

O IMPACTO DAS MUDANÇAS SOCIAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA (NAVEGANDO ENTRE DOIS BRASIS: DO CASAMENTO CODIFICADO ÀS FAMÍLIAS NÃO MATRIMONIALIZADAS NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA)¹

THE IMPACT OF SOCIAL CHANGES IN FAMILY LAW (NAVIGATING BETWEEN TWO BRAZILS: FROM LEGAL MARRIAGE TO NON-MARRIAGED FAMILIES IN BRAZILIAN EXPERIENCE)

Luiz Edson FACHIN²

RESUMO

O presente artigo refere-se ao impacto das mudanças sociais no Direito de Família no Brasil. Através da história do Brasil, compara-se a família face à legislação que a regula nos diferentes momentos que o Brasil enfrentou.

Palavras-chave: Código Civil; divórcio; família; filhos; separação.

ABSTRACT

This article refers to the impacts of social change in Family Law in Brazil. Through Brazil's history, families are compared faced on the law (formal and non-formal families) that rules the different historical moments in Brazil.

Key-words: Civil Code, divorce, family, children, separation.

¹ O texto reproduz, com ajustes, aquele preparado para o Ciclo de Conferências da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra.

² Professor Titular de Direito Civil, Diretor da Faculdade de Direito da UFPR - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Procurador do Estado do Paraná; Membro da "International Society of Family Law" e do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família; autor de diversas obras e artigos sobre Direito de Família. Endereço postal: Avenida Cândido de Abreu, 526, Torre B, conj. 1112, CEP 80530-905, fone 0055 41 254 1603, fax 0055 41 253 6064, Curitiba, PR, Brasil; e-mail: fachin@mps.com.br.

Introdução

Martín Santomé é protagonista de um paradoxo em uma novela (BENEDETTI, 1992) sem igual, *La tréguia*³, poeta uruguaio. A aparente contradição daquele homem estava entre a supostamente incontornável rotina diária, fonte de flagrante desencantamento, e a impossibilidade de converter seu consciente sentimento de vida sonogada em alavanca de transformação.

Somente quando um evento rompe o enfadonho cotidiano dá-se uma tréguia na vida resignada daquele homem. Eis o paradoxo que aparece nessa sua segunda obra de teatro, inspirada em um fato real. No palco, no início, está um homem de 49 anos, prestes a se aposentar, conformado, entregue à própria circunstância e que contava, dia a dia, o tempo faltante para encerrar sua rotina, e, no término da peça teatral, com 50 anos, o mesmo homem, à espera do fim, contemplativo, paciente submisso de sua própria resignação.

As cenas revelam, no interregno desse ano que antecede a sua aposentadoria, entre o homem do início do espetáculo e o homem do final da encenação, o nascimento, o crescimento e a morte de um amor outonal, estação, que parecia ter feito Martín Santomé renascer. Foi apenas uma tréguia, breve luz, que nasceu, passou por ele, temporariamente, mal lhe tocou, e se apagou, fugaz. Dessas luzes que, mesmo em efêmera passagem, parecem existir para revelar a imensa escuridão. Continuou Martín Santomé ao sabor do vento ou mesmo da correnteza.

No final, o paradoxo entre a falta de tempo para tomar conta do que realmente transforma a vida e a disponibilidade das horas pretensamente livres⁴, espelha a diferença entre duas perspectivas e dois planos. A primeira perspectiva que contrapõe ao saber como cartolina decorativa àquela outra, de movimento e de mudança. Já o primeiro plano toma a história como museu a ser contemplado, feito cultura apressada e superficial; o segundo plano, porém, apreende tempo e lugar presentes no contemporâneo, ao menos aptos a lançar luzes sobre a sociedade e o Estado.

É dessa segunda ordem de idéias que iremos tratar, captando, não a vida inteira conformada de um Martín Santomé passivo e restrito, mas, sim, o intervalo criativo do que não dá tréguia e reflete como forma de proposição transformadora.

Dele trataremos em três momentos, escolhidos sem muito rigor científico, um pouco à deriva, desdobrando-se na revisão crítica dos códigos familiares da Colônia, como partida para a viagem que empreenderemos, passando, na ponte histórica que traçaremos, pelo relevante papel desempenhado pela codificação civil, e alcançando, no porto da provisória chegada, o recente texto constitucional

³ Mario Benedetti, após publicar, em 1945, seu primeiro livro *La víspera indeleble*, escreveu várias novelas, livros de contos, e, especialmente, poesia; jornalista, trouxe à lume diversos trabalhos de crítica literária. Nasceu em 14 de setembro de 1920 (BENEDETTI, Mario. *Antologia poética*. Eeleção, tradução e apresentação de Julio Luís Gehlen. Rio de Janeiro: Record, 1988).

⁴ São palavras de Martín Santomé: “Ultimo dia de trabajo [...] Se acabo la oficina. Desde mañana y hasta el día de mi muerte, el tiempo estará a mis ordenes. Después de tanta espera, esto es ocio. Qué haré con él?” (à página 180 da obra *La tréguia*, antes mencionada).

brasileiro.

Para tanto, antes da partida, a nau a ser construída no curso da empreitada revela estar ancorada em premissas que se encontram na revisão crítica dos pilares do Direito Privado clássico, o qual, enquanto sistema, espelhou a sociedade circundante e seus valores. Por isso mesmo, capta, nas origens e no desenvolvimento, elementos históricos e sociológicos do Código Civil brasileiro e o modelo latino. Projeta-se na interlocução entre Direito Civil e Constituição, nos limites e supremacia dos interesses sociais, recolocando em cena o público e o privado na remodelação do Direito Civil ao final do século XX.

Ciente de tratar-se de navegação de longo curso, assume, numa concepção plural, a superação dos sistemas tradicionais, suas causas e razões, apreendendo, na transição do Estado liberal ao Estado social, falácia e realidade nos diversos mecanismos do tráfico jurídico.

Ilumina no palco contemporâneos fenômenos como a “repersonalização”, os princípios básicos das reformas recentes, a dimensão emancipatória da mulher, o novo sentido do “viver juntos”, no entremeio de relações jurídicas e relações de fato, refletindo sobre desafios e perspectivas nesse ensaio de investigação que busca alguma serventia.

Uma busca de respostas que sai do conforto da âncora segura, atravessa o embarcadouro que armazena e carrega dilemas contemporâneos, e alcança as águas bravias que publicizam dramas e interrogações na cronologia ideológica dos sistemas.

O cais de partida desta reflexão recolhe os impactos significativos no Direito de Família gerados pelas mudanças sociais e econômicas, levando em conta uma realidade complexa, caracterizada por tensões políticas e graves deficiências no atendimento de necessidades básicas. Toma como objeto de exame a experiência brasileira, das origens⁵ até este século, para demonstrar as conseqüências de tais transformações.

Este trabalho retoma a família brasileira do passado, uma unidade rural de produção, integrada por numerosa descendência, matrimonializada, consanguínea e patriarcal, nela encontrando os aspectos que marcam as relações sociais e econômicas no Brasil do começo do século. Ali expõe um país cujo desenho jurídico da família vai, mais tarde, inspirar o Código Civil brasileiro.

Feito isso, examina as mudanças e transformações ocorridas para chegar à família do presente, uma unidade⁶ urbana de consumo, com número reduzido de

⁵ O objeto a ser radiografado, uma decodificação que se propõe, não pode perder de vista a dimensão material e histórica da sociedade que dá a moldura para nela inserir a família. A propósito já se escreveu: “In all known societies, family structure has been closely linked to economic structure” (GLENDON, Mary Ann. *The new family and the new property*. Toronto: Butterworths, 1981, p. 01). Parece inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais.

