

20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E A EVOLUÇÃO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Virgínia Bernardo Faria Paiva da Paz

APRESENTAÇÃO

Sancionada em 10 de janeiro de 2002, a [Lei 10.406](#) entrou em vigor um ano depois, em 11 de janeiro de 2003, substituindo o Código anterior, de 1916.

O projeto original do CC de 2002 foi elaborado entre 1969 e 1975 por uma comissão de juristas, encabeçada por Miguel Reale. O novo Código Civil foi uma necessária atualização de um texto obsoleto. Já no artigo 1º, por exemplo ("Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil"), a palavra "pessoa" substituiu "homem", em reconhecimento à evolução da igualdade de gênero.

Entre outras mudanças que refletiram as transformações sociais entre 1916 e 2002, a maioridade civil passou de vinte e um para dezoito anos, além de uma série de alterações no âmbito do direito das obrigações, das empresas, das coisas e das famílias.

Forçoso convir que, especialmente no âmbito das relações de família, o sistema inaugurado, fruto do labor de uma comissão formada no início da década de 70 e que sofreria, anos mais tarde, o impacto profundo da CR/88, apresentaria sérios retrocessos, realçados pelas mudanças de valores dos novos tempos.

E é por isso, que há quem diga que o Código Civil já nasceu desatualizado, mormente em razão dos anos de tramitação no Congresso.

Aliás, segundo estatística do portal [normas.leg.br.](#), desde 2003 até janeiro de 2022, o novo Código já foi alterado por outras 53 normas.

No entanto, uma coisa é certa: Miguel Reale adotou um sistema aberto de cláusulas gerais, mediante conceitos abertos em sua redação, o que de fato, vem possibilitando múltiplas interpretações do nosso Código, conforme o momento histórico. A esse fenômeno dá-se o nome de operabilidade.

A possibilidade de integração com os valores da Constituição de 1988, a curva ascendente na interpretação do Código Civil pelos Tribunais Superiores, as Jornadas de Direito Civil que abrem espaço para que toda a sociedade dialogue sobre as relações privadas, tornaram possível que o CC de 2002 proteja a sociedade e viabilize a solução de litígios.

Abordaremos nessa explanação a evolução trazida pelo Código Civil de 2002 no âmbito das famílias. Mas, antes de adentrarmos a toda evolução trazida por esta nova codificação, vamos falar um pouco sobre como a família era regulamentada.

Historicamente, a família era essencialmente matrimonializada e hierarquizada, era vista como uma instituição formada pelo casamento onde havia a manifesta supremacia do homem.

Para se ter uma ideia de como era visto esse modelo familiar, cito aqui norma que existia nas Ordenações Filipinas:

Achando o homem casado sua mulher em adultério lícitamente poderá matar a ela como ao adúltero, salvo se o marido traído for peão e o adúltero for um fidalgo ou nosso desembargador ou pessoa de maior qualidade.

Eis uma demonstração de como o matrimônio, a patrimonialização e a supremacia do homem eram tratados.

A elaboração de um Código Civil brasileiro foi uma determinação da nossa primeira Constituição, a Constituição Monárquica de 1824 que preceituou em seu art. 179, inc. XVIII: “Organizar-se-á quanto antes um Código Civil e Criminal fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade”.

O Código Civil de 1916 foi a primeira legislação brasileira a abordar, com abrangência o tema da família e do casamento civil. O conceito de família estava atrelado a duas premissas: a do casamento e a da biologia.

Historicamente o conceito de família era biológico e matrimonializado.

Apenas as famílias formadas a partir do casamento eram reconhecidas. O matrimônio, influenciado pelo Direito Canônico, era indissolúvel. Assim, o Código de 1916 não permitia o divórcio e, filhos nominados adulterinos, incestuosos ou adotivos tinham menos direitos do que os filhos tidos por legítimos.

A visão paternalista e hierarquizada da família era consagrada, cabendo ao homem a chefia da sociedade conjugal, relegando-se a mulher a um segundo plano. Vejamos texto do art. 233, do CC 1916:

Art. 233 - O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:
I - A representação legal da família.
II - A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial
III - O direito de fixar e mudar o domicílio da família
IV - O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal
V - Prover à manutenção da família, guardada a disposição do CCB/1916, art. 277.

