

# A NOVA FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DA LEGISLAÇÃO E DO NOVO CÓDIGO CIVIL

CONCEIÇÃO A. MOUSNIER

*Juíza de Direito do TJ/RJ*

A família é o meio natural onde o projeto humano se desenvolve. O tema sugere que esta milenar instituição tenha mudado. E, de fato, a família mudou.

Mudou do ponto de vista estrutural, comportamental, conceitual, tendo nos dias atuais uma face social diferenciada, e via de consequência, o conjunto de leis que a regula sofreu alterações significativas.

Contudo, no que tange a sua essência, enquanto conjunto visível e invisível de exigências funcionais, materiais e espirituais que organiza o tecido social e fomenta a sementeira de todo o futuro, a família continua a mesma.

A evolução da estrutura familiar, parece em determinado momento histórico, se cristalizar na ideologia do patriarcado.

O modelo patriarcal atravessou incólume a maior parte da história da família:

- marcada por uma hierarquia vertical;
- centrada no matrimônio, união de duas famílias, determinada pela vontade das células originais;
- fundada na homogeneidade de crenças e costumes;
- fonte de procriação e concentração da propriedade;
- lastreada na rígida divisão dos papéis familiares.

A partir da década de sessenta intensificou-se o processo de mudança nos contornos da família, hoje denominada *moderna*, em contraposição à patriarcal:

- substituindo a hierarquia vertical por uma hierarquia solidária e compartilhada;
- centrada no afetivo e no pessoal, enquanto encontro de duas individualidades com liberdade de escolha;

- preocupada com a felicidade e com o planejamento da vinda dos filhos;
- marcada pela ambivalência dos papéis desempenhados por seus atores, permitindo a divisão do trabalho doméstico, na criação dos filhos, privilegiando o crescimento de todo o núcleo familiar.

O início dessa dinâmica de mutação deu margem a especulações por parte das ciências sociais, encontrando-se afirmações no sentido de que tais alterações dariam fim à família, tornando-se um campo sem regras por eleição.

O decurso do tempo, felizmente, veio demonstrar o contrário. Nunca a família foi objeto de tanta produção legislativa como agora, no afã de se dar aos indivíduos, o ordenamento jurídico que a modernidade reclama, posto ser o homem vocacionado para a normatividade.

Desde a mais embrionária estrutura organizacional observada na trajetória do homem sobre a Terra, vê-se o estabelecimento de padrões comportamentais. A determinados espaços de tempo, o complexo de normas vigentes deixa de atender às necessidades humanas. A massa crítica dos indivíduos, busca um novo código comportamental, capaz de atender ao desafio dos valores emergentes.

Compreender o significado das leis, é aprender sobre as etapas da evolução humana e o conseqüente aperfeiçoamento ético de suas diversas instituições.

E assim é no Direito de Família, exemplo de profundas alterações, permeando os seus diversos campos de incidência, refletindo o momento de extrema complexidade social.

A Constituição Federal de 1988 abriga dois artigos, de leitura aparentemente inocente, mas que operaram devastadoras conseqüências no ordenamento jurídico brasileiro.

Trata-se dos artigos 226 e 227, logrando ampliar o conceito de família, redimensionar a idéia de filiação, e preconizar a igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher na sociedade conjugal.

#### **A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA: A UNIÃO ESTÁVEL**

O artigo 226, § 6º da Constituição Federal anuncia:

*“Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a **união estável entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.”*

Intuiu, o legislador constituinte, a importância de institucionalizar a relação calcada no vínculo psicológico afetivo, capaz de gerar *projeto de vida em comum*, embora sem contrato de casamento.

A união estável é assim entendida como a convivência com vocação de permanência, por um tempo considerável (duradoura), pública e contínua, não eivada de ilegitimidade, entre homem e mulher, que se sentem reciprocamente comprometidos e como tal se apresentam em sociedade.

Levou em conta o preceito constitucional, o conteúdo comportamental entre os companheiros, prevalente sobre o conteúdo formal, encontrando-se na doutrina a expressão “*casamento por comportamento*”, como referência à união estável.

A nova ordem constitucional ao estabelecer a união estável como forma de constituição de família, deu margem a inúmeras conseqüências jurídicas, dentre as quais se destacam a possibilidade recíproca, entre os conviventes, de pleitear alimentos, e a participação nos bens amealhados no curso da convivência.

A redação inicial do ainda Projeto do Código Civil, no que tange a conceituação da união estável, foi alterada para melhor, suplantando a conceituação da Lei Extravagante (Lei nº 9.278/96, artigo 1º), conforme cotejo abaixo:

· Lei 9.278/92, art. 1º: “*É reconhecida como entidade familiar a **convivência** duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família*”.

