

3

A família e suas relações: aspectos jurídicos

Inicialmente, há que se ressaltar que a família é uma entidade que não se mantém inerte no decorrer dos tempos, mas que como parte da sociedade com ela interage, influencia e é influenciada se transformando gradativamente. Assim, as transformações sociedade/família se operam de modo dialético, através de mútuas influências, já que a família não é um segmento, mas integra um todo e como tal

“é afetada pelos processos social, econômico e político. Por esta razão, a estrutura social é uma espécie de esqueleto sobre a qual a sociedade e suas operações estão fundadas. Supõe-se que, quando este muda, todo o resto também tende a mudar, pois os contextos culturais e subculturais em que está imerso, os contextos histórico, político, econômico, religioso, de meio ambiente, de peculiaridades de uma região, país ou hemisfério sustentam e compõem o universo relacional do indivíduo.”⁴³

Como a família é o lócus básico de estruturação dos indivíduos, ensinando-lhes valores, formando-o para as futuras relações com a sociedade, impactando-o de forma positiva ou negativa, mas definitivamente influenciando a sua constituição enquanto pessoa é importante refletir sobre como mudanças/reformas legislativas têm impactado nas relações que são estabelecidas entre seus membros, bem como os rebatimentos na guarda.

Para os fins deste trabalho adotaremos um conceito jurídico restrito de família, ou seja, a que

“...se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos. Aí se exerce a autoridade paterna e materna, participação na criação e educação, orientação para a vida profissional, disciplina do espírito, aquisição dos bons ou maus hábitos influentes na projeção social do indivíduo. Aí se pratica e desenvolve em mais alto grau o princípio da solidariedade doméstica e cooperação recíproca.”⁴⁴

43 TEIXEIRA, ACB. *Família, Guarda e Autoridade Parental.*, p. 12

44 PEREIRA, C M S. *Instituições de Direito Civil, volume V*, p. 19/20.

3.1

Evolução legislativa

3.2.1

Família Romana

Na família romana⁴⁵ o homem, personificado na pessoa do *pater familias*, constituía a autoridade máxima do núcleo familiar, portanto um patriarcado. Ele exercia uma função de chefia não apenas das questões familiares, como também incorporava outros papéis como o de: autoridade religiosa, política e econômica. Suas decisões não podiam ser questionadas por ninguém, nem mesmo pelo Estado.⁴⁶

Os bens desempenhavam uma importante função e determinavam as uniões entre homem e mulher.

À mulher era imposto o dever de fidelidade e o casamento constituía o fator de legitimação dos filhos. Os concebidos na sua constância eram os ditos legítimos, por conseguinte, detentores dos direitos, ao contrário do que ocorria com os concebidos fora do liame matrimonial.

O *pater familias* era o chefe da “gens”, grupo composto pela mulher, filhos, netos, escravos, irmãos, etc. Além de tudo, tinha o poder de vida e morte sobre os filhos, já que estes eram propriedades suas⁴⁷, e o exercia enquanto estes vivessem.

Decorridos alguns séculos, o ordenamento jurídico brasileiro se inspirou no português que por sua vez buscou no Direito Romano alguns dos seus fundamentos como, por exemplo, o patriarcalismo que foi reproduzido no Código Civil de 1916.

45 O direito romano serviu de base para a elaboração de leis em inúmeros países dentre eles Portugal, de onde se originou o direito brasileiro.

46 TEIXEIRA, A C B. *Família, Guarda e Autoridade Parental*, p. 16

47 Com o passar do tempo este direito foi sendo atenuado até se transformar num direito a castigar. Havia também o direito ao abandono do filho com deformidades físicas.

3.2.2

Família no Código Civil de 1916

Enquanto colônia portuguesa, o Brasil seguia as mesmas orientações vigentes na Corte de Portugal e nesse sentido a família ou o seu ordenamento jurídico seguia a concepção da família romana. Com o advento da independência verificou-se a necessidade de se elaborar o primeiro Código Civil Brasileiro, cuja previsão constava até da Constituição Federal de 1824. Decorridos quase cem anos a nova codificação foi sancionada em 1º de janeiro de 1916 e entrou em vigor um ano depois.

A família regulada pelo Código Civil de 1916⁴⁸ se caracterizava por ser uma entidade patriarcal, oriunda do matrimônio, onde cabia ao homem o sustento da casa e as principais decisões e à mulher os cuidados com o lar e com os filhos. Neste sentido podemos afirmar que ela era de fato um espelho dos valores então vigentes na sociedade, tanto assim que a grande preocupação do Código era regular as questões patrimoniais deixando de lado os aspectos emocionais dos membros.

Segundo TEIXEIRA (2005):

“a família pré e pós-codificada era marcadamente patriarcal, patrimonializada, matrimonializada e hierarquizada. Seu “lócus” era uma sociedade eminentemente agrária. O pai, centro de grande família e detentor do patrimônio, também estava no topo da pirâmide, decidindo qual seria o destino de todas as pessoas que lhe eram subordinadas: filhos, parentes e empregados.”⁴⁹

A família do antigo Código, leia-se a decorrente do casamento, era denominada de legítima⁵⁰, composta por marido, mulher e filhos, ou em algumas situações por ascendentes (os avós).

O casamento tinha como pressuposto a virgindade da mulher, sendo que o defloramento desconhecido pelo marido era tido como erro essencial sobre a pessoa (art. 219 CC) possibilitando a anulação do casamento (art. 220 CC).

48 Doravante denominado apenas de Código. Os outros diplomas legais mencionados neste item, como decretos-lei, leis, decretos, dentre outros, tiveram o condão de alterar a redação do Código Civil ou foram acréscimos cujo objetivo era ampliar a sua incidência

49 TEIXEIRA A C B, *Família, Guarda e Autoridade Parental*, p.20

50 Ressalte-se que legítima significa “o que está conforme às leis ou que se apresenta cumprindo as determinações legais” - SILVA, de P e, de, *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro: Forense, p 480.

Por outro lado, o responsável pelo defloramento da mulher ficava obrigado a reparar o dano mediante o pagamento de indenização (caso não pudesse ou não quisesse com ela se casar), consoante o disposto no art. 1548 do Código:

“Art. 1.548. A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado: (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

I - se, virgem e menor, for deflorada.

II - se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças.

III - se for seduzida com promessas de casamento.

IV - se for raptada.”

