

# A FAMÍLIA EM MUTAÇÃO

(Desta monografia sintetizou-se palestra do Autor - com debates - sobre FAMÍLIA E ENTIDADE FAMILIAR, aos 13/04/95, na 5ª Semana de Altos Estudos Jurídicos, em Manaus, promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros, através da sua Escola Superior da Magistratura).

Segismundo Gontijo\*

SUMÁRIO: 1. Uma revolução legislativa; 2. A força da Constituição; 3. Família e casamento; 4. A família na história; 5. Conceituação de família; 6. Família no Brasil; 7. Família e união informal; 8. Natureza do Direito de Família; 9. Mutações do modelo de família; 10. A nova mulher; 11. A mulher e o sustento da família; 12. Esboços de modelos modernos de família; 13. A banalização do concubinato; 14. Isonomia legal do homem/marido e da mulher; 15. A mulher atual, senhora da vida; 16. A sociedade de consumo e as relações familiares; 17. O lar como síntese física da família; 18. A entidade familiar: um neologismo constitucional; 19. Da família planejada: a paternidade responsável; 20. O pátrio poder em comum e com igualdade; 21. Conclusão.

## 1. UMA REVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A atual Constituição Federal contempla a família com um capítulo especial (artigos 226 a 230) que a revolucionou.

Além desse capítulo, interessa ao instituto da família, os artigos 5º, I, V, X, XI, XVI, XXXVI, LX, LXII, LXIII; 7º, IV, XII, XVIII, XIX, XXV, XXXIII; 183 e parágrafo único; 189, parágrafo único; 191, parágrafo único; 203, I, II e V; - 205; 220, parágrafo 3º, II; e o 221, V:

Bastaram três destes, o 5º, I, o 226 nos seus parágrafos 3º, 4º, 5º e 6º, e o 227, nos seus parágrafos 6º e 7º, para fazer com que mais de uma

centena de incisos do Código Civil e de outras leis deixassem de ser recepcionados, parcial ou totalmente.

A igualdade dos direitos e deveres do homem e da mulher, tanto na comunidade (art. 5º, item I), quanto, expressamente, na sociedade conjugal (art. 226, parágrafo 5º), - nesta instituindo a co-gestão - atingiu:

- na Lei de Introdução ao Código Civil, os parágrafos 6º e 7º, do art. 7º;
- no Código Civil, o nº I, do parágrafo 1º, do artigo 9º; no artigo 178: parágrafo 1º; II, do parágrafo 4º; III, do parágrafo 5º; III e IV, do parágrafo 6º; VII, do parágrafo 7º; I, a, b, c, II e III do parágrafo 9º; os títulos dicotômicos (que diferenciavam os direitos e deveres do marido dos da mulher) dos Capítulos II e III, do Título II do Livro do Direito de Família, fazendo com que neles prevaleçam apenas os incisos disciplinadores de direitos e deveres de ambos, aplicáveis tanto ao marido como à mulher, e não apenas a um ou a outro. Com isso ficam prejudicados os artigos 233, I, II, III e IV; 234; 236; 240, o seu parágrafo único; 241; o IV do 242; 243; 244; II e seu parágrafo, do 245; 246 e seu parágrafo; 247, I, II, III e seu parágrafo; 248, I, II, III, IV e seu parágrafo; V, VI, VII e VIII; 249; 250; 251, I, II, III e seu parágrafo; e I, II, III e IV; 252 e seu parágrafo; 253; 254; II, do parágrafo único do 258; art. 260, I, II, III; IX, X, XII do 263; o parágrafo único do 266; 274; 275; 277; e, no regime dotal, vários que aqui deixam de ser identificados por sua desimportância.
- Na Lei 6.015/73, foram afetados os parágrafos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º do art. 57; na Lei 883/49, o art. 1º e seus parágrafos 1º e 2º; art. 2º; art. 3º; art. 4º e seu parágrafo; art. 6º; art. 7º; art. 8º; art. 9º, art. 10 e art. 11. No Decreto-Lei 3.200/41, art. 1º; art. 15 e art. 16.
- A igualdade dos direitos e deveres do marido e da mulher - porque genérica - naturalmente teve eficácia também no direito processual, deixando de recepcionar o privilégio de foro conferido à mulher casada no item I, do artigo 100, do CPC, aplicando a ela a regra geral do artigo 94; e o item IV, do 1121; na Lei 6515/77, o art. 48.
- Já a igualdade do gênero filhos de qualquer natureza, inclusive dos adotivos, proibindo designações e discriminações, inibe referência às suas espécies. O substantivo filho não mais pode ser adjetivado. Agora é gênero sem qualquer espécie. A inovação deixou de recepcionar todas as discriminações atingindo, no Código Civil, os itens I, II, III, IV, V, XI e XII do art. 183; o 184 e seu parágrafo; mais os 185; 186 e parágrafo; 217; 219, IV; 221; 224; 229; 332; 336; 337; 347; 349; 350; 351; Título

do Cap. IV; 355; 357; 359; 363; I, II, III; 364; 367; 373 a 379; 380; 383; 385; 391, I; 393. No Título VI, da Tutela, da Curatela e da Ausência, os artigos 407; 409; o I, do 414; o 455, I e II; o parágrafo único do art. 467. No Título II, Da Sucessão Legítima, o artigo 1.609 e seu parágrafo.

Dita revolução no Direito de Família foi revigorada pela Lei 8.971/94, elaborada como se fosse para regulamentar o parágrafo 3º, do art. 226, da CF. Na verdade, esta lei, ao invés facilitar a conversão de uniões estáveis em casamento, conforme preconizado pela Constituição, esvazia a importância do instituto do casamento, conferindo a companheiros mais direito que têm os cônjuges.

## **2. A FORÇA DA CONSTITUIÇÃO**

Uma nova Constituição não deve se limitar a adequar-se à realidade da nação: idealmente ela deve servir mais como instrumento para adequar a nação à realidade do mundo, motivando o povo à modernidade. Nos vários artigos do capítulo da família, a Constituição de 88 parece ter atingido este duplo desiderato ao reconhecer a mutação do modelo de família, impossível de continuar sendo mascarada, e impondo normas isonômicas e antidiscriminatórias. Sua adequação começa no caput do artigo 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado.

A razão natural dominou o artifício social e sepultou a caduca condição monopolizadora do casamento civil para a instituição da família legítima - ou legal - como rezavam as Cartas Magnas anteriores. Esta discriminação, que em nossas constituições era particularizada apenas para distinguir dita família como a legal, no Código Civil Brasileiro foi generalizada contra qualquer juridicidade da família natural, para negar-lhe direitos. Por suas origens, o direito codificado teve um enfoque nobiliárquico e canônico, privilegiando os interesses dos senhores da terra enquanto coronéis da política e capitães do latifúndio rural. Por força destes grandes eleitores os nossos congressistas sempre legislaram, até recentemente, considerando família, apenas a constituída pelo casamento, e esse, por sua vez, indissolúvel, ou seja, quase sagrado. Os mesmos interesses buscaram eternizar a inimputabilidade civil da paternidade espúria, véu legal da libertinagem daqueles senhores inatingíveis nos seus bolsos pelos filhos extra-matrimoniais que punham no mundo, desobrigados de alimentar e protegidos da atomização dos seus espólios.

### **3. FAMÍLIA E CASAMENTO**

Em boa hora - e em tese - deixou-se de jungir família ao casamento civil.

Isto sem prejuízo de se dever defender o casamento como ideal, para que concubinos se casem e se submetam ao respectivo elenco de direitos e deveres, numa sociedade conjugal disciplinada por um regime de bens certo, e com formas de dissolução regulares.

Por isso mesmo, lamenta-se a desmotivação para o casamento representada pela nova Lei nº 8.971 conferindo mais direitos a um companheiro que os conferidos pelo Código Civil a um cônjuge. E, ressalte-se a forma sub-reptícia com que ela se introduziu na legislação. Apresentou-se pretextando regulamentar o direito de alimentos e à sucessão entre companheiros quando, na verdade, este direito jamais existiu na nossa legislação. É óbvio que enquanto inexistente o direito, este não poderia ser simplistamente regulado por lei específica para tão só discipliná-lo.

Ocorre, que os ritos sociais/religiosos, formalizando ou sacramentando uniões, variavam e variam na conformidade da cultura da época, dos usos e costumes locais e de cada credo. Mas, desde a noite dos tempos, quando os primeiros humanos começaram a povoar a terra até a criação do casamento civil, sempre existiu família independentemente dele. Ela era o grupo social agregado pelo vínculo do parentesco, e esses laços preexistiram à mais remota cerimônia de casamento, ainda que apenas simbólica. Para Westermarck, "o casamento se funda sobre a família, antes que a família sobre o casamento". Porque naturais, estes laços são tão eternos quanto independentes de leis que assim o digam. Normas concubinárias e, principalmente, o instituto do casamento civil, que também passaram a identificar como família o respectivo casal, são figuras fictas, criadas pela inteligência para conceituações sócio-jurídicas. Isso fica ainda mais evidente quando se lembra que o casamento civil só apareceu no mundo em 1580, na Holanda, e no Brasil há pouco mais de um século, em 1891. Evidente, então, que não foi o casamento que constituiu a família, já que esta o antecedeu desde aqueles primórdios da humanidade como um fenômeno natural que subsistiu desde sempre e mesmo depois do surgimento das sociedades organizadas. Por isso que é mais racional o atual texto constitucional,

que sepulta as redações anteriores que traduziam a ficção de família como apenas a constituída pelo casamento.