· Novo Código Civil, art.1.723: “*É reconhecida como entidade familiar a **união estável** entre o homem e a mulher, **configurada na convivência** pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*”.

Embora as letras das normas acima transcritas, possam parecer quase idênticas, as sutis modificações fazem grande diferença.

O artigo 1.723 reconhece como entidade familiar *a união estável*, ao passo que a Lei nº 9.278/96, reconhecia como entidade familiar *a convivência*. Essa alteração tem aspectos significativos, representando avanço em termos de qualidade legislativa e na compreensão do que é a união estável.

O fato jurígeno reconhecido como capaz de constituir família, é a união estável, entre o homem e a mulher. A configuração da união estável, aí sim, é a convivência, acompanhada dos seus requisitos essenciais de

publicidade, continuidade e durabilidade, com o objetivo de constituição de família.

O novo texto legal guarda total fidelidade com o artigo 227, § 3º da Constituição Federal, sendo vontade do legislador constituinte, reconhecer como outra forma de constituição de família, a união estável.

A redação do artigo 1.723 do C.C., revela a mesma beleza idiomática da Carta Republicana, ao definir como família a união estável entre o homem e a mulher.

O artigo 1.723, em seu §1º, estende à união estável os mesmos impedimentos ao casamento, indicando o reconhecimento da aplicabilidade da moral da família à união estável, posto ser a moral da família uma só, quer para a família fruto do casamento, quer para a família fruto da união estável, *in verbis*:

*“A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521, não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato.”*

A convivência ainda que pública, contínua e duradoura, jamais atingirá o status de união estável, existindo qualquer dos impedimentos elencados nos incisos do artigo 1.521.

O novo Código Civil aborda expressamente a figura do *convivente separado de fato*.

Ao excepcionar a incidência do impedimento previsto no inciso VI do artigo 1.521 (as pessoas casadas), vem pôr fim a controversa questão acerca da possibilidade de ser o separado de fato elegível para formação da união estável, embora minoritária a posição que militava a desfavor daquele. Neste aspecto, demonstra o moderno Código Civil, acurada sensibilidade social.

## **O PRIMADO CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE ASSEGURADO À PESSOA DOS FILHOS**

Doutrinadores de escol apontam quatro estados básicos a definir o universo jurídico da pessoa humana: o estado individual, familiar, político e profissional.

Profundo destaque inovador, mereceu o estado familiar na Constituição Federal de 1988, sendo elemento inerente ao projeto família, *a condição de filiação*, alçada em nível de direito fundamental da pessoa humana.

O artigo 6º do Estatuto ao estabelecer princípio norteador para sua interpretação, levando-se em conta os fins sociais a que ela se dirige, refere-se à criança e ao adolescente como “*peças em desenvolvimento*”.

O diploma da criança e do adolescente incorpora, com tal terminologia, noção basilar: aquela de que possuem, crianças e adolescentes, característica comum, qual seja, a *condição peculiar de pessoas em desenvolvimento*, precisando de assistência adequada em cada fase específica do crescimento humano.

A fonte inspiradora dessa definição é o artigo 227, § 3º, inciso V, da Constituição Federal, onde se encontra o conceito ontológico do ser bio-psi-co-sócio-cultural em formação.

A legislação infraconstitucional, o ECA, incorpora ainda, os postulados constitucionais de *absoluta prioridade na garantia dos direitos fundamentais*, preconizando o tratamento *de proteção integral* às crianças e adolescentes, sujeitos de direitos (artigo 227, caput, 203 e 204 da Magna Carta, e os artigos 3º e 4º do ECA).

Estando a criança e o adolescente em patamar privilegiado, altera-se o crivo jurídico de seu enquadramento no seio familiar.

O primado de igualdade à pessoa dos filhos, artigo 227, § 6º da Constituição Federal, afastou qualquer designação discriminatória à pessoa dos filhos, assegurando-lhes os mesmos direitos e qualificações.

Parecia-nos irrefutável, ter a isonomia assegurada pelo texto constitucional, revogado os artigos 358, 363 e 229 do Código Civil, manifestamente inconciliáveis com a letra do diploma fundamental da República, *in verbis*, respectivamente:

“*Os filhos incestuosos e adúlteros, não podem ser reconhecidos*”. (artigo 358)

“*Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no artigo 183, incisos de I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação*”. (artigo 363)

“*Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (artigos 352 à 354)*”. (art. 229)

Antes do vóu alçado pela Constituição Federal de 88, leis temperadoras vinham pouco a pouco, assegurando direitos aos filhos advindos de relações extramatrimoniais, conforme relação abaixo:

a. Decreto-Lei 4.737/42 - liberando o reconhecimento dos chamados filhos adulterinos, após a dissolução da sociedade conjugal mediante o desquite do pai.