⁶ Se a família, como afirmou HORKHEIMER “cuida, como um dos componentes educativos mais importantes, da reprodução dos caracteres humanos tal como os exige a vida social”, trata-se de um ente mantido a partir de (e sob) certa ordem. No ensaio *Autoridade e Família*, constante da obra *Teoria Crítica: uma documentação*. São Paulo: Perspectiva / Editora da USP, 1990, p. 214.

filhos, baixa taxa de fecundidade, não mais centrada apenas no casamento.

Valorizando as relações de mútua ajuda e afeto, analisa, então, o Brasil do final do século, com índices cada vez maiores de uniões não matrimonializadas, de divórcios e separações, e com o aumento do número de mulheres que chefiam famílias.

Ao final, navega entre idéias e questões para mergulhar, às portas do novo milênio, na busca de equilíbrio na tensão entre a voz do sangue e a chama do afeto⁷.

1 – Os fatos, a ruptura e os códigos familiares da Colônia⁸

Sob a consciência que relembra, a todo instante, nesta viagem empreendida, que estamos sobre navio de pequeno calado, busquemos, nas origens, aspectos do legado histórico para o Brasil contemporâneo, principiando pela formulação colonial⁹ cuja análise não pode descurar da herança colonial do Estado cartorial brasileiro.

1.1. Traços básicos da organização política, social e judiciária no

⁷ Alguns cuidados iniciais são tomados, especialmente porque nesta viagem melhor é seguir o prudente conselho de não se afastar demasiado da área próxima ao porto. Não parece legítimo pensar que haja um modelo suscetível de análise que constitua objeto genérico de redução das diversas e complexas estruturas familiares. Por isso mesmo, tem razão a historiadora Michelle PERROT: “a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas”. (O nó e o ninho, p. 75, estudo encartado no livro *VEJA 25, Reflexões para o futuro*. São Paulo: Editora Abril, s.d.)

⁸ O autor registra o contributo da pesquisa levada a efeito pela Doutora Rosana Fachin, no âmbito da pós-graduação (Mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná), quanto aos aspectos históricos tratados neste capítulo.

⁹ Se é, realmente difícil encontrar respostas conclusivas na busca de traços caracterizadores das instituições coloniais, as dúvidas fomentaram diferentes modos de percepção desse lacunoso lapso temporal no registro da memória. Para alguns pesquisadores, as origens da colônia são marcadas por “décadas esquecidas”, palco em que se apresentam “personagens enigmáticos”. Esse estereótipo não dá o amplo sentido que sujeitos e instituições passam a ter naquele período histórico. Essa é a linha pela qual se conduz Eduardo Bueno, no volume II, “*Náufragos, Traficantes e Degredados; as primeiras expedições ao Brasil*” (Rio de Janeiro: Objetiva, 1998, Coleção Terra Brasilis). Registre-se que aquele autor, que já houvera escrito e publicado “*A Viagem do Descobrimento; a verdadeira história da expedição de Cabral*” (Rio de Janeiro: 1998, Coleção Terra Brasilis), que a história daqueles anos não pode ser vista “como um processo orgânico e coerente, nem narrada com os detalhes e a dramaticidade que a trajetória individual dos homens que a forjaram parece exigir e importar”. A propósito, nesse sentido: “Não quer dizer com isso que devemos adotar o estereótipo de um Brasil ocupado por degredados, entendidos como malfeitores que, tão logo, desembarcavam, só tratavam de enriquecer, enquanto se uniam com várias índias ao mesmo tempo, adotando sem demora a poligamia indígena. Avessos ao casamento, errantes, aventureiros.” (“Moralidades Brasília”, in *História da Vida Privada no Brasil; cotidiano e vida privada na América portuguesa*. Laura de Mello e Souza (Org.). São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 222. v. 1 da Coleção História da Vida Privada no Brasil, dirigida por Fernando A. Novais).

Brasil Colônia

É certo que não é fácil tarefa fundear uma nave investigativa com seguro arrimo no Brasil Colônia, ponto de nossa partida, porto de muitas chegadas. O contexto, sem embargo, é de um processo de expansão¹⁰ dos modos de produção, um país que nasce na miscigenação e se funda na exclusão social, traço que perdura desde a herança colonial. Um Brasil, não raro, descrente de si, mas cioso da solenidade - daí a importância do bacharelismo - da formalidade - daí a celebração matrimonial profundamente influenciada pela Igreja Católica - e temente da autoridade judicial - daí o papel central do Judiciário¹¹, desde o Brasil Colônia¹².

A família colonial dominante, por isso, está assentada nas seguintes dimensões: matrimonializada - fundamentalmente voltada ao casamento, sob o influxo canônico - hierarquizada - jungida ao *pater familias* colonial - e patriarcal.

O laço social colonial foi tecido sob o jugo das relações parentais na união da Igreja com o Estado. Livros eclesiásticos governavam o ser e o estar em família, nascimentos, casamentos e óbitos ali registrados. Livres ou cativos também eram as qualificações dos indivíduos registrados, propiciando-se, pois, por meio dos assentamentos cartoriais, também nessa seara, a manutenção de um *status quo*.

Uma sociedade patrimonial e uma estrutura familiar pré-determinada ser-

¹⁰ É inegável que “a História do Brasil, nos três primeiros séculos, está intimamente ligada à da expansão comercial e colonial européia na época moderna”. Nas palavras de Fernando A. Novais, no estudo “O Brasil nos quadros do antigo sistema colonial”, In MOTA, Carlos Guilherme. *Brasil em perspectiva*, 11. ed. São Paulo: DIFEL, 1980, p. 47 e s.). E aí os dois elementos fundantes da ordem colonial: a expansão da economia mercantil européia, e a realização dos interesses da burguesia comercial, com fortalecimento das camadas urbanas da Europa que se antepôs, no fim do medievo, às barreiras da Idade Média. Na Colônia, faz-se nascer um país sob um *modo* determinado de produção, com fins preestabelecidos.

¹¹ Consoante HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 157. O Judiciário desempenhava um papel basilar na administração colonial. O emolduramento e a manutenção da estrutura de poder não teria tido o menor êxito se não contasse com a participação decisiva dos juizes.

O Judiciário cartorial deita raízes na Colônia, recheado de ritos e procedimentos. Não apenas na *excelência* da titulação *doutoral*, mas também no poder concreto de ser a *boca da lei*, o juiz chama para si uma função de distinguir entre o bem e o mal, muito mais atento ao soberano e a um suposto direito natural. A solenização da vida, com ritos e praxes judiciárias, espriada por uma cultura colonial de cargos públicos, ofícios e escravarias, tem ali solo fértil.

Não se pode esquecer de situá-lo no contexto dos planos alheios ao direito indígena, às práticas comunitárias de justiça, e ciente de suas funções para impor uma legalidade alienígena, compulsória e estranha. Formou-se, pois, um Judiciário comprometido com uma “legislação transferida”, com um Direito imposto e com uma prática administrativa feudal. Tal formação se deu para propiciar a consolidação de um projeto expansionista. O juiz da colônia é o aplicador do Direito estatal formalista, inserido numa sociedade patrimonialista, sob o monopólio e poder do soberano.

