ROSANA AMARA GIRARDI FACHIN

EM BUSCA DA FAMÍLIA DO NOVO MILÊNIO

(Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo)

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadores: Professor Doutor Luiz Edson Fachin e Professora Doutora Carmem Lucia Silveira Ramos.

CURITIBA SETEMBRO DE 2000

ROSANA AMARA GIRARDI FACHIN

EM BUSCA DA FAMÍLIA DO NOVO MILÊNIO

(Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo)

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Wy >

Presidente:

Profa. Dr.a Carmem Lucia Silveira Ramos

Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Membros:

Vican Hantho

Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto Universidade Estadual do Rio de Janeiro

Prøf⁴. Dr.^a Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Universidade Estadual de Londrina

Curitiba, 23 de outubro de 2000.

Dedico este trabalho a Luiz Edson Fachin, companheiro, amigo sempre presente, pai de Camila e Melina, nossos "tesouros".

Aos meus pais Anna e Fortunato a gratidão por proverem a sede do saber.

Aos meus irmãos Gilmar, Josiani *(in memoriam)*, Giovani e Joseli.

Registro meu especial agradecimento à professora doutora Carmem Lucia Silveira Ramos, pelo carinho com que me acolheu na firme e segura orientação, e em nome de quem presto minha gratidão ao corpo docente e às funcionárias dedicadas do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR.

"Deus dá a todos uma estrela. Uns fazem da estrela um sol. Outros nem conseguem vê-la."

(Helena KOLODY, Viagem no espelho, 1995, p. 51).

SUMÁRIO

RESUMO ABSTRACT	
INTRODUÇÃO: DESAFIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA	01
TÍTULO I - DIREITO DE FAMÍLIA E LEGADO HISTÓRICO	09
1 A HERANÇA COLONIAL DO ESTADO CARTORIAL BRASILEIRO	10
2 DO RESPEITO À INTIMIDADE: BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA BRASILEIRA	28
3 FAMÍLIA, CONSTITUIÇÃO E ESTADO: DOS DIREITOS INDIVIDUA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
TÍTULO II - DIREITO DE FAMÍLIA E SOCIEDADE CONTEMPORÂNE	A . 52
1 DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS	53
2 O DIREITO DE FAMÍLIA EM MOVIMENTO	69
3 NOVOS DESENHOS JURÍDICOS DA FAMÍLIA	87
CONCLUSÃO: PERSPECTIVAS DO DIREITO DE FAMÍLIA	. 101
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ÍNDICE	

RESUMO

Propõe-se esta dissertação a sistematizar, mediante análise crítica e prospectiva, a herança histórica haurida pelo Direito de Família no Brasil e a examinar a superação do modelo jurídico colonial mediante estudo das fontes, do legado insculpido no Código Civil de 1916, e da transformação operada pela Constituição de 1988. Para tanto, interliga a investigação teórica com a pesquisa fundada na empiria jurisprudencial, evidenciando as mudanças ocorridas nas relações familiares, considerada, especialmente, a elevação de inúmeros direitos da família ao patamar de fundamentais, orientados pelo princípio da dignidade humana. Na execução das tarefas propostas pela presente dissertação, o trabalho recolhe dados históricos da organização social, política e judiciária do Brasil Colônia, e projeta essa radiografia, passando pela racionalidade moderna abrigada na codificação civil, sobre a sociedade contemporânea. Ao assim fazê-lo, reconhece os traços da identidade familiar originária, fundante de um modelo patriarcal, hierarquizado e exclusivamente matrimonializado, e deles extrai elementos para evidenciar fenômenos contemporâneos, superadores padrão jurídico familial. Isso se dá, particularmente, "constitucionalização" do Direito de Família e na "repersonalização" relações jurídicas que, até então, eram focalizadas desenvolver o percurso patrimonialista. Ao histórico proposto. dissertação indica elementos caracterizadores da superação da herança colonial e localiza marcos históricos e teóricos de um novo desenho jurídico da família, ainda em construção. Nesse campo de demonstração, aponta para alguns desafios que espelham essa edificação em curso, destacando a complexidade dos litígios de família, a questão da prestação alimentar e a temática da guarda de filhos como sintomas dessa complexidade que informa o Direito de Família do presente. Adota esta dissertação uma perspectiva construtiva das relações familiais, fundadas no afeto e na solidariedade, para delas inferir, no horizonte plural da ausência de modelos, algumas reflexões úteis para debater a dimensão jurídica do Direito de Família do novo milênio.

ABSTRACT

(Essay presented as a partial requirement to obtain the Master degree, in the Program of Post Graduation in Law, Juridical Science Sector, Universidade Federal do Paraná).

This essay aims to systemize, by means of a prospective and critical analysis, the historical inheritance exhausted by the Family Law in Brazil and to examine the suspassing of the colonial juridical model through the study of the sources, of the legacy inscribed in the 1916's Civil Code, and the transformation made by the 1988's Constitution. For that, it interconnects the theoretical investigation with the research based on the jurisprudencial empirism, standing out the changes that ocurred in the familiar relationship, considered, specially, the raising of several family laws to the level of fundamental laws, oriented by the principle of the human dignity. In the performance of the duties proposed by the present essay, the work gathers historical data of the social, political and juridical organization of the Colonial Brazil, and projects that X-ray, passing by the modern rationality sheltered in the Civil Codification, on the contemporaneous society. Doing that, it recognizes the traces of the originating familiar identity, basis of a patriarchal, hierarchical and exclusively matrimonialized model, and from them extracts elements to evidence contemporaneous phenomena, surpassers of that familiar particularly, iuridical standard. happens, It in the "Constitutionalization" of the Family Law and in the "re-personalization" of the juridical relationships that, up to then, were focused under a patrimonial way. When developing the proposed historical path, this essay shows elements that feature the surpassing of the colonial inheritance and locates theoretical and historical limits of a new juridical drawing of the family litigation, the question of alimony and the matter about children's custody as symptoms of this complexity that informs the Family Law of the present. It adopts a constructive outline of the familiar relationships, based on the affect and the solidarity, for inferring from them, in the plural horizon of the absence of models, some useful reflections to debate the juridical dimension of the Family Law of the new millennium.

INTRODUÇÃO: DESAFIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A presente dissertação se propõe a fazer um exame crítico do Direito de Família contemporâneo no Brasil, a partir de suas origens.

A proposta procura conjugar a percepção da dinâmica forense com a pesquisa teórica, num olhar que pretende mirar para além do academicismo ou do asséptico praxismo, interligando teoria e prática, comungando razão e emoção no estudo jurídico da família.

Ética e história alimentam, como alavancas propulsoras, a análise deduzida, buscando dimensões axiológicas² que arrostam a própria investigação do sentido humano.³

¹ A direção é do mestre Caio Mário: "[...] chegara a hora de deixar o jurista a especulação abstrata do gabinete, para usar os seus conhecimentos e a sua capacidade criadora, e elaborar um direito que atenda aos anseios da hora, sob pena de sua omissão concorrer para a subversão desta ordem vigente. Dizia, ainda, que o jurista, o verdadeiro jurista, tem o dever de preservar os valores da ética autêntica, para que se não vá ao ponto de aniquilar a dignidade humana." (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Diálogos com a doutrina**, jan./mar. 2000, p. 315).

² A presença da dimensão ética foi muito bem assinalada pelo professor Vicente de Paulo BARRETTO em prefácio à obra relevante nesse campo: "A resposta à crise da sociedade contemporânea, que tem como pontos de referência o subjetivismo e o relativismo, mas que presenciou o surgimento de uma demanda crescente por novas axiologias, somente pode ser devidamente avaliada na medida em que se possa posicionar o debate ético na perspectiva do debate público democrático. Volta-se ou recupera-se, em certo sentido, a dimensão da ética clássica como expressão de uma análise racional dos valores últimos a serem realizados pela sociedade humana". (Uma leitura ética da história, in Ética e história, 1998).

³ Com justa motivação os jusfilósofos se perguntam do sentido do mundo, questão mais presente hoje no debate que reúne ética e história: "O sentido do humano, sempre visto como constitutivamente finito, se acha na fraqueza dos entes e também em seu esforço. Acha-se no bem e no mal, nas festas e nas guerras, É *dentro* do que há de humano nestas coisas, que se buscará um denominador comum inteligível: menos nas quantidades do que no qualificativo, menos na informação do que na essência da mensagem.

[&]quot;Importa, hoje reconstituir a imagem do homem e recuperar o sentido do humano. Essa imagem e esse sentido se acham na história e dão-se como história, posto que o homem é um ente histórico." (SALDANHA, Nelson. **Ética e história**, 1998, p. 133).

Sem a pretensão de esgotar o assunto nem "historicizar", uma vez que não é esta a proposta do trabalho, procurar-se-á apenas contextualizar na história o sentido e o alcance do Direito de Família na atualidade.

Tomando como marco temporal as fontes da codificação civil,⁴ as rupturas pelas quais passou a família brasileira no curso do século XX são objeto de questionamento.

Esse quadro emoldura, de um lado, a herança colonial⁵ que se presentificou no Brasil do Código Civil, e, de outro, a superação do modelo clássico de família.

Nessa evolução, a função procriacional da família e o seu papel

⁴ O fio condutor está nas raízes expostas pela doutrina: "Esse *privatismo doméstico* parece ser a nota dominante em nossa legislação. Explica-se por certas particularidades de nossa organização social, destacadas por sociólogos e estudiosos do meio brasileiro e pelo atraso de sua evolução. São forças íntimas de nossa civilização elaboram-se no campo, como demonstra, com maior força persuasiva, Oliveira Viana.

[&]quot;Até ter sido abolida a escravidão, pouco antes, por conseguinte, de ser iniciada a elaboração do Código Civil, a estrutura de nossa sociedade, no conceito de Sérgio Buarque de Holanda, tem a sua base fora das cidades. A influência da organização social do Brasilcolônia faz-se sentir até ao fim do século XIX, e é nos primeiros anos do século XX que começa a discussão do projeto de Código Civil elaborado por Clóvis Bevilaqua. Natural, assim, que repercutisse, na sua preparação, aquele primitivismo patriarcal que caracterizou o estilo de vida da sociedade colonial. Razões históricas e ecológicas modelaram-na por forma a que preponderasse, na organização social, a *ordem privada*, como bem o demonstrou Nestor Duarte." (GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**, 1959, p. 28-29).

⁵ Os traços da organização jurídica da família eram bem definidos: "Nos domínios rurais é o tipo de família organizada segundo as normas clássicas do velho direito romanocanônico, mantidas na península Ibérica através de inúmeras gerações, que prevalece como base e centro de toda a organização. Os escravos das plantações e das casas, e não somente escravos, como os agregados, dilatam o círculo familiar e, com ele, a autoridade imensa do pater-familias. Esse núcleo bem característico em tudo se comporta como seu modelo da Antiguidade, em que a própria palavra 'família', derivada de *famulus*, se acha estreitamente vinculada à idéia de escravidão, e em que mesmo os filhos são apenas os membros livres do vasto corpo, inteiramente subordinado ao patriarca, os *liberi*.

[&]quot;Dos vários setores de nossa sociedade colonial, foi sem dúvida a esfera da vida doméstica aquela onde o princípio de autoridade menos acessível se mostrou às forças corrosivas que de todos os lados o atacavam." (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**, 1995, p. 81).

econômico perdem terreno para dar lugar a uma comunhão de interesses e de vida, em que laços de afeto marcam a estabilidade da família.

Para o Direito de Família, nesse âmbito, emerge problematizar a solidariedade e a fraternidade, dando realce à seara dos direitos fundamentais.

Nesse passo, o estudo cogita dos direitos positivados, mas sequer ainda realizados para a maioria da população, daí porque a preocupação com a eficácia social desses direitos fundamentais.

Na análise de Boaventura Sousa SANTOS, revela-se, nessa perspectiva, a sociedade fundada numa pluralidade de ordens jurídicas;⁶ pluralidade esta evidenciada na passagem do Estado moderno à sociedade contemporânea, e da família tradicional à família atual.

Longa é a história⁷ da família e do Direito respectivo. O presente é

⁶ Precisamente no sentido do reconhecimento dessas expressões plúrimas, escreveu Boaventura Sousa SANTOS: "A primeira questão é a do reconhecimento de que, na sociedade, há uma pluralidade de ordens jurídicas, de formas de poder e de formas de conhecimento. É o resultado mais importante da minha crítica, quer ao paradigma positivista moderno do direito e do poder, centrado no Estado, quer ao paradigma positivista moderno do conhecimento, centrado na ciência. No entanto, reconhecer apenas a existência de uma pluralidade de ordens jurídicas, sem a fundamentar teoricamente, acarreta uma tripla falácia: a falácia do descritivismo (tanto quanto se pode admitir, a lista das pluralidades está completa, mas podia ser indefinidamente aumentada sem qualquer perda de coerência); a falácia da trivialidade (quanto mais completa for a lista, maior será a probabilidade de falhar enquanto descrição da realidade: se o direito, o poder e o conhecimento estão em toda a parte, não estão em parte alguma); e, finalmente, se me é permitido usar a expressão de Sartre (1976), a falácia da serialidade (a lista é prático-inerte, não sendo a relação entre os seus elementos [...]". (A crítica da razão indolente, 2000, p. 261).

⁷ Tal percepção não passou sem o exame da doutrina: "Família – A península, nos tempos pré-romanos, é primitiva, com o pluralismo da sua mentalidade rudimentar, grosseiramente empírica. O parentesco fundava-se na uterinidade, com vestígios de totemismo e com a herança dos bens pela mulher, - situação de que, como era de prever, se saiu, vindo o pai a ser senhor, juiz, legislador, chefe militar e sacerdote da família. Distribuíam-se todos os anos as terras aráveis, dando-se comunhão dos frutos e posterior divisão. Já então o tipo social era o patriarcado, como acontece sempre com os povos em

fruto desse expressivo transcurso.

Configurar historicamente os direitos fundamentais no âmbito da família, é posicionar a pessoa em primeiro plano (não mais o indivíduo abstrato do Estado liberal, porém, como um ser concreto), para dissecá-la e assim realizar a efetividade de seus direitos.

Nessa perspectiva, este estudo tem como ponto de partida a historicidade das relações familiais (ou familiares), visualizadas sob a ótica da evolução social.

A família contemporânea não corresponde àquela formatada pelo Código Civil, constituída por pai e mãe, unidos por um casamento regulado pelo Estado, a quem se conferia filhos legítimos.

O grande número de famílias não matrimonializadas, oriundas de uniões estáveis, ao lado de famílias monoparentais, denota a abertura de possibilidades às pessoas, para além de um único modelo de família.

O reconhecimento formal desta pluralidade, no entanto, só ocorreu

que o homem não se afasta muito do lar (caçadores, navegantes) e em que o *atelier* do homem é mais importante do que o da mulher. O sociograma-teste da Espanha primitiva seria $E\ R$ (economia, religião). Os romanos trar-lhe-ão impulso novo, político-jurídico; os germanos, moral; os árabes, senso mais administrativo, e senso artístico, que se juntará às lições romanas.

"Por ocasião do domínio romano, não se aboliram as gentilitates peninsulares: os editos provinciais respeitavam o direito consuetudinário. Mas o que é certo é que o direito romano auxiliou o desaparecimento de vestígios totêmicos da Espanha primitiva, e acentuou o patriarcado, - aliás, então, já assaz parecido com o que se verificava em Roma. A família visigótica irá minorar o conceito despótico de pátrio poder e fazê-lo mais dependente da duração da menoridade. O casamento dos filhos acabava-o. Não se alude à adoção; e a indiferença peninsular e brasileira por este instituto parece vir do caráter cognatício que apresentava a família do tempo visigótico. Os traços da organização familiar, na Reconquista, são tipicamente os dos tempos visigóticos; e a família portuguesa prosseguiu no mesmo caminho, - cognatícia, sem o absolutismo do paters familias romano. Era, evidentemente, a evolução, pela resultante diminuição do quantum despótico." (PONTES DE MIRANDA. Fontes e evolução do direito civil brasileiro, 1981, p. 56-57).

com a Constituição Federal de 1988, que albergou diferentes fontes de família, compatibilizando Direito e realidade.

Reside aí o sentido de lançar um olhar crítico sobre a família, num reexame das categorias fundamentais do Direito Civil ao final do século XX.

O modelo de família estabelecido no Código Civil sofreu considerável evolução até chegar à Constituição Federal.⁸ Não se resume a esse transcurso, no entanto, a história da família brasileira.

O Direito de Família que o colonizador português, entre os séculos XVI e XVIII, transpôs para o território brasileiro, aqui sofreu muitas modificações, pelas circunstâncias peculiares de sua gente, embora a herança lusitana nessas terras seja um fenômeno marcante para caracterizar o modelo colonial dominante de família.

Tal padrão se projetou, em parcela significativa, da Colônia para o Império, lançando sequelas na codificação emergente da República.

A família do Código Civil do começo do século era hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e transpessoal, de forte conteúdo patrimonialista vez que colocava a instituição em primeiro plano: o indivíduo vivia para a manutenção e fortalecimento da instituição, que se

⁸ Essa passagem está chancelada na doutrina: "Assim, ao recepcionar-se, na Constituição Federal, temas que compreendiam, na dicotomia tradicional, o estatuto privado, provocou-se transformações fundamentais do sistema de direito civil clássico: na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social); na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno, e, ademais, deixa de ter o perfil artificial constante no texto codificado, que via como sua fonte única o casamento, tornando-se plural quanto à sua origem) e nas relações contratuais (onde foram previstas intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas, como o consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva)." (RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras, 1998, p. 10-11).

caracterizava como núcleo de apropriação de bens nas classes abastadas.

Dessa forma, a presente análise intentará verificar em que medida o Código Civil em vigor ainda reflete o perfil da época colonial, quando as famílias tinham um grande número de membros para que pudessem manter economicamente a propriedade.

Gradativamente, no entanto, novos contornos jurídicos foram traçados para a família a partir da edição de estatutos que formam microssistemas, descaracterizando a unidade do texto codificado.