Os demais núcleos familiares, ou seja, os que não se enquadravam neste perfil, eram denominados de ilegítimos, o que já demonstra o preconceito atribuído e uma noção implícita de certo e errado. Assim sendo, aqueles que não se enquadrassem no padrão do Código Civil eram tidos como um grupo marginal e que deveriam receber um tratamento diferenciado.

Há que se ressaltar que nem mesmo os filhos eram poupados desse tratamento discriminatório, pois também eram denominados de legítimos ou ilegítimos conforme fossem oriundos ou não de um matrimônio conforme o estabelecido no Código. Isto sem mencionar denominações como: filho espúrio e filho natural, sendo o primeiro os filhos advindos de relação adúltera ou incestuosa de que decorreriam um casamento nulo, o segundo o nascido de uma relação extra-matrimonial.

Diante disso, percebe-se que mesmo os filhos eram culpabilizados e marginalizados em virtude dos atos praticados por seus pais, o que demonstra a injustiça do Código Civil.

Inicialmente, o caráter ilegítimo da filiação tornava-se público e notório posto que constava do registro civil de nascimento, tendo sido a prática vedada com o advento do Decreto Lei 3200/1941, cujo art. 14 dispunha que:

“Nas certidões de registro civil, não se mencionará a circunstância de ser legítima, ou não, a filiação, salvo a requerimento do próprio interessado ou em virtude de determinação judicial.”

Os filhos adulterinos puderam passar a ser reconhecidos com a dissolução da sociedade conjugal do genitor (art. 1º da Lei 883/49)⁵¹ e depois através de testamento cerrado mesmo que na constância do casamento do mesmo (art. 1º §1º da Lei 7250/84).

Os filhos incestuosos, por sua vez, só tiveram o seu reconhecimento permitido após o advento da Constituição Federal de 1988⁵², o que demonstra o modo absurdo como as relações familiares eram até então tuteladas, ou seja, um indivíduo que possuísse impedimento para se casar com outro, não poderia registrar o filho gerado desta união em hipótese alguma.

Assim sendo, caso o genitor de um filho incestuoso optasse por não contribuir para o sustento de seu filho não reconhecido, a genitora nada poderia fazer já que a investigação de paternidade estaria inviabilizada em virtude de proibição legal; sem a paternidade reconhecida não haveria como se condenar o pai ao pagamento de pensão alimentícia.

O art. 38 do Decreto Lei 3200/41 era um exemplo do preconceito para com os filhos incestuosos, como se pode observar: “Art. 38. Sempre que este decreto-lei se referir, de modo geral, a filhos, entender-se-á que só abrange os legítimos, os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos.”

A marginalização do “filho ilegítimo” se mantinha mesmo após o falecimento do seu genitor, pois quando da partilha este tinha direito à metade do patrimônio herdado por seus irmãos “legítimos”⁵³.

O mesmo raciocínio se aplicava aos filhos adotivos que de igual modo recebiam metade do patrimônio destinado aos filhos biológicos⁵⁴. Essas normas só perderam vigência com o advento da Lei do Divórcio em 1977.

51 ALMEIDA (2004: 419) ressalta que quando a lei fala em dissolução da sociedade conjugal estão abrangidos os casos de desquite, morte do genitor ou anulação do casamento.

52 Saliente-se que o teor original do Código Civil de 1916 tinha o seguinte teor: “Art. 358: Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos”. Com o advento da carta constitucional de 1988 o referido artigo foi revogado pela Lei nº 7.841, de 17.10.1989.

53 “Art. 1.605. Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos.

§ 1º Revogado pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977:

Texto original: Havendo filho legítimo ou legitimado, só a metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento (art. 358).”

54 Art. 1605: ...

§ 2º Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes à adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes.

Ressalte-se, por fim, que foi este Código que consagrou a terminologia “menor” para se referir à crianças e adolescentes, a qual infelizmente se mantém até a presente data inclusive para alguns operadores do direito. Como “menores”, essas crianças e adolescentes eram objetos e não sujeitos de direitos e portanto o que prevalecia era o interesse de seus pais, sendo as decisões a seus respeitos tomadas com base nele.

Por outro lado, o só fato de estar inserido no contexto do elo matrimonial não bastava para assegurar um tratamento digno, posto que a “chefia” da sociedade conjugal cabia ao marido de acordo com o art. 233 caput⁵⁵, redação que foi posteriormente alterada pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei 4121/62), para assegurar a colaboração da mulher, ou seja, uma singela melhora que assegurava a participação da esposa na tomada de decisões.

Entretanto, há que ficar claro que a esposa poderia colaborar na gestão conjugal, mas não tomar decisões em caráter de igualdade com o marido, mesmo porque a mulher ao se casar se tornava relativamente incapaz⁵⁶ e não podia administrar nem os seus bens. Até mesmo para ser admitida em um emprego precisava de uma autorização do marido (art. 233 IV CC 1916).

Mesmo no que tange ao dote⁵⁷ era direito do marido administrá-lo e receber os seus frutos (art. 289 CC 1916), caso os bens fossem móveis eram transferidos ao marido (art. 290 § único CC 1916).

O pátrio poder era exercido pelo homem, o que mostra como a mulher tinha que ser subserviente⁵⁸, ficando sempre em segundo plano. Só o casamento legitimava a família e os filhos, todas as questões colidentes com ele (como a infidelidade e os filhos ilegítimos) deveriam ser mantidas à margem como forma de se preservar o núcleo familiar.

A concepção que se tinha do Pátrio Poder, como o próprio nome diz, era de um poder de fato, que tocava ao pai, um direito subjetivo dele. A preferência

55 Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.

56 Ou seja precisava da assistência do marido para praticar os atos da vida civil, algo como necessitar do “de acordo” do seu cônjuge para constituir um advogado e entrar com uma ação, por exemplo.

57 Bens doados à mulher antes do casamento

58 A mulher passou a receber um tratamento mais digno com o advento do Estatuto da Mulher Casada que dentre outras coisas deixou de considerá-la relativamente incapaz e alterou o art. 380 permitindo a colaboração dela no exercício do pátrio poder e o direito de recorrer ao Judiciário em caso de discordância da atitude tomada pelo marido em relação aos filhos. De qualquer modo o papel a ela designado assim continuava a ter caráter secundário e discriminatório.

masculina sobre a mulher era tanta que em caso de divergência entre ambos prevalecia a opinião do pai, cabendo aquela recorrer à justiça se entendesse necessário.⁵⁹

O art. 379 do Código que versava sobre “quais os filhos” deveriam se submeter ao pátrio poder dispunha que: “Os filhos legítimos, ou legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.”