¹² Nesse sentido, v. SCHWARTZ, Stuart na recente entrevista concedida à revista *VEJA*, em 21 de abril de 1999, página 11 e seguintes, na qual destaca, de um lado, o papel dos juizes como base da administração colonial, e de outro, o traço pessimista do “ver brasileiro”.

viram, perfeitamente, para dividir pessoas e classes. Não apenas a sociedade se dividia, de uma parte, os abastados e “livres”, de outra, os submetidos (indígenas, negros, mulheres), mas também era o Estado, a Igreja e o Direito que celebram o fosso do ingresso no estatuto jurídico da matrimonialização, um rito de passagem solenizado¹³.

Daí a importância do casamento como sinal de permanência e perenidade, garantia de respeitabilidade, segurança e ascensão. Uma cerimônia que não teve *trégua* das relações concubinárias, dos amores ilícitos e filhos ilegítimos, sempre pública e oficialmente rejeitados.

A sociedade colonial valorizou o casamento, quer na solenização religiosa, quer no convívio da sociabilidade, uma condição honrada e venerada¹⁴. Projeta-se, também, a relevância do “pertencer à família”, não apenas como expressão do patriarcalismo, como expressão de poder, revelada em muitas disputas de família (LEAL, 1997, 89).

O *status familiar* colonial se insere num campo em que sujeito e objeto não demarcavam fronteiras nítidas.

O Estado, a família e o Judiciário foram chamados à colação para desempenharem seus papéis. Os fatos, porém, se impuseram. O transcurso do tempo e as alterações sociais¹⁵ geraram mudanças na estrutura do Direito, da família e de suas funções¹⁶.

Nucleados nessa perspectiva, os elementos culturais de caracterização social alcançarão as bases do Estado brasileiro: um Estado cartorial¹⁷, arquitetado pelo reino dos solenidades e celebrações, ritos e processos.

¹³ Somente o século XIX vai assistir às *abolições*, a principiar pela independência do Haiti e até chegar à Lei Áurea, passando, por certo, pela ruptura, também, dos padrões familiares. A propósito, a partir da página 338, v. Hebe M. Mattos de Castro, na pesquisa “Laços de família e direitos no final da escravidão”, inserida no volume 2 da obra *História da vida privada no Brasil; Império: a corte e a modernidade nacional*, organizada por Luiz Felipe de Alencastro e dirigida por Fernando A. Novais (São Paulo: Companhia das Letras, 1997).

¹⁴ “Em terra tão avessa à família, não faltaram assim o reconhecimento, o elogio e a busca angustiada do casamento - fatos tão corriqueiros na Colônia quanto a generalização dos concubinatos. Estamos, longe, nesse terreno, do absoluto desregramento que supostamente marcara nosso passado. Apenas das enormes dificuldades que o colonialismo e a escravidão opunham ao matrimônio, o fato é que o número de casamento no Brasil foi muito superior ao normalmente exposto, ultrapassando, em boa medida, o estreito círculo das elites coloniais. Além dos esforços da Igreja, sempre empenhada em promover casamentos a começar pela propaganda jesuítica do século XVI-, também o Estado iria empenhar-se no mesmo sentido”, escreve às páginas 96 e 97 o professor Ronaldo VAINFAS na obra *Trópicos dos Pecados; moral, sexualidade e inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

¹⁵ Nesse sentido, para HABERMAS, a esfera da família, a qual designa de *esfera íntima*, “não está livre das coações a que a sociedade burguesa submete como qualquer outra sociedade anterior” (*Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 63).

¹⁶ “La famiglia -escreveu ROSENBERG, como estrutura cambia col transcorrere del tempo” (*La famiglia nella storia*. Torino: Giulio Einaudi, 1979, p. II).

¹⁷ Essa *cartorialidade* se expressa num aparato estatal público, principiado com o governo reinícola, e aos poucos, por concessão ou delegação, se espraia por ofícios, escriturarias e registros, instalando uma

As instituições cartoriais se circunscrevem, ainda mais, na tutela de interesses dominantes¹⁸ específicos, corporativos¹⁹, ligados ao modo dominante da produção em cada momento histórico²⁰, e se projetam no microcosmo da família patriarcal e hierarquizada, assentada na visão matrimonializada monolítica.

1.2. Da família colonial aos vínculos sonogados

Mapear a família brasileira ao longo de seus quinhentos anos²¹ é tarefa das mais pretensivas, caso o pesquisador²² não guarde a convicção da extensão territorial

tradição tabelionática da vida pública e privada. FAORO diferencia: “No agente público - o agente com investidura e regimento e o agente por delegação ... o funcionário será apenas a sombra real” (*Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 7 ed, Rio de Janeiro: Globo, 1987, p. 171. v.1). A administração colonial, de uma parte, emerge assentada no cargo público, vinculando os desdobramentos políticos às vicissitudes do relacionamento entre a metrópole e a colônia intercedido por agentes e funcionários públicos.

De outra, bens e rendas formam as classes dominantes, nem sempre hegemônicas, mas harmônicas na tutela da dominação e da exploração do território. Do soberano ao Estado, no pacto colonial entre o Estado reinícola e as classes dominantes estão privilégios, garantias e emanações fiscais, provocando turbulências e crises na seara dos tributos.

¹⁸ Atente-se para uma relevante advertência: “Não se pode, entretanto, compreender o funcionamento das instituições daquele tempo, inclusive das autoridades locais, com a noção moderna da separação dos poderes, baseada na divisão das funções em legislativas, executivas e judiciárias”, como afirma Victor Nunes Leal (1977, p. 82). Nessa estrutura administrativa pública colonial o poder se desdobra na seguinte ordem descendente: rei, governador-geral (ao qual, de certo modo, equivalia o vice-reinado, especialmente a partir de 1640), os capitães (daí o regime das capitanias) e as autoridades municipais.

Numa síntese, a cena colonial, sob o comando reinícola, coloca no palco quatro personagens: o cobrador de tributos e renda, o juiz, o militar e o padre.

Para a fazenda, repositório da tributação, especial atenção, eis que ali se fundava boa parte da economia colonial. Na autoridade da justiça, no topo da pirâmide o Ouvidor-Geral, dele descendo para os corregedores, os juizes de fora, os juizes ordinários e os leigos. No campo militar, efetua-se a integração do colono à ordem metropolitana, apta a garantir conquista e suposta paz, especialmente na repressão à rebeldia; nela, a ordem e a disciplina, tudo para assegurar os privilégios reais, inclusive na cobrança de tributos.

¹⁹ Conforme Darcy Ribeiro (1995, p. 211). Por trás do palco no qual tais personagens se apresentavam, emerge a distância social entre as classes e entre o povo e o Estado. De um lado, o patronato oligárquico e parasitário, conjugado com um patriciado estatal, quer político, militar e tecnocrático, quer civil, com eminências, lideranças e celebridades; de outra parte, os dependentes, o campesinato, os marginais em sentido amplo.

²⁰ Para essa clivagem, especial papel desempenhou o regime jurídico da propriedade que propiciou, progressivamente, a apropriação privada do patrimônio público. No regime econômico colonial, quer feudal, quer capitalista, a titularidade privada esteve no núcleo da estruturação de poder. Do monopólio territorial do soberano ao poder absoluto dos latifundiários, mediante concessão e outorgas, manteve-se um regime monopolista, imune à justa distribuição das terras. Nasce e se desenvolve o latifundismo brasileiro, sob um tipo feudal, com relações de domínio sobre coisas e pessoas. É o que expõe, por todos, Alberto Passos Guimarães (1989, p. 37 e ss)

²¹ Volver à cultura regional é privilegiar as nuances da família, e ater-se ao tempo em que ela existiu é

imensa de nosso país que abrigou as diversas formas culturais, com as quais as famílias foram moldadas no decorrer dos séculos.