Com a vigência da Lei do Divórcio, por exemplo, instituiu-se a dissolução do vínculo matrimonial, indissolúvel até então, segundo o Código.

Vê-se desse modo, não obstante os avanços legislativos, que se manteve o abismo existente na codificação entre o fato e a norma.

Por isso mesmo, a eleição da família e seu respectivo Direito como tema desta dissertação⁹ objetiva enaltecer a vida afetiva na comunidade familiar, qualquer que seja o modelo adotado. Isto significa reservar para a família o *locus* de comunhão de vida.

⁹ À perfeição cabe a lição: "de resto importa constatar, desde logo, e tudo indica, que há uma imortalização na idéia de família. Mudam os costumes, mudam os homens, muda a história; só parece não mudar esta verdade, vale dizer, a atávica necessidade que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, isto é, o seio de sua família, este *locus* que se renova sempre como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social.

[&]quot;Biológica ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa. Nem importa o lugar que o indivíduo ocupe no seu âmago, se o de pai, se o de mãe, se o de filho; o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores, e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade pessoal. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Noaves. **Direito civil – estudos**, 2000, p. 18-19).

Essa visão é compatível com um modelo de família plural, centrado na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social, uma família "repersonalizada" e "despatrimonializada", conforme proposto pela Constituição Federal de 1988, assentada numa ordem jurídica sob diversos princípios¹⁰ fundamentais que, alçados à órbita constitucional, emanam valores para todo o sistema.

Na expressão de Pietro PERLINGIERI, ¹¹ à medida que se "despatrimonializa", isto é, se reduz o conteúdo patrimonial das relações no sistema jurídico, a família se adapta a novos valores, na passagem de uma jurisprudência de interesses patrimoniais para uma configuração atenta aos valores existenciais, privilegiando mais a pessoa humana e menos o seu patrimônio.

Neste sentido, a "despatrimonialização" é uma tendência sociocultural, uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa humana. 12

¹⁰ A sensibilidade da civilística já ancorou a mudança de paradigmas na principiologia: "As análises realizadas em função da adoção de uma tábua principiológica pelas ciências, tem razão de ser, reiteradamente, procedente. É mister transmitir poder à estrutura de **princípios**. ou **fundamentos**, **ou valores**, ou como preferem alguns, verdades incontestes que têm por fim informar as proposições diretoras de uma ciência." (FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser, **Bioética e biodireito**, jul./dez. 1997, p. 57).

¹¹ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil, 1997, p. 30.

¹² A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental e organizativo dos demais princípios e do sistema jurídico: "[...] a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito deve ser tomada, consoante observa Flávia Piovesan, 'como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional'.

[&]quot;De igual modo, leciona Jorge Miranda 'que a Constituição, a despeito de seu carácter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado'. E diz

Adotando esta linha de pensamento, ao lado da demonstração das conexões históricas, a busca da nova família capta as transformações operadas pela "constitucionalização" do Direito Privado.¹³

Esta opção pela "repersonalização" da família, tomada como ponto de partida desta reflexão, significa priorizar o "ser" e deixando para segundo plano a "patrimonialização", o "ter", recolhendo nas fontes históricas subsídios para um olhar sobre o mundo contemporâneo da família.

mais o ilustre constitucionalista lusitano: 'Pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de *todas as pessoas*. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em instituições, remontam também à idéia de protecção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve perder de vista esse referencial'.

[&]quot;De fato, os valores constitucionais que compõem o arcabouço axiológico destinado a embasar a interpretação de todo o ordenamento jurídico, inclusive servindo de orientação para as demais normas legislativas, hão de repousar no princípio do respeito à dignidade humana, porquanto o homem é, em última análise, o verdadeiro titular e destinatário de todas as manifestações do poder." (ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Direitos fundamentais na Constituição de 88**, dez. 1998, p. 25).

¹³ É de integral aplicação ao presente trabalho a seguinte lição: "A Constituição de 1988, em suas principais normas sobre a família e o casamento (arts. 226 e 227), introduziu princípios – igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher no casamento; não discriminação entre filhos nascidos no casamento e fora do casamento; poder-dever atribuído aos pais de assistir, criar e educar os filhos – que alteraram o modelo teórico de família e a imagem do casamento que o legislador teve em vista ao elaborar o Código Civil. São princípios constitucionais que estabelecem critérios e diretrizes ao juiz no exame tanto do direito matrimonial como, do direito de filiação anterior à Constituição." (MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Textos de direito civil**, 1998, p. 95).

¹⁴ A "repersonalização" (que corresponde a um modo mais aberto e humano de ver a família) traz para todo o Direito sua feição humanista indisfarçável: "Dall'esame compiuto in questo paragrafo può trarsi a mio giudizio la conclusione che tutto il giusnaturalismo moderno – in forza dell'accentuazione soggettivistica del concetto di diritto naturale – è accentrato intorno alla nozione di persona umana, e alla difesa del suo valore e della sua dignità. Questo vale anche per le Dichiarazioni dei diritti dell'uomo e del cittadino, che in fondo intendono 'tradurre' in termini costituzionali il concetto del diritto naturale inteso in senso soggettivo." (CATTANEO, Mario A. **Persona e stato di diritto**, 1994, p. 55). Em tradução livre da autora: Do exame aqui realizado pode extrair-se, em meu juízo, a conclusão que todo o jusnaturalismo moderno – em conseqüência da ênfase subjetivista do conceito de direito natural – é nucleado em torno da noção de pessoa humana, e à defesa de seu valor e de sua dignidade. Isso vale também para a Declaração dos direitos do homem e do cidadão, que, a rigor, busca traduzir em termos constitucionais o conceito de direito natural apreendido no sentido subjetivo.

TÍTULO I

DIREITO DE FAMÍLIA E LEGADO HISTÓRICO

1 A HERANÇA COLONIAL DO ESTADO CARTORIAL BRASILEIRO

O fio condutor do presente exame constitui a idéia segundo a qual o Brasil Colônia, mesmo não homogêneo na política, na cultura e no Direito, fez seu testamento histórico deixando uma herança cartorial fundada em práticas e normas instituidoras de solenidades e formalidades, quer na vida privada, quer na pública.

Se é realmente difícil encontrar respostas conclusivas na busca de traços caracterizadores das instituições coloniais, as dúvidas fomentaram diferentes modos de percepção desse lapso temporal no registro da memória.¹

Para alguns pesquisadores, as origens da colônia são marcadas por "décadas esquecidas", palco em que se apresentam "personagens enigmáticos". Eram, enfim, as sequelas dos primeiros viajantes e pioneiras expedições que teriam forjados ancestrais: náufragos, traficantes e degredados.²

¹ O itinerário desta dissertação recolhe o caminho também trilhado pela família: "Não se pode teorizar sobre a família na sociedade contemporânea sem ter em conta as profundas transformações por que passou a instituição, a ponto de só guardar remota identidade com seus antecedentes históricos. A substituição, de um lado, da grande família, que compreendia a própria linha dos escravos, pela família nuclear, centrada na tríade pai-mãe-filho, operada nos séculos XIX e XX, mas sobretudo o aprofundamento afetivo no interior do grupo deram-lhe um novo rosto. De unidade proposta a fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, a família passou a grupo de companheirismo e lugar de afetividade." (VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**, 1980, p. 11).

² Essa é a linha pela qual se conduz Eduardo BUENO (**Náufragos, Traficantes e Degredados**: as primeiras expedições ao Brasil, 1998. v. 2 - Coleção Terra Brasilis). Registre-se, porém, em abono à impar pesquisa mencionada que o próprio autor, que já houvera escrito e publicado (**A Viagem do Descobrimento**: a verdadeira história da expedição de Cabral, 1998), que a história daqueles anos não pode ser vista "como um

Esse estereótipo não dá o amplo sentido que sujeitos e instituições passaram a ter naquele período histórico.³

A Colônia apresentava-se muito mais como resultado do processo de expansão marítima e comercial européia, e menos como fruto de um "achamento" circunstancial que sofreria as mesmas influências da florescente burguesia na Europa.⁴

A família colonial brasileira reproduz, em boa parte, aquela sociedade: numa sociedade desigual, tende a família a espelhar desigualdades; numa sociedade violenta,⁵ as relações familiares podem não destoar desse mesmo

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". Demais disso, abone-se também tratar-se de um texto jornalístico, sem embargo de bem documentado e com consultoria técnica específica do professor Ronaldo Vainfas.

³ Nesse sentido: "O 'casamento entre desiguais' era, de fato, o maior impedimento social e ideológico para que os homens e mulheres se unissem na Colônia. O outro era a instabilidade da organização social, sobretudo nas regiões de fronteira, no remoto ano de 1936. Instabilidade traduzida no ir-e-vir, permanente, na pouca fixidez, na fluidez imensa, na pobreza da maioria.

"Regras canônicas, preconceitos raciais institucionalizados ou enraizados, desigualdades de todo o tipo, instabilidade extrema, mobilidade infrene, tudo isto empurrava a maioria da população para o concubinato. Adensava-o, ainda, a fragilidade da Igreja, 'um poder fraco', não obstante o 'regimento do auditório eclesiástico', sempre lido nos domingos, dias santos e 'visitas diocesanas'. Torres-Londoño esmiuça a análise dessas visitas na segunda parte do livro, fazendo quase que 'uma devassa das devassas', aspectochave de sua tese. Para o autor – repita-se -, eram elas que, no limite, divisavam o lícito socialmente do ilícito teológica e institucionalmente.

"O concubinato era 'outra família'? Às vezes sim, às vezes não. Sem dúvida o era quando havia coabitação, quando o casal não abençoado 'vivia de portas adentro', quando o 'marido' era padre, quando já era casado e tinha amante ou, se solteiro fosse, não pudesse esposar mulher de condição inferior, pobre ou portadora de 'sangue infecto', como rezavam os estatutos de pureza de sangue portugueses até bem entrado o século 18." (TORRES-LONDOÑO LOYOLA, Fernando. Outra família : concubinato, Igreja e escândalo na Colônia, **Folha de São Paulo**, 11 mar. 2000, p. 17).

- ⁴ A propósito, nesse sentido: "Não quer dizer com isso que devamos 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." (MELLO E SOUZA, Laura [Org]. **História da vida privada no Brasil**, 1997, v. 1, p. 222).
 - ⁵ A temática da violência, quer na família, quer na sociedade, requer profundas

traço.

E, nessa linha, nas relações coloniais vai se tecendo um arranjo familiar que deixa marcas na história do Direito e da sociedade, em seu tríplice vértice: político, social e econômico.

É inegável que "a História do Brasil, nos três primeiros séculos, está intimamente ligada à da expansão comercial e colonial européia na época moderna". E nesse contexto se produz o desenho da família.

No processo de expansão dos modos de produção, um Brasil nasce na miscigenação e se funda na exclusão social, traço que perdura desde a herança colonial.

Um Brasil cioso da solenidade (daí a importância do bacharelismo), da formalidade (o que reflete a celebração matrimonial profundamente influenciada pela Igreja Católica) e temente da autoridade judicial (no que avulta o papel central do Judiciário, desde o Brasil Colônia).⁷

São 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

mudanças sociais e políticas, como já se escreveu com acerto: "[...] violência urbana e violência no campo são problemas que só podem merecer tratamento de forma simultânea e decisiva e de maneira estrutural." (LIRA, Ricardo Pereira. **Planejamento urbano**, 1994, p. 74).

⁶ Nas palavras de Fernando A. NOVAIS (O Brasil nos quadros do antigo sistema colonial, 1980, p. 47 e ss.).

⁷ Nesse sentido, v. Stuart SCHWARTZ (na recente entrevista concedida à Revista VEJA, em 21 de abril de 1999, p. 11 e ss.), na qual destaca, de um lado, o papel dos juízes como base da administração colônia, e, de outro, o traço pessimista do "ver brasileiro".

do medievo, às barreiras então existentes.⁸ Na Colônia, faz-se nascer um país, sob um *modo* determinado de produção, com fins preestabelecidos.

A Época Moderna, com o "achamento" territorial do Brasil e com sua "invenção" como objeto de exploração no cenário administrativo, político e jurídico, assiste ao nascimento de uma Nação. E, nesta, uma família sob o desígnio da desigualdade.

É inadmissível buscar os traços da família sem destacar, ao longo da história, a relevância da participação feminina, considerando-se, especialmente, a discriminação⁹ e a exclusão contra as quais as mulheres tiveram que lutar.¹⁰

A submissão e a subordinação se tecem mediante diversos instrumentos de realização, consolidação e expansão do poder político e econômico. Essas transformações elementares permitem asseverar que não basta simplório retorno às origens, e sim compreender como se projetou da

⁸ Sob essa perspectiva, Fernando NOVAIS (op. cit. p. 48-49).

⁹ É o que se colhe em ímpar estudo: "Como se pode perceber, mesmo com a incorporação massiva das mulheres solteiras e jovens no universo fabril, o trabalho domiciliar continuou permitindo que as casadas contribuíssem para a renda familiar sem deixar de exercer as funções básicas de mãe e donas-de-casa, para as quais tinham sido focalizadas e educadas.

[&]quot;O que se nota, ainda nessa fase, é que, apesar da República e das mudanças que estavam ocorrendo, a vida continuou girando em torno da família e que a legislação reforçou, uma vez mais, o privilégio masculino. O marido continuava, legalmente, com a designação de chefe da família, como no velho Código Filipino, compilado em Portugal em 1603. O Código Civil de 1916 reconheceu e legitimou a supremacia masculina, limitando o acesso feminino ao emprego e à propriedade. As mulheres casadas ainda eram, legalmente, incapacitadas, e apenas na ausência do marido podiam assumir a liderança da família." (SAMARA, Eni de Mesquita. Família, gênero e mudanças econômicas no Brasil (1836-1996), 1999, p. 94).

¹⁰ Em diversos horizontes é reconhecido o progressivo caminhar da condição feminina: "A reorganização do modelo familiar é contemporâneo de uma revalorização do papel da mulher, na vida social e nas representações religiosas." (CAMPOS, Diogo Leite de. **A invenção do direito matrimonial**, 1995, v. 1, p. 72).

formulação colonial para os dias modernos o modelo de família.

1.1 TRAÇOS BÁSICOS DA ORGANIZAÇÃO POLÍTICA, SOCIAL E JUDICIÁRIA NO BRASIL COLÔNIA: UMA IDENTIDADE PERDIDA?

Dúvida não há, quer da relevância do estudo da história para a família, 11 quer do exame da própria história do Direito de Família. Aqui são recolhidos alguns elementos desses campos, já conhecidos mas não ainda sistematizados, para evidenciar, mais claramente, as fontes originárias do Direito de Família no Brasil.

Nucleados nessa perspectiva, os componentes de caracterização social vão alcançar as bases do Estado brasileiro: um Estado cartorial, 12

¹¹ Nesse sentido expressa a doutrina: "La famiglia occupa ovviamente una posizione centrale nella nuova storia sociale che va delineandosi. E non sorprende che nello scorso decennio si sia verificata una rapida crecita dell'interesse per la sua storia. Solo negli Stati Uniti, abbiamo recentemente assistito alla fondazione di un 'Family History Newsletter' e di un 'History of Childhood Quarterly', mentre il 'Journal of Interdisciplinary History' ha dedicato un considerevole numero di pagine ad aspetti della famiglia. Le 'Annales' in Francia e 'Past and Present' in Inghilterra sono stati quasi altrettanto ospitali. Queste recenti digressioni sulla storia della famiglia sono state tanto efficaci e disparate, che nessuna opera singola potrebbe sperare di riportare ogni approccio o di illustrare ogni problema essenziale." (ROSENBERG, Charles E. La famiglia nella storia, 1979, p. 11). Em tradução livre da autora: A família ocupa obviamente um posição central na nova história social que vai se delineando. E não surpreende que na última década se verificou um crescimento do interesse pela sua história. Somente nos Estados Unidos recentemente assistimos à fundação do Family History Newsletter e do History of Childhood Quarterly, enquanto o Journal of Interdisciplinary History dedicou um considerável número de páginas aos aspectos da família. A publicação Annales na França, e Past and Present, na Inglaterra, do mesmo modo se abriram para tais aspectos. As recentes digressões sobre a história da família têm estado tão ativas e diversas que nenhuma obra isoladamente poderia resumir cada reflexão ou ilustrar cada problema essencial tratado.

¹² Graves são as conseqüências, até hoje sentidas, dessa deformação histórica: "No Brasil, a transição da sociedade agrária, em que a família era uma célula não apenas patriarcal, mas também econômica, produtiva, para a realidade urbana, vinculada à industrialização e ao comércio, com a consequente mobilidade dos indivíduos, na busca do emprego e da melhoria de vida deu-se de forma traumática, sem nenhum preparo cultural.

arquitetado pelo reino das solenidades e celebrações, ritos e processos, e que encontra, nos seus primórdios, o empreguismo público, a exclusão social e uma seleta classe dominante, afortunada e poderosa.

Essa cartorialidade expressa-se num aparato estatal público, principiado com o governo reinícola e, aos poucos, por concessão ou delegação, se esprai por ofícios, escrivanias e registros, instalando uma tradição tabelionática, pública e privada.

Esses fatos são apontados objetivando revelar a importância da coleta de dados históricos, ¹³ especialmente no Direito de Família, para apreender as vicissitudes temporais do ordenamento jurídico nas suas constantes rupturas.

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

[&]quot;Em razão de problemas externos, que, embora não exclusivamente, podem ser debitados às crises político-econômicas provocadas pelos detentores eventuais do poder, o quadro social brasileiro revela significativo êxodo rural, extremamente acentuado na segunda metade deste século, com todas as consequências interdisciplinares daí decorrentes.

[&]quot;Não bastasse ser a industrialização hoje considerada uma forma antiga de desenvolvimento, o modelo industrial brasileiro também é ultrapassado, como também o é nosso sistema educacional." (RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras**, 1998, p. 15).

