÇÃO CÍVEL. HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO. CASAL HOMOAfetivo. PRELIMINAR DE

ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADES FAMILIARES. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. ATRIBUIÇÃO POR ANALOGIA DE NORMATIVIDADE SEMELHANTE À UNIÃO ESTÁVEL PREVISTA NA CF/88 NO CC/2002 HABILITAÇÃO EM CONJUNTO DE CASAL HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE ATENDIDOS AOS DEMAIS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE IDADE E SEXO DO ADOTANDO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO QUE DEVE SER ANALISADO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA NO PROCESSO DE ADOÇÃO, E NÃO NA HABILITAÇÃO DOS PRETENDENTES. APELAÇÃO PROVIDA. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. (TJPR - AC 5824999 PR 0582499-9. Relator: Mendonça de Anunciação. Julgamento: 17/03/2010. Órgão Julgador: 11ª Câmara Cível. Publicação: DJ: 409.)

TJRS - APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. (APELAÇÃO CÍVEL SÉTIMA CÂMARA CÍVEL Nº 70013801592. COMARCA MINISTERIO PUBLICO APELANTE. Porto Alegre, 05 de abril de 2006. DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, Relator)

Não restam dúvidas que é melhor deixar uma criança e/ou adolescente aos cuidados de casais homoafetivos, onde terão atenção, carinho e oportunidade de participar de uma família que deixá-los ao relento em abrigos ou até mesmo sendo criados pelas ruas.

5.3 Separação judicial

Vigora no Direito de Família os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade e da liberdade para constituição do matrimônio. Porém, no Código Civil de 2002 tais princípios não foram respeitados tendo em vista que o Direito de Família sofre com a grande interferência estatal.

É possível observar a existência da interferência estatal, por exemplo, no artigo 1.574, *caput*, do Código Civil de 2002, em que reza que a separação consensual judicial pode existir desde que transcorrido prazo mínimo de vigência do casamento de um ano. Observa-se que os cônjuges ficavam, ainda, vinculados à existência do casamento por um ano para que houvesse a possibilidade de desconstituição do casamento.

Desta forma, coube aos legisladores acompanhar a evolução da sociedade para que o Direito atendesse as necessidades e anseios sociais. O acompanhamento dos anseios e necessidades sociais foi feito pelos legisladores através da aprovação da Emenda Constitucional 66/2010.

A Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010 alterou o texto do § 6º do art. 226 da Constituição Federal. O texto anterior desse parágrafo dispunha que casamento civil poderia ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos. A nova redação suprimiu o trecho em que exigia-se um ano de existência da separação judicial para a dissolução do casamento dispondo apenas que casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

6 CONCLUSÃO

Uma leitura rápida sobre o Código Civil de 1916 poderia facilmente comprovar o que foi exposto. O conservadorismo patente à época de sua elaboração terminou por criar, também, um código muito conservador, o que comprova a necessidade de adequação que deve haver entre as leis e a sociedade, sob pena de as primeiras entrarem em desuso.

Pôde-se observar, também, que, diante dessa necessidade de adequação, mesmo durante a vigência do referido código conservador, foram criadas muitas leis de cunho progressista, visando a estabelecer uma maior igualdade entre homens e mulheres (com o Estatuto da Mulher Casada), possibilitando o divórcio (com a chamada Lei do Divórcio) e outras ao longo desses 86 anos de vigência.

O presente trabalho, como se pôde observar, ateve-se especialmente ao Direito de Família, porque foi ele o expoente do conservadorismo social e jurídico e também por ser o mais alterado durante todo esse tempo. Diversos artigos dessa parte seriam inaplicáveis atualmente. Não se pode falar, hoje em dia, em ilegitimidade de um filho, em adultério como um crime, em poder pátrio, em submissão da mulher ao marido.