b. Lei 883/49 - autorizando o reconhecimento dos filhos adulterinos após a dissolução da sociedade conjugal do genitor, mediante o evento morte.

c. Lei 6.515/70, a conhecida Lei do Divórcio, acrescentando parágrafo único ao artigo 1º da Lei 883/49 e conferindo nova redação ao artigo 2º do referido diploma legal, *in verbis*:

*“Parágrafo único - Ainda na vigência do casamento, qualquer cônjuge poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte irrevogável.”*

*“Artigo 2º - Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança, será reconhecido em igualdade de condições.”*

d. Lei 7.481 de 17-10-1989, portanto posterior à Constituição de 88, revogou expressamente o artigo 358 do Código Civil, que já havia sido tacitamente revogado pela lei maior.

Parece que o legislador não queria deixar pairar qualquer dúvida quanto ao Princípio da Igualdade entre os Filhos.

Todavia, o fato da lei ter feito menção ao artigo 358 do Código Civil apenas, pretenderam alguns a vigência integral do artigo 363 do diploma substantivo, e, desta forma, entendiam vedada a investigatória aos filhos adulterinos e incestuosos, admitindo-se apenas o reconhecimento voluntário.

Essa posição doutrinária, na contramão da evolução natural do pensamento acerca das relações familiares, insustentável e carente de coerência, não resistiu aos julgados em sentido contrário.

O Desembargador Renato Maneschy, de saudosa memória, como relator, enfrentou a questão em apelação junto à 1ª Câmara Cível do TJRJ, decidindo que em face do artigo 227, § 6º da Constituição Brasileira, e da Lei nº 7.841/89, não subsistiam vedações quaisquer à investigação de paternidade.

O Recurso Especial nº 7.631, para o STJ, que por unanimidade deixou de ser conhecido pela 4ª Turma, tendo como relator o Ministro Sávio Figueiredo, obteve a seguinte redação:

*“O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.”*

O novo Código Civil, em consonância com os primados constitucionais e da legislação infraconstitucional, no Livro IV - Direito de Família, Capítulo II do Subtítulo II, ao cuidar da filiação, já expurga a expressão “legítima”, encontrada no Código Civil. No capítulo em que tratou da mesma matéria, não há mais distinção entre filiação legítima e ilegítima.

Filiação é filiação, sem adjetivos.

O artigo 1.596 do novo código, engloba os artigos 352 à 354 do antigo, abarcando todas as situações referentes a filiação e espancando quaisquer resquícios discriminatórios referentes a filiação, *in verbis*:

*“Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias, relativas à filiação.”*

Ao tratar do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, no Capítulo II, artigo 1.607 e seguintes, o novo diploma expurga a expressão ilegítima, contida no artigo 355 antigo Código Civil, e no artigo 1.609, *caput*, assevera ser tal reconhecimento de natureza irrevogável, criando outras hipóteses de reconhecimento não contempladas no Código de 1916, conforme cotejo abaixo:

Código Civil de 1916	Código Civil de 2002
<b>Art. 355</b> - “O filho <i>ilegítimo</i> pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente”.	<b>Art. 1607</b> - “O filho <i>havido fora do casamento</i> pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente”.
<b>Art. 357</b> - “O reconhecimento voluntário do filho <i>ilegítimo</i> pode fazer-se no próprio termo de nascimento, ou mediante escritura pública, ou por testamento (art. 184 - parágrafo único)”.	<b>Art. 1609</b> - “O reconhecimento dos filhos <i>havidos fora do casamento</i> é irrevogável e será feito: I - No registro de nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que <i>incidentalmente</i> manifestado; IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o <i>objeto único e principal</i> do ato que o contém.

Os incisos terceiro e quarto do artigo 1.609 da nova lei, afastam as dissensões acadêmicas nas matérias das quais tratam.

O artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente arrolou, parcialmente as hipóteses ora elencadas no moderno Código Civil, *in verbis*:

*“Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.”*

A Lei de Investigação de Paternidade – Lei nº 8.560/92, influenciada pela nova ordem de idéias, que prioriza a figura do filho na relação de filiação, até então centrada no pai (pátrio poder), em seu artigo 40, assegura ao filho maior o direito de não consentir quanto ao reconhecimento, e ao filho menor, a impugnação ao reconhecimento dentro os quatro anos que se seguirem à maioridade ou emancipação.

Na esteira desse entendimento, se vê a letra alterada do artigo 362 do Código Civil de 1916, e o artigo 1.614 da nova codificação, a seguir:

*“Artigo 362 - O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, dentro nos 4 (quatro) anos que se seguirem à maioridade, ou emancipação.”*

O artigo 1.614 do Novo Código Civil, repete a redação do artigo 362, acima transcrito.