Como se verifica do teor do dispositivo acima os filhos ilegítimos não reconhecidos não são por ele englobados, um reflexo do que já foi dito sobre a não preocupação com os que estavam à margem do elo matrimonial. Esses filhos ficavam sob o pátrio poder da genitora caso a mesma fosse viva ou conhecida.⁶⁰

A preocupação do Código concernia muito mais ao âmbito econômico e patrimonial, do que ao afetivo⁶¹, já que este não era sequer mencionado. Um reflexo disso era a seção atinente ao pátrio poder e os bens dos filhos que possuía 07 sete artigos⁶² e a referente ao pátrio poder quanto à pessoa dos filhos tinha apenas um⁶³.

O concubinato⁶⁴, por sua vez, era apenas tratado na seara do direito das obrigações e não no âmbito do direito de família, orientação chancelada pelo enunciado nº 380 da Súmula do STF⁶⁵. Sendo que havia uma aceitação maior do homem concubino do que da mulher concubina, reflexo do machismo que então imperava, afinal ter uma amante era quase que um direito do homem.

59 Art. 380. 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 o outro a exercê-lo com exclusividade. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

Parágrafo único. 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. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

60 Art. 383. O filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno. Se, porém, a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o pátrio poder, dar-se-á tutor ao menor.

61 VILLELA (1997) discorda e afirma que mesmo o Código Civil de 1916 incorporou a cultura da paternidade afetiva ao manter a presunção de paternidade do marido mesmo face à prática de adultério pela mulher ou diante da confissão da mesma, na forma do art. 346.

62 Art. 385 a 391

63 Art. 384

64 União de duas pessoas em que uma delas ou ambas possuíam impedimento para casar.

65 S 380 “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

De acordo com os valores então vigentes na sociedade brasileira, a mulher era obrigada a resistir aos impulsos sexuais tendo que restringir a sua sexualidade ao matrimônio, enquanto que ao homem cabia a conquista feminina.

No casamento subsistia a sexualidade casta com fim procriativo ao passo que nas relações extra conjugais se encontrava o prazer, assim sendo não havia conexão entre este e casamento.

Um exemplo disso era o art. 1177 do Código Civil de 1916 que permitia a anulação da doação do cônjuge adúltero feita à concubina, pelo outro cônjuge ou pelos seus herdeiros, até dois anos após o término da sociedade conjugal.

No tocante ao matrimônio os deveres a ele atinentes eram mencionados no art. 231⁶⁶, sendo ele indissolúvel até o advento da Lei do Divórcio em 1977. A separação à época se denominava desquite e as razões para pleiteá-lo eram as seguintes:

“-Adulterio⁶⁷,
 - Tentativa de morte,
 - Sevícia, ou injúria grave,
 - Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.”(art. 317 CC)

Gostaríamos de salientar o último item do art. 317, ou seja, o abandono de lar, o qual foi revogado juntamente com o restante do artigo e inúmeros outros dispositivos pela Lei do Divórcio. Tal figura se impôs com tamanha “força” em nossa sociedade que até hoje ouvimos falar na mesma, muito embora esteja bastante ultrapassada.

Em algumas situações por nós presenciadas como advogada a parte verbalizou a sua intenção de se dirigir à Delegacia de Polícia para registrar o fato. Inicialmente, cabe ressaltar que apenas crimes e contravenções são passíveis de registro em Delegacia, abandono de lar não é nenhum dos dois, motivo que nos faz questionar o porquê da atitude ?

Percebíamos, de igual modo, a diferença entre o abandono de lar efetuado pelo homem e pela mulher. Quando esta saía de casa, estava deixando a família,

66 Art. 231. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal (arts. 233, IV, e 234);

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos.

67 O adultério não podia ser utilizado como causa para o desquite se o autor (o interessado em propor a ação) houvesse concorrido para o seu cometimento (o que quer que isso significasse) ou o houvesse perdoado. Considerava-se perdoado o adultério quando a coabitação perdurasse (art. 319 CC).

desamparando os filhos mesmo que fosse vítima de violência doméstica enquanto o homem o fazia porque desejava se separar e reconstruir a sua vida.

Em nossa prática profissional na advocacia e como oficial de justiça percebemos o quanto a nossa sociedade necessita chamar a Polícia, ir à Delegacia para resolver qualquer problema, muitas vezes em situações em que tais condutas não são absolutamente necessárias.

Creemos que a violência esteja tão arraigada em nossa cultura que ao menor sinal de um desentendimento se faz necessário recorrer aos órgãos de repressão, em detrimento de uma resolução através da conversa.

Ainda no que tange ao desquite, a modalidade consensual também estava prevista no Código Civil, pelo art. 318, tendo como condição o fato do matrimônio ter sido realizado há mais de dois anos.

O art. 320 do Código anterior estabelecia que para a mulher ser pensionada⁶⁸ pelo marido teria que ser pobre e inocente, sendo que com este último termo quis o legislador dizer que não poderia ter sido a “culpada” pelo desquite, ou seja, que não houvesse dado causa a ele, caso contrário perdia o referido direito.

Verifica-se, uma vez mais, o caráter preconceituoso da legislação visto que não há nem mesmo previsão da prestação de alimentos da mulher ao marido, uma vez que pela lógica então vigente cabia a ele o sustento do núcleo familiar. Logo, deveria soar como absurdo a mulher auferir renda e ainda ter de dividi-la com seu ex-marido.

Até mesmo o critério do estabelecimento da pensão alimentícia dos filhos era a culpa pela separação (art. 321 CC 1916), cabendo ao cônjuge “culpado”⁶⁹ a obrigação de pensionar. Assim sendo, a pensão alimentícia não decorria do parentesco, ou seja, do fato dos cônjuges desquitados serem pais, mas da culpa pela separação, fato este que era necessariamente estendido aos filhos embora estes nada tivessem a ver com ele.

Na hipótese de ambos os cônjuges haverem causado a separação, a obrigação de prestar alimentos caberia aos dois (art. 321 CC 1916).

68 Para receber pensão alimentícia do marido

69 A culpa é nos dias atuais muito criticada pelos juristas, já que impõe a uma das partes a causa para a separação quando via de regra ambas concorrem para o desgaste do relacionamento. Assim sendo, como é que se sabe se aquele que traiu já não se sentia “traído” de outra forma.

Quanto à guarda dos filhos, dissolvida a sociedade conjugal consensualmente observar-se-ia o acordado pelas partes (art. 325 CC 1916). Contudo, na hipótese de ser o desquite litigioso os filhos deveriam ficar com o cônjuge inocente, ou seja, aquele não deu causa à dissolução. Eram consideradas causas as enumeradas no art. 317 do Código Civil.

