

# Aspectos do direito de família na nova Constituição

DILVANIR JOSÉ DA COSTA

Prof. Adjunto de Dir. Civil na UFMG

## SUMÁRIO

*1. O novo perfil do divórcio. 1.1 — Introdução. 1.2 — O sistema da separação judicial na Lei nº 6.515/77. 1.3 — O divórcio na Lei nº 6.515/77. 1.4 — O divórcio na nova Constituição. 1.5 — Revogado o art. 38 da Lei nº 6.515/77. 2. As inovações no instituto da adoção. 2.1 — A adoção no Código Civil. 2.2 — Caracteres da adoção comum. 2.3 — A adoção no Código de Menores. 2.4 — Caracteres da adoção simples. 2.5 — Caracteres da adoção plena. 2.6 — Os efeitos da nova Constituição na forma e no conteúdo da adoção (assistência do Poder Público e igualdade de direitos). 3. Revolução na filiação. 3.1 — Filiação: espécies, discriminações, evolução e situação anterior à nova Constituição. 3.2 — O impacto da nova disciplina constitucional.*

### 1. O novo perfil do divórcio

#### 1.1 — Introdução

A Emenda Constitucional n.º 9, de 28-6-77, que introduziu o divórcio no Brasil, assim dispôs:

“O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos” (§ 1.º do art. 175, CF).

“A separação, de que trata o § 1.º do art. 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda.”

Foram instituídos, dessa forma, o divórcio indireto ou por conversão de separação judicial ou desquite e o divórcio direto ou através da simples separação de fato comprovada, pelo prazo previsto.

A Lei regulamentadora, n.º 6.515, de 26-12-77, começou pela disciplina da separação judicial, como via de acesso ao divórcio normal ou comum, desde que o direito não passava de instituição transitória.

Por isso o estudo prévio da separação judicial é indispensável para a boa compreensão do divórcio, não só em face da Emenda Constitucional n.º 9 como perante a nova Constituição.

#### 1.2 — O sistema da separação judicial na Lei n.º 6.515/77

O sistema da separação judicial na Lei n.º 6.515/77 obedece ao seguinte esquema:

Separação *consensual* ou denúncia vazia da sociedade conjugal.

*Requisitos*: A) casamento realizado há mais de dois anos:

B) consentimento mútuo dos cônjuges;

C) homologação judicial (art. 4.º).

Os cônjuges não podem se separar judicialmente, por acordo, antes do decurso do prazo de dois anos exigido para experiência e reflexão, ainda que estejam separados de fato.

O que pode qualquer deles fazer, inclusive imediatamente após o casamento, é requerer a separação *litigiosa* por *inadimplemento* do outro (conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento — art. 5.º, *caput*), a qual não pode ser transformada em *consensual* antes do decurso do prazo de dois anos de casados, sob pena de nulidade desta última, por falta de requisito essencial.

O que podem também é se separar *de fato*, em qualquer tempo, inclusive arbitrariamente, com as conseqüências legais.

Formas legais de procedimento, na separação de fato, são as medidas cautelares de separação de corpos (§ 1.º do art. 7.º), inclusive a pedido

de ambos os cônjuges, a fim de aguardar o prazo de dois anos para a separação consensual, conforme jurisprudência reiterada. Cabe ainda medida cautelar de afastamento de um dos cônjuges da morada do casal (CPC, art. 888, VI).

Separção *litigiosa* ou por iniciativa unilateral (art. 5.º e parágrafos).

*Separção-sanção*, punição ou por inadimplemento (art. 5.º, *caput*).

*Requisitos*: conduta desonrosa de um dos cônjuges ou grave violação dos deveres do casamento (que tornem insuportável a vida em comum).

Compreende, de forma mais ampla, todos os motivos que o Código Civil compendiava no art. 317 (adultério, tentativa de morte, sevícia, injúria grave e abandono voluntário do lar) como causas do desquite.

*Separção-remédio*. *Requisitos*: a) prova da ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos, e da impossibilidade de sua reconstituição (§ 1.º); b) grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne insuportável a continuação da vida em comum, reconhecida de cura improvável após a duração de cinco anos (§ 2.º). Ambos os casos são de comprovação objetiva de fatos que demonstrem a *morte natural* do casamento.

### 1.3 — O divórcio na Lei n.º 6.515/77

*Divórcio por conversão* (art. 25). *Requisitos*:

a) separação judicial (consensual ou litigiosa) passada em julgado (art. 31);

b) decurso de mais de três anos da sentença de separação, da medida cautelar ou de outra comprovação judicial da separação do casal (art. 44);

c) partilha dos bens (art. 31);

d) cumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação (art. 36, parágrafo único, II);

e) iniciativa de qualquer dos cônjuges e citação do outro (arts. 35 e 36);

f) sentença de conversão (art. 37).