#### **4. A FAMÍLIA NA HISTÓRIA**

Repassando-se a instituição família na história, ainda que a *voil d'oiseaux*, nela encontraremos o segmento social de origem mais primitiva que ainda perdura em todas as culturas. Houve modelos diferenciados da família primitiva que, no entanto, invariavelmente era um grupo social numeroso, complexo e localizado. Na maior parte dos modelos, para a caracterização da família importava muito menos a consangüinidade que o comum interesse gregário, como a mútua proteção e a segurança. Era imantada pela mesma fonte de poder, mantendo seus membros na mesma localização territorial, ainda que nômade. O parentesco praticamente identificava-se com a unidade de culto, com liames mais místicos, quase mágicos, que naturais. Um determinado totem que internamente lhe servia como divindade protetora, externamente se prestava a identificar sua origem perante outros grupamentos. Sucediam-se e/ou conviviam em diferentes espaços e tempos a poligamia e a poliandria, o matriarcado e o patriarcado, as uniões obrigatórias entre parentes ou o incesto como tabu. Junto com os séculos que passavam o mundo ia conhecendo renovados modelos da família antiga - sempre diferenciados conforme os variados quadrantes, mas quase sempre com ela concentrando grande soma de poderes, como na Grécia e em Roma. Predominavam as micro-religiões, com a família tendo o seu próprio culto, tal como, a sua justiça, os seus costumes e as suas tradições. Lembra o sempre citado Fustel de Coulanges (*La Cité Antique*) que da família provieram todas as instituições, assim como todo o direito privado dos antigos. Foi dela que a cidade tirou os seus princípios, as suas regras, os seus usos, as suas magistraturas.

#### **5. CONCEITUAÇÃO DE FAMÍLIA**

O vocábulo deriva do latim *famulus* (escravo, doméstico) e para Antenor Nascentes tem o sentido etimológico - significativo - de conjunto de escravos...

A sua conceituação jurídica surgiu na medida da civilização e, na evolução desta ocorreu conseqüente condicionamento dela ao matrimônio ritualístico ou religioso e, depois, principalmente no ocidente, ao casamento civil com a respectiva disciplina legal. Variando com a época e a cultura, vieram desde tabus místicos a exigências e restrições para as uniões e os casamentos, tais como a da inexistência da consangüinidade e a de impedimentos sociais, jurídicos, religiosos, morais e eugênicos.

Há duas conceituações clássicas de família sempre presentes em vários autores que as repetem como sínteses perfeitas, mas das quais me permito discordar: "família é o grupo social com vínculo do parentesco" - e/ou, "é o grupo social dos descendentes do mesmo tronco". Uma nova estrutura legislativa sempre obrigará a uma releitura da doutrina e da jurisprudência anteriores, o que exige esforço e coragem dos intérpretes da legislação inovadora. Acomodar-se à tradição recusando sua violentação é tendência natural. Ora, dominados pela revolução no direito de família pela Constituição de 88 e pela Lei nº 8.971/94, temos que atentar para a necessidade de adaptar conceitos. Estou consciente de que meu posicionamento poderá ser tido como herético, mas valerá como provocação da crítica. Se já considerava falhas aquelas conceituações de família por não incluírem os afins nem os casais formadores - células iniciais dela, agora com a dignificação do concubinato, rejeito-as também por isto. Veja-se que marido e mulher, companheiro e companheira, não são parentes nem são afins: são cônjuges, ou, simplesmente, companheiros, mas, por si só, são uma família. Da mesma forma os afins não são parentes mas tanto integram a família que, legalmente, são causa de impedimentos matrimoniais e de suspeição testemunhal. E, pela força do fato, os sogros e os enteados, por exemplo, hoje, integram a dependência social privada, pelas normas contratuais e regimentais de quase todos os planos de saúde e de caixas de assistência. Pela realidade fática atual é que prefiro conceituar como família o grupo social constituído pelo casal (CF, art. 226 e § 3º) - ou qualquer dos pais (§ 4º) - e pelos que a eles se interligam pelo parentesco (idem, e CC, arts. 330/1) e pelos vínculos da afinidade (CC, 334/5).

No entanto, no quadro realista de uma sociedade de consumo como é a nossa, sua conceituação chega a resumí-la ao grupo social constituído de pais e filhos, consagrado no § 4º, do artigo 226, da CF.

## **6. FAMÍLIA NO BRASIL**

A família brasileira guardou as marcas de suas origens: da família romana, a autoridade do chefe de família; da família medieval, o caráter sacramental do casamento e da família lusa, a solidariedade. Assim, a submissão - de fato - da esposa e dos filhos ao marido, tornando o homem o chefe de família (que o novo princípio constitucional da igualdade não conseguiu sepultar), encontra a sua origem no poder despótico do pater familias romano. Já o caráter sacramental do casamento advém do Concílio de Trento, do séc. XVI. E o sentimento de sensível afeição e de desprendimento é herança da cultura portuguesa.

Ainda desconhecido no mundo o casamento civil, Portugal tornou obrigatórias, em 1564, para o matrimônio, as normas do Concílio de Trento, incluídas depois, em 1603, nas Ordenações Filipinas, editadas por Felipe II de Espanha e I de Portugal para disciplinar legislativamente os seus súditos da Península Ibérica e das Colônias. Decreto de 1823 as impôs no Brasil onde perduraram praticamente até 1º de janeiro de 1917, quando passou a vigir o Código Civil. O Brasil, como todas as nações que sempre sentiram a força da religião dominante em determinados períodos de sua história, submeteu-se à católica romana, que monopolizou vários atos, inclusive os da celebração dos casamentos válidos. Foi assim que só a partir de 1861 começou a deixar de ser absoluta esta influência da Igreja, quando a Lei nº 1.144 trincou aquele seu monopólio ao ensejar validade a casamentos celebrados por igrejas de outros credos.

Aquelas Ordenações Filipinas, ao mesmo tempo que absorveram e adotaram as normas do Concílio de Trento para o casamento, radicalizaram o patriarcalismo romano, com força de lei conferindo ao marido, por exemplo, o jus corrigendi (do que não se distanciou o Código de Napoleão que, por sua vez, impôs à mulher o dever de obediência ao marido). Aliás, estas inovações legislativas apenas materializavam o injusto conceito vigente desde sempre quanto à inferioridade intelectual e laboral da mulher o que, até hoje, teima em manter raízes no nosso inconsciente coletivo/social, por mais que o legislador brasileiro, com ênfase o constituinte de 88, busque impor a isonomia dela com o homem em geral e com o marido em particular. Isonomia justa, tardia, mas que enfrenta a impermeabilidade da nossa cultura latina machista. A resultante é uma diferença abissal entre o Brasil real e o Brasil legal. Por isso que o êxito da pretensão isonômica do legislador é de adoção social tão mais difícil quanto são profundas as

raízes universais da *capitis deminutio* com que, historicamente, é tratada a mulher. En passant: Aristóteles considerou que quando a natureza erra na fabricação de um homem sai uma mulher; Petrónio ironizou, insinuando que aquele para quem uma mulher não é castigo suficiente, merece várias; Weininger duvidou que a mulher tivesse alma, o que foi objeto de controvérsia no Concílio de Macon. Não sem razão, Maurice Donnay alertou que todos os homens batem nas mulheres: os do povo, com os punhos; os burgueses com as leis. Uma coisa e outra fazem com que esta monografia previna, adiante, quanto à realidade de uma nova mulher que carrega no seu inconsciente individual o coletivo de mágoa e de revolta contra sua discriminação e subordinação milenares. Uma nova mulher que vem ocupando, velozmente, todos os espaços sem mais precisar dos homens sequer para a procriação, agora possível pela inseminação artificial.

## **7. FAMÍLIA E UNIÃO INFORMAL**

Não se perca de vista que um dos modelos de família - e o mais cambiante - é a da sempre presente união de fato. E esta só desponta como elemento de negação jurídica a partir da instituição do casamento civil como forma legal, quando a Holanda o criou no século XVI, em 1580, acentuando-se nos séculos posteriores a tendência - inicialmente aos poucos - dos demais países legislarem sobre o concubinato. Anteriormente à institucionalização e laicização do matrimônio, as ligações estranhas a este não se apresentavam como problema: muitas vezes existia até uma disciplina a respeito, tal como no direito romano. Neste, lembra Cretella Jr. (Comentários à Constituição de 1988, pág. 4526), havia o instituto do *usus*, conhecido e utilizado pelos antigos romanos, união informal do homem e da mulher, consolidada a união depois de um ano de convivência, caracterizando-se a *manus maritalis* a não ser que ocorresse a *usurpatio trinoctii*, interrupção do status durante três noites consecutivas, quando, então, deixava se transformasse a união em *consortium*. Ao lado da *confarreatio* e da *coemptio*, o *usus* era o terceiro tipo de casamento admitido pelo Direito Romano, conforme a clássica e consagrada definição do jurisconsulto Modestino, no Digesto 23.2.1: "*Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini e humani iuris communicatio*". Então, naquela época, em Roma, o concubinato praticamente era tratado como casamento, apesar de inferior. No regime das ordenações

Filipinas, a ligação extra-matrimonial prolongada gerava direitos em favor da mulher.

Os Estados que foram instituindo o casamento civil - fenômeno muito mais notável depois da Revolução Francesa espalhando aos quatro cantos do mundo a Teoria Contratualista do Casamento - usaram-no também para identificar como família legítima apenas aquela constituída por ele, o matrimônio civil. Tais países assim o fizeram assumindo autoridade disciplinadora das relações pessoais no interesse público. Foi uma forma de intervenção para o próprio auto-controle administrativo e para sinalizar uma moral básica na nação, legitimando a união do homem e da mulher nacionais, para incentivar a estabilidade desta união e impor uma disciplina de direitos e de deveres.

## **8. NATUREZA DO DIREITO DE FAMÍLIA**

Numa ótica mais ampla, vê-se que cada nação, com a estratificação da sua organização administrativa, foi tornando o Estado absorvente da titularidade do controle e da formalização dos atos individuais de interesse público. Nesta medida a família foi perdendo sua autonomia social e parte das suas funções primitivas, assumindo outras, mas sempre como célula inicial do Estado. Dentre nós, expressamente, como base da sociedade, no artigo 226, da Constituição Federal, caput, pouco importando o modelo da família.