Insofismável é, pois, essa historicidade plural. Assim se vê no período colonial, em sua realidade intrínseca ao sistema escravista de produção, assim como o período imperial, marcado pela derrocada desse sistema, e, por fim, o início do século XX, tão influenciado pela ideologia da modernidade européia.

Tal situação verteu no surgimento de diversos costumes no interior da vida cotidiana e que marcou, em maior ou menor grau, a acepção de família colonial.

A igreja era o espaço ao qual as moças poderiam recorrer sem serem taxadas de incorretas, pois, afora o espaço do pátio interno de suas próprias residências, as missas pareciam ser um dos poucos espaços de sociabilidade utilizados pelas mulheres que se encontravam nessa situação.

Finalmente, encontramos a família do período colonial envolta num manto de polidez e respeito em sua intimidade, o qual era marcado pelo formalismo das relações sociais nos meios mais abastados, e motivado, em grande parte, pela excelência do espaço público na socialização dos indivíduos.

Já a família do período imperial tem como principais “molduras históricas”, a gradativa desestruturação do sistema escravista de produção, e a inserção, cada vez mais intensa, dos imigrantes europeus em solo brasileiro.

A primeira feição da família desse período se deu com a consolidação, ainda que em cativo, de núcleos familiares de escravos, que foram duramente tratados no que concerne ao comércio interno de escravos, pois, ao consolidarem famílias em cativo tornam dificultoso o deslocamento definitivo de um escravo para outro lugar que não o seu de origem.

A manutenção da união da família escrava era marcada, portanto, pelo constante sobreaviso da separação compulsória, do desmembramento ao acaso do mercado, e, por vezes, com a utilização dos próprios mecanismos de alforria, que ao liberarem alguns membros da família da condição de cativos, acabavam por promover uma espécie de “reescravização”, já que os membros libertos não apresentavam vontade de se separar do restante da família ainda escrava.

Dessa maneira, diversas culturas começam a interagir, ora pela necessidade do contato com as outras culturas, como nos casos das grandes lavouras de café, onde conviviam nacionalidades diferentes junto aos escravos, ora pela necessidade

deitar as idéias sobre o fértil solo do relativismo histórico, o qual faz dialogar tal instituição com a proximidade mais justa que a ciência pode conceber ao passado dos homens em sociedade.

²² Tais diretrizes teórico-metodológicas fazem quebrar uma análise uniforme sobre a família brasileira; isto porque ela assumiu diferentes aspectos conforme o tempo em que é estudada, a região na qual existia, bem como parâmetros um pouco mais específicos que os do espaço e do tempo: são elas a realidade urbana e rural, bem como a compreensão da família de acordo com o estatuto social, entre ricos e pobres, e escravos e livres.

Resguardados tais cuidados na análise histórica, pode-se optar por uma abordagem um pouco mais ampla, a espaço-temporal, na qual, quando necessário, serão tratados outros parâmetros metodológicos, como o do estatuto social. Surge nesse texto um breve histórico sobre a família brasileira, um pouco liberto das amarras científicas para se conceber como uma visão panorâmica sobre essa instituição, fornecendo alguns elementos históricos influentes na família, bem como algumas características principais que ela assumiu no clássico “corte temporal” da história brasileira.

do contato externo que as colônias promoviam com várias finalidades, dentre elas o comércio, principalmente.

A família, mergulhada nesse contexto, por vezes se fecha nos costumes de suas nações de origem, negando o contato e a miscigenação com as demais, assim como assume uma espécie de cultura compartilhada com os demais elementos da comunidade, o que acaba por conferir, na adoção de costumes e hábitos em comum, uma certa identidade regional.

Por mais que a mulher houvesse conquistado uma gama maior nas áreas de atuação social, ainda, e mais do que nunca, se encontrava sob a égide do marido, sob sua proteção e seu comando, assegurado explicitamente na legislação de época.

A dignidade masculina residia no trabalho, enquanto a da mulher estava cada vez mais ligada à administração da casa e à educação dos filhos, sendo responsável pelo zelo e bom nome da família, pela honra familiar.

Por outro lado, a crescente urbanização levava às casas o “discurso higienista”, levando à família um princípio regedor de sua existência, qual seja, o princípio de regulação e reprodução: o casamento²³.

Não sem razão, mais tarde, ao final do século XIX e começo do século XX, a projeção do desenho jurídico da família não se distancia de tal origem.

2 - Da Colônia para o Código

Do berço colonial vem ao código a família matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e transpessoal²⁴. Era, agora, a *família codificada*, inserida num texto legal representativo da tríade formada pelo liberalismo, pelo individualismo e pelo patrimonialismo.

Não estava nesse projeto a construção de espaço plural do existir humano, fomento de aspirações, protagonista de um arranjo parental de esperança possível. Essa não era uma dimensão acentuada das uniões²⁵.

O casamento, no sistema clássico, chama para si a origem, porto de partida e ancoragem²⁶. A sua própria finalidade está na celebração do matrimônio

²³ MALUF, Marina & MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do mundo feminino. In: SEVCENKO, Nicolau. *História da Vida Privada*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 386. v.3.

²⁴ Escreveu acerca do assunto Ricardo Pereira Lira: “O nosso Código Civil refletiu um espírito voltado para o século passado, já que o projeto de Clóvis foi elaborado em 1899, tratando de um país essencialmente rural, sem qualquer traço inicial de industrialização, o que só veio a ocorrer embrionariamente no início dos anos 40, e mais intensamente na década de 50”, às páginas 28-29 do trabalho “Breve estudo sobre as entidades familiares”, publicado na obra BARRETO, Vicente (org.) *A nova família: problemas e perspectiva*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

²⁵ “O casamento, na verdade, não sobreviverá como instituição social, no formato que herdamos, se não for compreendido como a solidariedade plural, por meio da qual cada cônjuge, fiel no amor, preserva, para cultivá-lo com sabedoria, o espaço da individualidade, de modo a manter a união o tempo todo, o todo do tempo”, na poética vernacular ímpar do Ministro Carlos Alberto MENEZES DIREITO (“Da união estável como entidade familiar”, publicada na *Revista dos Tribunais* nº 667, maio de 1991, p. 17).

²⁶ “No sistema do Código Civil, a família repousa necessariamente no casamento e na filiação que dele

como componente essencial da família.

O sistema do Código se caracteriza pela estrutura do acesso ao casamento²⁷. Conjugam-se, de um lado esse estatuto, para o qual elaborou-se uma série de formalidades prévias, cerco de segurança jurídica ao ato que é objeto de realização, e ao mesmo tempo, de outro lado, esse mesmo sistema estatui a indissolubilidade do vínculo. Tudo nele começa e nele se mantém, formalmente indissolúvel.

O Direito matrimonial se ocupa do casamento, quer do casamento civil²⁸, quer do religioso com efeitos civis²⁹. Pressupostos e requisitos são estabelecidos para essa formalização jurídica do vínculo. Um rito de passagem sob as vestes de um ato de autonomia privada.

Formalidades preliminares e solenidade concomitante à celebração se reúnem num ato que se consolida e se prova, prioritariamente pelo viés formal, secundariamente pela posse de estado de casados.

Localiza-se o plano do Código no contexto de sua época que define o

decorre” nas palavras irretocáveis de Francisco José Ferreira Muniz, no estudo “A família na evolução do Direito brasileiro”, à página 77, da obra “*Textos de Direito Civil*”, Curitiba: Juruá, 1988.

²⁷ A respeito, o estudo “Casamento”, de João Batista de Oliveira Cândido In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira, org. “*Direito de Família contemporâneo*”. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 33-78).