A improcedência do pedido não impede a sua renovação com os requisitos legais (§ 2.º do art. 37).

*Divórcio direto*, litigioso ou consensual (art. 40 e parágrafos).

*Requisitos:*

- a) prova documental ou testemunhal da separação de fato por cinco anos, com início anterior a 28-6-77;
- b) fixação de pensão ao cônjuge e filhos necessitados;
- c) partilha dos bens existentes;
- d) iniciativa de qualquer dos cônjuges e citação do outro, ou de ambos;
- e) sentença de divórcio.

Os cinco anos de separação de fato devem iniciar-se, necessariamente, antes de 28-6-77 (ou seja, até 27-6-77). Na data da Emenda Constitucional n.º 9, que instituiu o divórcio, os cônjuges já devem estar separados, ainda que por um dia, para terem direito ao divórcio direto. Esse benefício foi destinado aos que já se achavam separados de fato na data da instituição do divórcio, muitos deles há mais de cinco, 10 ou 20 anos, não sendo justo que ainda tivessem de passar pela separação judicial prévia, como estágio de conversão. Por outro lado, a separação de fato ocorrida de 28-6-77 em diante, ainda que por cinco anos, não autoriza o divórcio direto mas sim a separação judicial por ruptura da vida em comum (art. 5.º, § 1.º).

O art. 38 da Lei n.º 6.515 só permite o divórcio por uma vez, e foi julgado constitucional pelo STF (RTJ, 101/908, 117/508). Por isso a solução para o caso de novo divórcio de divorciado com não divorciada tem sido a concessão de duplo efeito à sentença: somente o divorciado pela segunda vez não poderá se casar de novo (RTJ, 117/508).

#### 1.4 — O divórcio na nova Constituição

Divórcio *indireto* ou por conversão (art. 226, § 6.º, 1.ª parte).

*Requisitos:* os mesmos do art. 25 da Lei n.º 6.515, já analisados, com a redução do prazo de separação de “mais de três anos” para “mais de um ano” apenas.

Foi reduzido o prazo de estágio na separação judicial. Divórcio *direto* (art. 226, § 6.º, 2.ª parte).

*Requisitos:* o 1.º requisito do divórcio direto do art. 40 da Lei n.º 6.515, passa a ser este: prova documental ou testemunhal da separação de fato por mais de dois anos. Permanecem os demais requisitos.

A grande inovação foi a desvinculação do prazo de separação de fato à data da Emenda Constitucional n.º 9 (28-6-77). Com isso o divórcio direto passou de transitório para permanente em nosso direito. O requisito objetivo “comprovada separação de fato por mais de dois anos” veio facilitar o divórcio direto a ponto de praticamente acabar com as separações judiciais ou reduzi-las muito. Com efeito, a separação judicial mais fácil — a consensual, exige que os cônjuges sejam “casados há mais de dois anos” (art. 4.º). Homologada essa separação, a nova Constituição exige prazo “superior a um ano” para a conversão em divórcio. Levaria mais de 3 anos, portanto, pela via da separação judicial consensual, enquanto que o novo divórcio direto se consumaria em pouco mais de dois anos.

Ainda que a separação judicial seja litigiosa e por inadimplemento (separação-sanção, art. 5.º, *caput*), a qual não depende do requisito “casamento realizado há mais de dois anos”, o procedimento contencioso absorveria de um a dois anos e a conversão exigiria mais um ano.

Vai até surgir uma questão formal: na pendência de uma separação judicial litigiosa, pode nascer o requisito objetivo do novo divórcio direto — separação de fato comprovada, por mais de dois anos. Com o requisito constitucional, nasceria o direito de ação de divórcio direto, prejudicando a ação de separação. Na ação de divórcio direto seria provada a causa da separação, para os efeitos de guarda dos filhos (art. 10), uso do nome (art. 17), prestação de alimentos (art. 19).

Por tudo isso o procedimento mais cômodo e rápido para o divórcio de recém-casados passou a ser através da imediata medida cautelar (se possível, consensual) de separação de corpos preventiva, tal como se vinha procedendo para se esperar tempo para a separação judicial consensual (RT, 518/95, 601/74 e outros). Só que agora se espera pelo mesmo prazo para o divórcio direto...

#### 1.5 — *Revogado o art. 38 da Lei n.º 6.515/77*

Já em face da Emenda Constitucional n.º 9 fora arguída a inconstitucionalidade do art. 38 da Lei n.º 6.515, que limitou a uma vez o pedido de divórcio. O colendo STF na **Representação n.º 1.000**, rejeitou a ar-

guição (RTJ 101-908), ao fundamento (constante do voto condutor do Sr. Ministro MOREIRA ALVES) de que

“o § 1.º do art. 175 somente admite a dissolução do casamento nos casos expressos em lei”.