A sociedade avançou, e, com ela, obrigatoriamente, devem avançar as leis. O que não ocorre com o Direito de Família. Uma breve leitura pelo Código Civil de 2002 constata que o conservadorismo presente à época da elaboração do código. Comprovação disso é que o “novo” Código Civil não é condizente com a realidade social atual. Há uma grande necessidade de adequar a legislação às necessidades sociais.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil - Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AUSTEN, Jane (s/d), **Orgulho e Preconceito**, Rio de Janeiro: Bruguera. ISBN

Trad. Lúcio Cardoso.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. 46. **Código Civil de 1916**. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 de abr. 2011.

BRASIL, TJRS - EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. SEPARAÇÃO DE FATO DO CONVIVENTE CASADO. PARTILHA DE BENS. ALIMENTOS. União homossexual: lacuna do Direito. O ordenamento jurídico brasileiro não disciplina expressamente a respeito da relação afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo. Da mesma forma, a lei brasileira não proíbe a relação entre duas pessoas do mesmo sexo. Logo, está-se diante de lacuna do direito. Na colmatação da lacuna, cumpre recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, em cumprimento ao art. 126 do CPC e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Na busca da melhor analogia, o instituto jurídico, não é a sociedade de fato. A melhor analogia, no caso, é a com a união estável. O par homossexual não se une por razões econômicas. Tanto nos companheiros heterossexuais como no par homossexual se encontra, como dado fundamental da união, uma relação que se funda no amor, sendo ambas relações de índole emotiva, sentimental e afetiva. Na aplicação dos princípios gerais do direito a uniões homossexuais se vê protegida, pelo primado da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um exercer com plenitude aquilo que é próprio de sua condição. Somente dessa forma se cumprirá à risca, o comando constitucional da não discriminação por sexo. A análise dos costumes não pode discrepar do projeto de uma sociedade que se pretende democrática, pluralista e que repudia a intolerância e o preconceito. Pouco importa se a relação é hétero ou homossexual. Importa que a troca ou o compartilhamento de afeto, de sentimento, de carinho e de ternura entre duas pessoas humanas são valores sociais positivos e merecem proteção jurídica. Reconhecimento de que a união de pessoas do mesmo sexo, geram as mesmas conseqüências previstas na união estável. Negar esse direito às

peessoas por causa da condição e orientação homossexual é limitar em dignidade a pessoa que são. A união homossexual no caso concreto. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos da união estável (art. 1.723 do CC) e demonstrada a separação de fato do convivente casado, de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de consequência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, tal como a partilha dos bens, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70021637145, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/12/2007)

BRASIL, TJPR - APELAÇÃO CÍVEL. HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO. CASAL HOMOAFETIVO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADES FAMILIARES. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. ATRIBUIÇÃO POR ANALOGIA DE NORMATIVIDADE SEMELHANTE À UNIÃO ESTÁVEL PREVISTA NA CF/88 E NO CC/02.

HABILITAÇÃO EM CONJUNTO DE CASAL HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE ATENDIDOS AOS DEMAIS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE IDADE E SEXO DO ADOTANDO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO QUE DEVE SER ANALISADO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA NO PROCESSO DE ADOÇÃO, E NÃO NA HABILITAÇÃO DOS PRETENDENTES. APELAÇÃO PROVIDA. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. (TJPR - AC 5824999 PR 0582499-9. Relator: Mendonça de Anunciação. Julgamento: 17/03/2010. Órgão Julgador: 11ª Câmara Cível. Publicação: DJ: 409.)

BRASIL, TJRS - APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. (APELAÇÃO CÍVEL SÉTIMA CÂMARA CÍVEL Nº 70013801592. COMARCA MINISTERIO PUBLICO

APELANTE. Porto Alegre, 05 de abril de 2006. DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, Relator)

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena . **Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo de Direito**. Editora Forense. São Paulo: Saraiva, 2008

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - Direito de Família**. São Paulo: Editora Saraiva - 1993.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo. Editora Saraiva: 1993.

VIANA, Marco Aurélio S. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. Volume 1. Del Rey: 1993.