Pela própria importância da instituição, o de família é o ramo do direito privado menos individualista e privatista, protegido e disciplinado por legislação quase sempre rígida, inflexível e imperativa. Contém direitos indisponíveis e inegociáveis, que o juiz não pode abstrair ainda que os interessados queiram transacionar sobre eles. Essa condição *sui generis* provoca muitos doutrinadores a defenderem para o Direito de Família natureza de direito público, dadas suas normas eminentemente de ordem pública, por isso intransacionáveis pelas partes interessadas. Neste contexto, o interesse do menor se sobrepõe a qualquer outro. Ele sempre ditará a decisão judicial no campo do direito de família.

Por outro lado, acompanhando aquela evolução histórica e jurídica, a nova Constituição deu um tratamento liberal à família, socializando o seu conceito. Jogou uma derradeira pá de cal em todas as discriminações legais e sociais que limitavam a família brasileira, inclusive na antiga exigência codificada de ser bem nascido o indivíduo - de pai e mãe casados entre si - para ter direitos. O Código Civil original negava, por exemplo, qualquer direito ao filho adulterino, que sequer podia pleitear alimentos. Isso para não dizer do estigmatizador tratamento dado à concubina. E, além de dissociar a família de um casamento civil, estendeu sua caracterização às uniões estáveis de um homem e uma mulher, igualou os direitos conjugais e os dos filhos de qualquer natureza. Mais recentemente, e como consequência da elasticidade dada à família abrigando concubinos, emergiu silenciosamente no extertor de 1994, aos 30 de dezembro, a já mencionada Lei nº 8.971, revolucionando o nosso direito de família ao regulamentar direito a alimentos e à sucessão entre companheiros.

## **9. MUTAÇÃO DO MODELO DE FAMÍLIA**

Foi uma evolução constitucional que permitiu ao Brasil alcançar o atual e democrático patamar histórico/social/legislativo da família, e o fez forçada por aquela outra evolução/mutação - a social - dessa instituição natural e indestrutível.

Neste século, a até então vagarosa mutação do modelo tornou-se vertiginosa e múltipla, contínua e até chocante em algumas das suas metamorfoses localizadas em minorias sociais, tal como entre os homossexuais. Mas, desde pouco antes, com a Revolução Industrial deflagrada e conquistando o mundo nas últimas décadas do século passado, uma personagem até então secundária, quase passiva, da História da Humanidade, a mulher descobriu a própria força e deu início à mais radical inovação estrutural da família ao assumir sua independência pessoal e social. A mulher, que desde sempre aceitou fatalisticamente a própria subordinação e ser tratada como incompetente ou inadequada para o trabalho produtivo - afinal conseguiu penetrar no mercado e ocupar um espaço que foi alargando gulosamente. A desmitificação da sua fragilidade decorreu da necessidade do sistema social de cada nação suprir com mão-de-obra de mulheres os teares, símbolos daquela então recente civilização industrial. E, depois prosseguiu com elas ocupando as frentes de

trabalho durante as duas grandes guerras, ambas de efeitos e repercussões mundiais.

Sentindo o gosto da própria independência financeira e conseqüente independência social, as mulheres não mais abriram mão dos lugares e das oportunidades conquistadas e, fazendo-se de cunhas, forçaram a ocupação de amplos espaços nos mercados de trabalho. Operara-se a sua metamorfose, e de animalzinho doméstico descobriu-se criatura produtiva, competente para concorrer com o homem no mercado de trabalho e para impor-se como cidadã na plenitude de seus direitos.

Desenhava-se, então, uma radical evolução no modelo mais tradicional de família, tendo como moldura aquela independência da mulher trabalhando fora do lar, auferindo rendimentos pessoais para formar a sua própria economia e para colaborar no orçamento doméstico, a ponto desta colaboração tornar-se imprescindível para a subsistência da maioria dos grupos familiares. Situação que toma contornos até emocionantes na multiplicação das famílias constituídas só por mães e filhos, chefiadas por mulheres, fontes únicas do seu sustento. Muitas destas mulheres, mães solteiras, até a pouco excluídas do rol das pessoas de conduta ilibada, e que tiveram sua dignidade alforriada, indiretamente, pelo parágrafo 4º, do art. 226, da CF: Entende-se, também, como entidade familiar, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

## **10. A NOVA MULHER**

Naquela radical evolução do modelo é impressionante o papel da mulher, que desmentindo também neste ponto, a sua pretensa fragilidade, hoje vive, em média e estatisticamente, dez anos mais que o homem. Ela, que desde o berço era jungida pela fatalística vocação para ser uma doméstica buscando no casamento o suporte da sobrevivência, ao penetrar no mercado de trabalho identificou sua conquistada independência financeira com sua independência social. Nesta medida, o casamento deixou de ser para ela a única forma de constituir família, e encontrou no concubinato uma opção de vida a dois. E, mesmo casando, tem rompido com a tradição e, em número crescente, vem deixando de assumir os apelidos do marido, mantendo seu nome de solteira, o que era inconcebível alguns anos atrás. Não foi de espantar quando, em setembro de 1993, conforme noticiado pela mídia, o sargento Antônio Vieira da Silva, ao casar-se reivindicou, judicialmente

passar a assinar o sobrenome japonês da sua noiva, com fundamento na isonomia constitucional, e afinal conseguiu autorização do TJSP para isto, tornando-se Antônio Vieira da Silva Hadano.

Veja-se, que também ocorrera uma radical evolução psicológica e social da mulher, e daí aquele evidente reflexo nas uniões em geral (tanto nas de fato, concubinárias, como nas de direito, matrimoniais) e o surgimento de um novo tipo de mulher/família (na independência da amizade colorida ou da produção independente de filhos). Tudo correspondendo a variados e casuísticos modelos. Esta evolução pode ser visualizada tendo por parâmetro esta escala no tempo: "Até meados do século passado nem sequer freqüentar escolas a brasileira podia. Foi somente em 1871 que ela pôde começar a estudar para se tornar professora. Mesmo assim tinha de cumprir um currículo especial que incluía prendas domésticas como corte e costura, bordado e aplicação de flores nas contas", apurou o sociólogo Paul Singer, (Veja, ed. especial Mulher, agosto/94). De lá para cá, do universo de brasileiros com o curso colegial completo, 57% são mulheres e apenas 43% homens, conforme Anuário Estatístico de 1992, do IBGE e (apud mesma Veja, pág. 36). Elas, que também em muito maior número que os homens, voltam a estudar depois dos 40 anos, já compõem 52% do contingente universitário nacional, assim distribuídas quanto aos cursos mais conhecidos: 42% do total dos diplomados em Direito, 62% em Ciências Médicas e 19% em Engenharia. A mulher não precisa mais casar-se com doutor, ela mesma pode ser médica...

## **11. A MULHER E O SUSTENTO DA FAMÍLIA**

Aquelas conquistas de espaço no mercado de trabalho contribuem para que 13% das mulheres sejam capazes de sustentar a família sozinhas. Mas, este espaço ocupado pela nova mulher brasileira está contaminado pela discriminação na remuneração do trabalho: somente a partir de 1970 foi que a doméstica passou a ter direito a registro em carteira profissional e a alguns benefícios sociais. Aliás, a remuneração da trabalhadora em geral, e da doméstica em particular, teve como subproduto uma frustração da mulher dedicada ao lar. Tal frustração se reflete no inconformismo da mulher casada, enquanto doméstica, enquanto dona-de-casa, quando procura orientação sobre uma separação judicial e aprende que a lei e a jurisprudência não lhe reconhecem direito a uma indenização pelos serviços domésticos prestados ao marido. Sua revolta decorre do cotejamento que fazem da

sua situação conjugal com a da concubina que tem aquela indenização consagrada como um direito pretoriano - e, ainda mais agora com a Lei nº 8.971/94 prevendo, também, direito a alimentos e à sucessão entre companheiros com mais amplitude que entre cônjuges. Tão mais injustiçadas se sentem quanto mais sejam esposas que acumulam a dupla jornada de trabalho das funções do lar com as do emprego externo cujo rendimento complementa o sustento da família. Neste sentido há um exemplo significativo num depoimento de uma dona-de-casa, colhido pela mesma edição Veja Mulher, fazendo comparação dela com a empregada: "Quando você manda embora uma empregada, não tem de pagar 13º, férias, folgas? Por que é que a esposa que faz tudo isso tem de ficar só com a pensão quando o marido a larga?". Intuitivamente ela tocou num ponto nevrálgico da estrutura familiar dentro da organização econômica das sociedades, porque, na verdade, Trabalho, por definição técnica, é um investimento de energia física na execução de alguma tarefa. O que varia são as modalidades. E o da dona-de-casa é uma destas modalidades... Para a cientista política Sônia de Avelar, doutora pela Universidade de Michigan e especializada em estudos urbanos e do trabalho (Veja, idem), o trabalho doméstico apenas não entra no circuito mercantil. De resto, é como qualquer outro. Segundo cálculos mundiais, o PIB global aumentaria em 30% se o trabalho doméstico fosse computado. Trata-se da produção de uma riqueza social. Coube a uma seguradora da Inglaterra, a Legal & General - a terceira maior do país -, a idéia de quantificar o trabalho da dona de casa para valorizar a venda de apólices familiares. Há treze anos divulga seus achados. Em sua edição mais recente, de 1993, computa em 350 libras esterlinas (o equivalente a 530 dólares) o valor semanal do trabalho de uma típica dona de casa inglesa, com filhos em idade pré-escolar. A pesquisa ouviu 1.001 mulheres, casadas, com filhos, das quais 47% não trabalhavam fora, 35% tinham emprego parcial e 18% trabalhavam tempo integral. Concluiu-se que a esposa executa, rotineiramente, nove ocupações (babá, cozinheira, motorista etc.) e que a contratação de mão-de-obra externa para as mesmas tarefas resultaria no valor acima. Chegou-se, sobretudo, à assombrosa soma de 70,7 horas de trabalho médio por semana em casa, nessas ocupações. No Brasil, reino das empregadas domésticas, a conta seria outra. Mas a natureza underground do trabalho doméstico - em relação à economia formal - é a mesma.