Verifica-se a vinculação entre os conceitos de conjugalidade e parentalidade respectivamente, os atributos e habilidades do cônjuge na condição de companheiro/esposo e os seus atributos e habilidades na condição de pai/mãe. Dessa forma, o mau marido seria obrigatoriamente um mau pai e, portanto ficaria impossibilitado de exercer a guarda dos filhos.

Na hipótese de ambos os cônjuges serem “culpados” os filhos menores deveriam ficar na companhia da mãe a menos que o juiz verificasse que esta solução traria prejuízo para os mesmos (art.326 §1º CC 1916).

Nota-se no artigo acima mencionado implícita a idéia de que à mulher caberiam os cuidados com os filhos, reflexo dos valores machistas então vigentes e da ínfima inserção da mulher no mercado de trabalho. Assim sendo, quando o assunto era a prole ela teria “naturalmente” a preferência quanto aos cuidados, pois fora talhada para tanto, excentuando-se apenas os casos em que esta solução acarretasse danos.

Um exemplo claro do machismo que então imperava na legislação era o art. 409 CC, que versava sobre a indicação dos tutores⁷⁰ nos casos em que os pais não os houvesse nomeado:

“Art. 409. Em falta de tutor nomeado pelos pais, incumbe a tutela aos parentes consangüíneos do menor, por esta ordem:
I - ao avô paterno, depois ao materno, e, na falta deste, à avô paterna, ou materna;
II - aos irmãos, preferindo os bilaterais aos unilaterais, o do sexo masculino ao do feminino, o mais velho ao mais moço;
III - aos tios, sendo preferido o do sexo masculino ao do feminino, o mais velho ao mais moço.”

Percebe-se no artigo supra citado uma clara preferência pelo sexo masculino em detrimento do feminino mesmo quando o parente indicado já é do sexo masculino, a exemplo do que ocorre com o inciso I no qual o avô paterno é favorecido em relação ao materno.

70 A tutela se aplica nos casos em que crianças e adolescentes ficavam órfãs de pai e mãe.

O biologismo, ou seja, a valorização por quem possuía vínculos consanguíneos, também é enfatizado posto que no inciso II os irmãos unilaterais são preteridos em relação aos bilaterais, como se o laço destes últimos fosse maior uma vez que é oriundo de ambos os genitores.

Um outro exemplo de biologismo e vinculação entre conjugalidade e parentalidade atinentes à guarda, porém regulamentado externamente ao Código é o constante do Decreto-lei nº 9701/46 cujo art. 1º dispõe que:

Art. 1º No desquite judicial, a guarda de filhos menores, não entregues aos pais, será deferida a pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, ainda que não mantenha relações sociais com o cônjuge culpado, a quem entretanto será assegurado o direito de visita aos filhos.

Nota-se que na hipótese do filho não poder ficar sob a guarda dos genitores seria aquele entregue a algum integrante da família do cônjuge inocente, cabendo ao culpado o direito a visitação apenas, já que a sua condição o inviabilizava de exercer a guarda da sua prole, sendo de antemão preterido em favor de algum parente do outro cônjuge (as más conseqüências da culpa se estendiam aos demais familiares do mesmo, desconsiderando suas qualidades pessoais e os tornando inaptos).

Ao comentar este dispositivo legal SANTOS (2004) ressalta que:

“apesar de a lei ter-se referido somente à hipótese de concessão da guarda a pessoa diversa dos pais, a doutrina e jurisprudência, através de interpretação extensiva, ampliaram o alcance da norma, a fim de garantir, em qualquer situação, o direito de visitação também ao cônjuge não detentor da guarda, desvinculando-se da questão da culpa.”⁷¹

Embora o Código Civil de 1916 regulasse as relações familiares legitimando os valores sociais vigentes a exemplo do art. 326 §1º, foi prevista uma hipótese em que o magistrado estaria autorizado a regular a guarda dos filhos, não ficando estes nem com os genitores, nem com um parente desde que houvessem graves motivos e tal atitude fosse para o bem daqueles (art. 327 CC 1916). Faz-se mister salientar que a lei não se preocupou nem ao menos exemplificar o que seria considerado um motivo grave.

De qualquer modo, esta exceção representava um avanço na medida em que à época predominava o biologismo absoluto, ou seja, as pessoas elencadas pelo Código para exercerem a guarda de crianças/adolescentes eram em regra os pais ou outra pessoa que tivesse algum tipo de vínculo consanguíneo. Não se

71 SANTOS, A.M.S, *Da Proteção dos Filhos*, p. 141

atentava para o fato de que por vezes um terceiro sem qualquer vínculo consanguíneo tem um melhor relacionamento, uma maior identificação, um maior afeto com as crianças/adolescentes cuja guarda se pleiteia.

Situação à parte, não regulamentada pelo Código, mas pelo Decreto Lei 3200/41, concernia à guarda dos filhos naturais, ou seja, aqueles que haviam sido gerados sem que os pais fossem casados.⁷² De acordo com o Decreto Lei citado era possível ao cônjuge não permitir que o filho natural reconhecido⁷³ do outro vivesse na residência do casal, o que acarretaria para o genitor a obrigação de prestar alimentos “fora do seu lar” e assegurar o mesmo padrão de vida dos filhos legítimos (art. 15).

Nota-se uma tentativa de tratamento isonômico entre os filhos legítimos e os ilegítimos, todavia permitindo-se o afastamento destes últimos, tudo em nome da paz domiciliar, a integridade da família instituição.

Inicialmente, o filho natural deveria ficar sob a guarda de quem primeiro o reconheceu (art. 16). Posteriormente o Decreto Lei 5213/43 acrescentou que se ambos o fizessem a guarda caberia ao pai, numa clara demonstração do machismo então vigente.

Finalmente, o art. 16 teve a sua parte final alterada pela Lei 5582/70 concedendo à mãe a guarda do filho natural nas hipóteses de reconhecimento simultâneo dos genitores, refletindo a divisão sexual do trabalho vigente à época, na qual cabia à genitora o cuidado e a educação dos filhos.

A Lei 5582/70 representou para os filhos naturais um avanço na medida em que previu a possibilidade da guarda ficar com uma pessoa idônea preferencialmente parente quando não pudesse ser exercida por nenhum dos genitores (art. 16 §1º) e mesmo com outrem caso lhe fosse mais benéfico (art. 16 §2º). Ambas as situações estavam previstas para os filhos legítimos, configurando-se, portanto uma tentativa tardia de lhes proporcionar um tratamento igualitário.