¹³ A propósito, registrou Michelle PERROT: "A história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas. Toda sociedade procura acondicionar a forma da família a suas necessidades e fala-se em 'decadência' freqüentemente para estigmatizar mudanças com as quais não concordamos. No final do século XIX eram os donos da ordem social e moral que apontavam para essa decadência por temor da emancipação das categorias dominadas – operários, jovens, mulheres. Entre as duas guerras mundiais, coube aos regimes nazista e fascista alertar para a 'degenerescência', demonizando qualquer impulso de mudança." (O nó e o ninho, 1993, p. 75).

A administração colonial, por um lado, emerge assentada no cargo público, vinculando os desdobramentos políticos às variações do relacionamento entre a metrópole e a colônia intercedido por agentes e funcionários públicos.¹⁴

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 poder reinícola e as classes dominantes, estão privilégios, garantias e emanações fiscais, provocando turbulências e crises na seara dos tributos.

O Estado se arma sob esse horizonte e lança para a instância jurídica seus efeitos, sem embargo da força de outras instituições.

No que diz respeito ao Direito de Família, não se pode olvidar a forte influência da Igreja, 15 tema que é, por si só, suficiente para uma investigação à parte.

A ausência de um sistema jurídico unitário e positivado, após o "descobrimento" do novo território pelos portugueses e a diversidade de situações vivenciadas pelas hostis condições de colonização num processo

¹⁴ Raymundo 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, 1987, v. 1, p. 17).

¹⁵ Revela João Baptista VILLELA: "'O Senhor Deus disse: Não é bom que o homem esteja só. Vou dar-lhe uma auxiliar que lhe seja semelhante' (Gên., 2,18).

[&]quot;Assim se lançava, na tradição cultural judaico-cristã, as bases da família. Por muito variadas que tenham sido as formas de agregado familial, as transformações por que passou, as expressões que assumiu, as demandas sob que se curvou, os interesses que acolheu, o papel maior ou menor que representou – não há antropólogo que não veja no impulso gregário do homem a origem de sua experiência amorosa regular." (**Repensando o direito de família**, 1999, p. 15).

de fusão de culturas muito diferentes da européia, fizeram do Estado e da Igreja as instituições mais presentes na vida familiar indicando e ditando as regras¹⁶ para o campo público e para a vida privada.

Em ambas as dimensões, toma vulto a função pública, revestida de autoridade, que domina a administração e a economia. O funcionário cortesão e o agente recrutado pelo rei desempenham tais funções. Carregam, pois, a autoridade e permeiam a estrutura administrativa da Colônia.

Nessa estrutura administrativa pública colonial, o poder¹⁷ se desdobra na seguinte ordem descendente: rei, governador-geral, capitães e autoridades municipais.

Tribunais, conselhos e casas se articulam como órgãos colegiados aptos a dar vazão ao expansionismo colonialista, sem que isso implique concreta descentralização de poder. Acima de conselhos políticos ou

¹⁶ Referindo-se a esse respeito escreveu Américo Martins da SILVA: "O processo de adestramento das mulheres da Colônia começou com o Estado e a Igreja instituindo proibições de todos os tipos, determinando o que era 'certo' e o que era 'errado' para uma 'mulher direita'. Um recurso bem prático, usado então, eram as altas multas que o Estado cobrava pelos concubinatos, em contraposição ao baixo preço dos casamentos celebrados pela Igreja. A campanha do 'certo' e do 'errado', porém, era mais profunda. Basta ver que no Brasil de 1650 não existiam tabus como o da virgindade obrigatória até o casamento. Quebrado em tempos modernos, esse tabu ainda estava por nascer. Em 1600 e até o século XVIII, era dificil achar alguém que se casasse sem antes ter tido relações sexuais. Mas o motivo era bem diferente do atual. É que, naquela época, ter filhos era muito importante. A mulher precisava provar ao homem que era fértil, engravidando antes do compromisso, uma regra consentida por toda a comunidade – inclusive pela Igreja, desde que tudo terminasse em casamento." (A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais, 1996, p. 126-127).

¹⁷ 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 (**Coronelismo, enxada e votos**, 1997, p. 82).

judiciários sempre há a autoridade real. 18

O povo surge em cena com a eleição das câmaras, sem embargo de instâncias mais difusas de participação popular, como as juntas locais. Sociedade e governo não dialogam com substância mas, ainda assim, o processo eletivo assegura, na aparência, o liame entre o povo e a administração pública, a qual, em última *ratio*, obedece ao rei.

As câmaras, em verdade, menos que fincadas num viés participativo, espelham instrumentos de execução de ordens superiores. Passivas, assistem ao poder de mando de vice-reis e capitães.

Quando assim não era, a própria autoridade real intervinha diretamente em numerosos casos, designando os vereadores ou intervindo no Judiciário.

A centralização do poder dominante inclusive das relações econômicas, ditavam o ritmo da vida nessa quadra histórica. Não se pode negar que as relações familiares à época, como hoje, estavam vincadas por determinantes econômicas.

O Direito formal nem sempre se dá conta do debate sobre as fontes do poder e das relações de mando na sociedade.

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

Na autoridade da justiça, no topo da pirâmide, o Ouvidor-Geral, dele

¹⁸ Raymundo FAORO (op. cit., p. 176).

descendo para os corregedores, os juízes de fora, os juízes 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; ordem e disciplina para assegurar os privilégios reais, inclusive a cobrança de tributos.

O padre missionário completa o cenário com sua vocação espiritual (conquistar a alma indígena) e temporal (facilitar o domínio). Tem a pretensão de integrar, assim, duas culturas, entrosando-se, de um modo geral, 19 com a máquina administrativa do governo. Nascer, casar e morrer: atos civis sob a jurisdição eclesiástica, desdobrada em muitas ordens religiosas ali, então, presentes: franciscanos, capuchinhos, beneditinos, carmelitas, oratorianos, entre outros, e em especial, os jesuítas.

Por detrás 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 e os marginais em sentido amplo.²⁰

A família e suas vicissitudes estão presentes nessa conformação social

¹⁹ A exceção à evidência são os jesuítas que desafiavam o Estado e o colonato.

²⁰ Conforme Darcy RIBEIRO (**O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil, 1995, p. 211).

da história²¹ do povo brasileiro.

Principia-se aí boa parte da formação jurídica aplicável às relações familiares.

Para esse panorama, especial papel desempenhou o regime jurídico da propriedade que propiciou, progressivamente, a apropriação privada do patrimônio público.

No regime econômico colonial, quer seja feudal, quer seja capitalista, a titularidade privada esteve no núcleo da estruturação do 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, 22 sob um tipo feudal, e nele se articula um modo de ver a família.

A família, em seu longo percurso histórico,23 revela, ainda que de

²¹ A relação senhorial da família é um traço histórico marcante. Registra-se: "O caráter familiar da empresa açucareira daria continuidade a essa relação, fazendo sucederem-se gerações de senhores e de escravos sob o mesmo domínio, cada vez mais afeitos uns aos outros e mais especializados devotados a suas respectivas tarefas e também cada vez mais impregnados por aquele complexo cultural. Assim, um patrimônio social de usos, de atitudes e de procedimentos comuns se plasma e se transmite de geração a geração, emprestando sabor e congruência aos destinos daqueles que nasciam e morriam naquele mundo original, voltado por inteiro a produzir açúcar que se exportava, e reproduzir modos de vida tão extremamente opostos, primeiro de senhores e escravos, depois dos mesmos senhores e de uma força de trabalho já não escrava, mas submetida quase às mesmas condições de existência." (RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**, 1995, p. 291).

²² É o que expõe, por todos, Alberto Passos GUIMARÃES (**Quatro séculos de latifúndio**, 1989, p. 37 e ss.).

²³ É o que atesta a melhor doutrina: "Necessário é, todavia, registrá-las, porque a condição atual da instituição da família é um capítulo de sua história evolutiva no ciclo da civilização ocidental, a que não faltam as contribuições da cultura bíblica; da vida doméstica nas Penínsulas helênica e itálica; da estrutura germânica que importamos indiretamente através de seu impacto sobre o Império Romano ao tempo das invasões bárbaras, e diretamente por intermédio da influência visigótica da Península ibérica; da moral cristã que assinala estes dois milênios; e da tendência autonomista e liberal dos tempos modernos, especialmente deste século, marcado por duas guerras mundiais que na vida da família deixaram sinais inapagáveis." (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**,

modo indiciário, uma das características da formulação dos direitos em geral, qual seja, a distância entre o aparato formal desses direitos e o seu reconhecimento, real e efetivo, para todos.

No Brasil, o nascimento desse Direito de Família, gestado na Colônia e embalado pelo Código Civil, se dá pelo atestado de exclusão que separa as pessoas e instituições na sociedade.²⁴

Eis aí o primeiro degrau daquele abismo originariamente apontado, isto é, o afastamento entre o sistema jurídico e a maioria da população. A ele se adiciona um segundo degrau, qual seja, a distância, compreendida dentro do próprio Direito, entre o discurso formal e a realização desses direitos.

Nesta perspectiva de historicidade, a busca das novas relações familiares sugere um repensar da intervenção do Judiciário²⁵ nos litígios de

^{1998,} p. 1).

²⁴ PONTES DE MIRANDA retrata o cenário da época colonial com a mistificação do casamento religioso: "Nos princípios da monarquia portuguesa, existiam os casamentos perante a Igreja (de benedictione) e os de pública fama (maridos conhuçudos, isto é, tidos como tais). Talvez persistisse o de juras, in manu clerici, por simples juramento, mas sem o sacramento. Joaquim de Santa Rita de Viterbo, autor do memorável Elucidário, fala no casamento à morganheira ou morgânica, - algo de natural, sem sacramento, nem garantias de direito. Depois, devido à clandestinidade dos enlaces, regulou-se a prova do estado de casado (sete anos), e com D. Afonso IV começam as proibições dos casamentos clandestinos. Ainda as Ordenações Manuelinas não os recusam totalmente: consideram meieiros os cônjuges que casassem à porta da Igreja ou fora dela, com licença do prelado, e os que vivessem em casa dos pais ou em outra, mas em pública voz e fama de marido e mulher, ainda que não tivessem casado à porta da Igreja (Livro II, Título 47). Com pequenas alterações, reproduzem-se tais disposições nas Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 46). Chocava-se, já então, com o Concílio do Trento. Só o Alvará de 13 de novembro de 1651 é que dá o grande golpe nos casamentos clandestinos." (Fontes e evolução do direito civil brasileiro, 1981, p. 59).

²⁵ A crítica tem sentido: "O alcance dessa crise de identidade do Judiciário condiz com as próprias contradições da cultura jurídica nacional, construída sobre uma racionalidade técnico-dogmática e calcada em procedimentos lógico-formais, e que, na retórica de sua "neutralidade", é incapaz de acompanhar o ritmo das transformações sociais e a especificidade cotidiana dos novos conflitos coletivos." (WOLKMER, Antônio Carlos.

família.

Desafios aí também devem ser enfrentados e superados, particularmente no exame de seus reflexos na exclusão social.

1.2 PARADOXOS E PECULIARIDADES: PATRIARCALISMO E EXCLUSÃO SOCIAL

A família colonial dominante assenta-se nas seguintes dimensões: matrimonializada (fundamentalmente voltada ao casamento, sob o influxo canônico), hierarquizada (jungida ao *pater familia*s colonial) e patriarcal. Nela cabia o modelo dominante das relações familiares, apto a dar azo à estrutura social, marcada por profunda discriminação.

O laço social colonial foi tecido sob o jugo das relações parentais dominantes e sob a união da Igreja com o Estado. Livros eclesiásticos governavam o ser e o estar em família; nascimentos, casamentos²⁶ e óbitos eram ali registrados. Livres ou cativos também eram as qualificações dos indivíduos registrados, propiciando-se, mediante os assentos cartoriais, também nessa seara, a manutenção de um *status quo*.

Pluralismo jurídico, 1994, p. 89).

Casamento e família não estão necessariamente associados hoje, mas o matrimônio ocupou e ocupa lugar destacado na sociedade: "Il matrimonio deriva la propria complessità dal fatto di appartenere tanto alla sfera delle istituzioni quanto a quella degli usi o delle rappresentazioni sociali. Esso dà origine a norme e comportamenti, a teorie, a sentimenti. La diversità degli approcci di cui è stato fatto oggetto esprime appunto la varietà dei suoi effetti." (KLAPISCH-ZUBER, Christiane. Introduzione, in **Storia del matrimonio**, 1996, p. 10). Em tradução livre da autora: O matrimônio carrega a própria complexidade de pertencer tanto às instituições, aos usos ou representações sociais. Isso dá origem à norma e comportamentos, à teoria e aos sentimentos. A diversidade das reflexões que tomam o

Uma sociedade patrimonialista e uma estrutura familiar predeterminada²⁷ serviram 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), assim também o eram o Estado, a Igreja e o Direito, que celebravam o fosso do ingresso no estatuto jurídico da matrimonialização, um rito de passagem solenizado.²⁸

Daí a importância do casamento como sinal de permanência e perenidade, garantia de respeitabilidade, segurança e ascensão. Uma cerimônia, muito diversa das relações concubinárias, dos amores e filhos sempre pública e oficialmente rejeitados.

A sociedade colonial valorizou o matrimônio, quer na solenização

matrimônio como objeto exprime precisamente a variedade dos seus efeitos.

27 Sem embargo de um modelo dominante quanto ao modo de constituir a família, os traços coloniais não excluíram o concubinato: "O concubinato, como arranjo entre duas pessoas, não se inseria no universo das alianças das camadas abastadas ou dos interesses das camadas médias, que pelo casamento garantiam a transmissão da propriedade arbitrada pelo direito português. Por trás dessas estratégias matrimoniais estavam os arquétipos femininos de virgindade e os masculinos de virilidade, vigentes em Portugal e no Ocidente desde o fim da idade Média. Encontravam-se, portanto, no casamento, as origens da descendência legítima. Surgiu um modelo de comportamento para a mulher que proibia de qualquer tipo de relação ou trato que pudesse afetar sua imagem de "mulher honrada". E um modelo de comportamento para o homem que, não sendo religioso, não sofria a pressão de conservar-se em castidade. Muito pelo contrário.

"A tensão desse jogo de interdições e pressões podia encontrar escape em relações com mulheres de outras camadas. No início da colonização, com a escravidão das índias e posteriormente das negras, a válvula de escape que se deu nos concubinatos e mancebias, Arranjos desiguais que desqualificavam as mulheres, mas permitiam aos homens o exercício de uma sexualidade que, acima da procriação, tinha como objetivo o prazer. No caso dos homens solteiros livres, uma sociedade patriarcal que nem sempre facilita o acesso ao patrimônio e à independência econômica que permitiam o casamento via como algo natural, próprio da natureza humana e da juventude, as relações pré-matrimoniais e os concubinatos dos solteiros." (TORRES-LONDOÑO, Fernando, **A outra família,** 2000, p. 104).

²⁸ 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, (v. CASTRO, Hebe M. Mattos de. **Laços de família e direitos no final da escravidão**, 1997, v. 2, p. 338).

religiosa, quer no convívio da sociabilidade, como uma condição honrada e venerada.²⁹ Projetava-se, também, a relevância do "pertencer à família", não apenas como exteriorização do patriarcalismo, mas também como expressão de poder, revelada em muitas disputas de família.³⁰ Não raro, forte era a influência da Igreja,³¹ na solução dessas disputas.

Nesse quadro do Brasil Colônia, a mulher que era colocada numa posição de subordinação e inferioridade, ficava sujeita tanto à arbitrariedade e aos abusos do grupo familiar, quanto aos desmandos da autoridade judiciária e da eclesiástica.

A supressão da hierarquia e da subordinação nos papéis cometidos dentro da família significa, portanto, uma conquista, não sem grande esforço e dificuldade, pela mulher,³² de um espaço público de vida e de

²⁹ "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. Apesar 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", (VAINFAS, Ronaldo. **Trópicos dos pecados**, 1989, p. 96-97).

³⁰ É como entende Victor Nunes LEAL, (op. cit., p. 89).

³¹ Escreveu, a propósito, Orlando GOMES: "A autoridade do direito canônico em matéria de casamento foi conservada até a lei de 1890, que instituiu o casamento civil. A despeito de rechaçada, continuou a exercer, indiretamente, grande influência. A lei civil reproduziu várias regras do direito canônico, e algumas instituições eclesiásticas se transformaram em instituições seculares, tal como ocorreu, de regra, nos países católicos. Sob influência religiosa, por exemplo, mantém-se o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, adotando-se o desquite como forma de dissolução da sociedade conjugal. A separação da Igreja do Estado criou prevenções contra o casamento religioso, mas foi restabelecida sua eficácia, uma vez observadas certas exigências." (**Direito de família**, 1998, p. 9).

³² Consoante se constata: "Estudos e pesquisas sociológicos indicam evolução da participação da mulher brasileira na vida nacional.

trabalho.

O status familiar colonial se insere, à perfeição, num modelo cartorial e excludente, numa sociedade pouco comprometida com os anseios gerais de um tempo em que sujeito e objeto não demarcavam fronteiras nítidas.

O Judiciário desempenhava um papel basilar na administração colonial.³³ O emolduramento e a manutenção da estrutura de poder não teriam tido mais êxito se não contassem com a participação decisiva dos juízes.

Isto significa que o Judiciário³⁴ cartorial deita raízes na Colônia,

"Casos há em que não há carência alguma e o candidato pode habilitar-se ao concurso público para o cargo, se for o caso, sem solução de continuidade, logo ao sair da Faculdade, como é o caso do Procurador do Município, inclusive quando o candidato se submeterá a um concurso público de provas e títulos, e poderá desde logo exercer as atividades de seu cargo, inclusive simultaneamente com a prática da advocacia liberal", e salientando o papel inovador acrescentou: "Contra a literalidade da regra, os julgados firmaram e a questão se tornou incontroversa, que o locatário que não fosse parte em um contrato de no mínimo 5 (cinco) anos, mas o fosse em dois ou mais contratos que, sem solução de continuidade, somassem os referidos 5 (cinco) anos ou mais, estaria igualmente legitimado para a renovatória.

"Também aqui o aplicador afastou a literalidade da norma, em favor da razoabilidade." (**Formação e seleção dos juízes no Brasil**, mar. 1998, p. 323 e 326). referia-se à "Lei de Luvas", decreto de 1934 hoje substituído pela Lei de Locação Predial Urbana.