Ainda segundo o IBGE, enquanto 34% das analfabetas ganham até um salário mínimo, apenas 5% dos analfabetos têm de se sujeitar a esta remuneração; entre empregados com até seis meses de casa as médias salariais eram de 1,6 salário mínimo para os homens e de 1,4 para as

mulheres - a partir de cinco anos no emprego, as desigualdades se acentuam, com os homens atingindo 4,1 salários, e as mulheres, 2,9; enquanto 28% dos homens com curso superior completo ganham mais de 20 salários mínimos, apenas 7% das mulheres com a mesma formação ganham mais de 20 salários mínimos. Destes dados resulta como ilação a diferença entre as uniões de fato ocorrentes no Primeiro Mundo, e a maioria das que se formam no Brasil. Enquanto aqui há apenas uma igualdade legal, lá as mulheres conquistaram a igualdade real com os homens. Esta diferença - somada à cultural, do complexo de padrões de comportamento - leva aquelas do Primeiro Mundo a optarem por se unir a homens simplesmente buscando companhia para uma vida a dois, sem qualquer intuito de, numa dissolução, colher resultados econômicos/financeiros. A tônica destas uniões é a da preservação e do respeito aos espaços personalíssimos. Cada qual tendo seu trabalho, os próprios rendimentos, a economia pessoal e, decorrente desta mesma filosofia de vida, participando da divisão de despesas da manutenção do lar, no mais amplo sentido. Noutro patamar de relação e de cultura, as uniões brasileiras são - muitas delas - oneradas pela desigualdade de rendimentos, numa sociedade de cultura também discriminadora. Por isso que nossas mulheres cada vez mais buscam na Justiça efeitos financeiros/patrimoniais do concubinato, identificando-o como sociedade de fato.

## **12. ESBOÇOS DE MODELOS MODERNOS DE FAMÍLIA**

Examinado no contexto mundial e sob outro ângulo, o modelo de família entrou em mutação vertiginosa a partir da década de 60, que a crônica apelidou de anos de ouro. Nela, o mundo se transformou na aldeia global de Mac Luhan. E, o Brasil acompanhou o mundo, e teve sua cultura tradicional abalada pela filosofia hippie que avassalou a juventude com sua onda naturalista, seu comportamento desregradamente permissivo e ilimitadamente iconoclasta, sua convivência tribal, sua filosofia concentrada no viver o momento aqui e agora, sempre easy rider. Fenômeno que ocorreu naquele cadinho social em que o modelo de família sofria as transformações decorrentes da alquimia destes componentes, então sob as irreverentes e demolidoras influências do movimento beat e... da já poderosa nova mulher. E, de lá para cá, as posturas sociais se fracionaram e se multiplicaram no caleidoscópio cultural e vivencial destes tempos surpreendentes. Milênios de tradição, usos e costumes, assistem, perplexos, à queda

fragorosa do tabu da virgindade (num conflito com os arts. 178 e 219, do Código Civil), à amizade colorida, à produção independente de filho, ao casamento aberto, à banalização da inseminação artificial humana com suas situações absurdas, à popularização dos exames das impressões digitais do DNA para a comprovação da paternidade etc.

### **13. A BANALIZAÇÃO DO CONCUBINATO**

A inexistência do divórcio até final de dezembro de 1977 obrigava os egressos de um casamento falido a buscar nova oportunidade de serem felizes numa convivência meramente de fato que, quanto mais comuns se tornavam mais passaram a ter receptividade social. Houve o enraizamento desta alternativa ao casamento, de tal maneira aprofundada que a posterior existência do divórcio não mais contou ponto para frear o número de concubinatos porque a prolongada ausência dele, mais a cobrança de onerosos altos emolumentos para pagar um processo de habilitação, mais a nova mentalidade social permissiva, somaram-se como caldo de cultura para a proliferação das uniões concubinárias e conseqüente diminuição dos casamentos. Resulta das estatísticas do IBGE que, em 1980, foram realizados 948.164 casamentos no Brasil, dez anos depois e apesar do crescimento populacional de 23%, o número baixou para 777.460, mas, o número de casais em uniões passou, nas informais, de 7% em 1970 para 14,8% em 1984 (em 1988, 35 em cada 1.000 brasileiros descasados estabeleceram novas uniões e apenas 8 em cada 1.000 mulheres descasadas fizeram o mesmo; até 1980, 13% de todos os nascimentos ocorridos no Estado de São Paulo eram de mães com idade entre 15 e 19 anos. Em 1992 este índice subiu para 17%; entre 1980 e 1992 cresceu em 74% o número de brasileiras que tiveram o primeiro filho depois de 50 anos de idade e, na faixa etária entre 45 e 49 anos, o salto foi de 54%; ainda assim as mães tardias representam um percentual pequeno, de 13% do total, maior, porém, que o de catorze anos atrás, quando correspondia a 10%. As estatísticas de 1988 também mostram que viúvos e divorciados têm 4 vezes mais chances de recasar que mulheres nas mesmas condições) - ao mesmo tempo, as uniões sacramentadas em cerimônias religiosas decaíram de 14,4% em 1970, para 5,7% em 1984 e, numa notável progressão, o número de mulheres na chefia da família subiu de 13,3% em 1970, para 20,3% em 1990, e a tendência é a do aumento de 2% a cada cinco anos. Interessante é a importância do 13º na vida do brasileiro: o mês de maio, da Virgem

Maria, tradicionalmente o mês das noivas, passou a perder feio para o mês de dezembro, o disparado mês das noivas, porque o mês dos salários reforçados pelo 13º. Por outro lado, alcançando sua independência financeira, as mulheres deixaram de se resignar em continuar casadas apesar do desamor, ou de maus tratos dos maridos: são elas quem têm a iniciativa judicial de 73% dos pedidos de separações litigiosas.

Da informalidade daquelas uniões decorreu uma enxurrada natural de problemas sem soluções elencadas em lei que as discipline, e assim desaguando no judiciário e obrigando àquela já analisada prestação jurisdicional, tornada habitual. Diversificada na complexidade das situações criadas pelos concubinos e pelos companheiros, na variação das espécies concubinato e sociedade de fato, agora sob o gênero união estável, e desde sempre dentro do axioma cada caso é um caso, dificultado pela ausência de uma legislação específica. Tudo mais complicado no contexto da diversidade dos novos modelos de família. Ainda segundo a revista Veja (ed. especial Mulher, agosto/94), no início do ano letivo de 94, numa escola de classe média de São Paulo, o Colégio Augusto Laranja pediu aos alunos que desenhassem suas famílias. Num desenho havia pai. Noutro, "tio". Em outro, avós. Em vários, a babá. Em todos, a mãe.

#### **14. ISONOMIA LEGAL DO HOMEM/MARIDO E DA MULHER**

A arrancada da mulher no mercado de trabalho foi, também, o marco inicial da transformação da simplesmente esposa em companheira. E, com a sua marcha na busca da isonomia específica dos direitos conjugais, afinal a conseguiu com o inevitável corolário dos deveres (art. 226, parágrafo 5º, da CF). Marcha que tem desgastado sua saúde: 67% de todos os antidepressivos, 66% dos tranquilizantes e 58% dos hipnóticos vendidos no País são tomados pela mulher. A proporção de vítimas de enfartos era de 1 mulher para cada 9 homens na década de 60, e de uma para cada 3, na década de 90.

Na medida em que descobriu sua força ela passou a reivindicar o reconhecimento da sua isonomia genérica com o homem, afinal reconhecida no art. 5º, I, da CF. E esta conquista não lhe foi fácil. Os

legisladores brasileiros tratavam-nas, também fatalisticamente, como incapaz para prover o próprio sustento. Até à vigência da Lei do Divórcio, em dezembro de 1977, constrangia-a como criatura necessariamente alimentanda. O Código de Processo Civil, de 1973, ainda determina no seu art. 1.121, como condição para uma separação consensual, que a petição contenha, dentre outros itens, "a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter". Ou seja, o codificador processual, como todos os demais legisladores brasileiros anteriores presumiu, genérica e aprioristicamente, a incompetência e a incapacidade laborativa de qualquer mulher separanda que, na consideração dele, se não ficar, na partilha, com bens que lhe rendam o suficiente para a sua manutenção, terá de ser, obrigatoriamente, pensionada. Para todos os legisladores da matéria, até à mudança da mentalidade deles na Lei do Divórcio, a mulher permanecia como a histórica criatura frágil e despreparada para produzir o suficiente para o próprio sustento. Tratavam-na como se fosse suave donzela, uma débil dama necessariamente protegida pelo marido travestido de cavaleiro andante dos clássicos de capa e espada...

Vencendo preconceitos, desgastando-se para ocupar seus espaços, para alcançar a isonomia legal, ela teve de lutar, degrau a degrau conquistando cada direito então privativo do homem. O direito de votar e de ser votada. De concorrer, no vestibular, para ingressar nas universidades e, ano a ano, consegue maior espaço nos bancos escolares. De disputar o mercado de trabalho, ombro a ombro, com iguais oportunidades. De crescer como executiva, capitã de empresas.

## **15. A MULHER ATUAL, SENHORA DA VIDA**

Afinal, correndo nas raias da sociedade moderna, de consumo, ultrapassou os obstáculos da tradição, dos usos e costumes, extrapolou seus próprios limites e saltou daquela antiga e humilhante situação de dependência e de subordinação ao homem, para ser a surpreendente senhora absoluta da vida.