Washington de Barros Monteiro, em comentários ao Código Civil de 1916, ao falar sobre a supremacia do homem, principalmente no que se refere ao dever de fidelidade escreveu:

Entretanto do ponto de vista puramente psicológico torna-se sem dúvida mais grave o adultério da mulher. Quase sempre a infidelidade no homem é fruto de um capricho passageiro ou de um desejo de momento. Seu deslize não afeta de modo algum o amor pela mulher. O adultério pela mulher, todavia, vem demonstrar que se acham rompidos definitivamente os laços afetivos que a prendiam ao marido, irremediavelmente comprometida assim a estabilidade do lar

Observou-se, então, a necessidade de edição de leis esparsas para disciplinar as relações privadas sob o influxo de novas ideias solidaristas e humanitárias.

Nessa esteira, citamos a Lei do Divórcio (Lei 6515/77) que acabou com a indissolubilidade do casamento.

Antes de 1977 as pessoas que já haviam se separado de fato dos seus cônjuges eram tidas como desquitadas. Essa expressão significa – aquele que não está quite com a sociedade e não está quite porque não poderia ter se separado pois o casamento era indissolúvel.

Entretanto, por mais que fossem realizadas modificações, ainda remanescia a ideia de uma atualização geral do Código Civil brasileiro. Nesse contexto, felizmente, o CC de 1916 veio a ser substituído pelo Código Civil de 2002.

Houve uma evolução de um conceito de família biológico, matrimonializado para uma ideia cultural. Hoje falamos em parentesco por afinidade (sogra, padrasto, cunhado) – art. 1595, do CC Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. – o fundamento do parentesco por afinidade é cultural e não biológico.

O Art. 1593, do CC prevê que o parentesco pode ser biológico, civil, adotivo ou pode ter qualquer outra origem, acobertando, também, a socioafetividade.

A CR/88 supera a visão biológica e matrimonializada em seus artigos 226 e 227, alterando substancialmente os elementos referenciais da família para o afeto, ética, dignidade e solidariedade.

A família ganha uma concepção cultural, ganha uma referência plural.

Deixa de prevalecer o conceito biológico e casamentário. Família passa a ser encarada como possibilidade de convivência: casamento, união estável e família

monoparental são expressamente previstos no art. 226, da CR/88 em um rol meramente exemplificativo.

Ao mesmo tempo em que se consagra a pluralidade das famílias, consagra-se, também, a igualdade, a possibilidade. Houve uma mudança de eixo fundamental.

O Novo Código Civil surge permeado com os princípios constitucionais da Carta Magna de 1988, com fulcro na prevalência de laços afetivos sobre os biológicos. Esse novo ordenamento prioriza a família socioafetiva, retira a tradicional discriminação entre filhos e consagra a corresponsabilidade dos pais no exercício do poder familiar.

Além disso, não traz distinção entre os filhos havidos ou não do casamento ou por adoção, vedando qualquer tipo de discriminação nesse sentido.

O CC de 2002 permitiu, portanto, a evolução da família havida pelo casamento e por vínculo biológico, para a família havida pelo afeto e pela solidariedade.

Houve uma ampliação das possibilidades de núcleos familiares. Por isso que substituímos a expressão “Direito de Família” por “Direito das Famílias”.

Essa mudança de perspectiva trouxe o caráter instrumental ao Direito das Famílias, vale dizer, não é a família que merece proteção do Estado, mas as pessoas que a compõem.

A família como meio e não como uma finalidade em si mesma. Não se pode sacrificar a dignidade das pessoas para manter núcleos familiares.

A finalidade passou a ser a realização pessoal dos seus componentes, é o conceito da família eudemonista, isto é, a busca da felicidade e a realização pessoal dos membros do núcleo familiar.

Cita-se a ementa do REsp 1.281.236/SP de 2013 que reconhece essa concepção eudemonista de família:

CIVIL. DIVORCIO INDIRETO (POR CONVERSÃO). REQUISITOS PARA DEFERIMENTO. PRÉVIA PARTILHA DE BENS. INEXIGIBILIDADE. NOVA PERSPECTIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA. ARTS. 1.580 E 1.581 DO CC/02. 1. A regulamentação das ações de estado, na perspectiva contemporânea do fenômeno familiar, afasta-se da tutela do direito essencialmente patrimonial, ganhando autonomia e devendo ser interpretada com vistas à realização ampla da dignidade da pessoa humana. 2. A tutela jurídica do direito patrimonial, por sua vez, deve ser atendida por meio de vias próprias e independentes, desobstruindo o caminho para a realização do direito fundamental de busca da felicidade. 3. O divórcio, em qualquer modalidade, na forma como regulamentada pelo CC/02, está sujeito ao requisito único do transcurso do tempo. 4. Recurso especial conhecido e não provido.