“Portanto, é à lei que cabe estabelecer os casos em que há dissolução do casamento, não podendo permiti-la, no entanto, sem que haja prévia separação judicial por mais de três anos.” (RTJ, 101/917.)

Essa, realmente, a interpretação, que comportava o § 1.º do art. 175 da antiga Constituição, na redação da EC n.º 9, que assim dispunha:

“O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.”

Ali a expressão “nos casos expressos em lei” se refere à *dissolução do casamento*, pelo que ao legislador ordinário se devolveu maior autonomia regulamentar, inclusive para limitar a uma vez a dissolução pelo divórcio.

Entretanto, outra é a redação do § 6.º do art. 226 da nova Constituição, *verbis*:

“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.”

Aqui, a expressão “nos casos expressos em lei” se refere a *prévia separação judicial* e não a *dissolução do casamento*.

Logo, se o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, sem outra condição constitucional além das duas previstas (prévia separação judicial por mais de um ano *ou* comprovada separação de fato por mais de dois anos), e desde que não há limitação legal de vezes para a separação judicial, conclue-se que o art. 38 da Lei n.º 6.515 está revogado pela nova Constituição. Decisão em contrário implicará em negativa de vigência do § 6.º do art. 226 da Constituição Federal, ensejando recurso para o STF. Não mais se trata de inconstitucionalidade do art. 38 da Lei n.º 6.515, mas sim de sua revogação constitucional.

## 2. *As inovações no instituto da adoção*

### 2.1 *A adoção no Código Civil*

Conhecemos três tipos de adoções: a adoção comum do Código Civil, a adoção simples e a adoção plena do Código de Menores.

A adoção comum do Código Civil, como matriz do instituto, traça o perfil da adoção como filiação e paternidade civil ou legal, lançando suas bases e requisitos genéricos. Ao mesmo tempo, cria a forma chamada comum da adoção, com os caracteres civis de liberdade e autonomia (mais contratual e menos cogente).

### 2.2 *Caracteres da adoção comum*

Rege-se pelos arts. 368/378 do Código Civil.

**Forma:** perfaz-se por escritura pública, sem termo ou condição e sem a assistência do Poder Público. Comparecem as partes apenas, o adotado incapaz representado ou assistido por quem de direito, inclusive o nascituro.

**Condições subjetivas:** o adotante há de ser maior de 30 anos, solteiro ou casado, este após 5 anos de realizado o casamento, podendo já ter outros filhos. Deve ser pelo menos 16 anos mais velho que o adotado. O adotado pode ser incapaz, menor ou maior. O menor deve se achar em situação regular (não sujeito às adoções do Código de Menores).

**Efeitos:** só cria parentesco entre as partes, salvo quanto a impedimentos matrimoniais (arts. 376 e 183, III e V); o pai natural só perde o pátrio poder, conservando os demais direitos e deveres inerentes (378); o adotante passa a ter o pátrio poder e seus consectários (guarda alimentos, etc.) sobre o adotado (378); para os efeitos da sucessão, o filho adotivo sem concorrente biológico é herdeiro descendente, com todos os direitos (1.605); se concorrer com filho legítimo superveniente à adoção herdará metade do que couber a este (§ 2.º do art. 1.605) e se concorrer com filhos biológicos anteriores à adoção não será herdeiro (377), sua adoção tem função alimentar.

**Extinção:** extingue-se por acordo das partes, por desligamento unilateral do adotado incapaz, se o quiser, cessada a incapacidade, e por iniciativa do adotante, nos casos de deserdação (373 e 374).

### 2.3 *A adoção no Código de Menores*

A característica maior da adoção no Código de Menores é a de se tratar de menor de 18 anos em situação irregular (privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, em razão de falta, ação ou omissão dos pais ou responsável ou manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las (arts. 27 e 30 c/c art. 2.º, I).

Assume duas modalidades: adoção simples e adoção plena, as quais se distinguem entre si e em relação à adoção comum do Código Civil. A adoção plena se distingue profundamente da adoção no Código Civil. Esta última não passa de uma caricatura ou arremedo de filiação, enquanto que a adoção plena procura identificar a adoção com a filiação biológica.

### 2.4 *Caracteres da adoção simples*

Já a adoção simples do Código de Menores é a mesma do Código Civil aplicada aos menores de 18 anos em situação irregular, cuja escritura pública depende de alvará do Juiz de Menores, com ou sem estágio prévio de convivência do adotante com o mesmo (arts. 27 e 28).

### 2.5 *Caracteres da adoção plena*

Mas a grande evolução no instituto da adoção está na adoção plena do Código de Menores, com os seguintes caracteres:

Rege-se pelos arts. 29/37 e 107/109 da Lei n.º 6.697/79.