Agora - muitas vezes inconscientemente - administra um extraordinário poder forjado no progresso da engenharia genética, no desenvolvimento da ciência biológica e na conquista de um enorme espaço social. Este

poder fortifica-se nos métodos científicos anticoncepcionais, na inseminação artificial humana e na independência financeira e social. Assim armada, ela ficou instrumentada para conceber apenas quando quiser, protegida pelas pílulas e DIUs anticoncepcionais, ou para conceber de quem e como quiser, valendo-se da inseminação artificial. Nisto, os homens pagam língua, talvez por culpa de Eurípedes, na sua *Medéia*, fazendo Jasão, enfurecido, clamar que "Se fosse possível ter filhos de outro modo, / não mais seriam necessárias as mulheres / e os homens estariam livres desta praga!". Num castigo retardado, os homens é que deixaram de ser necessários para as mulheres terem filhos. A inseminação artificial reduz o homem - até recentemente indispensável no ato da procriação - a elemento descartável.

E mais: este tipo de inseminação, conforme as circunstâncias, estará subvertendo uma infinidade de institutos do direito, numa gama de situações jurídicas nunca dantes imaginadas. Na verdade, a ciência genética tornou meramente ilustrativo de uma época passada o aforismo *mater certa est, pater presumptio est*.

Assim, na inseminação heteróloga, a mãe biológica é aquela doadora do óvulo, porque transmissora da herança genética, enquanto a receptora do embrião, aquela mulher que dará à luz, terá sido mera chocadeira, e terá apenas a aparência de mãe. Então, não mais *mater certa est*. Para o enterro definitivo daquele aforismo, a paternidade deixou de ser presunção, se submetida ao exame das impressões digitais do DNA: o resultado positivo é diploma de paternidade qualificador do pai biológico.

## **16. A SOCIEDADE DE CONSUMO E AS RELAÇÕES FAMILIARES**

Por outro lado, graças à insinuante mídia desta era da comunicação e da informática, tomou corpo a sociedade de consumo, cada vez mais poderosa como ditadora de hábitos e modeladora de novas situações na convivência de grupos familiares. É uma das mais eficientes causas da aceleração vertiginosa da transformação e da multiplicação dos modelos de família. Erigiu como seu deus o ter, e a ele sacrifica os valores tradicionais. Seus rituais buscam a criação de necessidades, para cujo atendimento absorve o tempo social do indivíduo. Esgota-o com o

acúmulo do trabalho exaustivo do tempo de quem para isto precisa dobrar a jornada de trabalho. Esgota-o nos demorados percursos viários da casa-para-o-trabalho, do-trabalho-para-casa. Vencido pelo cansaço e desanimado pelas distâncias, ele mantém-se fisicamente apartado dos demais parentes. O afastamento que se generaliza é, por sua vez, causa de não mais ser exercitado o antigo costume da troca de visitas dos parentes. Do processo resulta a paulatina perda da solidariedade imanente aos membros de uma família, na perda da sensação do parentesco e até no desconhecimento da figura física dos primos e dos sobrinhos que se sucedem nas novas gerações destes colaterais.

Estas relações pessoais ou, mais acertadamente, estas omissas relações pessoais, refletem-se nas relações jurídicas, trazendo perplexidade para o jurista, porque o direito não pode abstrair o fato.

Ora, o fato social, neste contexto, desconsidera como parentes os de localização geográfica distante, periférica, ainda que de graduação legal próxima. Acabará resultando, então, uma restrição conceitual-social do parentesco formador da família, dentro desta realidade insensível. A sociedade de consumo pôs o indivíduo para girar num círculo vicioso cruel, ao exigir dele uma cada vez maior produtividade para sobreviver ao apelo das falsas necessidades. Ele é induzido a atendê-las por auto impulso compulsivo ou por insuportável pressão da exigibilidade dos seus próprios dependentes. Estes, por sua vez, são submetidos ao impacto do merchandising atraente que os faz reivindicar sucessivos novos bens do chefe da família.

A exaustão do trabalho, da condução demorada e humilhante, e das filas intermináveis para um atendimento previdenciário nada satisfatório e sempre irritante, mantém-no estressado, sem tempo para os pequenos grandes prazeres, como o de visitar seus parentes. Daí aquela realidade de, apesar de presos pelos liames do parentesco legal, muitos indivíduos só se encontrarem uns com os outros em cerimônias, fúnebres ou festivas. Com isso - e longe dos olhos, longe do coração - vão perdendo a sensação do próprio parentesco, de repente quase apenas jurídico e nada afetivo.

## 17. O LAR COMO SÍNTESE FÍSICA DA FAMÍLIA

No corre-corre-do-dia-a-dia, e na fuga da violência urbana, o lar é o breve refúgio da família, encolhida para o fundo dos próprios limites como grupo social formado pelo(s) genitor(es) e sua prole e que tende a se resumir apenas aos consangüíneos e aos afins moradores numa mesma casa. E, pelo que se percebe dos desenhos e testes psicológicos de crianças e jovens, consideram-se como membros da família, também os ditos tios e as tias - os companheiros - nas uniões informais, mais a babá e/ou a velha empregada da casa. São, afinal, tidos como familiares uns pelos outros, e dentro daquela realidade, tão só as pessoas que transmitem uma real sensação de parentesco. Sensação cada vez mais inexistente entre colaterais residentes em lugares diversificados. Este é um fenômeno social emergente com ênfase no ocidente, onde o problema é agravado por um egoísmo crescente no ditado parente é carne no dente, conceituando-o como pessoa que serve só para incomodar. Cresce, aqui, a tendência do afastamento de quem, por exemplo, dá despesas ou trabalho, excetuados os filhos, assim mesmo enquanto jovens. Aqui o amor e o respeito aos ascendentes idosos não conta com a força da tradição - quase tabu - do respeito reverencial dos povos orientais aos seus anciãos. É fenômeno transformando-se em costume na medida em que se banaliza, tal como vem ocorrendo em muitas famílias financeiramente abonadas. Nestes casos acontece verdadeiro divórcio entre pais mais velhos e seus filhos independentes que procuram morar distanciados dos pais que consideram caretas, coroas intrometidos ou ultrapassados. Quando não é dos filhos a iniciativa de sair da influência dos pais/sogros, esta tem passado a ser, de maneira também crescente, dos velhos pais que deixam a companhia daqueles para preservar a própria independência pessoal, muitas vezes em residências comunitárias de idosos, resorts especializados ou apart-hotéis específicos. Estas situações divorcistas de velhos pais/filhos independentes ora comum no atual sistema de vida dos povos de origem anglo-saxônica, estão em processo de adoção pelos latinos. É um subproduto da sociedade de consumo que vende tal opção como aparente melhor qualidade material de vida a cada um dos integrantes (?!) da família (?!), egoisticamente isolados e refugiados no conforto do próprio comodismo, despreocupados de solidarizarem-se na ajuda para a solução dos naturais problemas dos demais, filhos ou pais. Sob outro aspecto, um estudo do Conselho Americano de Pesquisa sobre a Família, com sede em Washington (Veja, idem), mostra que o tempo de contato estreito entre pais e filhos caiu 40% em uma geração

e relaciona o encolhimento da convivência familiar com problemas agudos de desajustes dos filhos, como alcoolismo e drogas

No entanto, malgré tout continuará existindo, legal e moralmente, entre os parentes até o 6º grau (CC, arts. 331 e 396 e segs.), entre pais e filhos especificamente (CF, 229; CC, 231, IV e CP, 244) e entre os cônjuges (art. CC, 231, III) direitos, deveres e - numa síntese expressiva - uma obrigatória solidariedade.

## **18. ENTIDADE FAMILIAR: UM NEOLOGISMO CONSTITUCIONAL**

Na multiplicidade dos modelos de família, não houve mais como a lei abstrair a realidade das constituídas por uniões informais, a família natural. E, mais: é indiscutível que, no campo social de fato, estas uniões são hétero ou homossexuais. Esta segunda alternativa vem sendo repelida pela cultura brasileira limitada pela moldura da tradição e de tabus atávicos apesar de cada vez mais comum e assumida. Não encontrou - pelo menos até agora - agasalho na legislação pátria, ao contrário do conseguido pelos gays de já inúmeros outros países que dão juridicidade ao modelo. Alguns destes países estenderam aos homossexuais - a pretexto deste ser um dos direitos das minorias - o acesso ao casamento civil na sua plenitude. Outros, que não chegaram a este ponto de permissividade legal, já possibilitam ao segurado previdenciário homossexual ter como dependente-beneficiário o companheiro.

Sem dúvida que uma união informal terá, por sua vez, abundância de modelos, revelando-se numa convivência *more uxorio* ou em encontros meramente sexuais ainda que constantes; numa convivência desde o início intencionada como duradoura ou num relacionamento programadamente precário; numa convivência caracterizando sociedade de fato ou noutra com um dos companheiros valendo-se dos serviços domésticos do outro. Pode-se, agora, prever o surgimento do tipo de convivência antecedida de um contrato convencionando regras daquela união específica.

E, a Constituição Federal de 88, que introduziu oficialmente, no jargão jurídico, a qualificação entidade familiar para a comunidade formada

por qualquer dos pais e seus descendentes (artigo 226, parágrafo 4º), a repetiu para a união estável entre um homem e uma mulher (artigo 226, parágrafo 3º)

União estável, apesar de não ser expressão desconhecida na doutrina é, a rigor, um novo instituto jurídico inserto na legislação brasileira pelo dispositivo constitucional que criou também o neologismo legislativo entidade familiar, que obriga o intérprete a buscar o seu real significado e a sua extensão jurídica. O Ministro Cláudio Santos nos direciona bem:

"Entidade familiar dizem alguns autores que não passa de um eufemismo. O que é entidade familiar? É a reunião, um grupamento de pessoas, ligadas por laços de afeto ou por consangüinidade, por adoção. Qualquer um desses vínculos forma a família e o que é a entidade familiar, senão a própria família? Parece que isto está claro, inclusive quando no § 4º a CF dispõe que se entende também como entidade familiar, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (grifo nosso).