Parte-se da premissa de que não se pode impor tristeza e indignidade para supostamente proteger núcleos familiares. Daí nasce a ideia de utilizar o afeto como mecanismo interpretativo das normas do direito das famílias.

A partir dessa concepção instrumentalizada, analogamente ao que ocorreu no âmbito do direito penal constatamos mudanças de paradigmas, também, no que se refere a prevalência da autonomia privada. À luz do disposto no art. 1513, do CC que prevê: É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família, a intervenção do Estado deve ser excepcional e racionalizada (Princípio do Direito de Família mínimo – intervenção mínima do Estado nas relações de família).

As pessoas são livres para escolher seus caminhos e definir suas famílias.

A intervenção estatal da família somente se justifica quando houver periclitación de direitos fundamentais, por isso é que, por ex., não há porque impor que as partes digam o motivo do divórcio, tampouco se justifica impor prazo para decretação do divórcio.

E, assim, como resultado da evolução dos últimos 20 anos, passou-se a definir família como a possibilidade de convivência. Como dito, a pluralidade das entidades familiares demonstrou que o rol do art. 226, caput da CR/88 é apenas exemplificativo e, por isso, abre-se a possibilidade de se admitir outros núcleos familiares ou famílias sociológicas.

Vamos falar sobre os DIFERENTES NÚCLEOS FAMILIARES.

1. OS DIFERENTES TIPOS DE FAMÍLIA

1.1. Família Matrimonial

É o núcleo familiar clássico, calcado na união de duas pessoas sob o manto do casamento. Tal forma de constituição familiar remonta desde os tempos do Código Civil de 1916.

Não se pode olvidar que mesmo a família matrimonial passou por grandes transformações na atualidade como, por exemplo, a corresponsabilidade na criação dos filhos e a possibilidade de Divórcio, deixando de ser um vínculo indissolúvel. E, justamente por esta possibilidade é que surgem os novos agrupamentos familiares.

1.2. União estável

Consagrada na Constituição Federal no seu art. 226, parágrafo terceiro.

O conceito legal de união estável está previsto no art. 1723, do CC, que prevê:

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.

1.3. Família homoafetiva

A jurisprudência pátria é pacífica ao admitir a possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo, tal entendimento foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADPF 132, em 2011, ocasião em que reconheceu a União Estável entre pessoas do mesmo sexo.

O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. "O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica", observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF.

E assim, em 2013 o CNJ editou a Resolução 175 que obriga os cartórios de todo o país a celebrarem o casamento civil e a conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, fazendo valer, na prática, o reconhecimento dessas famílias pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

Assim, repita-se, a posição da jurisprudência majoritária é pela possibilidade do casamento homoafetivo e pela possibilidade de adoção pelo par homoafetivo.

1.4. Família Monoparental

A família monoparental é aquela formada entre qualquer um de seus genitores e seus descendentes, significando uma ampliação no conceito de família.

Tal formação familiar está disposta expressamente na Constituição Federal em seu artigo 226, parágrafo 4^o :

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 4^o Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

Para configuração desse modelo familiar basta apenas a presença de um dos genitores e seus descendentes para a formação da família, refletindo assim a sociedade atual, tendo em vista a possibilidade de divórcio e o seu crescente número.

1.5. Família Anaparental (família em que não há pais)

Família anaparental é aquela formada entre irmãos, primos ou pessoas que têm uma relação de parentesco entre si, sem que haja conjugalidade entre elas e sem vínculo de ascendência ou descendência. Família formada entre primos, por exemplo.

Quando formada entre tio e sobrinho é chamada de Família Avuncular

1.6. Família Pluriparental

São as famílias reconstruídas ou recompostas. Aquelas oriundas de uma relação amorosa atual que, entretanto, congrega também os frutos de uma relação pretérita.

Este modelo é também denominado de família mosaico, designação utilizada para demonstrar as sucessivas composições, com uma fatura de vínculos.

É muito comum, nessa configuração de família, a figura da madrasta ou do padrasto, no entanto, eles não possuem direito de interferir no exercício da autoridade parental de seu cônjuge ou companheiro com os filhos que sejam unicamente destes. Também não possuem nenhum encargo, nem mesmo obrigação alimentar, ainda que haja comprovado vínculo afetivo.

Importante salientar que, com fins no princípio da solidariedade familiar, somente vem se admitindo e discutindo jurisprudencialmente o direito de visitação.

1.7. Famílias Virtuais.

Sim. Se o conceito de família é plural, aberto, multifacetado, é possível falar em família virtual – o uso da tecnologia digital para a constituição de família.