²⁸ O casamento civil é aquele realizado segundo as regras emanadas do Estado-legislador e se encontra na expressão positivada dessas regras, no Código Civil e na Lei de Registros Públicos. Ao lado, o casamento religioso com efeitos civis, contemplado em algumas legislações. No Brasil, a partir do alvorecer da República, vem mais tarde, na legislação ordinária, disposto no artigo 71 e seguintes da Lei dos Registros Públicos (nº 6.015/73), regulado anteriormente pela Lei nº 1.110, de 23 de maio de 1950.

²⁹ Segundo a legislação atualmente em vigor no Brasil, mais especificamente o artigo 226, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, e segundo a Lei de Registros Públicos, só há um tipo de casamento válido, a modalidade do casamento civil.

Durante muito tempo, a Igreja manteve o monopólio dessa jurisdição matrimonial. O casamento era exclusivamente reputado a um sacramento, acepção usual decorrente de um conjunto de leis e regras do Direito Canônico. No Código Canônico, o casamento pode ser tomado por um contrato que, permitido para ungar as relações entre o homem e a mulher sob as bênçãos da admissibilidade carnal, pelas leis da Igreja é elevado à condição de sacramento. Essa é a concepção que fundou o monopólio da Igreja nessa questão e que a levou historicamente a cancelar as relações e a julgar as causas matrimoniais.

O começo da Idade Moderna manifesta a separação do poder da Igreja e o do Estado. Repercutiu, mais tarde, no Brasil, quando, em 1890, o governo republicano, com a primeira Constituição, a de 1891, o Estado assume o monopólio da celebração e da jurisdição matrimonial. Na proclamação formal da República no Brasil, o primeiro governo anunciava a separação entre a Igreja e o Estado. Disposição de índole penal confirmatória dessa intenção: o ministro religioso que celebrasse casamento era punido.

Alteração se dá com a Constituição Federal de 1934, quando se instaura o regime da unidade pelo qual o casamento é civil, admitindo as formas do civil propriamente dito e do religioso com efeitos civis. As Constituições posteriores repetiram. A Lei nº 1.110 regulamentou o procedimento por meio do qual se realizava o casamento religioso para ter os efeitos civis, tendo perdurado até 1976 quando entra em vigor a Lei de Registros Públicos, promulgada em 1973. Disciplina renovada, mas na essência esse aspecto estrutural não se alterou. Mais recentemente, a Constituição Federal de 1988, através do artigo 226, §§ 1º e 2º, manteve essa dicotomia de formas e unidade de tipo em matéria matrimonial.

casamento³⁰. Se se refere ao vínculo jurídico, a natureza dessa relação entre marido e mulher se estabelece à luz do padrão cultural dominante; se se reporta ao ato inicial que cria o vínculo, o espaço aberto pelo sistema jurídico aos que podem se “matrimonializar” determina sua natureza.

3 - De Beviláqua ao Constituinte

A *trégua* instaurada com a codificação civil foi sendo atropelada pela força construtiva dos fatos e encontro ou rompimento no texto constitucional de 1988.

Esse ponto de chegada, talvez não passe de uma nova partida. O ente familiar não é mais uma única definição³¹. A família se torna plural³². Da superação do antigo modelo da *grande família*, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família constitucional, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos.

Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação³³. Proclama-se, com mais assento, a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração

³⁰ A família, no âmbito do Código Civil, era uma comunidade de sangue calcada no casamento. No modelo de ontem, estatuinto a “família legítima”, o Código Civil definiu-se por um conceito matrimonializado, ponte com a legitimidade dos filhos.

Sendo o ponto de partida o modelo clássico, sentido tinha o artigo 229 do Código Civil: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns antes dele nascidos ou conferidos”. Anota a propósito Heloísa Helena Barboza que “sobre o casamento repousava a própria sociedade civil. A República, que há pouco atingira a maioria, só reconhecia o casamento civil ..”, à página 88 do estudo “O direito de família brasileiro no final do século XX” publicado na obra *“A nova família: problemas e perspectivas”*, organizada por Vicente Barreto (Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997).

³¹ Daí a importância do saber interdisciplinar e multidisciplinar em matéria de Direito de Família, como exposto por Fernanda Otoni de Barros no estudo “Interdisciplinaridade: uma visita ao tribunal de família pelo olhar da psicanálise” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha, org., *“Direito de Família contemporâneo”*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 781-835).

³² “Longe estamos de acreditar na predominância de um único modelo familiar na vida social atual na sociedade brasileira” (SILVA PEREIRA, 1996, p. 186).

³³ Em diversos julgamentos versando sobre guarda de menor, esse tema aparece sob o viés do valor jurídico do afeto, *verbi gratia*, Agr. de Instrumento 17.496-0, rel. Des. Lair Loureiro, julgado em 02.09.93 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual impediu-se a devolução da criança à mãe biológica sob o argumento de que o menor se encontrava bem com o casal guardião; já houvera trilhado essa linha a Apelação Cível 13.281-0 julgada em 26.09.91, rel. Des. Cezar de Moraes, o mesmo TJSP, destituindo do pátrio poder a genitora diante da impossibilidade de se tirar a menor do ambiente sadio em que vive com os atuais guardiões. Mais recentemente, em 29.06.95, no julgamento da Apelação Cível 25.099-0, perante a Câmara Especial também do TJSP o Des. Lair Loureiro remarcou a tese de proteger a família substituta quando o menor se encontra bem assistido. Como se vê, o valor jurídico do afeto se sobrepõe ao valor jurídico do sangue. Isso de modo algum quer sugerir a dissociação entre os laços naturais e os de afeto.

à felicidade³⁴.

Anote-se, à guisa de exemplo, os espaços que revelam o arco histórico que vai da família de fato à família de direito. Acrescente-se, ainda, os aspectos relevantes e positivos do fenômeno da “constitucionalização”³⁵ do Direito de Família, dentro de certas possibilidades e alguns limites³⁶.

Patenteiam-se transformações que suscitaram rearticulações em diversos domínios do Direito de Família, crise e superação assinaladas e reconhecidas na jurisprudência³⁷. Apresenta-se, enfim, uma concepção sociológica plural

3.1. Do Código Civil à Constituição

Do ponto de vista das fontes formais, relevante foi a migração operada do Código Civil à Constituição. O sistema clássico originário do Código Civil brasileiro é uma página que na história antecede o Direito Constitucional da Família, um campo de saber que rompe as fronteiras tradicionais do público (tendo espaço para um Estado forte quando os desiguais e fracos dele necessitam para assegurar seus direitos fundamentais) e do privado (tendo os horizontes abertos para um Estado fraco que permita aos indivíduos e a coletividade a realização pessoal e social de suas aspirações).

³⁴ MICHEL, Andrée. Na páginas 131 e 132 de “Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines”. In: *Archives de philosophie du droit* : réforme du droit de la famille. Paris : Sirey, 1975. t. 20, p. 127-36.

³⁵ É da palavra de Gustavo Tepedino o atestado inequívoco dessa realidade: “A Constituição Federal, centro reunificador do direito privado, disperso na esteira da proliferação da legislação especial, cada vez mais numerosa, e de da perda de centralidade do Código Civil, parece consagrar, em definitivo, uma nova tábua de valores”, à página 48 do estudo “A disciplina civil-constitucional das relações familiares”, na obra “A nova família: problemas e perspectivas” organizada por Vicente Barreto (Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997).