Então imaginemos uma família constituída pelo casamento, o casamento deixa de existir pelo falecimento de algum dos cônjuges, mas permanecem vivos e sob o mesmo teto, um dos pais, como diz o § 4º e seus filhos. Pelo fato de ter acabado o casamento, com a morte de um dos cônjuges, deixou de haver família? Deixou de existir a entidade familiar? Não me parece apropriada esta distinção, eu não encontro razões para dizer que até então era família e depois disso passou a ser entidade familiar. Evidentemente o constituinte não se lembrou disso, quando ele falou em entidade familiar - entende-se também por entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes - quis chamar de entidade familiar aquele grupamento formado por um pai ou uma mãe divorciados e seus filhos, parece que é isso que ele quis chamar de entidade familiar, mas não faz diferença, porque o divórcio é um processo legal também pelo qual se acaba com o casamento e, por isto, não vejo razão nenhuma para que uma família, então existente, passe a ser uma entidade familiar." (in Revista do Advogado, da AASP, set/93, pág. 9).

Aderindo in totum a esta colocação, não vejo qualquer razão para distinções, entendendo que a Constituição apenas evitou ser repetitiva do termo família usado no caput, variando nos parágrafos 3º e 4º com o eufemismo entidade familiar que, na verdade, é a mesma família.

Mas, para que a união informal de homem e mulher possa ser uma entidade familiar, há que ser estável. Esta é uma *conditio sine qua non* que trouxe perplexidade sobre sua caracterização, agora minorada - indiretamente, pela Lei nº 8.971/94 que, ao regular direitos entre companheiros condicionou-os, por sua vez, a companheiro convivente há mais de 5 anos e desde que o outro não seja casado. Vejo como sendo duas as condições objetivas para caracterizar a estabilidade da união e, com ênfase, sua natureza de entidade familiar: a quantidade da convivência (prazo mínimo de cinco anos) e o estado civil (não casado). E acrescento uma terceira, esta subjetiva: a da qualidade, correspondente ao *animus* de intensa solidariedade ligando os companheiros para e durante a união. Não fosse assim, seria estável uma união somando 8 anos de convivência, apesar de interrompida por meia dúzia de rupturas da vida em comum. Não fosse assim, o próprio constituinte teria feito constar do texto algo como "é reconhecida como estável uma união desde que entre pessoas não casadas e depois de tantos anos de duração", assim estabelecendo tempo certo como fez no parágrafo 6º, ao tratar do divórcio. E, quanto ao prazo certo constante da Lei nº 8.971/94, destaque-se tratar ela de direitos específicos a alimentos e à sucessão entre companheiros, não se referindo expressamente à união estável, e até mesmo estendendo ditos direitos a quem tenha filho do outro, independente de prazos! Esta condição subjetiva não se contrapõe ao significado léxico do termo, que para Aurélio, é assente, firme, fixo; sólido, permanente, duradouro - e, para isto, aquele *animus* é imprescindível. E insisto em que a condição subjetiva é muito mais adequada à multiplicidade das situações fáticas que clamam por justiça, possibilitando uma prestação jurisdicional mais ampla e correta.

Noutra linha de raciocínio, um casamento civil é uma sociedade conjugal, com um regime de bens que disciplina as relações patrimoniais do casal, e com um elenco de direitos e deveres legais de co-fidelidade, de co-vivência, de cooperação, de co-responsabilidade com a prole, e morais representados por permanente gesto de solidariedade e de comunhão de sentimentos, num ambiente de paz, de

amor e de respeito. Ora, uma união estável - dentro da atual estrutura legal - tão mais será realmente a entidade familiar prevista na Constituição, quanto seja uma sociedade concubinária que, ainda que informalmente, exteriorize um comportamento recíproco dos seus participantes como se auto-impusessem aquele elenco de poderes-deveres impostos aos cônjuges pela lei ou pela moral. Porque a união estável só será entidade familiar na medida em que se exteriorize e seja tida como um casamento informal. Ocorrendo tais circunstâncias, estará existindo o que deverá ser tratado como um outro novo instituto no nosso direito de família e que é a ora suscitada sociedade concubinária, cujo patrimônio deverá corresponder aos aqüestos concubinários, bens adquiridos durante a convivência em nome de qualquer dos companheiros, a título oneroso. É a solução razoável decorrente da atual realidade legal e porque nesta união estará implícito o animus da *affectio societatis*, num todo que configura uma sociedade de fato, *sui generis* que, diferentemente daquela constante expressamente do Código Civil, não teria raízes fincadas nos princípios contratuais próprios do direito das obrigações, e sim legitimadas pelo direito de família como fruto de uma *affectio societatis* similar à decorrente do casamento, da *affectio conjugalis*.

Desdobrando este raciocínio, veja-se que não sem razão cresce a jurisprudência que suspende os efeitos do casamento enquanto perdura a separação de fato que faz cessar a constância daquele bem como acaba com a *affectio societatis*, que é íntima da *affectio conjugalis*. É posicionamento que considera mero resíduo daquele casamento o registro civil da sua celebração. O pensamento jurídico moderno sacrifica a forma na prevalência do fundo. Não mais admite o formal superando o substancial. Surgiu deste pensamento, e vai tomando corpo, a adoção da sinonímia da separação de fato com a de corpos formalizada por decisão judicial, estendendo-lhe a aplicação do artigo 8º, da Lei do Divórcio, retroagindo os efeitos da separação judicial pondo fim aos deveres do casamento - dentre eles o da fidelidade - e ao regime de bens (não se comunicando, então, os bens adquiridos durante a separação de fato). Muitos casamentos civis são celebrados por conveniência, para criar uma fachada ou por qualquer outro motivo menor, ilegal e imoral. E, ao contrário, não se pode negar que muitos casais se formam em concubinatos imantados pelo animus próprio de um casamento sério, com aquela *affectio conjugalis*. Na Constituição Federal, a expressão entidade familiar além de identificar comunidades formadas por pais e filhos, bem como a união estável de homem e mulher está, significativamente, inserida no capítulo específico que

trata da família e, nele, no mesmo artigo 226, inclui um parágrafo 8º, garantindo que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram... sem que à família precisasse acrescer a expressão entidade familiar. Ou seja, examinada com lógica a questão sob qualquer ótica, será inevitável concluir-se a análise como o fez o ministro Cláudio Santos: família e entidade familiar são a mesma coisa e têm o mesmo alcance.

Assim, porque companheiros, numa união estável, formam uma família por força da Constituição Federal, dessa nova situação decorreu, como consequência natural, a Lei 8.971/94, não obstante as absurdas omissões e ambigüidades dela. Consequência natural pela necessidade de ser materializado o dever moral da solidariedade própria de uma família. Esta solidariedade consubstancia-se na mútua assistência, num exercício do poder/dever dos alimentos recíprocos. E, pela necessidade do emprego daquela mesma sinonímia entre companheiro e cônjuge na sucessão hereditária como natural direito à fruição, por aquele, de uma parte do que ele ajudou a adquirir durante a convivência com o companheiro falecido.

Não há como negar, é certo, que o Estado - no que se inclui o Estado Judiciário - está obrigado a um tratamento isonômico dos companheiros enquanto participantes da união estável e dos cônjuges enquanto casal. Mas, valendo da sinonímia para dar solução às questões legais da realidade concubinária, este ensaio está longe de pretender equiparar a importância dos dois institutos, o do casamento civil e o da união estável. O próprio constituinte deixou isto muito claro ao enunciar no mesmo inciso que criou o da união estável que o legislador ordinário deveria facilitar a conversão desta no casamento civil!

Neste sentido, a Lei do Divórcio já fora pioneira ao dispor, no seu artigo 45: "Quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existente antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por 10 anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no artigo 258, parágrafo único, nº II, do Código Civil". Motivou para o casamento velhos concubinos ao desobrigá-los do regime da separação legal de bens e que, assim, foram contemplados com a possibilidade da opção - por exemplo - pelo regime da comunhão universal de bens. Mas, são muito estreitas as suas condições de uma

convivência anterior a 28 de junho de 1977, ou a da existência de filho comum. O aceno do constituinte há de ser incentivo para o legislador ordinário revogá-las e generalizar a exceção ao regime forçado da separação de bens para todos aqueles que estejam vivendo em união estável. Até porque a isonomia constitucional do homem e da mulher (art. 5º, I), mais a isonomia conjugal (art. 226, § 5º), não recepcionaram a discriminação, pela idade, conforme se homem, se mulher, para a opção do regime matrimonial. De qualquer forma, tarda o sepultamento desta captis deminutio do cidadão idoso que pode ser presidente da república e dirigir os destinos da Nação, mas não pode praticar o prosaico ato da escolha do regime de bens do próprio casamento!

No entanto, será proporcionando uma absoluta gratuidade de todo o procedimento para o casamento civil que a lei conseguirá motivar a conversão das uniões livres. Gratuidade que as constituições brasileiras vêm falseando num texto que é um primor de artifício bacharelesco: O casamento é civil e gratuita a celebração (art.266, parágrafo 1º). Na prática, tal texto faz com que seja gratuita apenas a celebração do casamento e enseja a cobrança da habilitação por um preço insuportável para os nubentes pobres ou de classe média baixa, que constituem a maioria dos concubinos. É uma vergonha para o país negar o pleno exercício da cidadania aos nacionais ao negar-lhes acesso ao casamento civil por falta de condições financeiras! E não é só. Um mínimo de justiça social exige do Estado maior atenção para os carentes que deveriam gozar da mais absoluta gratuidade cartorária para poderem legitimar os atos públicos da sua vida civil. Nesses atos públicos - merecedores da gratuidade também por serem de interesse público - inserem-se, além do casamento, os registros de nascimentos, de óbitos, etc. O quadro atual é de um surrealismo fantástico, em que o Cartório do Registro Civil é imune à declaração de miserabilidade, que ali não produz efeitos e se revela imprestável para a obtenção da gratuidade que protege estes mesmos carentes com uma completa assistência judiciária. Enseja-lhes prestação jurisdicional plena em todas as instâncias, com acesso até à Suprema Corte. Paradoxalmente, então, o carente que chega, sem despejas judiciais, ao STF na defesa dos próprios direitos, mesmo onerando o sistema com todos os atos que se fizerem necessários, não conseguirá casar por não ter como custear o processo de habilitação!