É necessário agora abordar, a questão do filho incestuoso em separado.

Procedendo-se a análise das mais recentes leis brasileiras, resta claro que o filho incestuoso, também é contemplado com o inarredável direito à filiação, mormente em face do artigo 27 do ECA, *in verbis*:

*“O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível, e imprescritível, podendo ser exercitado **sem qualquer restrição**, observado o segredo de justiça.”*

Cabe, pois, buscando inspiração no **Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**, tecer algumas considerações quanto ao filho fruto de relação incestuosa de seus genitores.

A pergunta que não quer calar é: seria do interesse do filho, fruto de relação incestuosa, ficar declarada e atestada no seu registro de nascimento as circunstâncias da sua origem?

O Projeto de Código Civil, artigo 1.625, admitia o reconhecimento por sentença da filiação incestuosa, mas não tecia qualquer consideração, que revelasse a preocupação quanto ao interesse do filho no reconhecimento, *in verbis*:

*“A filiação incestuosa, reconhecida por sentença irrecorrível, não provocada pelo filho, ou quando comprovada em confissão ou declaração escrita do pai, faz certa a paternidade.”*

Sua redação truncada, provocaria outra acirrada atividade interpretativa, dando margem à nova tentativa de retrocesso, pois a frase “*não provocada pelo filho*”, poderia ressuscitar o velho entendimento, de que não seria possível a investigatória deflagrada pelo filho, em se tratando de filiação incestuosa.

O novo Código Civil, em sua redação final, optou por não fazer qualquer menção expressa a filiação incestuosa, deixando para a atividade jurisdicional a solução para essa delicada questão.

Buscando socorro na legislação comparada, encontra-se no Código Civil da França a imposição da filiação em relação somente a um dos progenitores, sempre que existir impedimento para o casamento destes, em razão de parentesco.

O Código Civil Italiano só permite o reconhecimento dos filhos incestuosos por ambos os pais, se ao tempo da concepção ignorassem o vínculo existente entre eles. Se apenas um dos pais estiver de boa-fé, só em relação a ele se estabelecerá a filiação.

O reconhecimento, de qualquer forma, prescindirá sempre da autorização do juiz que levará em consideração o interesse do filho, objetivando evitar qualquer prejuízo para a prole.

O Código Civil da Espanha, com melhor compreensão da complexidade dos aspectos atinentes à filiação decorrente de relações incestuosas, denota grande preocupação no resguardo dos interesses dos filhos menores e incapazes.

A legislação espanhola dispõe que no caso de ser menor ou incapaz o filho proveniente do relacionamento incestuoso de seus pais, o estabele-

cimento da filiação dependerá da prévia autorização do magistrado, com intervenção do Ministério Público, atinando-se sempre para os interesses da pessoa do filho.

Na hipótese de filho maior e capaz, somente ele tem legitimidade para decidir acerca do estabelecimento ou não, da sua dupla ascendência biológica.

No que tange a filho maior e capaz, há disposição similar no direito positivo brasileiro. Trata-se do artigo 4º da Lei 8.560 de 29/12/92, dispondo que o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento. A referida norma tem redação de ampla abrangência, nela se incluindo filhos maiores e capazes cujos pais tenham ou não, impedimento para o casamento em razão de parentesco.

A lei brasileira de Investigação de Paternidade, portanto, oferece parcial solução à questão da dupla filiação decorrente de ligação incestuosa.

A técnica legislativa adotada na Espanha, remetendo de forma expressa, ao prudente arbítrio do juiz, no caso de incapazes, e remetendo ao arbítrio íntimo do filho capaz, o estabelecimento da dupla filiação, mostra-se boa, contudo deixando a descoberto outros ângulos dessa riquíssima e difícil questão.

Tomando-se por referência, unicamente a pessoa do filho, podem coexistir interesses conflitantes, uns a recomendar o reconhecimento da dupla filiação e outros não.

Supondo que a conveniência psicológica, social, religiosa e moral do filho recomende o não estabelecimento da filiação incestuosa, havendo em contrapartida uma real conveniência de ordem material, assistencial e patrimonial clamando pelo reconhecimento. Como resolver o conflito?

Zeno Veloso, em sua obra **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**, Malheiros Editora, apresenta solução conciliatória a saber: o Oficial, no livro A, de registro de nascimento, faria constar a filiação em relação a ambos os pais, contudo ao expedir a certidão de nascimento, nela constaria, apenas, o nome de um deles.

Quando fosse necessário ao filho fazer prova da sua descendência, auferindo direitos decorrentes da filiação, o Oficial do Registro, mediante autorização prévia do magistrado, forneceria a certidão de inteiro teor.