O jurista Conrado Paulino criou o termo o termo iFamily, para designar as relações afetivas desenvolvidas em espaços virtuais.

O STJ, durante a pandemia, reconheceu a guarda compartilhada a distância (REsp 1.878.041/SP). Com o uso da tecnologia digital é possível o estabelecimento da guarda compartilhada a distância.

1.8. Família Multiespécies

Tem se tornado cada vez mais comum a integração de animais domésticos, de estimação, em núcleos familiares. Temos visto decisões recentes reconhecendo, inclusive, a competência da Vara de Família para dirimir questões das famílias multiespécies.

Abra-se aqui, um parêntese, para esclarecer que nesse caso, não falaremos em guarda compartilhada de animais, mas em custódia compartilhada.

1.9. Família contratada

Contratualização das famílias. COPARENTALIDADE.

Esse parentesco contratado permite que duas pessoas que desejam ser pais (que podem ou não ter uma relação afetiva) – possam ter filhos por adoção ou por inseminação artificial. É possível estabelecer, antecipadamente, regras para precaver litígios.

Na sequência, será feita uma abordagem sobre os mais recentes conceitos que, a par de não serem considerados tipos familiares, merecem nossa especial atenção:

2. RELAÇÕES PARALELAS

Há quem utilize a expressão família paralela para definir aquela derivada de relações concomitantes. Maria Berenice Dias, em entendimento extremamente

minoritário, defende direito a este tipo de família. No entanto, seu entendimento não encontra forças em sede normativa nem em sede jurisprudencial.

Importante ressaltar que, nesse modelo há a existência de uma relação anterior, uma traição e uma perpetuação dessa relação havida pela traição.

Na verdade, temos aqui o concubinato. Lembrando que até a CR/88 falávamos em concubinato puro, aquele mantido entre pessoas desimpedidas de se casar e, concubinato impuro, como sendo mantido por pessoas impedidas de se casarem.

O Direito Previdenciário deu consequências ao concubinato puro, por meio do Decreto 2465/31 (Lei orgânica da Previdência Social). Essa lei trouxe no seu bojo a possibilidade de deferimento do benefício no concubinato puro.

E foi com a CR/88 que o concubinato puro foi elevado ao status de união estável (art, 226, parágrafo terceiro) e o concubinato impuro passou a ser tratado apenas como concubinato.

O Código Civil de 2002 consagra de uma vez por todas esse sistema dual, a união estável (art. 1723) e o concubinato (art. 1727).

De fato, o legislador prestigia relações de afeto saudáveis, calcadas no respeito e fidelidade. Por isso, a relação de concubinato não tem a proteção de relação familiar.

Inclusive, o concubino não tem direitos, exceto quando caracterizada a sociedade de fato – mas aí falamos em direitos no campo do direito obrigacional - isso porque o atual posicionamento do STF (Súmula 380) e do STJ é no sentido de adotar a Tese de que as relações concubinárias quando merecerem tutela, devem ser tuteladas em sede obrigacional e não sob o prisma do direitos das famílias.

Há quem fale sobre o reconhecimento de união estável putativa (quando há boa-fé de um dos envolvidos). Ex. União estável putativa – O sujeito mora em determinada cidade onde é casado, trabalha em outra cidade onde mantém um relacionamento, sendo que a cidadã acredita que está vivendo uma união estável.

Essa segunda relação é de concubinato, no entanto, boa parte da doutrina defende a possibilidade de aplicação do instituto da união estável putativa para proteger a cidadã que está de boa-fé.

No entanto, o STJ não adota essa tese da união estável putativa.

Concubinato consentido – Quando a esposa reconhece a companheira, possibilidade de vida a três – trisal. Vejamos, emblemático caso, na prática:

A 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça reconheceu que um cidadão viveu duas uniões afetivas: com a sua esposa e com uma companheira.

A companheira entrou na Justiça com Ação Ordinária de Partilha de Bens contra a esposa e filho do falecido.

Alegou que manteve relacionamento público e notório com ele entre 1970 e 1998.

O relator, Desembargador Rui Portanova, concedeu apenas em parte o pedido da autora pois “não há como retirar dos filhos o direito de herança ou totalmente da esposa o seu direito de meação”. Assim, declarou que a companheira tem direito a 25% do patrimônio imóvel adquirido pelo falecido durante a existência do concubinato.