## **19. DA FAMÍLIA PLANEJADA: A PATERNIDADE RESPONSÁVEL**

T. R. Malthus, na sua obra *An Essay on the Principle of Population*, já em 1798, alertara para a necessidade do controle da natalidade para evitar a miséria decorrente da desproporção entre o aumento da população e os dos seus meios de subsistência. Originariamente, pela sua teoria as famílias pobres deveriam limitar o número de filhos em seu próprio benefício, através da continência. A total impossibilidade de êxito por este método fez surgir o neomalthusianismo que, na medida do progresso científico, passou a preconizar o emprego dos anticoncepcionais. No transcorrer dos anos, a custosa realidade da progressão geométrica dos nascimentos confirmou, na prática, a procedência da teoria de Malthus. Os países foram, aos poucos, conscientizando-se dos riscos iminentes daquela desproporção e adotaram uma política de natalidade, cada qual com seu sistema, mas, todos visando evitar o crescimento desordenado da própria população.

O temor universal da explosão demográfica ficou evidente.

Num enfoque localizado, cada governo está atormentado pelas insuportáveis pressões populares por cada vez melhor qualidade de vida, até porque o não se contentar com o que tem é próprio do gênero humano. A politização do povo, seu maior índice de escolaridade, e o seu fácil acesso aos meios de comunicação são fenômenos emergentes numa sociedade de consumo em permanente frustração sob a pressão de técnicas de merchandising que criam necessidades com apelos irresistíveis. Estes novos tempos sepultaram o antigo fatalismo das pessoas pobres se conformarem com sua miséria e daí a exigência delas para o atendimento das suas crescentes necessidades pessoais e coletivas. A mídia lhes ensaja cotejar o que o seu governo lhes propicia com o que os estrangeiros usufruem. Enquanto isso, a economia interna estremece com qualquer descontrole do aumento da sua população jovem que, com a idosa, não apenas são ausentes da força de trabalho produtivo e da contribuição tributária, como sobrevivem desta. A resultante é que o custo social será tão maior quanto o número de nacionais a serem assistidos pelo Estado na oferta de previdência social, de educação pública, de assistência médica e hospitalar, de atendimento das necessidades da infra-estrutura e saneamento básico para uma inchada população urbana, de ampliação do mercado de trabalho para absorver e sustentar os que chegam à idade própria. Há países que radicalizam contra seus crescimento populacional, como

condição da própria sobrevivência, a exemplo da China que, dentre várias medidas, proíbe à mulher ter mais de um filho. E, no plano das relações internacionais, países temem a cobiça do seu território por outros com espaço vital saturado. O Brasil, pressionado por igrejas de vários credos, mantinha-se omissa e inerte quanto ao problema de sua explosão demográfica que, a par de ser uma das maiores do mundo, é localizada exatamente na camada mais pobre, carente e ignorante da sua sociedade. É um círculo vicioso cruel: quanto mais pobre e ignorante a mulher, mais filhos tem. Quanto mais filhos, menores as condições de sobrevivência deles. Os sobreviventes não recebem educação, disciplina ou cuidados adequados e tendem a buscar nas vias públicas condições para uma nova etapa da sua sobrevivência. Formam o contingente dos meninos de rua que, desassistidos, vocacionam-se para a marginalidade definitiva e criminosa.

Simplificando, ou minimizando a complexidade do tema, pode-se agrupar em duas as principais vertentes de soluções deste problema: a do controle da natalidade, assumido e disciplinado pelo Estado, e a do planejamento familiar, ao arbítrio individual - ou do casal convivente - conscientizado para a paternidade responsável.

Esta última foi a alternativa escolhida pelo constituinte de 88, que a contemplou no artigo 226, parágrafo 7º: "Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas."

Aqui, um parêntesis para estranhar a contradição do constituinte ao expressar como devendo ser do casal o planejamento familiar, fundado na paternidade responsável, se ele próprio erigiu "como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (parágrafo 4º, artigo 226). E o fez, dentre outras razões, certamente para dar dignidade também à comunidade formada apenas pela mãe solteira e seus filhos. E, o ser mãe solteira é, modernamente, uma opção consciente e sabidamente já comum como um tipo de modelo de família. É exercida por mulheres financeiramente e socialmente independentes, que decidem conceber filhos nascidos das chamadas amigáveis coloridas, sem que os namorados tenham sido consultados para a geração dos filhos que, afinal, são assumidos até

possessivamente por mães que nem aceitam admitir o registro da paternidade. Ou, que concebem de parceiros ocasionais e que desconhecem terem sido escolhidos para aquele fim, sequer vindo a saber serem pais. Ou que concebem pela já banalizada inseminação artificial. Por qualquer destas formas, estas mulheres e seus filhos serão entidade familiar não integrada por um pai que tenha decidido sê-lo. Ressalta-se a contradição do dispositivo legal reconhecendo ao casal o poder/dever do relevante planejamento familiar quando, na prática, esta é uma decisão individual da mulher enquanto quiser ter filhos e, assim nem sempre a necessária responsabilidade será de um pai então recusado como tal, ou mesmo desconhecedor de que o seja. Nestes casos, deve-se ter presente uma correlata maternidade responsável, como um dever legal da mãe, decorrente da igualdade não só de direitos como de deveres do homem/marido e da mulher/esposa, então do pai e da mãe, dentro da isonomia constitucional.

Na verdade, inserir na Constituição Federal o planejamento familiar foi uma conquista a fórceps, tão custoso foi obter o consenso entre as várias facções extremadas em que se dividiu a Constituinte, numa discussão agravada pelo inevitável tema do aborto, permanente bandeira feminista que arrepiava os grupos religiosos. Além dos naturais posicionamentos pessoais num assunto passional como este, muitos lobbies pressionavam os constituintes, então influenciados pelas igrejas de vários credos, por laboratórios farmacêuticos interessados na venda de pílulas, nas indústrias fabricantes de artefatos tipo DIU etc. Discutiu-se desde a legalização do aborto até a obrigatoriedade da ligadura de trompas e da implantação de instrumentos anticonceptivos.

Mas, uma coisa parece indubitosa: o número absurdo de filhos de quem não tem as mais mínimas condições de criá-los é o nascedouro da multidão de menores em situação irregular e sementeira da população carcerária. É uma das causas da violência urbana, de que decorre outro novo modelo comportamental: o dos cidadãos se manterem reclusos atrás das grades fortificadoras de suas casas, enquanto a marginalidade usufrui da liberdade das ruas. A explosão demográfica é causa/efeito de problemas sociais, políticos e econômicos - e assim de máximo interesse nacional - o que lhe conferiu a dimensão justificadora de sua conversão em princípio constitucional.

Também neste ponto nossa Carta Magna é um instrumento de modernização da sociedade, ao sinalizar para esta a conveniência do planejamento familiar, na verdade o meio de tentar conter - e isto vem sendo conseguido - a explosão demográfica que, a continuar a progressão ocorrente há alguns anos, se previa insuportável. O texto aprovado foi a vitória do bom senso e do equilíbrio, no atendimento do interesse nacional. Assim é que dissociou-se dele o aborto, e preferiu-se, ao controle estatal da natalidade a liberdade individual do planejamento familiar com responsabilidade.

A discussão sobre legalizar o aborto, ou não, foi deixada para o legislador ordinário. Disso poderá resultar, eventualmente, na manutenção do status quo atual que o qualifica como crime, até numa lei que o regulamente, especificando os casos em que poderá ser praticado, ou que o libere totalmente - o que repercutirá como mais uma faceta na variável dos atuais modelos de família. É um tema apaixonante, em que principalmente as feministas jogam todo o seu empenho na luta pela sua liberação ao argumento de competir exclusivamente à mulher o juízo do uso do próprio corpo. E, como corolário, defendem o auto-arbítrio da conveniência, ou não, de levarem avante a gravidez do filho concebido contra a própria vontade ou que não poderão criar. Naturalmente que contra isso se opõem, com toda a veemência, as variadas correntes religiosas que identificam o feto, por mais incipiente que esteja na sua formação biológica, como sendo vida sagrada de um ser à imagem de Deus. A gama de argumentos pró e contra é infinita. E nunca uma facção irá convencer a outra, porque não há como misturar-se ciência com religião e com posicionamentos morais/culturais/filosóficos na dialética do convencimento.

O fato é que foi derrotada qualquer pretensão do controle da natalidade, genérico e coercitivo. Sem dúvida que o planejamento familiar, reservado a cada casal - ou à mãe não casada - é voluntário, respeitando a individualidade. Nas circunstâncias brasileiras, esta opção do constituinte de nada valerá sem uma conscientização do povo para essa necessidade imperiosa. Para este fim, a curto prazo, tornam-se indispensáveis campanhas publicitárias institucionais do governo, esclarecendo essa realidade para o povo, mais as alternativas instrumentais e farmacológicas postas à disposição do casal para que este possa evitar a concepção inoportuna. E, a médio prazo, uma atuação escolar educativa naquele sentido.

Mas, será inócua esta inovação constitucional sem o oferecimento, pelo Estado, a essa massa que, além de tudo é também pobre, dos meios anticonceptivos a serem usados na conformidade da livre vontade e da opção de cada qual. Sempre sem qualquer injunção coercitiva de entidades públicas ou particulares.