[&]quot;Pode-se demonstrar essa evolução apresentando dados que confirmam a crescente integração da mulher na Sociedade, através do trabalho e da instrução. Esses dois fatores são fundamentais, pois só na medida em que participa do fazer e do pensar de uma Nação ela se pode dizer verdadeiramente integrada." (PIMENTEL, Silvia. **Evolução dos direitos da mulher**, 1978, p. 95).

³³ V. nesse sentido, Stuart SCHWARTZ (na entrevista antes citada, p. 14).

³⁴ Ricardo Pereira LIRA enfoca que o papel do juiz deve se conduzir de modo a reduzir as desigualdades: "Na realidade atual brasileira, qualquer jovem brasileiro que deseje ser magistrado deve trilhar, em princípio, inicialmente, os mesmos caminhos de um egresso de uma faculdade de direito que pretenda atuar em outra área ligada à operação do direito, como, por exemplo, no Ministério Público, na Defensoria Pública, nas Procuradorias de Estado, de Município, nas Procuradorias de Autarquia, e, enfim, na advocacia liberal, sempre exigido, com relação a todas essas carreiras, atualmente um chamado exame da ordem, obrigatório, prestado perante a Ordem dos Advogados do Brasil, em princípio na seccional do estado federativo onde o candidato vai desenvolver a sua atividade.

recheado de ritos e procedimentos. Não apenas na *excelência* da titulação *doutoral*,³⁵ mas também no poder concreto de ser a *boca da lei*, o juiz chama para si uma função justiceira, de distinguir entre o bem e o mal, entre o certo e o errado.

A solenização da vida, com ritos e praxes, espraiada por uma cultura colonial de cargos públicos, ofícios e escravanias, tem solo fértil no Judiciário.

Neste contexto, se situa o Judiciário nos planos da Metrópole, alheio ao direito indígena, às práticas comunitárias de justiça, e ciente de suas funções para impor uma legalidade alienígena, compulsória e estranha.³⁶

Formou-se, pois, uma estrutura judicial comprometida com uma "legislação transferida", com um Direito imposto e com uma prática administrativa feudal. Tal formação se deu para propiciar a consolidação do projeto expansionista, mercantilista e escravista.

O juiz da colônia é o aplicador do Direito estatal formalista português, inserido numa sociedade patrimonialista, sob o monopólio e o poder do soberano.

Posicionadas essas instituições (a família, o Estado e o Judiciário), a recuperação histórica não ficaria completa sem um passo para além da objetiva recognoscibilidade desses entes.

³⁵ Consoante Sérgio Buarque de HOLANDA (Raízes do Brasil, 1995, p. 157).

³⁶ Era o "avanço" trazido pela conquista: "O empreendimento do colonizador lusitano, caracterizando muito mais uma ocupação do que uma conquista, trazia consigo uma cultura considerada mais evoluída, herdeira de uma tradição jurídica milenária que advinha do Direito Romano" (WOLKMER, Antônio Carlos. **Instituições e pluralismo na formação**

A família, assim, deve ser vista também através de seu interior, e nele, têm especial destaque a intimidade e a condição feminina.

2 DO RESPEITO À INTIMIDADE: BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA BRASILEIRA

As transformações sociais afetaram a família brasileira nas suas diversas formas, direcionando-a para a realização pessoal de seus membros.

Essas mudanças significam a superação do modelo tradicional de família, substituindo-a pela concepção contemporânea das relações familiares. Até chegar a esse ponto, os precedentes foram significativos.

Mapear a família brasileira ao longo de seus quinhentos anos demanda que se tenha a convicção da imensa extensão territorial do país, que abrigou as diversas formas culturais e moldou a família no decorrer dos séculos.

Volver à cultura é privilegiar as nuanças da família, e ater-se ao tempo em que ela existiu, é 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 em sociedade.

Tais diretrizes teórico-metodológicas quebram uma análise retilínea da família brasileira, reconhecendo a ausência permanente de um modelo uniforme nas relações sociais.

Isso porque a família assumiu diferentes aspectos no decorrer do tempo e na região na qual existia. Ademais, outros parâmetros mais específicos que os do espaço e do tempo devem ser considerados: são eles, a realidade urbana e rural, bem como a compreensão da família de acordo

com o estatuto social.

Resguardados tais cuidados na análise histórica, pode-se optar por uma abordagem um pouco mais ampla, na qual serão tratados outros marcos metodológicos, como o do estatuto social.

Essa ótica liberta-se das amarras científicas estritas, para conceber a família a partir de uma visão panorâmica, fornecendo alguns elementos que a influenciaram, além de algumas características principais que ela assumiu no clássico "corte temporal" da história brasileira.

Nesse quadro tem o período colonial sua realidade intrínseca ao sistema escravista de produção. Na seqüência, o período imperial foi marcado pela derrocada desse sistema. Por fim, o início do século XX, tão influenciado pela ideologia do progresso e da modernidade européia, e que imprimiu, na figura da mulher, as mudanças características da família moderna.

2.1 A FAMÍLIA E O "NOVO MUNDO"

Os três primeiros séculos da história brasileira, correspondentes ao período que se conhece como colonial, caracterizaram-se por um quadro de dependência e subordinação à metrópole portuguesa, ao tempo em que a monocultura de exportação configurava como a principal atividade produtiva, e a mão-de-obra escrava era largamente utilizada pelas grandes metrópoles no decorrer da constante descoberta no "Novo Mundo".

Sob uma ótica sociológica, a família desse período não se identifica, por completo, com a contemporânea, nem mesmo com a família do início do século XX; isto porque alguns elementos históricos conferem à dinâmica do dia-a-dia sua peculiaridade. Tratava-se de uma realidade que contava com a enorme distância entre os moradores da Colônia e da Metrópole, a qual, por inúmeras vezes, dividia os membros de uma mesma família.

Na história da família, a criança¹ sempre exerceu um papel em que a relação de pais e filhos era fincada numa realidade moral e social, quase isenta de sentimentos e afetividade. O filho na família patriarcal era mais um elemento de força produtiva.

Contudo, novos contornos vão sendo desenhados a partir do momento em que a escola deixa de ser a reserva dos clérigos para ser uma instrumento de iniciação social e, daí em diante, nota-se a vigília dos pais sobre seus filhos fazendo com que haja uma aproximação maior, crescendo o sentimento de afetividade na família.

Outras características do período eram a constante expansão territorial, o uso da escravidão negra e indígena, e a precariedade de recursos aos quais os colonos estavam habituados em seu cotidiano.²

¹ Ver sobre esse interessante tema: "A substituição da aprendizagem pela escola exprime também uma aproximação da família e das crianças, do sentimento da família e do sentimento da infância, outrora separados. A família concentrou-se em torno da criança. Esta não ficou porém desde o início junto com seus pais: deixava-os para ir a uma escola distante, embora no século XVII se discutissem as vantagens de se mandar a criança para o colégio e muitos defendessem a maior eficácia de uma educação em casa, com um preceptor. Mas o afastamento do escolar não tinha o mesmo caráter e não durava tanto quanto a separação do aprendiz." (ARIÈS, Philippe. História social da criança e da família, 1981, p. 232).

² ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica, 1997, p. 84.

Tal realidade impingiu o surgimento de diversos costumes no interior da vida cotidiana e marcou, em maior ou menor grau, a face da família colonial.

Nesse encadeamento de idéias, revela-se a pouca presença da mulher branca em solo colonial, e se constata a união entre casais de maneira variada e pouco uniforme, caracterizando casamentos sacramentados ou não.

Afora este fator impulsionador da miscigenação, tem-se a expansão territorial que marcava a realidade do período com o constante contato com o desconhecido, e a necessidade de se criarem hábitos que pudessem minimizar, ou amainar, as grandes distâncias às quais os viajantes estavam submetidos.

Dessa maneira, surge um hábito bastante difundido na Colônia: a hospedagem, que consistia no acolhimento de pessoas que porventura passassem pelas terras onde as pessoas habitavam, às quais era oferecido um lugar para descanso, que, invariavelmente, não ultrapassava um cômodo existente na parte frontal da residência.

Resguardava-se, portanto, a intimidade da família, para o pátio interior da residência, uma vez que esse espaço, lugar hoje entendido como privado, era de muita circulação, tanto de proprietários como de escravos caseiros.

Os espaços de sociabilidade eram, notadamente, os públicos, ou ainda, os eventos públicos em que, por meio das festas religiosas, ou festas

públicas que celebravam uma data religiosa, ou a obtenção de um cargo público de importância, o contato entre as pessoas se dava, conforme um quadro social no qual as pessoas tudo sabiam da vida dos habitantes da região, até mesmo o número de escravos que cada uma tinha sob seu "cativeiro".

A Igreja³ 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, onde se dava o recôndito de sua intimidade, as missas pareciam ser um dos poucos ambientes de sociabilidade utilizados pelas mulheres que se encontravam nessa situação.

Por fim, cabe salientar a produção caseira como uma das principais atividades no interior das residências, visto ser difícil o contato com a Metrópole, o que ocasionava um abastecimento precário de produtos utilizados no dia-a-dia e que, para suprir essa necessidade, era preciso recorrer ao auxílio dos gentis, das índias em especial, já que as mulheres brancas não eram grande número na sociedade colonial. A farinha de mandioca e de milho, a rapadura e a marmelada, e a fiação de algodão e

³ Longa é a tradição canônica que influencia a formação moderna do Direito de Família: "Il che significa, per venire alla conclusione, che la famiglia moderna così come è oggi costituita, è fondata, per ciò che concerne i principii sui quali si basa, il fine a cui si ispira, i sentimenti ai quali si educa, quasi esclusivamente sul diritto canonico; poichè, anche là dove i canoni per caso non avessero disposto, ivi i legisti, come abbiamo visto, interpretavano le leggi romane secondo lo spirito cristiano e le idee canonistiche." (BUSSI, Emilio. La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune, 1971, v. 27, p. 241). Em tradução livre da autora: O que significa, para chegar à conclusão, que a família moderna como é hoje constituída, é fundada, naquilo que diz respeito aos princípios sobre os quais se baseia, pela finalidade na qual se inspira, pelos sentimentos aos que se forma, quase exclusivamente sobre direito canônico; isto se mostra ainda quando os canonistas não haviam regulado a matéria que mesmo os juristas, como vimos, interpretavam as leis romanas segundo espírito cristão e as idéias canonísticas.

tecelagem passaram a se configurar como as principais preocupações no âmbito produtivo caseiro.

Encontra-se assim, a família do período colonial envolta num aparente manto de polidez e respeito em sua intimidade, marcada pelo formalismo das relações sociais nos meios mais abastados, e motivada, em grande parte, pela presença do espaço público na socialização dos indivíduos.

Tais caracteres foram, paulatinamente, se alterando.

A família do período imperial tem como principais "molduras históricas" a gradativa desestruturação do sistema escravista de produção e a inserção, continuamente mais intensa, dos imigrantes europeus em solo brasileiro.

O escravismo foi cada vez mais matizado pela proibição do tráfico negreiro que, no Brasil, ocasionou um aumento significativo do comércio interno de escravos. E, num segundo momento, pelas leis que restringiam o abuso contra os escravos, até ser promulgada a lei que aboliu a escravatura.

Nesse contexto, a família escravocrata caracterizou-se pela consolidação, ainda em cativeiro, de núcleos familiares. Esses grupos foram duramente tratados no que concerne ao comércio escravista, pois, ao consolidarem famílias, tornavam dificultoso o deslocamento definitivo de um membro escravo para outro lugar que não o seu de origem.

A dura realidade da manutenção da união da família escrava era marcada, portanto, pelo constante sobreaviso da separação compulsória, do desmembramento ao acaso do mercado.

Num outro sentido, por vezes, a união era mantida, utilizando-se dos próprios mecanismos de alforria, que ao serem libertados apenas alguns membros da família da condição de cativos, promovia-se uma espécie de "reescravização", já que os membros libertos não queriam se separar do restante da família ainda escrava.

Outra característica do período imperial foi a política de imigração, promovida no intuito de substituir a população negra que estava adquirindo gradativamente a condição de liberta, bem como aproveitar-se dessa necessidade de produção para a difusão de uma ideologia de proximidade à realidade européia desenvolvida.

Adentram ao país grupos de diversas nacionalidades. Começam a ocupar as grandes lavouras de café, bem como a formar extensas colônias de produção e povoamento; sempre impulsionados por uma propaganda enganosa das condições de vida e de trabalho no Brasil.

A partir daí culturas diversas começam a interagir, ora pela necessidade do contato com povos de outras origens, como nos casos das grandes lavouras de café, onde conviviam nacionalidades diferentes junto aos escravos, ora pela necessidade do contato externo que os núcleos populacionais promoviam com várias finalidades, dentre elas o comércio, principalmente.

A família, mergulhada nesse contexto, por vezes se fechava nos costumes de suas nações de origem, negando o contato e a miscigenação com outros grupos, e em outras situações assumia uma espécie de cultura

compartilhada com os demais elementos da comunidade, o que acabava por conferir, na adoção de costumes e hábitos em comum, uma certa identidade regional.

Ao largo da realidade jurídica formal, tem-se uma realidade familiar plúrima: manutenção de famílias européias, trazidas inteiras ao Brasil. Com a vinda de imigrantes solteiros, que aqui se casaram, e, paralelamente, vê-se a existência e a iminente desestruturação da família escrava. Somava-se a isso a continuidade da tradicional família colonial, que ainda figurava nos quadros caricaturais da sociedade brasileira de época.

2.2 FAMÍLIA E CONDIÇÃO FEMININA

No curso do século XX as conquistas femininas gradativamente evoluíram com sua inserção no campo de trabalho, fora do lar.

No início do século, ainda e mais do que nunca, encontrava-se sob a égide do marido, sob sua "proteção" e seu comando, assegurado explicitamente na legislação da época.

À medida que aufere sua libertação econômica, a mulher passa a ser sujeito de sua própria história, e como tal a família se modifica engendrando um tempo diverso.⁴

⁴ A mudança da mentalidade das mulheres está registrada por Elisabeth BADINTER: "A segurança material não é mais, portanto, a finalidade do casamento para as mulheres, que conseguem cada vez mais prover suas necessidades econômicas.

[&]quot;O casamento não é mais considerado como a condição da respeitabilidade feminina.

Nessa fase, o trabalho da mulher⁵ estava relegado à autorização de seu marido e só era justificado conforme os padrões do momento histórico, se houvesse necessidade de auxílio no orçamento caseiro.

Isto muitas vezes impedia a inserção da mulher no mercado de trabalho, já que ao marido competia arcar com o orçamento da casa, prover o necessário que com seu trabalho podia pagar, sendo a insuficiência de sua ação um alto indicativo de sua incompetência.

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

No correr do século, no entanto, após a Segunda Guerra Mundial, sobremaneira, a cada dia, a industrialização trazia as inovações tecnológicas com os eletrodomésticos, incentivando a principal atividade da mulher para a perfeita manutenção de seu lar: o consumo. Diante dos valores sociais cada vez mais patrimonializados, as diferenças econômicas acentuaram-se configurando um quadro de manutenção do estatuto social, pela prática do casamento entre pessoas de um mesmo *status* socioeconômico.

A melhor prova disso é a extraordinária promoção da mulher solteira. Quanto caminho percorrido há um século! Imaginemos o estado de inferioridade em que vivia um ser jovem, ansioso por encontrar um marido, angustiado talvez diante da perspectiva, em caso de fracasso, de passar pela situação detestável de 'solteirona'! Ainda aí, o solteirão provocava antes uma ironia sorridente. Não é mais o caso hoje, porque o casamento perdeu oficialmente o caráter sagrado e divino que o tornava indissolúvel. A considerável perda de influência da religião permitiu o desenvolvimento de duas novas práticas desconhecidas em outras épocas: o divórcio e a coabitação." (**Um é o outro**, 1986, p. 202).

⁵ Para bem salientar o papel emancipatório do Direito de Família no reconhecimento do direito fundamental à condição feminina, é que tomamos, no Direito Constitucional, a obra de Ingo Sarlet como marco teórico. (SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**, 1998).

Contraditoriamente, o convívio com tradições e costumes díspares levava a mulher a assumir mais intensamente o papel na educação dos filhos, como modeladora do caráter e preservadora das "boas tradições".

O que, outrora, configurava nas famílias brasileiras como uma das principais atividades domésticas, a produção, é substituída pelo consumo dos mais variados produtos: alimentos, eletrodomésticos, entre outros, que a industrialização então ofertava.

Não obstante, a crescente urbanização põe ênfase em um "discurso higienista", direcionando à família um princípio regedor de sua existência, no sentido de regulação e reprodução: o casamento.⁶

A situação descrita acima refere-se em especial à vida familiar urbana, já que as comunidades rurais mantinham-se fiéis à agricultura, assim como à estrutura familiar um pouco menos diferenciada das anteriores, visto ser a mulher um grande agente da produção nas fazendas como, por exemplo, nas produções manufatureiras, no pequeno comércio, e no artesanato doméstico.⁷

A família do século XX foi marcada pela insurgência da atividade profissional da mulher, que se intensificou a partir do movimento feminista da década de sessenta, e pelo împeto "modernista" da sociedade brasileira, decorrente do aumento da industrialização e da urbanização.

Entretanto, toda essa evolução não teve o condão de excluir a

⁶ MALUF, Marina ; MOTT, Maria Lúcia. **Recônditos do mundo feminino**, 1998, v. 3, p. 386.

⁷ *Ibidem*, p. 400.

relevância cultural e social do conceito de família, em suas diferentes manifestações, existente ou não.8

Traçar esta linha temporal apontando as diferenças regionais e estatutos sociais revela sucessivas rupturas na historicidade brasileira.

A despeito das origens históricas, o Código Civil brasileiro, de 1916, reconhece como fonte única o casamento.