³⁶ Escreveu precisamente sobre esse ponto Marcela Castro de Cifuentes: “[...] si bien el derecho privado deve acoger e incorporar los principios y valores de la nueva Constitución y sobre todo deve propugnar por las medidas que tiendan a evitar o remediar la inequidad, no todos los conflictos entre particulares deven constitucionalizarse”, referindo-se a circunstância análoga à realidade constitucional brasileira diante da vigência da Constituição colombiana de 1991, no editorial “Constitución y Derecho Privado” da *Revista de Derecho Privado* da Facultad de Derecho de Universidad de Los Andes, nº 19, volume X, junho de 1996, p. XVI.

³⁷ A presença do Estado-administração, do Estado-legislador e do Estado-juiz na família é inequívoca, e até mesmo, em diversos pontos, necessária quando se deve assegurar a observância de princípios como o da igualdade e o da direção diárquica, embora a remessa das questões familiares internas ao debate judicial é uma exposição da fratura do projeto parental. “A intervenção do juiz na vida da família, quando alcança relações essenciais, fere a autonomia do grupo, desacredita o seu valor comunitário, e, como disse um escritor, burocratiza uma relação que se reencontra numa dimensão que a dispensa. Abrindo uma brecha na intimidade doméstica parece ser, no entanto, uma prática necessária no processo de *politização* da família, especialmente em relação ao seu governo, que, de monocrático, passou a ser *diárquico*. Outra alternativa não se tem para a solução dos conflitos de interesses quando a família deixou de ser uma unidade para se tornar uma pluralidade de convivência” (GOMES, Orlando. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 74).

Apontando mudanças substanciais, é indisfarçavelmente reconhecida a relevância do texto constitucional no Direito de Família³⁸. Foi na Constituição que se venceu o “desvelar” dos filhos não matrimoniais vigente sob a noção patriarcal que associava a legitimidade ao casamento.

A filiação jurídica abandona o sistema de estabelecimento das “filiações fictícias”, passando por novos critérios e parâmetros, também hoje na pauta das discussões.

O legado do sistema clássico, fundado na *lei de desigualdade*, deve ser apreendido para bem compreender o estatuto unitário da filiação e não discriminação³⁹ entre as diversas espécies de filhos.

Para tanto, no Texto Maior há princípios constitucionais vinculantes⁴⁰, dentre eles o da igualdade, da neutralidade e da inocência. Na elasticidade que o espaço jurídico principiológico propicia, a jurisprudência reafirma seu papel de construção⁴¹, e põe em relevo o direito sumular. Sob os interesses superiores da filiação, o porvir desafia os pronunciamentos dos tribunais em conferir papel constitutivo à posse de estado.

Ancorado nos princípios constitucionais, o Direito de Família “constitucionalizado” não deve ser como horizonte final o texto constitucional expresso. Os princípios desbordam das regras e neles a hermenêutica familiar do século XXI poderá encontrar abrigo e luz.

3.2. Uma nova codificação?

Pode ser paradoxal apontar, nessa perspectiva aberta, plural e porosa, para a possibilidade de uma nova codificação⁴² que se propõe a governar juridicamente o que se apresenta na base organizativa da sociedade: as titularidades de apropriação, o projeto parental e o trânsito jurídico.

É de exclamação a primeira nota destinada não apenas ao debate impres-

³⁸ “Apenas três artigos da nova Constituição alteraram em profundidade o arcabouço jurídico da família brasileira. Embora de número reduzido, estas normas atingiram mais de sessenta artigos do Código Civil, revogando-os ou derogando-os”, destacou Milton Fernandes, no artigo “A família na Constituição de 88”, *Revista Forense*, vol. 308, p. 69.

³⁹ O princípio da igualdade, ensina o professor Paulo Luiz Netto Lôbo, “não apenas se revela como diretiva essencial da aplicação do direito mas igualmente da produção do direito”, numa dupla dimensão, *perante a lei e na lei*. No estudo “Igualdade conjugal - direitos e deveres” (In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha, org. “*Direito de Família contemporâneo*”. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, página 221-236).

⁴⁰ “Os princípios constitucionais do Direito de Família têm eficácia jurídica direta e são, portanto, normas vinculativas” (MUNIZ, Francisco José Ferreira. “O Direito de Família na solução dos litígios”. Curitiba: edição da conferência proferida no XII Congresso Brasileiro de Magistrados, levado a efeito em Belo Horizonte, de 14 a 16 de novembro de 1991. Março, 1992).

⁴¹ Especialmente expressivo, nessa toada, é o acórdão da lavra do Ministro Sálvio de Figueiredo, proferido no Recurso Especial 4.987, julgado em 04 de junho de 1991 pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, assentando que “o Superior Tribunal de Justiça, pela relevância de sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana”.

⁴² A referência é ao projeto de lei da Câmara nº 118, de 1984, que instituiu Código Civil, debate e já

cindível sobre o projeto do novo Código Civil, mas sim sobre o conjunto de transformações necessárias pelas quais passou e deve ainda passar o Direito de Família e o próprio Direito Civil brasileiro. Reforma⁴³, sim. Daí o sentido dessa clivagem entre os limites da codificação e as possibilidades da reforma.

É certo que o vigente Código Civil brasileiro, espelhado em suas raízes históricas e sociológicas⁴⁴, edificou um sistema de direito privado não imune à idéia de reforma e em grande parte coerente com sua história. A norma civil codificada foi produto da sua época e sobre sua quadra também dialeticamente interagiu; o tempo e o lugar do Código foram também a estação européia, vivificada pela força dos fatos e das idéias que suplantaram a *escola histórica*.

O *código patrimonial imobiliário*, com imensas repercussões no Direito de Família, dava conta do individualismo oitocentista num modelo único de sociedade. Adotou, por essa mesma razão, um *standard* de família, de vínculo e de titularidade, e promoveu a exclusão legislativa das pessoas, bens, culturas e símbolos *estrangeiros* a essa definição⁴⁵.

Nada obstante, o sentido de permanência indefinida ou da vizinhança com a imutabilidade esteve mais em quem do Código se serviu e menos em quem o elaborou⁴⁶. Sem embargo de tratar-se, no plano axiológico, de um projeto do século XIX promulgado em 1916, fruto da *belle époque* do movimento codificador, o Código Civil brasileiro, a seu modo e a seu tempo, resultou numa grande projeção⁴⁷ dos interesses que alinhavaram esse corpo legislativo por mais de oitenta anos.

aprovado pelo Senado Federal ao final de 1997, e que se encontra desde o início de 1998 na Câmara dos Deputados, tendo sido, no Senado, relator-geral o Senador Josaphat Marinho (*Código Civil*: projeto de lei da Câmara nº 118, de 1984 : redação final. Brasília: Senado Federal, 1997, 528 página). Em tema de família, o projeto aprovado no Senado superou em muito a formulação inicial centrada na manutenção do sistema anterior à Constituição Federal, apreendendo valores constitucionais, incorpora o princípio da igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal, elimina, no fundamental, quase todas as distinções entre todas as espécies de filhos, encaminha-se para o reconhecimento da união estável como entidade familiar, distinta do concubinato assumido como “o convívio não-eventual do homem e da mulher que não podem casar”, entre outros aspectos. Fica, porém, ainda, aquém das possibilidades abertas pela Constituição Federal de 1988.

⁴³ A reforma é um processo em construção, governado por princípios que formam um rede axiológica de sustentação sistemática. Conjunto monolítico de regras, a codificação enquanto proposição de unidade pode apenas um evento, evento esse que no tempo opera, mediante a tradição, uma função de modo. Mais na codificação e menos na reforma contínua, se observa um mapeamento tributário dos valores culturais predominantes. Reafirme-se que a codificação e a reforma têm entre si grau de parentesco, há entre elas certa transividade, mas não pertencem necessariamente à mesma *família epistemológica de sangue*.