## **20. O PÁTRIO PODER EM COMUM E COM IGUALDADE**

Noutro campo do direito de família, não se pode deixar de reconhecer que o pátrio poder incorporou-se à nova modelagem da família e seguiu aquela linha isonômica da mulher. Além do que o transcorrer dos séculos já abrandara o seu exercício ilimitado e despótico pelo pater familiae.

No Brasil, o Código Civil, na medida em que deferiu ao marido a representação legal da família e a chefia da sociedade conjugal, não fugiu desta sua linha patriarcal e concedeu-lhe, também, a exclusividade do pátrio-poder. Relembre-se o texto original do artigo 380: "Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher. Então, o seu exercício pela mãe era previsto como rígida exceção, limitado à eventualidade da falta ou do impedimento do marido, exatamente porque nestes casos materializava-se a situação da chefia da sociedade conjugal pela mulher. Quando o filho era da classe dos ilegítimos não reconhecidos, aplicava-se o artigo 383, e o menor ficava sob o poder materno, sem alternativa na medida da proibição do reconhecimento do adúlterino ou incestuoso.

Com a Lei 4.121/62, conhecida como Estatuto dos Direitos da Mulher Casada - quase uma carta de alforria dela que, até então, era elencada entre os relativamente incapazes - houve a alteração do texto do artigo 380 do Cód. Civil. Este passou a rezar que "Durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta de impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade." 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." Veja-se que, apesar do texto a dourar

a pílula para contentar as mulheres, permaneceu o privilégio do pai quanto a prevalência da sua vontade. A alteração foi adjetiva e em nada substantiva: os dois exerciam o pátrio poder desde que a mãe concordasse com o pai, se não apenas ela teria que recorrer a uma indispensável prestação jurisdicional para a solução da pendência. A mesma situação permaneceu quanto ao consentimento para o menor casar. A nova redação dada pelo artigo 50, ítem 3, ao artigo 186, do Código Civil, não inovou aquela prevalência da mãe: "Discordando eles entre si, prevalecerá a vontade paterna..."

A vigente Constituição Federal, perseguindo o ideal de uma justiça social, impôs o princípio normativo não apenas da igualdade genérica do homem e da mulher em direitos e obrigações (artigo 5º, I), e da específica do marido e da mulher na sociedade conjugal (artigo 226, parágrafo 5º), mas, também, do pai e da mãe em relação aos filhos (artigo 229) e da igualdade dos filhos de qualquer natureza, inclusive dos adotivos (artigo 227, parágrafo 6º).

Proibida, por força constitucional, a discriminação de filhos, desapareceu a possibilidade de adjetivá-los, e com isso inexistem mais os adulterinos e os incestuosos que não podiam ser reconhecidos pelos pais e, o sendo, também para eles o pátrio poder será exercido em comum. Ao mesmo tempo, aquela isonomia do homem/marido e da mulher, igualou, realmente, o exercício, por ambos os pais do pátrio poder. Esse, por isto mesmo, não deverá permanecer com sua denominação que induz ao entendimento da prevalência do pai. No moderno direito de família, será o poder-dever parental. Muito mais dever que poder.

## **21. CONCLUSÃO**

a) Não podemos deixar de usar por qualquer tipo de receio de patrulhamento sócio-jurídico, das oportunidades em que tratarmos do assunto, nas cátedras de todos os níveis ou nos púlpitos de quaisquer credos, para enfatizar a importância do casamento civil, com suas regras de direitos e de deveres, não apenas para as pessoas em geral, quanto ao interesse privado, como para o Estado, no interesse público.

b) É indubitosa a multiplicidade dos novos modelos de família e, paralelamente, dos assumidos pelas minorias sociais, inclusive homossexuais - que, no plano dos fatos vêm sendo absorvidos, com maior ou menor relutância, pela sociedade brasileira.

c) Há que ser respeitada a opção individual de homens e de mulheres se unirem informalmente, mas há que se abrir espaço também para o direito de alguns destes que o queiram, contratar, previamente, a futura inexistência ou uma disciplina de quaisquer efeitos econômico-financeiros nas suas uniões, excepcionalizando a generalização constante na Lei nº 8.971/94. E não será razoável interpretar dita Lei reconhecendo direitos concubinários superiores aos conjugais, sob pena de definitivo esvaziamento do instituto do casamento civil.

d) Não importa que cada um de nós considere ter sido de maneira forçada ou, ao contrário, natural, que as uniões estáveis passaram a pertencer ao campo do direito de família. O indubitoso é que, assim, a solução judicial dos seus problemas e a decisão das suas consequências à competência das Varas Especializadas de Família (e de Sucessões, nos casos dos arts. 2º e 3º, da Lei nº 8.971).

e) Porque reconhecida pela própria Constituição Federal, a união estável perdeu sua natureza de família simplesmente natural e, apesar de informal, passou à condição de família legítima.

f) Doravante teremos três tipos de uniões entre homem e mulher:

f.1) a primeira, impura ou adúltera, quando algum dos seus integrantes é casado. Por isto que ela não se confunde com entidade familiar. Mas nem por isso autorizará o enriquecimento de um deles à custa do esforço pessoal do outro. Se dela resultar sociedade de fato com aqüestos concubinários, parte deste patrimônio poderá ser reivindicado pelo companheiro que se considerar prejudicado. Se inexistirem bens adquiridos com o esforço comum mas um deles terá prestado serviços ao outro, estes serão indenizáveis. As relações

jurídicas decorrentes deste tipo de união se enraizam no campo do direito das obrigações e se resolvem no juízo comum, cível e, em grau de recurso, nos Tribunais de Alçada;

f.2) a segunda, corresponde a um concubinato puro, sem que qualquer dos integrantes seja casado, com mais de cinco anos de convivência ou que dela resulte prole. Seus integrantes estarão legitimados para reivindicar direitos a alimentos e à sucessão, conforme Lei nº 8.971/94. Dela estará decorrendo efeitos de uma natural solidariedade, e suas relações jurídicas serão de competência das Varas Especializadas de Família e de Sucessões e, em grau de recurso dos Tribunais de Justiça;

f.3) a última, também do tipo puro, é a da união estável, o novo instituto criado pela Constituição Federal de 88 como família. Para sê-lo, considero imprescindível sua similitude com um casamento informal e, assim, exigíveis condições objetivas e subjetivas. A condição do prazo e mais a de não ser casado qualquer dos companheiros, somando-se a da união ser imantada pelo animus de uma vida em comum pautada pelo cumprimento dos deveres morais próprios de um matrimônio civil. Assim como uma das consequências legais de um casamento é a respectiva sociedade conjugal na conformidade do seu regime de bens, a da união estável será a de uma novidadeira sociedade concubinária, cujo patrimônio serão os aqüestos concubinários, os adquiridos durante a convivência, em nome de qualquer dos companheiros, excluídos os bens provenientes de sucessão ou de doação pessoal. É preciso ter olhos para ver que uma relação jurídica antes inexistente na legislação, na medida da sua introdução importará em tratamento doutrinário e jurisprudencial específico. Ora, no caso, seria injusto para com o novo instituto tratado como família pela Constituição, fosse tratado pelo intérprete como sociedade de fato na sua forma tradicional, dentro dos limites do direito das obrigações e com seus efeitos patrimoniais dependentes da demonstração da ocorrência do esforço pessoal de ambos os sócios. Considerando-se que os companheiros desta união estável nela constituíram uma família, é óbvio devam suas relações jurídicas serem resolvidas dentro do Direito de Família e assim tratadas como tal, sendo a respectiva competência judicial das Varas Especializadas de Família e de Sucessões, e a recursal dos Tribunais de Justiça.

g) Urge uma legislação específica sobre a inseminação artificial humana, proibindo as heterólogas e disciplinando as homólogas.

h) Todos os homens do direito, temos dado relevo à conquista feminina da igualdade com os homens. Temos atentado para esta evolução delas enquanto mulheres, ou enquanto esposas, no parâmetro com os homens. Mas, não temos destacado a igualdade das mulheres enquanto mães. Ora, elidido o monopólio do casamento para a constituição de uma família, ficou eliminada a figura do marido em relação ao pátrio poder, bem como a sua antiga prevalência. Por isso que duas situações devem ser destacadas: na primeira, a poderosa figura codificada do marido foi adequadamente substituída pela do pai, nem sempre casado, e sempre em igualdade com a mãe; na segunda, a da igualdade das mães entre si, a casada e a de filhos extra-matrimônio. A igualdade de ambos, do pai e da mãe, foi melhor explicitada no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, com ênfase no seu artigo 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."

i) Talvez os traços mais marcantes do esboço do desenho matriz do diversificado modelo atual de família sejam o da descaracterização do casamento como condição de constituição da família legal, e o da igualdade em geral de todos os seus integrantes, nos vários tipos de família. Do marido e da mulher no casamento. Do pai e da mãe, casados ou não, no desempenho do poder-dever que lhes incumbe na criação dos filhos. Da obrigação de todos os filhos maiores, de ajudar e de amparar, de assistir e de alimentar os pais carentes, até o final de suas vidas. De direitos dos filhos do mesmo pai, incluindo os adotivos, entre si. Dos filhos da mesma mãe, incluindo os adotivos, entre si.

j) Assim como efetiva-se a igualdade do marido e da mulher na sociedade conjugal numa obrigatória co-gestão administrativa do patrimônio comum, efetiva-se a dos pais no exercício do poder-dever parental numa permanente co-gestão da criação, da formação, dos

interesses e dos direitos dos filhos, tanto patrimoniais como pessoais, no que se incluem os atos autorizativos de qualquer espécie.

\* advogado especializado em Direito de Família e professor da matéria em BH.

Fonte: <http://www.gontijo-familia.adv.br>

MiniWeb



Educação