Até agora a análise da conveniência do estabelecimento da dupla filiação, esteve centrada na pessoa do filho, tomando por base o seu exclusivo interesse.

Não se pode esquecer, porém, o relevante aspecto do interesse público na questão. A não publicidade do estado de filiação, sua origem, pode ferir inúmeros interesses de terceiros, tomando como exemplo, aquela pessoa que tenha pretensões matrimoniais com outra pessoa, cuja origem seja decorrente de união incestuosa.

Não constando da certidão de nascimento a dupla filiação, por força do melhor interesse do filho, como resguardar o interesse público, como garantir àquele que venha a contrair matrimônio com o filho incestuoso, o conhecimento desse fato, que poderá, inclusive, trazer conseqüências quanto à higidez física e mental dos filhos advindos da formação dessa nova família, sendo cediço que a prole advinda de consangüíneos exacerba o risco da herança de doenças geneticamente transmissíveis?

Seria caso de inserção, na Lei de Registros Públicos, de dispositivo que exigisse certidão de nascimento de interior teor, de ambos os nubentes, para instrução do processo de habilitação ao casamento.

Há, pois, longo caminho a percorrer, tornando possível ao Direito oferecer soluções para os múltiplos aspectos da delicada e complexa questão da filiação incestuosa, atinando para os interesses peculiares do filho, sem todavia levantar óbices ao direito de filiação, como também se descuidar do interesse público.

#### **AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA. A MONOPARENTALIDADE**

Define-se a família como sendo monoparental quando o adulto, homem ou mulher, encontra-se desacompanhado, sem o cônjuge ou companheiro, vivendo apenas com os filhos.

As causas da monoparentalidade são:

- .a maternidade solteira;
- .a adoção por pessoas celibatárias;
- .a separação e o divórcio;
- .a viuvez;
- .negativa de paternidade com anulação de registro.

A banalização desse fenômeno social, que sempre existiu, fez com que a monoparentalidade viesse a ser objeto de preocupação e de previsão legal.

O crescimento assustador da família monoparental, e os impactos inevitáveis sobre a coletividade presente e futura, de ordem econômica, jurídica e psico-social, não permite medir com clareza, no presente momento, a modelagem dessa outra modalidade de família.

Nesse tema da monoparentalidade, muitos aspectos riquíssimos podem ser trazidos a reflexão, tais como o aumento da opção pelo celibato, em contraposição ao desejo de ter filhos (a famosa produção independente).

A Constituição Federal, no artigo 226, § 4º, define a monoparentalidade, *in verbis*:

**“Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.**

A separação dos casais é uma das causas da monoparentalidade. Os filhos advindos da união matrimonial ou extramatrimonial, são sinais vivos da existência daquela, e quando ocorre a ruptura do convívio entre os progenitores, a prole é levada ao enfrentamento da separação de seus pais.

O Código Civil de 1916, e o novo Código Civil, respectivamente, em seus artigos 231, inciso IV, e, 1.566 inciso IV, destacam como deveres dos pais, o sustento, guarda e educação dos filhos.

Quando do desfazimento da vida em comum de pai e mãe, a quem caberá a guarda e educação dos filhos?

A melhor solução seria o consenso e o concurso entre os pais, mas nem sempre tal atitude sensata e salutar para a saúde emocional das crianças, é possível. É caso, então, de submeter a questão da guarda ao Poder Judiciário.

Estudos interdisciplinares concluíram não existirem filhos da separação, e sim, filhos do conflito.

O que isto quer dizer: os pais unidos ou separados têm o dever, ambos, de zelar pelo desenvolvimento dos filhos, afastando-os dos desencontros existentes entre eles, pais, nada se alterando, em razão do desfazimento do casal, as relações entre pais e filhos.

É o que assegura, também o texto do novo Código Civil:

*“Art.1.632: A separação judicial não altera as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.”*

O dispositivo legal em questão, há de ser compreendido em consonância com o artigo 227 da Constituição Federal, e com o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assegura aos filhos o direito à

convivência familiar e comunitária.

O direito à convivência familiar dá origem a uma série de indagações e a compreensão das mesmas, referentes à guarda e ao exercício da visitação.

O eixo da questão se desloca, face da nova ótica constitucional, dos atores pai e da mãe, centrando-se na figura do filho, sendo a guarda e a regulamentação de visita conferidas em conformidade com **a Teoria do Melhor Interesse da Criança**, passando a definição do melhor interesse, em cada caso concreto individual, pelo juízo de avaliação do magistrado, agindo com a exigida cautela e discernimento, visando atender e garantir os prevalentes direitos do filho, *dotado da condição especial de pessoa em formação*.