Forma: sentença concessiva do Juiz de Menores.

Condições subjetivas. Podem adotar: casais com mais de 5 anos de matrimônio, salvo prova de esterilidade e estabilidade conjugal; viúvo ou viúva, com estágio de convivência com o menor iniciado em vida do outro cônjuge; cônjuge separado judicialmente, com estágio de convivência com o menor iniciado na constância da sociedade conjugal. Podem ser adotados: menores de até sete anos de idade, em situação irregular não eventual, após período mínimo de um ano de estágio de convivência com os requerentes.

Efeitos: atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes naturais, salvo os impedimentos matrimoniais; cancela o registro original do menor e abre outro com os nomes dos pais adotivos como pais verdadeiros, inclusive seus ascendentes, com mudança até do prenome do adotado; equiparação, em direitos e deveres, aos eventuais filhos biológicos, em caráter irrevogável.



## 2.6 *Os efeitos da nova Constituição na forma e no conteúdo da adoção*

A nova Constituição determinou que

“A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros” (§ 5.º do art. 227).

Isto significa que, dependendo ainda da regulamentação, todas as adoções terão a assistência do Poder Público e não apenas aquelas previstas no *Código de Menores*. Não mais será feita livremente pelas partes, através de escritura pública, nos termos do art. 375 do Código Civil. Mais rigor prescreve a Constituição quanto às adoções por parte de estrangeiros, em relação às quais a lei estabelecerá casos e condições.

Maior é o impacto, em nossa legislação, do § 6.º do art. 227 da Constituição:

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

Para resumir os efeitos da disposição supra, em relação à adoção, todas as adoções terão os mesmos efeitos da adoção plena, acima apontados. Todos os filhos, sejam biológicos ou adotivos, são filhos, com os mesmos direitos. Isso é tudo.

## 3 — *Revolução na filiação*

### 3.1 *Filiação: espécies, discriminações, evolução e situação anterior à nova Constituição*

O direito de família conhece as seguintes espécies de filiação: filiação natural ou biológica, em oposição à civil ou adotiva. A biológica se distingue em legítima, legitimada e ilegítima. Legítimos são os filhos gerados na vigência de casamento civil de seus pais. Legitimados, os gerados antes desse casamento, que os legitima. Ilegítimos, os nascidos fora do casamento civil de seus pais, os quais, por sua vez, se distinguem em naturais *stricto sensu* e espúrios. Naturais são os filhos cujos pais não se achavam impedidos de se casar um com o outro, quando foram concebidos. Os espúrios, pelo contrário, nasceram ou foram gerados quando seus pais eram impedidos de se casar entre si, em virtude de ser um deles ou ambos

já casados com outra pessoa (adulterinos) ou porque eram parentes em linha ou grau proibido (incestuosos).

Os filhos legítimos, os legitimados e os naturais *stricto sensu* sempre foram equiparados em nosso direito, para os efeitos de reconhecimento e sucessão. Já os incestuosos e os adulterinos foram privados de reconhecimento voluntário ou coativo pelo art. 358 do Código Civil. Leis sucessivas alteraram essa situação, em relação aos adulterinos, até atingir a situação atual, decorrente da Lei n.º 883/49 e suas alterações, que mesmo antes da nova Constituição já permitiam:

a) o seu reconhecimento voluntário ou coativo, dissolvida a sociedade conjugal que o tornou adulterino (art. 1.º, *caput*);

b) o seu reconhecimento voluntário, em testamento cerrado, mesmo na vigência da referida sociedade conjugal (§ 1.º);

c) ainda na constância dessa sociedade, o filho poderá ser reconhecido através de sentença, pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 anos contínuos (§ 2.º);

d) a igualdade de direitos sucessórios entre os adulterinos e os legítimos, legitimados e naturais (art. 2.º);

e) mesmo antes da dissolução da sociedade conjugal, o filho adulterino poderá acionar o pai em segredo de justiça, para pedir alimentos, ficando dispensado de ação investigatória após a dissolução da sociedade (art. 4.º e §, todos da Lei n.º 883/49).

Todas essas conquistas do filho adulterino não beneficiaram o incestuoso, que continuou discriminado pelo art. 358 do Código Civil, desde que do mesmo não cogitou a Lei n.º 883/49. Aliás, sua situação é delicada, pela natural dificuldade em se abrir-lhe um registro civil de nascimento completo.

### 3.2 — *O impacto da nova Constituição*

A disposição ampla e ilimitada do § 6.º do art. 227 da nova Constituição veio nivelar todos os filhos, do biológico ao adotivo, do legítimo ao incestuoso. Todos podem ser reconhecidos, pedir alimentos e suceder em igualdade de condições. O constituinte foi realista e pôs fim a todos os preconceitos.

Revogadas se acham as disposições em contrário.