A ruptura do modelo codificado privatista foi apenas muito lentamente assumindo novos contornos mediante a edição de diversas leis extravagantes de modo a adequar o Direito à evolução social até chegar à Constituição.¹⁰

Compreender o Direito e especialmente o Direito de Família nesse final de século implica revisitar os diversos campos do saber e olhá-lo através das

⁸ A propósito colhe-se da doutrina notável ensinamento: "Família, em um primeiro conceito, é a instituição jurídica e social resultante das justas núpcias, contraídas por duas pessoas de sexo diferente. Abrange necessariamente os cônjuges, mas para sua configuração não é essencial a existência de prole." (LIRA, Ricardo Pereira. **Breve estudo sobre as entidades familiares**, 1997, p. 25).

⁹ É o que atesta a sensibilidade histórica: "As rupturas a que assistimos hoje são a culminação de um processo de dissociação iniciado há muito tempo. Ele está ligado, em particular, ao desenvolvimento do individualismo moderno no século XIX. Um imenso desejo de felicidade, essa felicidade que o revolucionário Saint-Just considerava uma idéia nova na Europa – ser a gente mesmo, escolher sua atividade, sua profissão, seus amores, sua vida -, apoderou-se de cada um. Especialmente das categorias mais dominadas da sociedade – os operários, por exemplo – e da família: os jovens, as mulheres. Enquanto os rapazes resistiam às decisões paternas, as mocinhas da boa sociedade confiavam a seu diário o desejo de amar e ser feliz, de casar por amor e até de ser independente e de criar."(PERROT, Michelle. **O nó e o ninho**, 1993, p. 78-79).

¹⁰ Essa evolução nos parece que fez desaparecer a dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado: "Nesta direção, novos paradigmas nas noções de família, de apropriação e de contrato foram consagrados através de disposições constitucionais, afetando o direito em geral e o direito privado em particular, resultado que são da circunstância de refletirem a concepção da vida da sociedade, com as inspirações interdisciplinares que sofre, e, embora ainda mantenham, como princípio, um direito centrado no homem, contêm restrições e limites voltados para a preservação dos interesses coletivos, ausentes no sistema clássico do direito civil." (RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Família sem casamento, 2000, p. 105).

pluralidades de formas com que se apresenta, porque, para além da normatividade jurídica, está, insubstituível, a dimensão do ser.

A complexidade das relações sociais, em geral, e das familiares, em especial, confere novos desafios ao Direito, e de conseqüência, à jurisprudência: os novos conflitos reclamam posturas diferenciadas.

A pluralidade¹ marca a nova geografia familiar do terceiro milênio. Pessoa e família podem ser redimensionadas adequadamente, para dar sentido, mediante a realização concreta de suas necessidades, à democrática² vida em sociedade, com mais justiça e menos desigualdade.

¹ O ensinamento da melhor doutrina francesa: "Le droit de la famille aujourd'hui est fortement marqué par les idées de liberté, d'égalité, de solidarité qui ont pour résultat la coexistence dans la société actuelle de différents modèles de famille." (RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. Introduction générale, 1999, p. 5). Em tradução livre da autora: O direito de família, hoje, é fortemente assinalado pelas idéias de liberdade, de igualdade e de solidariedade, que têm por resultado a coexistência, na sociedade atual, de diferentes modelos de família.

² "O estado democrático de direito é conseqüência, e não fonte, de uma determinada concepção do homem e da sociedade. Do homem considerado como ente moral, dotado, portanto, de direitos naturais, que inspiram e regulam o funcionamento da sociedade política; e, também, de uma concepção da sociedade que procura estabelecer um ponto de equilíbrio entre os diferentes interesses e valores encontrados na sociedade." (BARRETTO, Vicente de Paulo. Interpretação constitucional e estado democrático de direito, jan./mar. 1996, p. 22).

Essa expressiva mudança revela-se marcante na migração do Código à Constituição, isto é, dos direitos civis aos direitos fundamentais.

3 FAMÍLIA, CONSTITUIÇÃO E ESTADO: DOS DIREITOS INDIVIDUAIS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito da modernidade evolui do Estado liberal para o Estado social.

Notável é, nesse contexto, que o espaço da família nem sempre tem linhas tão definidas.¹

Emoldura-se, por aí, um sistema de direitos fundamentais a partir de uma teoria geral constitucionalmente adequada, que introduz e disseca a

¹ A propósito, Paulo Luiz Netto LÔBO: "Costuma-se dividir o Estado Moderno em três fases históricas distintas: absolutista, liberal e social.

[&]quot;O Estado liberal, antípoda do Estado absolutista, é concebido no plano jurídico através da limitação do poder estatal e da legislação ao mínimo necessário. O advento do Estado liberal está intrinsecamente ligado à ascensão da burguesia ao poder econômico e político, tornando universal seu ideário de cidadania e dignidade humana a partir da liberdade de aquisição, domínio e transmissão da propriedade.

[&]quot;O Estado social retomou o processo intervencionístico do Estado absolutista, agora fundamentando-se não mais na vontade do príncipe, mas no ideário democrático do liberalismo matizado com as achegas do interesse social, variando da democracia social ao socialismo, independentemente da forma de exercício do poder político (democrático ou autocrático).

[&]quot;O direito de família não ficou imune a essas vicissitudes: as Constituições liberais não tratavam da família e as Constituições do Estado social tratam-na como base da sociedade, traçando-lhe balizas. Assim, na nova Constituição brasileira.

[&]quot;É tão notável a influência do Estado na família que já se fala em substituição da autoridade paterna pela estatal. O Estado providência, do bem-estar social, patrão, assume, também, a função de pai. Há um certo exagero nessa perspectiva. O sentido de intervenção que o Estado social vem assumindo é antes de proteção do espaço familiar, de sua garantia, do que de substituição. Até porque a afetividade não é subsumível à impessoalidade da res publica.

[&]quot;As experiências no mundo inteiro se orientam na linha do fortalecimento dos laços afetivos familiares, mesmo quando estes desaparecem na família de origem, ou de menores em situação irregular. São exemplares as soluções legais do affidamento familiare na Itália, da Pflegekindschaft na Alemanha, das foster families na Inglaterra, das 'famílias de substituição' na Polônia, onde são estimulados meios diversos de adoção ou guarda, em famílias, com o apoio do Estado. Não se trata aí de substituição de autoridade paternal por autoridade estatal, mas de reconstituição de laços familiares, com a proteção do Estado." (LÔBO. A repersonalização das relações de família, 1989, p. 57-58).

temática da eficácia.

No Direito de Família isso significa salvaguardar o presente e o futuro de sua plúrima forma.

A história, nesse passo, integra a compreensão do presente: daí a razão pela qual se recolhe a vida do pretérito² para melhor radiografar o mundo familiar contemporâneo.³

Tal preocupação, sem embargo, é relevante no plano teórico, mas há de revelar-se, pragmaticamente, pela construção efetiva de instituições e paradigmas de sustentação do Estado social democrático.

O Direito Civil, do modelo liberal, destinou-se a exercer a tutela dos direitos "civis" individuais, em que as relações econômicas e políticas preponderam sobre a valorização da pessoa.

No mundo mercantilista, a relação entre as pessoas aparece como relação entre troca de bens. Ao transladar-se para o mundo jurídico poderá converter-se numa relação de pessoas, porém, abstrata, como ocorre na compra e venda,⁴ como manifestação de vontade.

² Anote-se, a propósito: "Felizmente, o passado nunca morre totalmente para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu interior, pois o seu estado, tal como se apresenta em cada época, é o produto e o resumo de todas as suas épocas anteriores. E se cada homem auscultar a sua própria alma, nela poderá encontrar e distinguir as diferentes épocas, e o que cada uma dessas épocas lhe legou." (FUSTEL DE COULANGES. **A cidade antiga**, 1975, p. 9).

³ Houve inegável travessia no Direito brasileiro: "Do ponto de vista das fontes formais, relevante foi a migração operada do Código Civil à constituição. O sistema do Código Civil brasileiro é uma página que na história antecede o Direito Constitucional da família, um campo de saber que desfaz as fronteiras tradicionais do público e do privado." (FACHIN, Luiz Edson. **O impacto das mudanças sociais no direito de família**, 1999/2000, p. 16).

⁴ Discorre com propriedade o Professor Oscar CORREAS: "Es obvio, por outra parte, que existe un fenómeno visible al que llamaremos voluntad. Existen individuos que resisten a

Assevera Maria Celina B. M. TEPEDINO, "que ao intérprete incumbirá pois, em virtude de verdadeira cláusula geral de tutela dos direitos da pessoa humana, privilegiar os valores existenciais sempre que eles se contrapuserem aos valores patrimoniais".⁵

O modelo clássico, legado indisfarçável da codificação, fragmenta-se em face do desenvolvimento social e suas transformações, até chegar ao seu ápice com a elevação do conceito aberto de Direito de Família, decorrente da concepção plural da Constituição brasileira de 1988. Historicamente, contudo, os direitos fundamentais não se realizaram, e o papel delineado pelo Constituinte apresenta um abismo entre o discurso formal positivado e a realização material desses direitos.

Era da mesma feição a clivagem que pessoas, classes e instituições apresentavam no Brasil Colônia.

O modelo patriarcal se instalou na Colônia6 e atravessou tempos e

los moldes sociales, que no cambian, que roban o que se suicidan. La sociedad mercantil tiene recursos para enfrentar a todos esos rebeldes, que por lo demás son excepcionales; es decir, evidentemente la voluntad objetiva de las mercancias se apoya en una voluntad subjetiva que puede resultar la de un loco, la de un rebelde, o la de un 'ignorante'. El derecho civil tiene las soluciones requeridas: para los locos y los rebeldes, la incapacidad y la curatela; para los 'ignorantes', el instituto de la lésion y el proceso correspondiente. Lo cierto es que, como hemos visto, el derecho civil garantiza la circulación y protege la equivalencia. Lo importante es advertir que la 'voluntad libre' de ningún modo atenta contra la circulación mercantil equivalente, sino que al contrario, es precisamente su forma necesaria." (Introducción a la crítica del derecho moderno, 1986, p. 84-85).

⁵ TEPEDINO, Maria Celina B. M. **A caminho de um direito civil constitucional**, 1993, p. 28.

⁶ Esse viés é o fio condutor da perspectiva histórica captada nesta análise: "De acordo com esse modelo de estrutura familiar, o chefe tinha autoridade quase absoluta, restando à esposa um papel mais restrito e tradicional, situação que parece ter permanecido até o século XIX. As mulheres, depois de casadas, passavam da tutela do pai para a do marido, cuidando dos filhos e da casa no desempenho da função doméstica que lhes estava reservada. Monocultura, latifundio e mão-de-obra escrava reforçavam essa situação." (SAMARA, Eni de Mesquita. **Patriarcalismo, família e poder na sociedade brasileira**,

fatos até chegar aos valores que inspiraram o Código Civil.

Decorre daí que a organização da família do Brasil colonial era predominantemente matrimonializada, nos moldes europeus-cristãos, ainda que frequente a existência de relações familiais sem casamento.⁷

A compreensão, ainda que parcial desse abismo, depende de um olhar sobre as origens desses direitos, uma mirada sobre a própria família e a sociedade em que a família está inserida.8

3.1 PESSOA E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A eficácia dos direitos fundamentais preside a convicção segundo a qual há necessidade de "se tomar em sério os direitos fundamentais" e, para tanto, a questão da eficácia deve ser seu "ponto culminante".

A propósito, inegáveis são as transformações⁹ experimentadas pela família, agora na busca de novos horizontes.

mar./ago. 1991, p. 13-14).

⁷ Nesse sentido *ver* (FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala**, 1983, p. 66).

⁸ É inegável que passos significativos foram dados, como reconheceu, em entrevista, Silvio RODRIGUES: "[...] parece-me que o Direito de Família do Brasil é um dos mais adiantados do mundo. E poderia dar vários exemplos. O mais nítido é a atual lei do divórcio. A possibilidade de se obter o divórcio, após separação de fato, por dois anos, sem cogitar do problema da culpa, representa uma solução extremamente ousada. Atribuir à união estável o status de entidade familiar e atribuir-lhe todos os efeitos jurídicos que nossa legislação lhe atribui é um sinal de grande evolução." (Entrevista concedida para a **Revista Del Rey**, Belo Horizonte, jun. 1999, p. 9).

⁹ Vê-se na melhor doutrina: "As formas concretas que a família contemporânea toma, mostram que ela há muito deixou de ser uma unidade de produção. A família não produz (salvo algumas exceções, por exemplo, família artesã ou agrícola) bens na esfera doméstica. Ela se tornou uma comunidade de ganhos e consumos. Desse modo, verifica-se uma separação entre o lar e o local de trabalho." (OLIVEIRA; MUNIZ, **Curso de direito de**

Nessa dimensão, toma especial relevo o texto constitucional brasileiro, nomeadamente o cunho principiológico da norma contida no artigo 5°, parágrafo primeiro, que dá cogência ao comando da máxima eficácia.

Interpreta-se o tema a partir desse dispositivo da Constituição brasileira, segundo o qual "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Esse é o seu ponto de partida. Sua tarefa hermenêutica, a partir desse elo, desenvolve uma investigação em que tal dispositivo tem "lugar de honra". 10

Eficácia jurídica e social caminham, por conseguinte, juntas, como traz à colação o professor Luís Roberto BARROSO que, em sua tese, houvera vislumbrado similar problema.¹¹

Dessa forma o núcleo das preocupações de Barroso, ruma para concluir no sentido da importância da eficácia social, isto é, da efetividade, compreendendo tanto a decisão quanto o resultado decorrente de sua real aplicação.

Ingo Wolfgang SARLET, trabalhando o tema nuclear da aplicabilidade concreta dos direitos fundamentais, sustenta que o Direito readquire sua dimensão verdadeira ao compatibilizar a realidade e a efetividade dos direitos. Neste sentido, não busca apenas nos direitos fundamentais uma

família, 1998, p. 10).

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, 1998, p. 207.

¹¹ Colhe-se do magistério de Luís Roberto BARROSO: "Como se vê, tratou-se de uma opção metodológica, e não de uma lacuna. Pois é precisamente esse tema que ficou em aberto que se vai aqui desenvolver. Não mais a eficácia jurídica, como possibilidade de aplicação da norma, mas a eficácia social, os mecanismos para sua real aplicação, para sua efetividade." (O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 1993, p. 78).

dimensão abstrata, mas, concreta, real e efetiva. 12

Além de destacar a positivação desses direitos, nomeadamente pelo ordenamento constitucional brasileiro, vai alcançar, no debate, o conceito material dos direitos fundamentais.

No âmbito da família esta pesquisa igualmente perpassa a análise da obra do professor Paulo Luiz Netto LÔBO, que enfrenta o tema objeto destas preocupações, asseverando que a família patriarcal "entrou em crise", privilegiando a afetividade nas relações familiares, e a família se tornou "espaço de realização". 13

¹² A propósito: "No que diz com a eficácia dos direitos fundamentais propriamente dita, há que ressaltar o cunho eminentemente principiológico da norma contida no art. 5°, § 1°, da nossa Constituição, impondo aos órgãos estatais e aos particulares (ainda que não exatamente da mesma forma), que outorguem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, em favor dos quais (seja qual for a categoria a qual pertençam e consideradas as distinções traçadas) milita uma presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficacial." (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 1998, p. 373-374).

¹³ Essa aspiração encontra na análise da Constituição de 1988, em que Paulo Luiz Netto LÔBO assevera: "A análise dos documentos produzidos nas diversas fases em que se desenvolveu a Assembléia Nacional Constituinte, inclusive com referência ao texto final aprovado, conduz a algumas conclusões básicas:

a) a proteção do Estado à família, sem qualificações ou restrições, aplica-se a qualquer tipo existente, e não apenas à legítima, que continuará sendo o tipopadrão constitucional;

b) a família assume claramente a posição de sujeito de obrigações e sujeito passivo de ação, ao lado do Estado;

c) os interesses que são fundamentalmente da pessoa humana, isto é, personalíssimos e indisponíveis, sem natureza patrimonializante;

d) a família é concebida com base nos princípios de liberdade e igualdade, igualdade total entre os cônjuges e entre os filhos, independentemente da condição de nascimento; liberdade de constituir e extinguir relação conjugal; liberdade assentada na garantia da integridade física, mental e moral; liberdade de fixar o número de filhos; liberdade de se planejar. Extinguem-se de vez os resíduos de família patriarcal, rompendo-se a organização hierárquica tradicional;

e) os direitos dos membros da união familiar são autônomos, independentemente do status familiae (estado de casado ou de filho)." (A repersonalização das relações de família, 1989, p. 61).

Os novos rumos assumidos pelo Direito de Família encontram desafios para superar o sistema jurídico privado clássico e adequar-se ao modelo constitucional insculpido pela Constituição de 1988, cuja estrutura é plural e fundada em princípios da promoção da dignidade humana, da solidariedade, em que a família é concebida como referência de liberdade e igualdade, em busca da felicidade de seus membros.

Família, "repersonalização" e Direitos Fundamentais têm parentesco epistemológico indiscutível.

Em verdade, os direitos fundamentais propriamente ditos, se ocupam, com especial ênfase, do princípio da dignidade humana.

Daí a conexão que se faz do tema com o sistema jurídico democrático, assim como com a função do Judiciário na aplicação imediata de tais direitos, inclusive daqueles fora do catálogo constitucional.

Desse modo, o antigo codificado Direito de Família migrou para a Constituição, configurando-se, nesse espaço, como direitos fundamentais da família. A partir dessa mudança, esses direitos moldam um novo ordenamento jurídico aplicável à família.

É ínsita à existência da pessoa humana o direito fundamental de realizar sua aspiração de ter uma família, sem uma moldura prévia que obste, no todo ou em parte, a realização legítima desse desejo.

A questão que agora se põe é a de dar efetividade a esse interesse, elevado à categoria de direito fundamental.

O conceito de família, do começo do século, sofre alterações profundas

e, frente às transformações sociais, ¹⁴ já não é mais somente aquele derivado do casamento: a pluralidade de formas aponta para o limiar do novo milênio, a merecer do Estado uma proteção.

3.2 DO DIREITO CIVIL À "CONSTITUCIONALIZAÇÃO"

A temática da sobreposição do Direito Civil com o Direito Constitucional é imprescindível para a configuração do novo modelo de Direito de Família.