### A IGUALDADE DE GÊNEROS

A igualdade de gêneros é assegurada pela Constituição Federal no artigo 5º, inciso I e no artigo 226, § 5º, estabelecendo-se a paridade dos direitos e deveres do homem e da mulher, quer em termos gerais, quer no que diz respeito à sociedade conjugal.

O papel da mulher na família, na sociedade, no mundo das relações como um todo, bem como o efetivo exercício dos seus direitos, sempre estiveram embricados ao Direito de Família.

O estudo, portanto, analítico das questões de gênero, repousa diretamente na evolução, aplicação e interpretação do conjunto de leis referentes ao Direito de Família.

As diferenças históricas e socialmente construídas entre os sexos, permaneceram por muitos séculos justificadas pela ideologia do patriarcado e pela divisão sexual do trabalho, sendo abaladas por movimentos importantes tais como:

- Liberalismo - Ideologia de igualdade e liberdade, que alcançou o seu ápice na Revolução Francesa, trazendo no seu bojo a idéia de que todos os homens são naturalmente iguais, porque nascem livres e dotados de razão.

- Industrialização - A revolução industrial operada nos séculos XVIII e XIX, foi caracterizada pelo declínio do trabalho artesanal e doméstico, dando início ao êxodo rural em direção aos centros urbanos, e devido a grande necessidade de mão de obra, abriu o mercado de trabalho para as mulheres.

- Sufrágio Universal - Ao longo dos três últimos séculos do segundo milênio firmou-se o direito de voto, culminado no Princípio do Sufrágio Universal, garantindo a cada homem um voto. Foi árdua a luta para derru-

bar as resistências ao voto dos pobres e das mulheres, tachados como sem condições culturais para procederem à escolha dos seus representantes.

· O Pós-Guerra - A Segunda Guerra Mundial convocou aos postos de trabalho deixados vagos pelos homens envolvidos no conflito, as mulheres, de forma maciça, e uma vez terminada a conflagração, as profundas alterações dos valores sociais vigentes, não permitiu à volta ao *status quo* de total interiorização das mulheres ao cotidiano das relações domésticas.

Neste contexto histórico, a Declaração de Direitos do Homem, pela ONU, em 1948, declarou “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, e no progresso social e melhor condição de vida, com mais liberdade”.

Os anos sessenta marcaram o surgimento dos movimentos organizados de militância feminina, questionando as raízes culturais da desigualdade de gênero, denunciando a mística do “eterno feminino”, calcada na crença da inferioridade natural da mulher, predestinada à função de procriadora, atada ao universo restrito do lar, afastada dos papéis de comando, cuja destinação era exclusiva do elemento masculino.

A ONU nas últimas décadas do milênio passado, em várias resoluções, recomendou a adoção de efetivas medidas para eliminação da discriminação:

- 1954 - Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher;
- 1958 - Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher;
- 1964 - Convenção sobre a Idade Mínima e Registro de Casamento;
- 1980 - Convenção para Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher.

No Brasil, a luta pelo direito de voto feminino colocou em evidência o problema da discriminação de sexo. A ampliação dos direitos políticos daria às mulheres maior destaque na sociedade, capaz de escolher os membros do legislativo, compromissados com a luta da revidação feminina.

O Código Eleitoral de 1832 materializou a conquista feminina na questão sufragista, e a Constituição de 1934 incorporou esse direito.

O Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121 de 27.08.62, afastou a condição servil a qual estava relegada a mulher, à luz do direito positivo até então vigente.

A Constituição Federal de 1988 estabelece a igualdade entre homem e mulher, em todos os níveis.

## A IGUALDADE NATURAL

A igualdade natural é estipulada no artigo 5º, inciso I:

*“Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza.”*

O Brasil, por força do Decreto-lei nº 26 de 22/06/94, adotou a Convenção de eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

Código Civil de 1916, e, seu artigo 6º, com a redação anterior ao EMC, considerava a mulher casada “relativamente incapaz”, enquanto que as solteiras, maiores de vinte e um anos, eram emancipadas.

A nova redação conferida ao artigo em questão pelo EMC, retirou do elenco dos relativamente incapazes a mulher casada, mas um vasto caminho ainda seria percorrido pela mulher para fazer valer os seus direitos e garantir o seu justo papel na sociedade.

## O EXERCÍCIO DE PROFISSÃO

O artigo 242 do C. Civil/1916, em sua redação original, proibia a mulher casada de exercer profissão sem autorização do marido.

Após o Estatuto da Mulher Casada, o exercício de profissão, bem como outras situações, tais como aceitar ou repudiar herança ou legado, aceitar tutela, curatela, ou outro múnus público, litigar em juízo civil ou comercial, foram retiradas do elenco do artigo em epígrafe e a mulher passou a realizar tais atos independentemente de autorização do cônjuge varão.