Em 1977 entrou em vigor a Lei 6515/77, que passou a admitir o divórcio no direito brasileiro e revogou inúmeros artigos do Código Civil de 1916 atinentes

72 Nesse caso a ausência de matrimônio não decorria de impedimento como a existência de vínculo consanguíneo ou do fato de uma das partes já ser casada, mas da vontade dos genitores.

73 Como mencionado neste capítulo o reconhecimento dos filhos naturais na constância do matrimônio só ocorreu anos depois com o advento da Lei 883/49, a qual foi expressa nesse sentido. O Decreto Lei 3200/41 não dispõe a respeito.

ao Direito de Família. Contudo, esta ainda vinculava a concessão da guarda dos filhos ao cônjuge que não houvesse dado causa à separação⁷⁴ nas situações em que esta fosse litigiosa⁷⁵, o que demonstra a não separação entre os conceitos de conjugalidade e parentalidade (art. 10 da Lei 6515/77).

Nota-se, outrossim, a reprodução dos valores culturais preconceituosos de acordo com os quais a mãe seria a cuidadora e pai o responsável por auferir o sustento da família, isto porque consoante o art. 10 §1º caso ambos os ex-cônjuges houvessem causado a separação os filhos ficariam com a mãe (repetindo-se o art. 326 §1º CC), a menos que o juiz verificasse que esta decisão poderia acarretar prejuízos para a prole.

Felizmente a lei ressalvava a possibilidade do magistrado regular a guarda de modo diverso se tal solução fosse para o bem dos filhos ou na hipótese de existirem graves motivos.

Com o decorrer do tempo coube aos julgadores atenuarem o rigor imposto pela lei, e considerando o caso concreto decidir pelo que considerassem mais adequado aos valores então vigentes, ou seja, uma hermenêutica de cunho integrativo e não literal.

Assim sendo, quando do advento do novo Código Civil EM 2002 muitos dispositivos do código anterior já não eram mais aplicados em sua literalidade, a exemplo da questão da vinculação entre a culpa na separação e a guarda dos filhos.

Um indício do tratamento igualitário entre os cônjuges que viria a se consolidar com a Constituição Federal de 1988 surgiu com o art. 20 da Lei do Divórcio que estipulava que em caso de separação judicial ambos deveriam contribuir para o sustento dos filhos na medida dos seus recursos.

Por fim, a Lei do Divórcio representou um avanço ao transformar o desquite em separação, a princípio uma simples alteração de nomenclatura, mas cujo objetivo era pôr fim ao preconceito contra os desquitados, cujo significado era: os que não estavam quites. Percebe-se uma vez mais a tentativa do legislador anterior de proteger o matrimônio-instituição, pois quem estava casado estava

74 “Art. 10. Na separação judicial fundada no caput do Art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.”

75 Felizmente nas hipóteses de separação consensual a lei dispunha que se respeitaria o que fosse pactuado pelos ex-cônjuges (art. 9º Lei 6515/77)

quite, quem se separava deixava esta condição passando a desquitado (sem estar quite).

3.2.3

A família e a Constituição Federal de 1988

Muitos dos equívocos legislativos acima citados como a submissão da mulher ao homem, a discriminação dos filhos nascidos fora do matrimônio e das entidades familiares não oriundas deste só foram de fato com o advento da Carta Constitucional de 1988 que incorporou várias mudanças vividas pela sociedade, como a ascensão do movimento feminista, a queda do patriarcalismo e a nova divisão sexual do trabalho com o ingresso definitivo da mulher no mercado.

COLARES (2000) assim se manifesta quanto as mudanças sociais ocorridas no século passado:

“No decorrer do século XX, as posturas sociais em relação à familiaridade sofreram as influências do desenvolvimento tecnológico, das alterações econômicas no horizonte do trabalho, dos eventos beligerantes, das ações políticas de caráter pacifista e/ou contraculturais, da destruição de tabus de gênero, etc. Tudo isso possibilitou que as relações domésticas fossem pouco a pouco se diferenciando da tradicionalidade imperante até o século passado e se complexizando. Isso gerou, no caso da sociedade brasileira, a necessidade de abordar temas como o divórcio, a filiação havida fora do casamento, o aborto, as relações civis entre homossexuais, etc. Isso é sinônimo de uma ruptura linear das sociedades ocidentais com seus limites familiaristas, mas fruto de uma exigência histórica, que as fez necessitar refletir sobre seus limites.”⁷⁶

Quanto à mulher, a sua entrada no mercado de trabalho fez com que o homem perdesse o seu papel de único provedor financeiro da casa. Já no que tange ao homem, o progresso dos tempos acarretou o fim da supremacia do conhecimento por ele detido, que antes possuía a missão de tudo aprender e repassar as informações aos filhos para que estes as utilizassem em sua vida futura.⁷⁷ Operou-se, portanto, uma transformação de contexto que fez com que essa autoridade masculina passasse a ser questionada não só pela esposa, como pelos filhos.

⁷⁶ COLARES, M, A sedução de ser feliz: uma análise sóciojurídica dos casamentos e separações, p. 172

⁷⁷ Todavia, com a evolução dos tempos e o surgimento de objetos antes inexistentes como o computador e o telefone celular, por exemplo fez com que a relação se invertesse e os filhos passassem a ensinar seus pais.

Além da subsistência passar a ser incumbência do homem e da mulher, a de ambos passaram a desempenhar tarefas domésticas, de cuidado e de educação da prole (mudança que se encontra em fase apenas inicial) e que acabou por aproximar o pai dos filhos.

Se antes das mudanças acima relatadas a autoridade masculina e a submissão da mulher podiam impingir um caráter vertical às relações familiares, operadas as transformações estas atualmente passaram a ter caráter horizontal (sem autoritarismo) com ênfase na afetividade como meio de se assegurar a sua manutenção.

A horizontalidade das relações familiares pode ser visualizada através do art. 229 da Constituição Federal que versa sobre os deveres dos pais para com os filhos e a obrigação dos filhos de prestar alimentos aos pais na velhice: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Atualmente, de acordo com PERLINGIERI (2002) família é:

“formação social, lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes; de maneira que exprime uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes.”⁷⁸

Da definição acima colocada percebe-se que a família não tem mais função procriativa, mesmo porque com o advento e o aperfeiçoamento dos métodos contraceptivos, o sexo não está mais necessariamente vinculado à procriação.