Somente aí se vislumbra, na superação do modelo do Código, a própria ultrapassagem dos padrões familiais que, descendentes dos moldes coloniais, se projetaram, ao longo de alguns séculos, para os valores que inspiraram o codificador.¹⁵

Nesse horizonte, há fundamentais 16 contribuições para as mudanças

¹⁴ Rodrigo da Cunha PEREIRA aponta para essa visão: "O Estado não pôde mais controlar as formas de constituição das famílias. No final deste século, ela é mesmo plural. O gênero família comporta várias espécies, como a do casamento, que maior proteção recebe do Estado, das uniões estáveis e a comunidade dos pais e seus descendentes (art. 226, CF). Estas e outras formas vêm exprimir a liberdade dos sujeitos de constituírem a família da forma que lhes convier, no espaço de sua liberdade." (A família – estruturação jurídica e psíquica, 1997, p. 32).

¹⁵ Vem com inteiro aceito a crítica, de todo pertinente, ao Projeto de Código, quando se busca, no começo de novo milênio, reproduzir a experiência anterior: "Se em livros anteriores o Projeto definiu-se, como progressista, quando da tratativa de certas matérias, o mesmo, lamentavelmente, não se verifica no Direito de Família e Sucessões." (FERREIRA, Jussara. **O projeto do novo código civil e a tutela dos direitos individuais coletivos**, 1997, p. 59).

le Desde logo se mostrou presente a importância do texto constitucional: "A Constituição de 1988 fez incursões profundíssimas no terreno do Direito de Família, merecendo, de início, destaque para quatro temas: a) a proteção ao concubinato; b) a igualização de todos os filhos; c) a igualização dos cônjuges em direitos e obrigações; d) a facilitação da dissolução do casamento." (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Alguns impactos**

no Direito de Família, que tiveram seu início com a edição de diversas leis esparsas,¹⁷ culminando com a introdução de um capítulo especial sobre a família na Constituição.

A transição do modelo clássico de família, conforme análise de Carmem Lucia Silveira RAMOS, 18 culminou na segunda metade do século XX – em função de inúmeras transformações sociais – repercutindo na Constituição Federal numa pluralidade de formas, o que por si só revela a complexidade pela qual passa a sociedade, sofrendo influências de todas as ordens. 19

Em suma, a publicização do Direito de Família concretizou-se na

da nova ordem constitucional sobre o direito civil, dez. 1990, p. 12).

¹⁷ A fragmentação legislativa é um desafio presente na hermenêutica contemporâneo do Direito de Família: "A questão não reside na disposição topográfica (códigos, leis especiais), mas na correta individuação dos problemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do caráter residual do código e, por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas." (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**, 1997, p. 6).

¹⁸ Carmem Lucia Silveira RAMOS, examinando o texto, aponta: "Uma tentativa de avaliação das tendências para o futuro em matéria de direito positivado revela, no momento atual, que o rumo que se delineia é a transposição da descontinuidade jurídica característica da pluralidade de Estados modernos, com seus sistemas jurídicos fechados, isolados, para a realidade multinacional, para a sociedade sem fronteiras, seja em razão de intercâmbio mais intenso entre os homens, pela rapidez dos meios de comunicação e transportes, seja pela globalização econômica, aproximando os modelos políticos, econômicos e sociais." (A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras, 1998, p. 18).

¹⁹ O fenômeno da "constitucionalização" tem seu reconhecimento chancelado na análise da travessia do Direito Clássico ao Direito Contemporâneo. Colhe-se da doutrina a seguinte afirmação: "Apontando mudanças substanciais, é indisfarçavelmente reconhecida a relevância do texto constitucional no Direito de Família. Foi na Constituição que se venceu o 'desvaler' 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." (FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**, 1999, p. 294-295).

Constituição de 1988.²⁰ Instaura-se aí o estatuto jurídico da família contemporânea.

A compreensão das relações familiais na atualidade demanda a análise da evolução social da sociedade e da própria família ao longo do século.²¹

Neste sentido, refletir sobre direitos fundamentais apreendidos como direitos atinentes à família, requer o exame da sociedade²² e do Estado em

²⁰ Gustavo Tepedino bem examinou a perspectiva constitucional: "Com o apogeu das codificações, no Século XIX, sabe-se quão diminuto foi o papel das Declarações de Direitos Políticos e dos textos constitucionais nas relações de direito privado. Por um lado, pode-se dizer que a completude do Código Civil, que caracteriza o processo legislativo com pretensão exclusivista, descarta a utilização de fontes de integração heteronômicas, forjando um modelo de sistema fechado, auto-suficiente, para o qual as Constituições, ao menos diretamente, não lhe diziam respeito. [...]

[&]quot;Decorrem daí dois aspectos fundamentais: o revigoramento da partição clássica entre o direito público e o direito privado, cada qual inserido em seu próprio sistema normativo – o destinatário das normas constitucionais, restritas às matérias atinentes à estruturação do Estado, seria o legislador ordinário, a quem incumbiria disciplinar as relações privadas, por meio do Código Civil. E, em segundo lugar, a exasperação da técnica legislativa regulamentar, expressão maior da onipotência do codificador, disposto a prever todas as condutas do fenômeno social (rectius, fenômeno jurídico) que pudessem ter interesse para o direito. Insculpiu-se na cultura jurídica, como conseqüência, a convicção de que sem a regulamentação específica de cada situação subjetiva, com a definição exata dos poderes do titular, não há bom titular." (TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil-constitucional**, 2000, p. 1-2).

²¹ Essa complexidade não significa a desintegração da família, ao contrário, revela que essas relações podem ser mais um elemento agregador na busca da realização de seus membros: "É certo que a família hoje está muito diferente daquela do início do século passado. Estamos vivendo um processo histórico importante de transformação, em que a quebra da ideologia patriarcal impulsionada pela revolução feminista são os elementos determinantes. Mas não se pode falar em desagregação. É irrefutável a premissa de que a família é, foi e será sempre a célula básica da sociedade. É a partir daí que se torna possível estabelecer todas as outras relações sociais, inclusive os ordenamentos jurídicos." (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família do século XXI**, maio/jun. 2000, p. 26).

²² Dúvida não há das mudanças experimentadas no campo histórico da arquitetura familiar: "Com efeito, a época contemporânea conheceu uma profunda mutação da família. Os demógrafos e os sociólogos observaram que o vínculo afetivo foi, progressivamente, se sobrepondo à concepção da família como espaço econômico. O respeito aos sentimentos prevalece sobre a vontade de proteger o patrimônio. A conseqüência desse fato foi uma acentuada precariedade, inerente ao próprio sentimento, que ocupou o lugar das relações objetivas. Os juristas não foram os últimos a observar a mutação da família: sua evolução, sua natureza dupla (ele é, ao mesmo tempo, fenômeno de direito e fenômeno de costumes),

que a família se encontra historicamente inserida.

os problemas que suas diversas funções, econômica, social e afetiva colocam. Triunfando o sentimento, os indivíduos que constituem a família exigem que os direitos humanos protejam mais as pessoas do que o grupo: espera-se que o legislador proteja primeiro as pessoas, todas as pessoas, e integralmente." (ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**, 1999, p. 87).

TÍTULO II

DIREITO DE FAMÍLIA E SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

1 DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

A longa evolução social e legislativa experimentada pelo Direito de Família passou por diversos momentos relevantes, no curso do século XX, assinalando-se a dissolubilidade do vínculo matrimonial como o grande marco histórico. A partir daí, supera-se o conceito único de família matrimonializada e se principia um caminho plural, cujo ápice será encontrado na Constituição de 1988.

Os princípios constitucionais do Direito de Família assinalando um novo tempo, são normas que vinculam o aplicador e se sobrepõem às regras ordinárias, cabendo, sob esse juízo de supremacia, solver eventuais dilemas de constitucionalidade, diretamente (no caso concreto) ou abstratamente (atacando a lei específica).

¹ A propósito, já se elucidou: "A disposição declarada inconstitucional no controle abstrato de normas não mais pode ser aplicada, seja no âmbito do comércio jurídico privado, seja na esfera estatal. Consoante essa orientação, admite-se que todos os atos praticados com base na lei inconstitucional estão igualmente eivados de iliceidade. Essa orientação, que já era dominante antes da adoção do controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, adquiriu, posteriormente, quase o significado de uma verdade axiomática (Cf. Recurso de MS n.º 17.076, Relator Ministro Amaral Santos, RTJ 55/744; RE n.º 103.619, Relator Ministro Oscar Corrêa, RDA 160/80).

[&]quot;Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode-se identificar, todavia, tentativa do saudoso Ministro Leitão de Abreu no sentido de, com base na doutrina de Kelsen, abandonar a teoria da nulidade em favor da chamada teoria da anulabilidade.

[&]quot;Segundo essa concepção, a lei inconstitucional não pode ser considerada nula, porque, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção da constitucionalidade e sua aplicação continuada produziria conseqüências que não poderiam ser olvidadas (RE n.º 79.343, Relator Ministro Leitão de Abreu, RTJ n.º 82/792). A lei inconstitucional não seria, portanto, nula *ipso jure*, mas apenas *anulável*. A declaração de inconstitucionalidade teria, assim, caráter constitutivo. Da mesma forma que o legislador poderia dispor sobre os efeitos da lei inconstitucional, seria facultado ao Tribunal reconhecer que a lei aplicada por longo período haveria de ser considerada como *fato eficaz*, apto a produzir conseqüências pelo menos nas relações jurídicas entre pessoas privadas e o Poder Público." (JOBIM, Nelson;

Com a introdução no país da Lei do Divórcio, apesar de diversos setores da sociedade, especialmente a Igreja, se manterem contrários a essa inovação, foi possível registrar uma mudança no curso das relações familiais na medida em que se propiciou o reconhecimento jurídico de inúmeras uniões de pessoas "desquitadas", até então impossibilitadas de contrair novos casamentos.

A separação judicial, que significava apenas a dissolução da sociedade conjugal, nunca atendeu aos anseios sociais, embora pudesse ser decretada por consenso do casal ou litigiosamente, não satisfazia plenamente, uma vez que as pessoas ficavam vinculadas legalmente, impedidas de constituírem novos vínculos conjugais.

Por isso, o divórcio veio para pôr fim ao vínculo matrimonial e proporcionou às pessoas o direito de constituírem ou não novas famílias.

Esse marco histórico no Direito de Família contribuiu, portanto, para que um grande número de pessoas que viviam em uniões não formalizadas, sujeitas a uma certa censura social, fizesse sua opção.²

A mudança da sociedade é o elemento informador para a evolução da família e, por via de conseqüência, do Direito da Família. À medida que se busca a realização pessoal do indivíduo, está mais latente a valorização do "ser", e as relações patrimoniais, embora existam e por certo continuarão a

MENDES, Gilmar Ferreira. A reforma do judiciário, 1994, p. 23).

² Diminuição da relevância de forma e valorização dos aspectos substanciais nas relações familiares é meta da melhor doutrina, que reconhece: "A sociedade moderna está repelindo os excessos de formalismo, com uma tendência ao casamento simples, do passado." (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **União estável antiga forma do casamento de fato**,

existir, deixam de predominar sobre a pessoa.

Nem sempre isso se passa. Não raro, por exemplo, nos alimentos estabelecidos entre pais e filhos por força do parentesco, ou ainda entre marido e mulher, decorrente do princípio da solidariedade conjugal, o pensionamento, na maioria das vezes, é uma forma de punição, de cobrança ou de barganha, que dificilmente desborda do processo, desnudada a causa de pedir.

O inadimplemento da prestação alimentícia reflete-se na esfera patrimonial do devedor, e esses reflexos podem ser de ordem pessoal, quando decretada sua prisão civil.

Quando o cumprimento da prestação recai sobre o patrimônio, ele passa a ser tratado como um direito de crédito em que as regras processuais passam a imperar sobre o indivíduo, respondendo apenas e tão-somente o seu patrimônio.

O desenvolvimento dessa temática passa pela dimensão "constitucionalizada" do Direito de Família devido às suas implicações, especialmente a superação do modelo da grande família matrimonializada e o reconhecimento de novos desenhos das relações familiais, dentre eles a

mar. 1994, p. 11).

³ A doutrina abalizada atesta os novos horizontes do Direito de Família: "A Constituição revolucionou o Direito de Família. É imprescindível assumir esta revolucionariedade, a nível exegético, colimando evitar se tolham e minimizem as conquistas.

[&]quot;Uma família estruturada sobre os alicerces de afeto, da verdade e da não opressão, é o que almeja a Constituição. As relações saudáveis no plano familiar são passo incomensurável visando a corrigir as distorções sociais." (PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Algumas questões de direito de família na nova Constituição**, jan. 1989, p. 252).

monoparentalidade.

Os princípios constitucionais, calcados na valorização da pessoa humana, trazem uma nova ordem de valores insculpidos na Constituição, e visam à realização integral da pessoa.

Essa realização significa a plena dignidade da pessoa humana e, como princípio central, o Direito de Família encontra-o como pedra basilar: amor, afeto e solidariedade conformam e amoldam a família constitucional.

Nessa linha, o dever de mútua assistência decorre da solidariedade e compreende um dos pilares daquilo que se pode valorar como princípio da dignidade humana.

Esse mesmo princípio (dignidade humana) alia-se ao direito fundamental da pessoa de averiguar sua ascendência genética por meio da investigação da paternidade.

Em nome da unidade formal, o Código Civil não permitia o reconhecimento do filho havido fora do casamento, impondo o sacrifício deste em prol da sociedade conjugal e de sua representação social e econômica. A paz do casamento deveria ser preservada.

Lentamente, no curso do século XX, a realidade se altera, diante da nova cultura e dos novos valores sociais que predominam.

O *locus* matrimonializado se modifica, no ideal de realização de seus membros: decorre daí que a família se transforma, à medida que aquele caráter patrimonial herdado é subjugado ao interesse da felicidade das pessoas que a compõem.

Nesse novo quadro, tratamentos preconceituosos, como a "chefia" da sociedade conjugal pelo marido e a "ameaça" da estabilidade formal do casamento pela insurgência cada vez maior de uniões extramatrimoniais, diante da nova ordem pública constitucional, tendem a ser superados.

Essa mudança constitucional na valorização da dignidade humana, entretanto, está para além da realidade vivificada na sociedade. É pálida e ainda tímida a evolução no sentido da efetividade desses direitos.

Toma relevo a atividade do Judiciário⁴ na construção sólida e intemerata de uma jurisprudência que reconheça, na plenitude, os direitos e os reais interesses da família.

1.1 SUPERANDO A DIMENSÃO MATERIAL DOS LITÍGIOS DE FAMÍLIA: COMPLEXIDADE SOCIAL E PLURALISMO JURÍDICO

A sociedade contemporânea exige um repensar dos conceitos estabelecidos no Código Civil do começo do século.

Todos os fatos e acontecimentos sociais que durante toda a história

⁴ Após a Constituição de 1988, a jurisprudência ampliou sua compreensão do Direito Familiar: "Direito Civil. Ação negatória de paternidade. Presunção legal (CC. art. 240). Prova. Possibilidade. Direito de Família. Evolução. Hermenêutica. Recurso conhecido e provido. I – Na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. II – Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça. III – O Superior Tribunal de Justiça, pela relevância da 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." (Rec. Esp. n.º 4.987 – Rio de Janeiro. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. Rec. Marcelo de Lima e Silva. Recda. Marcele de Lima e Silva).

brasileira⁵ proporcionaram ao modelo familiar uma pluralidade de formas estão sendo recepcionados pelo Direito no final deste século, sob a ótica do pluralismo jurídico.⁶

Daí expõe-se haver outras formas de conviver além da então designada família legítima, deixando esta de ser o modelo único para a sociedade conjugal e para o legislador. Reconhecem-se, na realidade social, modelos complexos e plurais.

Inserido numa análise maior e mais compreensiva do modelo jurídico na modernidade, Antonio Carlos Wolkmer situa a crise do modelo jurídico brasileiro, tratando dos limites da fonte estatal na produção do direito: "em estruturas de Capitalismo periférico como a brasileira, a ordem jurídica não pode ser exclusivamente reduzida a instituições e aos órgãos representativos do monopólio estatal, pois impõem-se o reconhecimento de outras fontes

⁵ Neste sentido: "Se é fato que o modelo de ordenamento jurídico concebido há duzentos anos conseguiu sobreviver a nosso século, a perspectiva para o futuro que hoje se pode traçar aponta no rumo da superação do ordenamento jurídico do Estado unitário, visto como um centro exclusivo de poder e de decisões, dentro de um território demarcado, traduzindo uma determinada cultura e os valores de um grupo social limitado.

[&]quot;A hipótese da globalização de relações jurídicas, de internacionalização das estruturas de dominação e apropriação de bens, de integração entre os diferentes países não se coloca, no entanto, sem complexidade, em face do modelo básico de sistema jurídico adotado, cuja tendência é no sentido da preservação, e não da substituição, das estruturas de poder constituídas.

[&]quot;Para que se cogite da pluralidade de fontes, há que se trabalhar sua harmonização, sua coordenação, considerada a diversidade de suas origens, uma vez que seria inviável sustentar o mito da unificação legislativa, utópica como já se revelou na versão do monismo jurídico do sistema liberal clássico, não havendo, outrossim, como se possa assumir o risco do surgimento de conflitos de tal ordem que inviabilizariam a aplicação dos diversos princípios e normas postos, por seu antagonismo, ou por conterem regras absolutamente paradoxais em face de outras normas existentes." (RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras, 1998, p. 20-21).

⁶ A propósito do tema conforme Antonio Carlos WOLKMER (**Pluralismo Jurídico** – fundamentos de uma nova cultura, 1994).

informais de produção legal geradas no seio da própria Sociedade e por ela e para ela orientadas".⁷

Para tanto, vale-se de direitos fundamentais, revelando a crise entre as novas demandas e as velhas respostas, hauridas, à luz daquele projeto, na legislação positivada através do Código Civil e do Código de Processo Civil.