O Código Civil de janeiro de 2002, adotando lógica oposta, dispõe sobre os atos que tanto o marido quanto a mulher podem livremente praticar, encabeçando o rol do artigo 1.642, no inciso I, o exercício de profissão:

*“Art.1.642 - Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:*

*I - praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecidas no inciso I do artigo 1.647.”*

## O ERRO ESSENCIAL SOBRE A PESSOA - VIRGINDADE

Não dá ensejo a pedido de anulação de casamento pelo cônjuge varão, o fato de não ser virgem a mulher que desposou.

A hipótese arrolada no inciso IV do artigo 219 do Código Civil, foi retirada do elenco do artigo 1.557 do diploma novo, ao catalogar as modalidades de erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge.

O Código Civil de 2002, dá sinais inequívocos de estar na senda do humanismo, sendo vontade do legislador abolir a discriminação contra a mulher, calcada na ideologia do patriarcado, responsável pelo duplo padrão de educação dos sexos.

Nesse tema, de sensibilidade, é importante frisar que a boa-fama, a honra e a respeitabilidade, de ambos os cônjuges, continuam prestigiados pela lei, posto que o inciso I do artigo 1.556 do novo diploma substantivo, repete na íntegra, o inciso II do artigo 219 do velho Código Civil.

A moral da família, a ética comportamental de seus pilares, marido e mulher, não foi alterada. A grande mudança foi a tomada de consciência quanto aos reais contornos dos conceitos de dignidade e honra da mulher e da família, não atrelados, com toda certeza, ao estado de virgindade da virago.

#### **O PODER FAMILIAR DA MÃE E DO PAI SOBRE A PESSOA DOS FILHOS**

Antes do Estatuto da Mulher Casada, o exercício do pátrio poder sobre a pessoa dos filhos, era conferido apenas ao pai. O artigo 380 do Código Civil de 1916, teve sua redação alterada com o EMC, a seguir transcrito:

*“Durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com **a colaboração da mulher**. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará outro cônjuge a exercê-la com exclusividade.”*

A mulher, mãe, passa a ser colaboradora do homem, pai, e em caso de divergência prevaleceria a decisão do pai, abrindo-se à mãe a possibilidade de recorrer ao judiciário, conquistas que já representaram um progresso, dispondo o parágrafo único do referido artigo, com a redação que lhe dera o EMC:

*“Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, **prevalecerá a decisão do pai**, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.”*

O Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/90, tornou obsoleta a letra do artigo 380 do Código Civil e seu parágrafo único, ao estabelecer, *in verbis*:

*“O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.”*

Pai e mãe passaram a exercer o pátrio poder em igualdade de condições, e em caso de discordância, sem que haja qualquer prevalência da opinião do pai, ambos terão o direito de recorrer ao juiz.

O novo Código Civil fala em poder familiar, ao invés de pátrio poder, em seus artigos 1.630 e 1.631:

*“Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.”*

*“Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.”*

Contempla o novo Código Civil, no parágrafo único do artigo 1.631, a hipótese de discordância entre os pais, no exercício do poder familiar, podendo, conforme já previsto no ECA, qualquer um deles recorrer ao judiciário:

*“Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução de desacordo.”*

Ao abandonar a expressão *pátrio poder* (pater vindo de pai), o moderno Código Civil se adequou perfeitamente aos postulados constitucionais, na clara intenção de sujeitar a prole ao poder familiar exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe.

O artigo 393 do diploma substantivo de 1916, antes do Estatuto da Mulher Casada, continha punição a viúva que contraísse novas núpcias, impondo-lhe a perda do pátrio poder quanto aos filhos do leito anterior.

A redação do referido dispositivo, alterada pelo EMC, aboliu tal punição:

*“A mãe que contrair novas núpcias não perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido.”*

O novo Código Civil, artigo 1.636 *caput*, e em seu parágrafo único, consoante a ótica constitucional, amplia o artigo 393, *in verbis*:

**“O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.”**

Vê-se que o artigo 1.636, *caput*, tem a preocupação de fazer menção expressa a pessoa do pai. Abolida a desigualdade de gêneros, é necessário garantir a ambos os direitos de preservação do poder familiar sobre os filhos do relacionamento anterior. A quebra da presunção absoluta de que ao pai, homem, tudo era permitido, podendo se casar sem perder o pátrio poder sobre os filhos do leito anterior, enquanto à mãe, mulher, tal direito, em face de um novo casamento, foi uma tenaz luta, só finda com o advento do Estatuto da Mulher Casada, resta muito claro no novo texto legal.