⁴⁴ A propósito, Orlando Gomes (1958). Na mesma perspectiva, Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 157 e ss).

⁴⁵ A exemplo, anota Serpa Lopes: “Os costumes indígenas não tiveram qualquer influência na evolução do Direito brasileiro” (1996, p. 127).

⁴⁶ Referindo-se à vigência por “algum tempo” da codificação, Clovis Beviláqua (1906, p. 15), ligava à codificação a noção de momento histórico.

A *historicidade* da codificação ressalta o desenho jurídico das suas instituições de base que se altera à medida que vão se transformando⁴⁸ os valores que governam o projeto parental, as titularidades e os contratos.

Relevante é o debate entre a reforma e a nova codificação que se propõe. De um lado, recolhe-se na discussão o questionamento contemporâneo sobre o papel dos códigos; de outro, fomenta e enaltece o papel *criador* da jurisprudência⁴⁹ e a porosidade do fenômeno jurídico. Ao contrário do que se proclama, essa disposição não se enfileira com a idéia segundo a qual as codificações se destinam tão-só a dar guarida a institutos e soluções sedimentados e estáveis⁵⁰; diversamente, assume posição contrária à afirmação assentada na idéia que *codificar não é modificar*⁵¹. Se assim for, a representação simbólica da codificação se torna uma luz para requestrar o passado e não um caminho para apreender o presente e descortinar o futuro.

Ao largo do Código, e mesmo contra o Código Civil, até afrontando certos *códigos culturais*, os fatos foram veiculando sua reforma que abriu portas na jurisprudência e na legislação esparsa. Daí emergiu uma dimensão renovada, florescida para dar espaços à igualdade e à direção diárquica, à não discriminação.

Acolhemos, para esse fim (apenas), a afirmação de Clovis Beviláqua (1906) segundo o qual “os Códigos são equiparáveis aos sistemas filosóficos. Cada sistema filosófico concretiza, em forte síntese, uma concepção de mundo”⁵². E nessa acolhida segue, de um lado, o reconhecimento da proximidade entre os naufrági-

⁴⁷ “O Direito latino-americano, com suas próprias características, também contribuiu para a história da codificação, aliás de forma significativa. Primeiro, mediante o Direito brasileiro, que apresenta características ímpares por força da influência do Direito português” (ANDRADE, 1997, p. 170-71).

⁴⁸ Assim se vê que o surgimento de *l'età della decodificazione*, como designada por Natalino Irti, trouxe para esse sistema desafios, perplexidade e fragmentação. A formação dos *microssistemas* baseada em expressivo número de leis especiais, e a *constitucionalização* de suas categorias principais, selam um tempo diverso daquele que ligou a codificação ao absolutismo e ao positivismo científico. A exemplo, Pietro Perlingieri (1997). Do mesmo tema, “A caminho de um Direito Civil Constitucional”, Maria Celina B. M. Tepedino, artigo na *Revista dos Tribunais* nº 65, a partir da página 21. Mais especificamente, v. Gustavo Tepedino, “Contornos Constitucionais da Propriedade Privada”, in “*Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito*”, organizado por Carlos Alberto Menezes Direito, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997, cujo texto foi publicado originariamente sob o título “Contorni della proprietà nella Costituzione brasiliana del 1988”, in “*Rassegna del diritto civile*”, n. 1, p. 96-119.

⁴⁹ Exemplo saliente entre nós, para citar outra seara que não a da própria família e sua regulação jurídica sumular (em especial, em seu tempo, a da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, embora hoje superada), é o teor da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça (“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que *desprovido de registro*”), com nosso destaque, superando a direção equivocada da Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal, que exigiu tal registro. Sobre o tema, ver a obra de Marcelo Domanski (1997), fruto de dissertação de Mestrado defendida e aprovada no âmbito da pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

⁵⁰ Sobre o tema, ver a publicação “*Código Civil; anteprojetos*”, volume 1, do Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, DF, 1989, p. 7.

⁵¹ Tal debate, a respeito do novo Código Civil do Québec, está no artigo “Le nouveau Code Civil du Québec et la théorie de la codification: une perspective française”, de Jean-François Niort, publicado na

os e triunfos dos projetos codificadores no Brasil e as vicissitudes históricas e socioeconômicas, e de outra parte, a vinculação entre o elemento motor da *descodificação* com nuances de um tempo que aponta para o ocaso das codificações na crise do racionalismo e a retirada do Código Civil do território central das relações privadas clássicas.

Daí porque a dimensão propositiva da reforma não começa necessariamente na codificação, pode até passar por ela se a proposição chamar para si o compromisso com o futuro, e alinhava um programa de repensar os alicerces e os fundamentos da ordenação social, do privado ao público, e do público ao social.

As dificuldades e obstáculos encontrados revelam que se inexistem aquelas condições para a plena realização das pessoas e da sociedade, na assim designada “*liberté d’épanouissement*”, concorrem, de outro lado, elementos suficientes para compreender, na história, a *era da descodificação*, aliada aos movimentos de *repersonalização* e *despatrimonialização* do direito privado.

Numa sociedade de identidades múltiplas, da fragmentação do corpo no limite entre o sujeito e o objeto, o reconhecimento da complexidade se abre para a idéia de reforma como processo incessante de construção e reconstrução e o Direito.

Notas finais

Deu-se uma travessia que compreende a família e a filiação em novas definições. Compreendeu-se, nesse estudo, a principal alteração legislativa ocorrida em cem anos, apta a incorporar no Direito de Família valores como amor e solidariedade. Superando a unidade de fontes estatuída pelo casamento no regime codificado, o Código Civil cede espaço para a família constitucionalizada.

É outro o país que nasce e encontra uma diferente arquitetura jurídica com a nova Constituição Brasileira e diversas leis posteriores, à luz dos desafios das perspectivas da família sem casamento e de um regime jurídico familiar aberto e fraterno, igualitário e plural, sob a lei de igualdade ética e jurídica entre homem e mulher.

Já em 1996, 78,36% da população brasileira vivia em cidades, revelando predominância de uma sociedade urbana e industrializada sobre a rural. Consoante dados do IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, deixa o homem de ser provedor único e a mulher, em percentual expressivo (21%), um quinto do total de famílias brasileiras passa a exercer a chefia da família. Nas relações familiares registra-se queda do número de casamentos civis de 27% entre 1986 e 1995, e o aumento do número de separações (13%) e divórcios (2141%). Cresce, também, o número de pessoas que vivem sozinhas, constatando-se, em 1996, 9% de moradias habitadas apenas por uma pessoa.

Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques, PUF/CNRS, p. 135 e ss, v.24. Ainda mais específica e pormenorizadamente sobre a mesma experiência há a obra “*La réforme du Code Civil*”, textos reunidos e publicados pelo Barreau du Québec e pela Câmara des notaires du Québec em conjunto com a Université Laval, de 1993.

⁵² BEVILAQUA, C. Op. cit., p. 15.

A liberdade de casar, simétrica à liberdade de não permanecer casado, faz emergir a retomada do valor jurídico da *affectio maritalis*, a qual, por si só, denuncia a *ratio* apenas formal do casamento. A afetividade assume dimensão jurídica. Migram para a “constitucionalização”⁵³ princípios e normas básicos do Direito de Família⁵⁴.

Do legado do sistema, esmaece a filiação fictícia, mitiga-se o estatuto unitário da filiação e os princípios do Código Civil se arrastam pela margem de outros saberes que vão formando novo núcleo para a disciplina jurídica da família, aberta e plural.