O sintoma mais agudo da crise é experimentado na atividade do Judiciário, apto para solução de novos conflitos sob o enfoque das ultrapassadas respostas de um modelo fundado na completude e na totalidade.

A análise de WOLKMER, repita-se, leva em conta uma localização temporal e territorial: trata da crise da dogmática jurídica estatal no Brasil, na vivência de um país latino-americano submetido ao "capitalismo periférico".8

Numa outra avaliação, defender novas bases para o Direito de Família significa proteger a família, dever do Estado, de sociedade e de todos.

⁷ Ibidem, p. 322.

⁸ WOLKMER, (Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico,** 1994, p. 71) define o capitalismo periférico como "um modelo de desenvolvimento que estabelece a dependência, submissão e controle das estruturas sócio-econômicas e político-culturais locais e/ou nacionais aos interesses das transnacionais e das economias dos centros hegemônicos".

⁹ Assim se sustenta sem equívocos: "A maior missão do Estado é a de preservar o organismo familial sobre que repousam suas bases. Cada família que desprotege, cada família que se vê despojada, a ponto de insegurar-se quanto à sua própria preservação, causa, ou pelo menos deve causar ao Estado, um sentimento de responsabilidade, fazendo-o despertar a uma realidade que clama por uma recuperação. O dever de proteção geral aos indivíduos cabe ao mesmo Estado que intervir, sempre, para coibir os excessos, para impedir a colisão de interesses, acentuando uma liberdade de ação para que ela não fira a alheia, ainda mais quando for letal esse ferimento de quebra de uma estrutura de que dependem todos." (AZEVEDO, Álvaro Villaça, **Bem de família,** 1999, p. 214).

O exame tem, portanto, um espaço bem definido, qual seja, o contexto que se extrai do binômio Centro-Periferia, e nele, a partir da superação do paradigma jurídico tradicional, põe em questão o modelo normativo que domina os países em desenvolvimento (os da América Latina) e bem assim os países industriais (a exemplo, da Europa central).

O surgimento, nessas estruturas, de interesses comuns a toda a humanidade, como o respeito ao Direitos humanos, ao Direito das minorias, a proteção ambiental, e assim por diante, contradiz as prioridades socioeconômicas das sociedades industriais.

Se o modelo normativo adotado no Brasil é similar ao europeu, a concretude das reivindicações da sociedade brasileira é, em muito, diversa, e tais reivindicações não encontram resposta nesse modelo.¹⁰

Exsurgem daí a falência e a incongruência de um modelo de legalidade liberal produzido pela sociedade européia, nos séculos XVIII e XIX, no contexto da sociedade brasileira atual.

A trajetória da cultura jurídica no Brasil, expondo, desde as origens

¹⁰ Assim se expressou, por todos, a melhor análise: "Buscar o papel e função dos códigos civis na vida das sociedades dos séculos XIX e XX conduz à vinculação entre as codificações e o modelo liberal de organização do direito, uma vez que estas espelham os princípios e valores consagrados por este paradigma, de onde a crise que ora se delineia revelar a superação destes conjuntos de normas, organizados num sistema racional, pretendendo regular toda a vida da sociedade privada, como modo de ver o fenômeno jurídico.

[&]quot;Preocupado em romper com o regime absolutista e seus privilégios de classe, eliminando, ao mesmo tempo, o que foi qualificado como o caráter dispersivo e inseguro do direito do medievo, pelas peculiaridades de sua conotação pluralista, o liberalismo jurídico consagrou no século XIX, a completude e unicidade do direito, que passou a ter como fonte única o Estado, com seu poder ideologicamente emanado do povo, a neutralidade das normas com relação a seu conteúdo, e a concepção do homem como sujeito abstrato, como os postulados fundamentais do Estado de Direito." (RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado ..., p. 4).

coloniais, o desprezo ao Direito nativo e informal, ao direito costumeiro de reduções jesuíticas e de quilombos, forjou uma tradição elitista que passou da Colônia ao Império sem grandes alterações.

A República, por sua vez, também não enfrentou a questão das desigualdades sociais e manteve uma retórica liberal, enclausurando o Direito num formalismo de preceituações procedimentais.

O Estado era, e continuou sendo com exclusividade, o detentor do monopólio da produção jurídica.

Funda-se aí, entre nós, a Dogmática Jurídica assentada na legalidade, uma tradição hegemônica de cultura formalista, que, no Direito Civil, se traduziu para a idéia da codificação que perdura no atual projeto¹¹ de Código Civil.

Isto equivale sustentar sempre ter existido no Brasil, em menor ou maior grau, um Direito comunitário não-estatal, resgatado pelo pluralismo jurídico.

A cidadania individual, que se projeta coletivamente, é exemplo dessa possibilidade, com novos critérios de legitimação e de eficácia social. São, em suma, os novos direitos representados pelos movimentos sociais organizados, direitos emergentes de novas necessidades e de conflitos, cujos conceito é retomado para alavancar transformações.

¹¹ Não adentra a presente dissertação na seara do projeto de novo Código Civil, em trâmite na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, mas aponta para a crítica e insuficiência do texto, mesmo com a visão otimista de quem, com o devido respeito, pensa diversamente: "Certo é que a nova codificação, quer por suas disposições originárias, quer pelas decorrentes da Constituição, imprime novo perfil à instituição da família." (MARINHO, Josaphat. **O projeto de novo Código Civil**, abr./jun. 2000, p. 11).

Tais conflitos, assevera Wolkmer, deságuam no Judiciário, e, diante da legislação estatal, tanto aquele Poder quanto o aparato legal se revelam moldados para atender outra realidade social e histórica.

Nasce aí a crise: de um lado o Poder Judiciário, com falta de meios materiais e humanos, e de outro, a cultura jurídica técnico-dogmática, calcada em procedimentos lógico-formais.

À procura de novos parâmetros, recolhe o Direito de Família a valiosa contribuição da jurisprudência brasileira. O julgador¹² passa a ocupar papel ativo, criador e construtivo.¹³

A crítica de Wolkmer se volta contra a aplicação do Código Civil e do Código de Processo Civil, moldados na racionalidade liberal-burguesa, para atender aos direitos individuais absolutos, mostrando os limites e a pouca eficácia do sistema normativo vigente.

É possível defender a presença de fontes informais da ordem jurídica, produção legal gerada no seio da própria sociedade, por ela e para ela orientadas.

Nesse sentido, há diversos exemplos no Direito de Família, a começar

¹² Aqui se apresenta certa diferenciação: "A evolução histórica que se processou nos parâmetros da cultura jurídica ocidental, nos países de sistema romanístico, tendo como paradigma o Código de Napoleão, a designação jurisprudentia (auctoritas) aos julgados e às práticas jurídicas dos tribunais, enquanto nos países de tradição anglo-saxônicas ou da Common Law foi conservado o significado de "ciência jurídica" para a palavra jurisprudence." (WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito,** 1995, p. 167).

¹³ A superação de tal panorama, sugere o Autor, está no desenvolvimento de "procedimentos efetivos de acesso e controle da população à administração da Justiça, incrementando a luta não só para que os órgãos clássicos da jurisdição (juízes, tribunais, etc.) reconheçam e saibam aplicar formas alternativas de Direito, como, igualmente, que haja uma aceitação cada vez maior, por parte dos canais institucionalizados do Estado, das práticas de negociação e de resolução dos conflitos, mediante mecanismos não-oficiais,

pela convivência não matrimonializada, na guarda de fato, como em tantos outros aspectos.

Não há mais espaço para o monismo jurídico-estatal que deve ser substituído por uma visão plural do Direito e de suas fontes, a partir de um novo paradigma.

Mediante um novo modo de ver a sociedade brasileira e o Direito comprometido com o seu tempo e com sua história, exsurge uma concepção plural e aberta do Direito de um modo geral, e do Direito de Família em especial, valorizando o afeto¹⁴ e a solidariedade.

A superação dos padrões tradicionais de enfrentamento dos conflitos familiares abre espaço para a interdisciplinaridade e para a mediação, ¹⁵ uma das possibilidades que se apresenta nesses novos horizontes.

Se foi vencida exclusão de primeiro grau inicialmente referida, com a

paralegais, informais, etc. (ibidem, p. 93).

la Funda-se, hoje, o entendimento da família sob a ótica da afetividade: "La novità che va enunciata in termini semplici e piani è che la famiglia è comunità di amore e di solidarietà, una comunità che non trova il suo fondamento ultimo né nella legge che le dà regolamentazione, né nell'utile che i suoi componenti possono trarre da essa, ma nella capacità (in sé misteriosa, ma indubbiamente tipica dell'uomo) di amare familiarmente e di fondare su questo amore una comunione di vita." (D'AGOSTINO, Francesco. Una filosofia della famiglia, 1999, p. 10). Em tradução livre da autora: A novidade que se enuncia em termos simples e fáceis é que a família é comunidade de amor e de solidariedade, uma comunidade que não encontra o seu fundamento último na lei que lhe dá regulação, nem na utilidade que seus componentes podem dela extrair, mas na capacidade (em si misteriosa, mas típica do ser humano) de amar em família e fundar sobre esse amor uma comunhão de vida.

¹⁵ Já se escreveu sobre o tema: "A mediação vem no sentido de fomentar uma maior conscientização das várias possibilidades do exercício das funções e, sobretudo das responsabilidades, em uma sociedade que passa por mudanças estruturais. É uma prática social, fundamentada teórica e tecnicamente, por meio da qual uma terceira pessoa neutra, especialmente formada, colabora com os mediandos de modo a que elaborem as situações, e mesmo de conflito, a fim de que estabeleçam ou restabeleçam a comunicação, podendo chegar a um acordo que os beneficie, propiciando um melhor gerenciamento dos recursos." (ALMEIDA, Giselle Groeninga de. **Mediação**: um instrumento da interdisciplina, jul. 2000, p. 2).

inserção no sistema jurídico de conceitos plurais de família, permanece ainda não superada a outra exclusão, aquela que separa os direitos tão-somente proclamados dos direitos efetivamente realizados.

Isto se evidencia no direito fundamental à saúde e à educação para as crianças.

1.2 O EFETIVO INTERESSE DA CRIANÇA

O contexto histórico e social do país demanda, em favor das crianças e dos adolescentes, uma hermenêutica solidária no Direito de Família.

O melhor interesse da criança corresponde a uma superação do sentido tradicional da guarda e vai além do mero dever de assistência. Eis um exemplo de como se deve e pode ir além da proclamação teórica.

Reputar a criança, na nova família, sujeito de direitos é mais que um conceito e deve significar abrir-lhe espaço de efetiva participação 16 e realização pessoal.

Defende-se a idéia de possibilidade, mediante a guarda, da inclusão das crianças e adolescentes como beneficiários do regime geral da Previdência Social, equiparando-se-os aos filhos havidos no casamento.

O fundamento desta argumentação está na Constituição Federal, que

¹⁶ Ensina, por todos, Vicente de Paulo Barretto: "A cidadania moderna caracterizouse, no processo de sua formação, por exigir participação do segmentos sociais na sua definição e implementação. Os mecanismos constitucionais, que definem a cidadania no estado democrático de direito tem implícita a participação como condição política para sua

garante o direito à saúde, à vida digna e ao respeito à criança, estabelecendo deveres ao Poder Público daí decorrentes (artigo 227, § 3° e 7° da Constituição Federal).

Leis ordinárias, decretos ou resoluções que contrariarem tal comando são inconstitucionais, devendo, de plano, ser afastados.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente, ¹⁷ em especial no artigo 28, garante o exercício de tal direito, propiciando que se dê o verdadeiro sentido da guarda, independente de relação parental.

A família exerce, na concretização dos interesses da criança, um papel insubstituível, ¹⁸ apesar da importância da atuação do Estado nesta matéria, inclusive por meio do Poder Judiciário.

Diversas causas, como a carência econômico-financeira, novo casamento dos pais, orfandade e abandono, justificam, teleologicamente, a proteção às crianças e a fixação de tal possibilidade.

A nova família reconhece na criança um cidadão, sujeito¹⁹ de direito,

implementação." (O conceito moderno de cidadania, 1993, p. 35).

¹⁷ Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990.

¹⁸ Versando sobre essa atuação, escreveu Michael FREEMAN: "Parental autonomy is important. Parents do generally act in their children's best interests. Two parents together are the ideal setting for a child and the State is a second best alternative, no real substitute for flesh and blood parents." (**The best interests of the child?** Is the best interests of the child in the best interests of children?, 1997, p. 370). Em tradução livre da autora: A autoridade parental é importante. Os pais geralmente agem nos melhores interesses de seus filhos. Dois pais juntos são o ideal para uma criança, e o Estado é a segunda melhor alternativa, nenhum substituto verdadeiro para os pais de carne e sangue. (Os melhores interesses da criança? Os melhores interesses da crianças?)

¹⁹ Consta de e recente pronunciamento em defesa da criança: "Seguindo as idéias democráticas expressas na Constituição, mostrou-se urgente a ampliação, o aprofundamento e a garantia dos direitos dos cidadãos do País. Nesse contexto, emergiu o debate sobre a inclusão da criança e do adolescente como sujeitos de direito. Como resultado de longa luta e pressão dos movimentos de defesa dos direitos da criança e do

apto a reclamar a devida atenção e proteção.

Essa ótica contraria a orientação jurisprudencial que denega a guarda previdenciária ao argumento de que o pedido desnatura a finalidade do instituto, em face do que dispõe o artigo 33 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente. Considera-se o melhor interesse da criança é que se defere o beneficio, dando expressão jurídica à solidariedade.

Tal concepção significa reconhecer um novo modelo familiar, a partir da Constituição brasileira de 1988.²⁰

A Carta Constitucional, em seu artigo 226, parágrafo primeiro, inova quando assenta que a família plural não se constitui apenas pelo casamento civil, superando o padrão do Código Civil Brasileiro de 1916.

O legislador constitucional reconhece a existência de outras formas de famílias, dentre elas as denominadas uniões estáveis.²¹

adolescente, acompanhando a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, a sociedade brasileira assume a responsabilidade legal de garantir um futuro digno à sua juventude. Em 13 de julho de 1990 é promulgada a Lei Complementar à Constituição Federal número 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado na garantia da qualidade de vida à infância e `a adolescência. Mais do que isso, a nova legislação incorpora a Doutrina da Proteção Integral, uma forma de olhar jovens e crianças, colocando-os como propriedade absoluta e propondo um novo modelo de estrutura e gerenciamento das políticas públicas a eles destinadas." (ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. Comitê Paulista em Defesa do Estatuto da Criança e do Adolescente, Carta Aberta).

²⁰ A doutrina bem espelha o sentido da axiologia constitucional: "Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em conseqüência, inaceitável a rígida contraposição direito público-direito privado." (TEPEDINO, Maria Celina B. M. **A caminho de um direito civil constitucional**, 1993, p. 24).

²¹ O relevo da aplicação direta e imediata do texto constitucional é destacado: "A Constituição Federal de 1988 ao reconhecer a união estável como entidade familiar livrou a união livre do opróbrio em que se encontrava. Veio impor a proteção jurídica à vida em comum, comprovada por tempo que configure estabilidade de convivência, com vocação de permanência, até mesmo como meio de espancar injustiças e desprezo." (DIREITO, Carlos

É incontestável a superação do tipo de família codificado, que se constituía como grupo econômico, patrimonialista no qual os indivíduos viviam para o fortalecimento da instituição, não para a sua realização pessoal.

O contexto da família se transforma, e o Direito precisa dar respostas novas a questões também desafiantes e inovadoras.

A jurisprudência²² deve estar aberta, em seu papel construtivo, a valores culturais e sociológicos, precisamente para evitar que a concepção normativa não obste o espaço para a realização pessoal e familiar.

O exemplo citado, a título de ilustração das idéias expostas, mostra a importância de explorar toda a possibilidade dos conceitos jurídicos, cabendo, nesse horizonte, reconhecer o papel decisivo do aplicador e do hermeneuta, para construir, sem embargo das funções legislativas próprias, um Direito de Família apto a se "reedificar" constantemente.

Alberto Menezes. Da união estável como entidade familiar, maio 1991, p. 22).

²² Capta-se, para tanto, o magistério impar da doutrina: "A questão familiar não fica, portanto, reduzida à regulação, originada na vontade do legislador e, portanto, deixada ao alvedrio estrito da jurisprudência; procuram-se explicar as novas relações familiares sob uma ótica que supere o reducionismo jurídico de considerá-las como a simples conseqüência normativa da regulação da gestão de relações humanas, dos modos de organização da vida privada dos homens, do ponto de vista de sua reprodução biológica e social". (BARRETTO, Vicente. A nova família: problemas e perspectivas, 1997).

Tal passo poderá ser decisivo para a busca da superação da exclusão antes apontada, não se tratando mais apenas de um reconhecimento formal de direitos, mas sim de sua efetivação.

2 O DIREITO DE FAMÍLIA EM MOVIMENTO

O Direito de Família, no limiar do novo século, tem apresentado sérios desafios aos estudiosos do Direito.

O debate revela um Direito em constante movimento, cujas relações intersubjetivas denotam que a lei pura e simples não socorre a todas as perguntas e questionamentos que surgem.

Embora parta dessas mesmas premissas, o presente trabalho procura refletir sobre tais circunstâncias, no âmbito da matéria de família, a partir da *praxis*, tomando-a como alavanca de reflexão.

Esse caminho pode passar pelo valor jurídico dos acordos homologados em matéria de família, bem como das sentenças que fixam alimentos ou que estabelecem a guarda e regulamentam as visitas.

Nessa via, vai buscar os problemas que se revelam na prática, no âmbito da eficácia ou até mesmo da ineficácia de tais ajustes ou decisões, à luz do Direito Civil "constitucionalizado". 1

Na evolução dos direitos garantidos aos filhos pode oscilar² a

¹ Integra a doutrina o reconhecimento do Direito Civil "constitucionalizado": "O Direito Constitucional penetra, hoje, em todas as disciplinas e, via de conseqüência, também, no Direito Civil. Além da liberdade, constitucionalmente assegurada, e suas repercussões no direito à intimidade, trata a questão da igualdade no Direito Civil, dividindo-a em momentos básicos: igualdade como não discriminação no exercício, ou do gozo dos direitos civis; igualdade em matéria sucessória.