Outrossim, não se vislumbra mais a necessidade de proteção da família como instituição matrimonial e patrimonialista, que não deveria ser desarticulada, mas sim preservada a qualquer custo.

O núcleo familiar atual pode se configurar de diversas maneiras sem com isso ser desqualificado e receber tratamento secundário, pois como bem colocado por PERLINGIERI (2002) a função da mesma é a plena realização dos seus membros e a valorização da afetividade que deve existir. Lembrando sempre que todos são iguais e livres para seguir o caminho que a eles melhor se adequar.

78 PERLINGIERI, P. Perfis do Direito Civil apud GAMA, G.C.N. Das relações de parentesco, p. 178

Assim sendo, o Direito de Família na atualidade não tem mais por objeto a família legítima, pois a evolução dos tempos impôs a reconsideração e a ênfase dos aspectos sociais e afetivos. Como consequência disso a Constituição Federal, através dos seus artigos 226 e 227, reconheceu outros modelos de família que não apenas os oriundos da relação de casamento (como a união estável e o núcleo composto por um dos genitores e seu filho), aplicou o princípio da isonomia aos cônjuges, igualando-os e proibiu qualquer discriminação de tratamento entre os filhos pouco importando a sua origem:

“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.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Dessa forma, se o indivíduo se casou e se decorrido um lapso de tempo a união se desfez, deve o mesmo buscar a felicidade novamente refazendo os laços da maneira que melhor se adequie a ele, seja vivendo em união estável, se casando novamente ou mesmo adotando uma criança sozinho, afinal a tendência atual é a reconstrução sempre.

A Constituição chancelou esse direito de reconstruir a vida afetiva ao prever no seu art. 226 § 6º:

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

.....

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

No tocante à população infanto-juvenil a Lei Magna dedicou-lhe um artigo em cujo caput elenca vários direitos a eles inerentes, os quais posteriormente vieram a ser repetidos no Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No próprio art. 227 um parágrafo, o sexto, foi dedicado a proibir a discriminação dos filhos mediante o emprego de termos como filho adotivo, legítimo, adulterino, entre outros.⁷⁹

A proibição da discriminação entre os filhos de diversas origens foi bastante oportuna tendo em vista a constância com que durante muito tempo se expôs crianças e adolescentes a situações constrangedoras e as quais não haviam sido por eles causadas.

Embora muito tenha se avançado com este dispositivo, cabe salientar que uma das designações discriminatórias ainda prevalece, vale dizer, a de “filho adotivo”, muito utilizada pela mídia inclusive.

Infelizmente, como a margem de contestação ao uso da mesma ainda é quase nula, o fato continua a se repetir sem que uma providência seja tomada. Seria interessante que uma entidade que congregasse pais e crianças que passaram pelo processo de ação de adoção propusesse uma medida judicial contra o veículo de comunicação de massa⁸⁰ que assim procedesse requerendo uma indenização. Cremos que, à medida que a propositura deste tipo de ação se tornasse constante, os integrantes da mídia se tornariam mais atentos à sua forma de redigir.

No que toca à separação é possível perceber que, ao contrário do que ocorria com o Código Civil de 1916, não há mais menção alguma à culpa, identificando-se apenas os prazos da separação de fato necessários para que se proponha a respectiva ação.⁸¹

A desconsideração da família-instituição deu margem à valorização do ser humano, fenômeno denominado por estudiosos de “personalização do Direito Civil”, titular do direito à dignidade (dentre vários outros) e que, portanto deve ser respeitado. Nesse aspecto a Constituição Federal erigiu a dignidade da pessoa humana a princípio inserindo-a no seu art. 1º:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;*
- II - a cidadania;*

⁷⁹ “Art. 227: § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

⁸⁰ Já que houve violação da Constituição Federal.

⁸¹ Separação de fato é a ausência de coabitação entre as pessoas que desejam se divorciar ou separar.

III - *a dignidade da pessoa humana*,⁸²

IV - *os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*;

V - *o pluralismo político*. (sem grifos no original)

TEPEDINO citado por TEIXEIRA (2005) comenta o dispositivo legal supra do seguinte modo:

*“É a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social. (...) À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê seu importantíssimo papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função.”*⁸³

Discorrendo sobre as características do que denomina de “nova família” VILLELA (1997) ressalta o papel desempenhado pela afetividade, e afirma que onde ela prevalece entra em queda a autoridade, sendo certo que hoje a família tem um caráter mais recreativo que procriativo. Isto porque os filhos não são oriundos da inevitabilidade, mas concebidos voluntariamente pelo casal. O casamento não tem mais fim de procriação, como antes o era, inclusive por imposição legislativa⁸⁴ e social.

Embora atualmente a Constituição Federal dispense um tratamento privilegiado ao casamento⁸⁵ (modelo que considera melhor), tal fato não implica em dizer que a união estável seja uma família de segunda classe.

Comentando sobre a invasão do Estado na seara da família VILLELA (1997) assevera que a legislação deveria versar apenas sobre a divisão de patrimônio e a proteção à infanto-adolescência, pois não adianta acreditar que a normatização por si só resolverá o problema⁸⁶. Ao contrário, ela acaba por promover a *“infantilização das pessoas individualmente consideradas e a castração da sociedade civil”*.⁸⁷

82 A preocupação com o respeito ao direito à dignidade é tal que o próprio legislador estatutário ocupou-se de defini-lo no art. 18: “Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”. Notamos uma opção do legislador de definir dignidade através do que constituiria uma violação ao mesmo.

83 TEPEDINO apud TEIXEIRA, A. C. B., *Família, Guarda e Autoridade Parental.*, p. 33

84 Para que a entidade fosse reconhecida como uma família de fato.

85 Tanto que salienta que deve ser facilitada a conversão da união estável em casamento.

86 Ou seja a situação se auto resolveria com o advento da norma que a regula

87 VILLELA, J.B. *Família hoje.*, p. 80

Os meios de comunicação noticiam a todo tempo que o Estado não consegue desempenhar as políticas que lhe cabem com eficiência: como a saúde, a previdência e a educação.

Não bastasse o fato do Estado não ter a capacidade de gerir os assuntos que lhe cabem, ele ainda quer se imiscuir na esfera privada do cidadão legislando sobre relações amorosas. O resultado não pode ser positivo. É melhor que se opere uma “reprivatização” do casamento mantendo-o alheio ao Estado, à Igreja e às instituições políticas em geral.