O dispositivo de lei menciona *as novas núpcias* e o *estabelecimento de união estável*, de forma feliz, posto ser o casamento por comportamento uma outra forma de constituição de família, não podendo quer o novo cônjuge, quer o novo companheiro, interferir junto ao seu par, no que tange aos direitos do poder familiar referente aos filhos do relacionamento anterior.

A letra do novo Código Civil é perspicaz, atinando com a *monoparentalidade* no parágrafo único do artigo 1.636, garantindo ao pai ou a mãe solteiros, que vierem a contrair núpcias ou estabelecer união estável, o pleno exercício do poder familiar quanto aos filhos do relacionamento anterior:

**“Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que se casarem ou estabelecerem união estável.”**

#### **A CHEFIA DA SOCIEDADE CONJUGAL**

A Constituição Federal, no artigo 226 § 5º, consagrou o Princípio da Isonomia entre o Marido e a Mulher, quanto ao exercício da chefia da sociedade conjugal.

Inicialmente, o artigo 233 do Código Civil do início do século passado, conferia a chefia da sociedade conjugal, única e exclusivamente ao marido.

A lei do divórcio, artigo 50, item 5, abrandou o rigor dessa centralização, rotulando a mulher como “colaboradora” do marido nos encargos de família, *in verbis*:

*“O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.”*

No moderno Código Civil, a direção da sociedade conjugal é exercida pelos cônjuges em conjunto, colaboradores que são entre si, conforme a letra do artigo 1.567:

*“A direção da sociedade conjugal será exercida em colaboração pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.”*

O artigo do novo Código suprimiu a expressão “comum”, que acompanhava o interesse, posto ser evidentemente comum o interesse do casal.

O parágrafo único do artigo 1.567, implicará em juízo de valoração do magistrado.

*“Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.”*

#### **DOMICÍLIO CONJUGAL**

Era do varão o direito de fixar o domicílio conjugal, antes da Constituição cidadã.

A redação do inciso III do artigo 233 do Código Civil de 1916, já havia sido modificada pelo Estatuto da Mulher Casada, inovando com uma certa dose de abertura, ao ressaltar a possibilidade de recorrer, o cônjuge-mulher ao judiciário, no caso de deliberação que lhe trouxesse prejuízo, segundo transcrito:

*“O direito de fixar o domicílio da família, ressalvada possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique.”*

O novo Código Civil, em conformidade com a igualdade de gênero preconizada pela Constituição e atinando para o maciço número de mulheres que estão no mercado de trabalho em condições paritárias com o homem, estabeleceu no artigo 1.569:

*“O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender*

**a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.”**

Em caso de desentendimento, convocado será o judiciário a promover a harmonização do conflito, valorando as circunstâncias específicas do artigo 1.569, autorizadas do afastamento de qualquer um dos cônjuges do domicílio do casal.

### **O APELIDO DOS NUBENTES**

Era cogente a adoção dos apelidos do marido pela mulher, consoante a letra do artigo 240 do Código Civil ultrapassado.

A lei 6.515/77, a conhecida Lei do Divórcio, acrescentou parágrafo único ao artigo 240, tornando opcional a adoção dos apelidos do marido pela mulher:

*“A mulher **poderá** acrescentar aos seus os apelidos do marido.”*

A igualdade de gêneros estabelecida pela Constituição Federal trouxe à lume a questão, fartamente alardeada, de que ao varão deveria se facultar também a opção pela adoção dos apelidos da mulher.

A moderna codificação substantiva estabeleceu expressamente essa possibilidade facultada, no §1º do artigo 1.565, a qualquer dos nubentes:

*“Qualquer dos nubentes, querendo, **poderá** acrescentar ao seu o sobrenome do outro.”*

Resta claro, portanto, que hoje não só à mulher se permite adotar o apelido do marido, podendo o homem, também, adotar o apelido da mulher. O que deve ser indagado nesse campo é quanto a dúlice possibilidade de adoção dos apelidos, ou seja: os nubentes adotarem concomitantemente os nomes de família um do outro.

A letra do artigo em epígrafe, ao que parece permite interpretação, no sentido de permitir a adoção bilateral. Melhor dirá a construção pretoriana a se estabelecer quanto a essa matéria.

O novo diploma substantivo é voltado para o papel de pacificador do Poder Judiciário, mormente em matéria de família, Livro IV, no qual a todo momento se vê a referência de que em caso de litígio fica assegurado o direito de recorrer ao magistrado, referência aparentemente óbvia e por-

tanto dispicienda.

À luz do novo diploma alarga-se a responsabilidade do judiciário, convocado pelo legislador, de forma expressa e proposital, a acomodar com prudência, razão e sensibilidade, as novas relações no âmbito familiar, devido ao salto quântico empreendido pelo Direito de Família. ◆