A companheira vivia em Santana do Livramento e também teve um filho com o cidadão. Já a família legalizada vivia em São Gabriel. Para o magistrado, apesar de não se aplicar o novo Código Civil diretamente, a situação é prevista no artigo 1.727. Para ele, o novo Código Civil não proibiu o concubinato. “Agora é possível dizer que o novo sistema do direito de família se assenta em três institutos: um, preferencial e longamente tratado, o casamento; outro, reconhecido e sinteticamente previsto, a união estável; e um terceiro, residual, aberto às apreciações caso a caso, o concubinato”, afirmou.

Para o Desembargador Portanova, “a experiência tem demonstrado que os casos de concubinato apresentam uma série infindável de peculiaridades possíveis”. Avaliou que se pode estar diante da situação em que o trio de concubino esteja perfeitamente de acordo com a vida a três. No caso, houve uma relação “não eventual” contínua e pública, que durou 28 anos, inclusive com prole, observou.

“Tal era o elo entre a companheira e o falecido que a esposa e o filho do casamento sequer negam os fatos – pelo contrário, confirmam; é quase um concubinato consentido.”

O Desembargador José Ataides Siqueira Trindade acompanhou as conclusões do relator, ressaltando a singularidade do caso concreto: “Não resta a menor dúvida que é um caso que foge completamente daqueles parâmetros de normalidade e apresenta particularidades específicas, que deve merecer do julgador tratamento especial

Já o Desembargador Alfredo Guilherme Englert, que presidiu a sessão ocorrida em 27/2, acompanhou também, nas conclusões, o relator.

Entretanto, essa tese é afastada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

3. POLIAMORISMO

Há quem defenda a possibilidade de um indivíduo amar e ser amado por mais de uma pessoa. Eis o conceito do poliamor.

O “poliamor” é um instituto que, basilarmente, dispõe acerca de um relacionamento no qual um sujeito se envolve com mais de uma pessoa e existe o consentimento e o conhecimento por todas elas acerca de suas relações afetivas

Regina Navarro Lins fala que os poliamoristas vivem três crenças básicas, que são completamente opostas à três crenças comuns no relacionamento monogâmicos. Sendo que as crenças poliamoristas são: a) há entre os integrantes

uma relação de confiança tão profunda, que mesmo que o parceiro se relacione com outra pessoa, esse outro envolvimento não faz perder, nem desperta ciúmes ou medo de destruição do amor que já era vivido; b) amar mais de uma pessoa é uma escolha que pode expandir o potencial de dar e receber amor; c) o arranjo da vida amorosa, apesar de totalmente diferente do comum, foi estabelecido em um consenso e com integridade dos envolvidos. Nota-se que a honestidade, consenso, lealdade são elementos presentes nos relacionamentos poliamorosos.

Os conceitos evoluíram muito e, há quem diga que, apesar de ainda não ser admitido como família, o poliamorismo possa vir, com o passar dos anos, a galgar esse reconhecimento.

Em 2018 o CNJ resolveu por proibir a lavratura de escrituras públicas que previam a regulamentação das relações entre mais de duas pessoas e, também, anular as escrituras que haviam sido até então lavradas proibindo assim, o poliamor. O princípio da monogamia foi o principal fundamento para essa proibição.

Recentemente, em 2020, o STF, numa votação de 6 votos a 5, fixou o Tema de Repercussão Geral de n. 529 firmando a tese que:

A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil (impedimentos para o casamento aplicáveis à união estável), impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

A monogamia ainda impera, mas repito, há quem diga que o poliamor possa vir a ser tendência daqui a algumas décadas.

CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto, resta demonstrado o quanto a realidade fática dos modelos de família mudou, de modo a reclamar alterações normativas. Acompanhando os reclames sociais a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova fase em nosso direito das famílias, seguida pelo Código Civil de 2002 e de diversas alterações legislativas.

A afetividade predomina nas formações das relações familiares atuais. Deixa-se de lado a exclusividade e prevalência da família matrimonial, para que, ao lado dela e tão importantes quanto essa, surjam outros modelos familiares.

Perpassamos por alguns dos tipos familiares, sem é claro pretender esgotar o tema, demonstrando a importância do afeto nas relações atuais.

Assim, o direito não pode ser inflexível, deve se moldar de acordo com a realidade fática, notadamente no âmbito do direito das famílias. Por isso, os casos de formação de novos núcleos familiares calcados no afeto devem receber a devida formatação jurídica.

Tudo isso vem sendo plenamente possível, porquanto os princípios que regem o CC de 2002, notadamente o da eticidade, socialidade e operabilidade permitem a sua aplicação pelo jurista que deverá ser orientado pela cultura, experiência e história.