Neste sentido está o art. 1513 do atual Código Civil, segundo o qual: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Entretanto, acreditamos que a intervenção nas relações familiares se fará necessária sempre que houver violação de direitos das crianças/adolescentes. Assim sendo, embora seja vedada a intervenção na comunhão de vida da família, o direito dos pais de educar os filhos, por exemplo, não é absoluto, estando limitado por outras normas e mesmo pelo princípio do melhor interesse.

3.2.4 A família e o Código Civil de 2002

Muito embora o atual Código Civil tenha entrado em vigor há cinco anos atrás, o mesmo é muito criticado por já se encontrar defasado posto que ficou tramitando no Congresso Nacional por mais de trinta anos, tendo sido originalmente elaborado durante a ditadura militar.

Em virtude da conjuntura nacional então vigente a legislação teve que se adequar ao seu conservadorismo. Posteriormente, com a transição democrática e o passar dos anos o então projeto de código sofreu inúmeras modificações cujo objetivo seria adequá-lo aos novos tempos.

Especificamente no que concerne ao Direito de Família as críticas provém até de quem ficou responsável pela sua redação final como o Prof. José Carlos Moreira Alves⁸⁸. Consideramos que o Código perdeu a oportunidade de atualizar o tratamento dispensado a alguns assuntos. Tomamos como exemplo a separação, para a qual o mesmo enumera as já conhecidas causas:

88 Palestra sobre o novo Código Civil no Hotel Glória em 2002.

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I – adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

Percebe-se acima a inclusão do abandono de lar figura que tivemos oportunidade de comentar no tópico a família e o Código Civil de 1916, ressaltando a sua impropriedade e a sua defasagem.

Igualmente defasada é a hipótese constante do inciso VI do art. 1573, conduta desonrosa, a qual foi também retirada do Código Civil de 1916 e para PIMENTEL (2002) constitui um “resquício patriarcal” e prossegue afirmando que “a questão da honra tem sido tradicionalmente invocada no mundo jurídico de forma discriminatória, em prejuízo da mulher”⁸⁹.

Em realidade cremos que a separação não se opera por um motivo apenas, mas por um conjunto de fatores os quais não precisariam ser levados ao conhecimento do julgador, bastando para a separação o decurso de determinado período de tempo, o qual demonstra que as partes não têm a intenção de manter o vínculo conjugal.

Neste sentido o art. 1572 §1º do Código Civil prevê a possibilidade da separação sem a indicação das causas (leia-se as do art. 1573 CC) uma vez provado que o casal está separado de fato há mais de um ano e não há possibilidade de que volte a coabitar⁹⁰.

Esta hipótese a nosso ver bastaria para a propositura da ação de separação, amenizando o custo emocional do processo e evitando o relato de situações constrangedoras que só dizem respeito às partes envolvidas e não ao Judiciário.

Faz-se mister salientar que a hipótese de separação por ruptura da vida em comum constante do art. 1572 §1º CC, é colocada como uma segunda opção tanto que está situada no parágrafo primeiro do artigo. A primeira opção é a do “caput” consoante a qual para propor a separação judicial o cônjuge deve imputar ao outro ato “que importe grave violação dos deveres do casamento e que torne

89 PIMENTEL, S. Perspectivas jurídicas da família: o Novo Código Civil e a violência familiar, 39

90 DIAS (2002) defende a inutilidade da separação judicial, a qual não dissolve a sociedade conjugal impedindo que o indivíduo se case novamente. Para a autora o divórcio bastaria, sendo ele proposto diretamente. DIAS, M B. *Da separação e do Divórcio*, p. 70

insuportável a vida em comum”. A partir do qual nos questionamos com que objetivo tal imputação seria feita ? Por que o deferimento da separação dependeria disso ?

Com essa determinação legal o processo de separação, traumático por sua própria natureza, já se inicia com um acirramento de ânimos e a alegação “estou me separando de você, porque você me traiu”, em pleno século XXI, com que finalidade ?

Ainda no que toca a retrocessos, há que se mencionar que o Código Civil ainda se utiliza das expressões “cônjuge inocente” e “cônjuge culpado” (respectivamente art. 1578 §1º e art. 1578 caput CC) ao dizer que este deve renunciar ao uso do sobrenome do outro desde que tenha sido requerido e obedeça as condições dos incisos I a III do art. 1578⁹¹. Todavia, se o cônjuge for inocente a supressão do sobrenome se faz de modo facultativo, podendo o indivíduo retirá-lo se entender pertinente.

Lastimamos o uso das expressões inocente e culpado as quais são típicas do Direito Penal e têm por fim designar aquele que não praticou um crime e o que o fez. A nosso ver trata-se de uma analogia discriminatória, odiosa e imprópria para a separação de casais, pois remete à idéia de que existe um cônjuge culpado. A partir daí nos indagamos, será possível apontar “o” culpado pela separação ? Será que aquele que traiu já não tinha sido traído de alguma outra forma ?

O atual Código trouxe uma inovação no que concerne à separação consensual, figura que já se encontrava presente no Código Civil de 1916 sob a denominação de desquite consensual e que é atualmente passível de ser requerida por ambos após um ano de casamento (art. 1574 CC⁹²). Nos referimos à possibilidade do magistrado deixar de homologar a separação caso perceba que os interesses de um dos cônjuges ou dos filhos foram preteridos (art. 1574 parágrafo único).

Trata-se de inovação importante na medida em que chama a atenção do Judiciário para casos que, via de regra, passam despercebidos já que a separação

91 “Art. 1578: ...I - evidente prejuízo para a sua identificação;

II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;

III - dano grave reconhecido na decisão judicial.”

92 Art. 1.574. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.

consensual é proposta mediante “acordo” assinado por ambas as partes, dando a idéia de que o seu conteúdo está regular para ambas as partes.

Neste caso, cabe ao julgador analisar o que consta do acordo, para então identificar se há prejuízo evidente para os filhos ou para algum dos cônjuges, como por exemplo, o estabelecimento de uma pensão alimentícia em valor muito baixo quando em verdade aquele que vai pagá-la tem poder aquisitivo para pagar um valor maior⁹³.

Visualizamos neste artigo uma hipótese de aplicação prática da doutrina da proteção integral externamente ao Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que chama a atenção do juiz com o objetivo de prevenir a violação de direitos dos filhos (no caso crianças ou adolescentes), os quais, em virtude de sua condição, não teriam condições de argüir o prejuízo, visto que nem participam do processo.