Instituições e funções da vida privada, apropriadas pelo Direito, desbordaram da arquitetura jurídica e se lançaram por impor sua história e realidade. Está vencido, por certo, o modelo que inspirou os sistemas latinos a forjar uma “constituição do homem privado”.

Mas esse momento não pode ser apenas uma *trégua*, como se passou na aparente contradição de Martín Santomé, personagem de Mario Benedetti; esse encantamento constitucional, em princípio apto à possibilidade de converter aquele sentimento de vida sonogada em alavanca de mudança e transformação, requer efetividade e realização.

As perspectivas devem ir além de um amor outonal, fora de estação, que parecia ter renascido Martín Santomé. Não deve ser apenas uma trégua que, feito breve luz, nasce e se apaga, fugaz.

Eis o desafio do Direito no Brasil, em especial do Direito de Família. Afastar-se do saber decorativo e não tomar a sua própria história como museu a ser contemplado.

Como proposto, em sua viagem de navio que nem de longe lembra aqueles de alto bordo, o presente trabalho se ocupou de um tempo e um espaço definidos, a partir do Brasil Colônia. Intentou focalizar as instituições, o regime jurídico aplicável à família e o papel desempenhado pelo Judiciário.

A tentativa foi demonstrar o *leitmotiv*: o Brasil Colônia teria feito seu testamento histórico deixando herança cartorial fundada em práticas e normas instituidoras de solenidades e formalidades, quer na vida privada, quer na pública. Deu-se aí o berço da codificação civil brasileira.

A Constituição de 1988 rompe, formalmente, com esse quadro. Eis uma possibilidade de análise, um trajeto que se dispõe a percorrer toda nave destinada a enfrentar águas turbulentas. Por isso mesmo, ao invés de Martín Santomé, resignado e paciente submisso à vida, poderá emergir, não apenas uma cessação temporária dos paradoxos, e sim, o sonho de uma proposição transformadora.

⁵³ Sobre o tema, “A caminho de um direito civil constitucional” de autoria de Maria Celina B. M. Tedepino, trabalho publicado na *Revista de Direito Civil*, n. 65, p. 21-32.

⁵⁴ “A Constituição revolucionou o Direito de Família. É imprescindível assumir esta revolucionariedade, a nível exegético, colimando evitar se tolham e minimizem as conquistas” (PEREIRA, S. G., 1989, p. 252).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação: crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 170-71.
- BARBOZA, Heloísa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX In: BARRETO, Vicente (org.) *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BARROS, Fernanda Otoni de. Interdisciplinaridade: uma visita ao tribunal de família pelo olhar da psicanálise In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) *Direito de Família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- BENEDETTI, Mario. *Antologia poética*. (Seleção, tradução e apresentação de Julio Luís Gehlen). Rio de Janeiro: Record, 1988.
- _____. *La trégu*. Montevideo: Arca Editorial /Editorial Nueva Imagem, 1992.
- BEVILAQUA, C. *Em defesa do projecto do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906.
- BUENO, E *Náufragos, Traficantes e Degredados: as primeiras expedições ao Brasil* Rio de Janeiro: Objetiva, 1998, v. 2 (Coleção Terra *Brasilis*).
- CÂNDIDO, J.B Casamento. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) *Direito de Família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p 33-78.
- CASTRO, H. M. M. Laços de família e direitos no final da escravidão, In: ALENCASTRO, Luiz Felipe de. (org.) e NOVAIS, Fernando A. (dir.) *História da vida privada no Brasil; Império: a corte e a modernidade nacional*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 338. v.2.
- CIFÜENTES, Marcela Castro de. Constitución y Derecho Privado. *Revista de Derecho Privado* da Facultad de Derecho de Universidad de Los Andes, nº 19, v. X, jun. 1996, p. XVI.
- CÓDIGO CIVIL: anteprojetos do Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília: DF, 1989, p. 7. v.1.
- DIREITO, Carlos Alberto MENEZES. Da união estável como entidade familiar. In: *Revista dos Tribunais* nº 667, mai 1991.
- DOMANSKI, Marcelo, *Posse: da segurança jurídica à questão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- FAORO, R. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1987, p. 171. v.1.
- FERNANDES, M. A família na Constituição de 88, *Revista Forense*, v. 308, p. 69.
- GLENDON, Mary Ann. *The new family and the new property*. Toronto: Butterworths, 1981.
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Salvador: Livraria Progresso /Universidade da Bahia, 1958.
- _____. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.
- GUIMARAES, Alberto Passos *Quatro séculos de latifúndio* 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 37 e ss.
- HABERMAS, *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 63.
- HOLANDA, S B. *Raízes do Brasil* 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 157.

- HORKHEIMER Autoridade e Família. In: *Teoria Crítica: uma documentação*. São Paulo: Perspectiva / EDUSP, 1990, p. 214.
- LEAL, V N *Coronelismo, enxada e votos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.
- LIRA, Ricardo Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares In: BARRETO, Vicente (org.) *A nova família: problemas e perspectiva*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto Igualdade conjugal - direitos e deveres In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) *Direito de Família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- MALUF, Marina & MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do mundo feminino. In: SEVCENKO, Nicolau. *História da Vida Privada*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 386. v.3.
- MARINHO, Josaphat. *Código Civil: projeto de lei da Câmara nº 118, de 1984 (redação final)*. Brasília: Senado Federal, 1997
- MICHEL, Andrée. “Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. In: *Archives de philosophie du droit : réforme du droit de la famille*. Paris : Sirey, 1975. t. 20, p. 127-36.
- MUNIZ, Francisco José Ferreira, A família na evolução do Direito brasileiro. In: *Textos de Direito Civil*, Curitiba: Juruá, 1988.
- _____. *O Direito de Família na solução dos litígios*. Curitiba: edição da conferência proferida no XII Congresso Brasileiro de Magistrados, Belo Horizonte, de 14-16 de nov.1991; mar. 1992.
- NIORT, J F Le nouveau Code Civil du Québec et la théorie de la codification: une perspective française, “*Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*, v. 24, PUF/CNRS.
- NOVAIS, Fernando A. O Brasil nos quadros do antigo sistema colonial, In: *Brasil em perspectiva*. Organizada por Carlos Guilherme Mota. 11. ed. São Paulo: DIFEL, 1980, p. 47 e s.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha, (org). “*Direito de Família contemporâneo*”. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas questões de Direito de Família na nova Constituição. *Revista dos Tribunais* nº 639, jan. 1989.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PERROT. M.: A história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas. *O nó e o ninho*, In: *VEJA 25: Reflexões para o futuro*. São Paulo: Editora Abril, s.d. p. 75 (encarte)
- RIBEIRO, D. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed, 12. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- ROSENBERG. *La famiglia nella storia*. Torino: Giulio Einaudi, 1979, p. II.
- SCHWARTZ, S. *VEJA*, 21 abr. 1999, p. 11 e s.
- SERPA LOPES: Os costumes indígenas não tiveram qualquer influência na evolução do Direito brasileiro In: *Curso de Direito Civil*, 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1996. v.I
- SILVA PEREIRA, Tânia da. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 186.

SOUZA, L.M. Moralidades Brasília. In: *História da Vida Privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América Portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 222. v. 1 (Coleção História da Vida Privada no Brasil, dirigida por Fernando A. Novais).

TEPEDINO, G J M A disciplina civil-constitucional das relações familiares In: BARRETO, Vicente (org) *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

_____. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada, In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (org.) *Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997.

TEPEDINO, M C B M. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista dos Tribunais* nº 65, p. 21-32.

VAINFAS, R. *Trópicos dos Pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 1989, p. 96-97.