Um reflexo direto da isonomia entre os cônjuges constante da Constituição Federal de 1988 (art. 226§5º) é o art. 1567 do atual Código de acordo com o qual homem e mulher exercem conjuntamente a chefia da sociedade conjugal sempre no interesse do casal e dos filhos⁹⁴, assegurando-se o direito de recorrer ao Judiciário em caso de divergência entre os cônjuges.

O Código Civil de 1916, por sua vez, era expresso ao afirmar que a chefia da sociedade conjugal seria exercida pelo homem e posteriormente por este em colaboração com a mulher (art. 233 com a redação dada pela Lei 4121/62).

Outros dois exemplos atinentes à isonomia entre os cônjuges se encontram nos artigos 1568 CC⁹⁵ e 1631 CC⁹⁶; o primeiro determina que ambos os genitores devem contribuir para o sustento dos filhos na proporção dos seus rendimentos, ou seja, a obrigação existe para ambos os pais, pouco importando que um aufera renda maior que o outro, cabendo a cada um concorrer com o montante possível.

O art. 1631 CC, por sua vez é atinente ao poder familiar e segue o mesmo raciocínio do sustento e da gerência da sociedade conjugal afirmando que ambos

93 Há também aqueles casos em que um dos cônjuges fica com uma parcela do patrimônio muito maior que o outro.

94 A gestão no interesse do casal e dos filhos foi repetida literalmente do art. 233 caput do Código Civil de 1916.

95 Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

96 Art. 1.631. 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.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

os genitores detém o poder familiar, excetuados os casos em que um deles estiver impedido ou ausente, oportunidade em que o outro o exercerá com exclusividade. Ressalva-se, por outro lado, o direito do genitor descontente com a atitude do outro recorrer ao Judiciário para fazer valer a sua opinião (art. 1631 parágrafo único).

Quanto ao poder familiar ressalte-se o caráter inovador do Estatuto da Criança e do Adolescente o qual em 1990, ou seja, 17 anos atrás, regulamentou o princípio constitucional da isonomia entre homem e mulher, e atualizando o Código Civil de 1916 determinou que:

“Art. 21. 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.”

Considerando que “pátrio poder” era a antiga denominação do poder familiar percebemos a identidade do teor do disposto no art. 1631 CC e o art. 21 ECA, tendo este último antecipado o conteúdo da legislação futura.

No que toca à guarda o Código evoluiu na medida em que passou a atribuí-la àquele que apresente “*melhores condições de exercê-la*” quando não existir consenso entre os cônjuges (art. 1584 CC), ao contrário do Código Civil de 1916 que a atribuía aprioristicamente à mulher.

Outrossim, passou a considerar a afinidade e a afetividade como critérios para determinar quem será o guardião quando os filhos não puderem permanecer com nenhum dos genitores (art. 1584 parágrafo único CC), ao invés de considerar os vínculos consangüíneos como o Código Civil de 1916 que determinava que a prole deveria ficar com algum parente.

Há ainda autorização legal para que a guarda seja regulada de modo distinto na hipótese de existirem graves motivos e os filhos não poderem ficar com nenhum dos pais (art. 1586 CC).

Curioso é o teor do art. 1579 CC de acordo com o qual:

“Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.”⁹⁷

⁹⁷ De teor semelhante é o art. 1632 CC, segundo o qual: “Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.”

Acreditamos que o dispositivo supra mencionado não tem utilidade já que a imposição de restrições aos direitos e deveres dos pais para com a sua prole em virtude do divórcio ou de um novo matrimônio seria discriminação, a qual violaria o art. 5º da Constituição Federal.

Assim sendo, o art. 1579 CC nos remete a valores ultrapassados, pertencentes à época em que as pessoas eram discriminadas pelo simples fato de serem “desquitadas” ou divorciadas. Decorridos tantos anos entendemos que a previsão de norma que vede as restrições de direitos dos pais para com os filhos não mais se justifica.

Tudo o que foi dito acima também se aplica ao art. 1.588, consoante o qual: “o pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente”.

Logicamente que aquele que não trata os filhos de modo adequado não pode tê-los sob sua guarda (2ª parte do artigo), entretanto que consequência uma nova união poderia ter em relação à manutenção da guarda dos filhos ?

Parece que o indivíduo ao se casar novamente está praticando um ato de risco do qual poderão advir consequências para a sua prole.

Os artigos 1579 e 1588 nos remetem ao antigo Código Civil especificamente os seus artigos 329 e 393, segundo os quais:

- “Art. 329. A mãe, que contrai novas núpcias, não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados, mandando o juiz, provado que ela, ou o padrasto, não os trata convenientemente (arts. 248, I, e 393). (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)”

- “Art. 393. A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)”

Nota-se nos dispositivos supra citados a necessidade de se assegurar à mulher a guarda e o pátrio poder sobre os filhos após uma nova união, o que nos sugere que a razão da nova norma seria a segregação da mulher e dos filhos por ocasião de um segundo casamento. Isto porque é notório o fato de que as mulheres que se separavam eram vítimas de preconceito, não sendo de “bom tom” o convívio com elas, eram uma má influência, fato que se estenderia aos filhos.

Dada a semelhança entre este e o art. 1579 CC, merece as mesmas críticas a ele desferidas.

Quanto ao pátrio poder ressalta-se inclusive o fato de que “apesar” do novo matrimônio da mulher o ex-marido não teria o direito de interferir, podendo aquela proceder do modo que julgasse mais adequado.

Uma vez mais os dispositivos se destinam apenas às mulheres afinal eram as guardiãs “naturais” dos filhos e destinatárias do dever de cuidado dos mesmos. Por outro lado, o homem desfrutava do privilégio da supremacia masculina que lhe outorgava uma série de benefícios dos quais a mulher se via excluída dentre eles o direito a manter relações extra conjugais, se desquitar e dar continuidade de à sua vida conjugal sem sofrer discriminação.

Prosseguindo com a análise dos dispositivos concernentes à guarda do Código Civil vigente há, por fim, o art. 1589, o qual assegura àquele que não detém a guarda dos filhos o direito de visitá-los, do modo acordado com o outro genitor, e fiscalizar a educação da prole.⁹⁸ A redação do art. 1589 CC abre a possibilidade da adoção da guarda compartilhada uma vez que afirma que a visitação ocorrerá da forma acertada com o outro cônjuge, sem restringir ou indicar quais seriam elas.

Considerando-se todas as mudanças nos papéis familiares decorrentes da Constituição Federal de 1988 e do novo Código Civil, é importante verificar as implicações trazidas para o instituto da guarda, que será objeto do próximo capítulo.

98 “Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.”