[&]quot;Essa perspectiva, em conjunto com as demais, permite vislumbrar a importância da noção de igualdade, que, como princípio vinculante, infiltra-se na seara do Direito Civil, e acaba informando condutas legislativas diferenciadas." (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**, 2000, p. 301).

² Não apenas no Brasil tais variações são sentidas, conforme infere: "CASACIÓN, 5 DE

jurisprudência, mas este rumo aponta para a igualdade que, estando na Constituição, não pode ser afrontada.

A partir daí almeja-se ir além da questão que diz respeito meramente à formalidade processual, para encontrar nos destinatários desses comandos, elementos para reavaliar essa complexidade.

De modo congruente com a proposição inicial, cabe então verificar o sentido e o alcance que os litígios de família têm ou podem ter nessa perspectiva. Não se trata apenas da compreensão meramente técnica, mas sim da dimensão plural, aberta a outros campos do saber.

Em matéria de família, o julgador tem papel de relevo indiscutível. Por ações ou omissões, os pronunciamentos do Judiciário acabam edificando, a seu modo, um conceito de família.³

OCTUBRE DE 1908. Rev., T. 6, SEC. 1^a , PÁG. 67. DOCTRINA. El estado civil de hijo natural adquirido bajo el imperio de una ley y en conformidad a ella, continúa subsistiendo bajo el imperio de outra que exige condiciones diferentes para su adquisición.

"COMENTARIO. La norma del art. 3º de la Ley sobre el Efecto Retroativo de las leyes, asimila la adquisición del estado civil a la que opera, en lo patrimonial, tocante a los derechos adquiridos. Es inalterable por la ley posterior en cuanto a su existência misma.

"En el mismo sentido: Casación, 8 de mayo de 1908. Rev., t.5, sec. 1ª, pág. 368. CORTE DE TEMUCO, 30 de julio de 1937. Rev., t.37, sec. 2ª, pág. 17.

"Doctrina. El art. 32 de la Ley Nº 4.808, del año 1930, concedió a los hijos ilegítmos un nuevo derecho, como fue el de invocar como prueba de la paternidad para demandar alimentos el reconocimiento hecho por el padre en la inscripción de nacimiento.

"Com arreglo al art. 3° inc. 1° de la Ley de 7 de octubre de 1861, debiendo subordinarse a la ley posterior los derechos y obligaciones anexos a un estado civil, dicho art. 32 de la Ley N° 4.808 es aplicable a los hijos simplemente ilegítimos nacidos antes de entrar en vigencia este nuevo precepto.

"Comentario. El estado civil se originó com anterioridad a la nueva ley, pero el derecho concedido por la ley posterior es un efecto atribuido al mismo y en cuanto tal se puede hacer valer después del cambio legislativo por el hijo ilegítimo." (RIOSECO ENRIQUEZ, Emilio. El derecho civil y la constituición ante la jurisprudencia, 1996, p. 99.)

³ A intervenção ou não do Estado no estabelecimento de vínculos parentais familiares suscita debate e dúvida. Afinal, a paternidade é um direito ou reconhecê-la se tornou compulsório? Essa singela pergunta anima a doutrina nesse debate: "The process of

O componente emocional⁴ integra perspectiva ineliminável do conflito jurídico nas famílias. Essa subjetividade não pode ser dissociada do fenômeno uma vez que compõe as crises familiais.

Por isso, da análise de cada caso emergente no Judiciário fica claro que para cada pretensão há sempre uma singularidade a ser decidida pelo Juiz. Isto se explica pela diversidade de particularidades e também pelo aspecto emocional que cada um desses processos carrega.

establishing paternity outside marriage is still largely a voluntary one in the sense that neither the mother nor the father is under any automatic legal obligation to disclose or register paternity. Also, there is no public agency in England charged with the responsability os establishing the parentage of all children. Yet it is possible to identify certain features os the existing legal process which, while falling short of compulsion, do exert pressure on individuals to co-operate. The power of the court to draw adverse inferences in the course of legal proceedings for non-compliance with a blood test direction is one such feature." (BAINHAM, Andrew. Children - the modern law, 1998, p. 157). Tradução livre da autora: O processo de estabelecimento de paternidade fora do casamento ainda é largamente voluntário no sentido que nem a mãe nem o pai está sob qualquer obrigação legal automática de divulgar ou registrar a paternidade. Também, não há qualquer agência pública na Inglaterra que tenha a responsabilidade de estabelecer a paternidade de todas as crianças. Ainda, é possível identificar certas características do processo legal existente que, enquanto escasso de compulsão, exerce pressão sobre os indivíduos para cooperarem. O poder do tribunal atrai inferências adversas dos procedimentos legais, o não consetimento para o teste de sangue é uma dessa características. (criança - a lei moderna)

⁴ A avaliação do componente emocional não é singela: "Essa avaliação e o sistema de guarda única lidam com a presunção implícita de que há um fim no conflito quando o litígio termina, porque os ligitantes não continuarão um relacionamento no futuro. Os profissionais envolvidos procedem como se não continuasse a haver uma complexa interação entre as partes por muito tempo após o julgamento. Quando o juiz decide que a guarda irá para o pai, contra a vontade da mãe, ele não tem meios de acessar o ressentimento da mãe a respeito da decisão judicial ou a influência desse ressentimento na relação futura com seu filho e com seu ex-marido. Temos de considerar que, se o relacionamento mãe-filho muda, isso repercutirá sobre o relacionamento pai-filho, bem como sobre o relacionamento entre os irmãos. Em realidade, o julgamento por si só traz o risco de colocar novos, inesperados, e insolúveis conflitos. Muitas vezes essa forma serve ao desejo do progenitor 'vencedor' de remover o progenitor 'perdedor' da vida da crianca. Paradoxalmente, os profissionais vêem tal curso como prova da decisão correta tomada. Se o progenitor sem a guarda luta para manter o relacionamento com seus filhos e para controlar os sentimentos de ressentimento causados pela decisão, esse curso também é visto como prova de que a decisão foi correta.

"Apesar disso, é possível que, para alguns casais, esse sistema seja a única forma de manejar suas disputas. É o caso de comportamento severamente patológico, e emocionalmente abusivo."(GEHLEN, Marília Kraemer. **Estado atual da guarda no Brasil**, 1999, p. 110-111).

Resta saber se o Judiciário, da forma como está aparelhado, dará conta de tantas demandas e perspectivas.

Na família⁵ contemporânea, a igualdade entre os cônjuges e a proibição de designação discriminatória dos filhos alcançam o interior das relações familiais, assumindo pais e filhos novos papéis, segundo observa Ricardo LIRA: "[...] não há poder dos pais sobre os filhos. Há deveres e há faculdades que são instrumentos desses deveres".⁶

Para levar adiante essa reflexão, duas hipóteses foram selecionadas: a primeira referente à questão alimentar e a segunda referente à guarda e à visita.

2.1 ALIMENTOS: O DIREITO DE SER E VIVER COM DIGNIDADE

A necessidade de buscar tutela jurisdicional para garantir a subsistência dos filhos e da mulher, quando esta é beneficiária de pensão alimentícia, gera deveres fundados na noção dessa obrigação peculiar⁷ ao

⁵ Segundo a doutrina abalizada: "Família, em um primeiro conceito, é a instituição jurídica e social resultante das justas núpcias, contraídas por duas pessoas de sexo diferente. Abrange necessariamente os cônjuges, mas para sua confirmação não é essencial a existência de prole." E acrescenta: "Essa é a família contemporânea, à luz do nosso ordenamento, assentado em princípios democráticos, de aperfeiçoamento e dignificação da pessoa humana." (LIRA, Ricardo César Pereira. **Breve estudo sobre as entidades familiares**, 1999, p. 81; 85.)

⁶ *Ibidem*, p. 85.

⁷ Lê-se na doutrina o conceito: "[...] obrigação é a relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, devendo cumprir determinada prestação pessoal, positiva ou negativa, cujo inadimplemento enseja a este executar o patrimônio daquele para satisfação de seu interesse." (AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil, 2000, p. 31.)

Direito de Família.

Uma vez estabelecida, pelo consenso das partes ou fixada judicialmente, a pensão deverá ser cumprida nos termos da sentença.8

Numa lógica de certa forma paradoxal, a sentença apresenta-se mais efetiva nos casos em que o alimentante é qualificado como trabalhador. Nessa hipótese, segundo dispõe o artigo 17 da Lei n.º 5.478/68, será feito adimplemento da prestação pelo desconto em folha de pagamento.

Essa norma é elastecida pelo legislador processual, hipótese do artigo 734 do Código de Processo Civil, quando amplia a possibilidade de desconto em folha aos militares e gerentes de empresas.

Segundo Yussef Said CAHALI: "a forma de execução da sentença mediante desconto em folha ou da renda é prioritária em benefício do alimentando pela sua eficiência prática, proclamando-se que sobre ela não tem precedência a penhora de bens oferecidos pelo executado, esta apenas fica como alternativa se embaraçado o desconto em folha".9

Outra provável hipótese de garantia da cobrança da dívida alimentar

⁸ Os alimentos podem ser provisórios ou definitivos. Intenta a doutrina determinar o sentido do caráter provisional dos alimentos: "É possível pedir alimentos provisionais com cunho preparatório ou incidental. O cônjuge deduz a pretensão para si e para a prole. Se incapaz, o deito é ajuizado pelo curador, ascendente ou irmão (art. 3°, § 1°, da Lei n. 6.515/77). Pedida como medida preparatória, torna-se indispensável possibilidade de estabelecimento regular da ação principal, no sentido da existência das condições da ação. Não se trata de sabermos os motivos ou fundamentos da ação principal, mas se concorrem as condições para estabelecimento regular da ação principal. Seu conteúdo abrange o necessário à manutenção do requerente (alimento, vestuário, cuidados de saúde, etc.) e o que for preciso à defesa judicial da pretensão do demandante e de seus interesses (custas, despesas com a produção de documentos e provas outras, honorários advocatícios, etc.). Na separação judicial litigiosa, o pedido poderá vir com caráter preparatório, ou seja, antes de ajuizar a ação, ou incidentalmente, vale dizer, na sua pendência." (VIANA, Marco Aurélio S. **Curso de direito civil**, 1993, v. 2, p. 133).

⁹ (**Dos alimentos**, 1990, p. 764).

poderá ser obtida mediante o saque do FGTS, com base no artigo 734 do CPC. Embora rara na jurisprudência, é viável quando verificadas situações de extrema necessidade aos alimentandos, nos casos em que o alimentante se encontra desempregado.

A execução da pensão alimentícia poderá ainda, aduz o artigo 17 da Lei n.º 5.478/68, ser realizada com pagamento de aluguéis ou rendimentos, quando o alimentante com evidência possuir patrimônio que garanta esse tipo de frutos.

Quando ausentes quaisquer das hipóteses preconizadas pelo artigo 17, a Lei de Alimentos remete à satisfação do débito por meio da ação executiva propriamente dita, nos termos do que dispõe a lei processual. Neste particular, os artigos 733 e 735, do Código de Processo Civil, disciplinam tipos distintos de execução.

Aí residem as decantadas mazelas, eis que nem sempre é possível obter a tutela jurisdicional de pronto, muitas vezes arrastando-se o processo meses a fio, sem que tenha o credor alimentando a satisfação de suas necessidades.¹⁰

Enquanto os pais vivem juntos na companhia dos filhos, desnecessário se torna cogitar, a propósito, questão atinente à verba

¹⁰ Nota-se que a tarefa dos operadores jurídicos nessa seara requer uma percepção diferenciada: "Para que o montante de alimentos decidido pelos pais ou pelo juiz seja adequado às necessidades reais da criança, é fundamental o papel dos advogados e dos juízes. Os advogados, devido à sua capacidade de negociação, conseguem geralmente níveis mais elevados de alimentos e os juízes, embora normalmente sejam relutantes em alterar os acordos dos pais, dever exercer efectivamente o seu poder de controlo dos acordos, em ordem a corrigir a tendência dos pais para subestimar os custos de educar uma criança." (SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do exercício do poder paternal nos casos de**

alimentícia.11

Esse dever moral, que os pais têm em relação aos seus filhos, no entanto, passa por longas discussões judiciais quando a família se dissolve e um dos pais deixa de prover o sustento da prole.

A doutrina e a jurisprudência se debatem sobre esse tema, pois encontram um Estado omisso e impotente na solução do problema.

O mecanismo mais austero na execução do débito se manifesta pelo

divórcio, 2000, p. 195).

11 Nesse sentido colhe-se da doutrina: "Obligations are what we ought to do. They provide reasons for acting in certain ways. But where they come from is not always easy to tell. Most people surely think that parents have obligations towards their children. What kind of obligations are these? There must be moral obligations, but morality requires us to respect everybody, not just our children. Perhaps morality requires us to do more for our children than for other people and even other people's children. But if a couple bring up someone else's child, does not morality require them to support and care for that child as if the child was their own? Perhaps, therefore, any moral obligations you have towards your children which you do not have regarding other children arise from the fact that you are bringing them up in your household rather than because they are your own children. Are you then perhaps morally obliged to bring up your children? If that were so, arranging adoption or long-term fostering of your children would be immoral.

"While moral principles to care for others and promote human flourishing must underpin all our obligations towards all children, those principles are, as Tony Honoré (1993) has observed, 'incomplete' guides to conduct because they do not always indicate who owes which obligations to whom, when, and to what extent. The general exhortation to care for others needs institutional arrangements (such as taxation or public health services) to be effective." (MACLEAN, Mavis; EEKELAAR, John. The parental obligation, 1997, p. 47) Tradução livre da autora: Obrigações são o que devemos fazer. Elas nos dão razões para agir de certas maneiras. Mas, de onde elas vêm nem sempre é fácil dizer. A maioria das pessoas acha que os pais têm obrigações para com seus filhos. Que tipo de obrigações são essas? Deve haver obrigações morais, mas a moralidade requer que respeitemos todo mundo, não apenas nossos filhos. Talvez a moralidade requeira que façamos mais por nossos filhos do que por outras pessoas e mesmo para os filhos de outras pessoas. Mas, se um casal criar o filho de outra pessoa, a moralidade os obriga a apoiar e cuidar daquela criança como se ela fosse deles? Talvez, entretanto, qualquer obrigação moral que você tenha com relação ao seus filhos e que não tenha em relação a outras crianças vem do fato de que você os está criando em sua casa e não porque elas são suas próprias crianças. Então você talvez esteja moralmente obrigado a criar suas próprias crianças? Se fosse assim, arrumar adoção ou lares substitutos a longo prazo para seus filhos seria imoral. Enquanto os princípios morais de cuidar dos outros e promover o florescimento humano devem submeter todas as nossas obrigações com relação a todas as crianças, esses princípios são, como observou Tony Honoré (1993), guias "incompletos" para se conduzir porque eles nem sempre indicam quem deve quais obrigações a quem, quando é e em qual extensão. A exortação geral para cuidar dos outros precisa de arranjos institucionais (tais com impostos ou serviços de saúde

procedimento contido no artigo 733 do Código de Processo Civil, mediante o qual, decorrido o tríduo e não justificado ou comprovado o pagamento da pensão, incorre o devedor na pena de prisão de um a três meses, o que não o exime do pagamento das prestações vencidas ou vincendas.

Não obstante a existência desta previsão legal, a *praxis* revela que percorrer este caminho não é tão fácil e simples para a obtenção do resultado, pois não faltam ao devedor instrumentos jurídicos que vão desde o agravo de instrumento ao *habeas corpus*, para o livramento da privação de liberdade.

No que se refere à cobrança de prestações pretéritas de pensão alimentícia, a constrição dos bens do devedor, mediante a execução do título (acordo ou sentença), é o procedimento e a modalidade adequados do artigo 735 do Código de Processo Civil para a execução forçada, culminando com a penhora e praceamento dos bens do devedor.

A pensão alimentícia alcança o âmbito da responsabilidade patrimonial a partir do descumprimento da obrigação. Como qualquer outro direito de crédito, responderá o patrimônio do devedor pela dívida de acordo com o estabelecido pelo artigo 591 do Código de Processo Civil. 12

Portanto, não localizados bens que possam ser objeto de constrição judicial a execução não prossegue frustrando as expectativas do credor.

¹² O critério da penhorabilidade dos bens é o mesmo previsto no artigo 649, inciso IV, e todos os bens ali mencionados devem ser criteriosamente analisados, uma vez que a impenhorabilidade para os casos de pensão alimentícia não deve prevalecer, dado o caráter da necessidade.

pública) para ser eficaz. (A obrigação parental).

Por outro lado, visando assegurar o pagamento da pensão alimentícia, a garantia prevista no artigo 21 da Lei n.º 6515/77 é inovadora.

Segundo ela, poderá o juiz determinar instituição de garantia real ou fidejussória ou ainda o usufruto, se assim preferir o credor.

Questão enfrentada pelo Judiciário diariamente diz respeito à fixação¹³ do *quantum* da pensão alimentícia.

A doutrina não adota um único parâmetro para a solução dessa questão, e, segundo o legislador, o critério para estipular o valor dos alimentos é o da possibilidade de quem paga e o da necessidade de quem pede, preceitua o artigo 400 do Código Civil brasileiro.

Nessa matéria, como nas demais relativas a alimentos, nem sempre as respostas revelam ao juiz o caminho seguro e firme, pois não raro são fluidas as justificativas apresentadas por ambas as partes.

Demais disso, nem sempre um amplo contraditório poderia proporcionar provas que asseverem a veracidade dos fatos firmados no âmbito dos seus respectivos interesses.

As céleres e recentes mudanças nas relações familiares, sem desconsiderar o relevante papel do Judiciário na solução dos litígios, estimulam pensar novas formas de composição, a exemplo da mediação, 14

¹³ Ver nesse sentido: "Ou seja, o direito a alimentos não pode ser entendido de maneira reducionista – como se divulgou popularmente – num equivalente a 30% (trinta por cento) dos ganhos do devedor. Longe disso. A obrigação alimentar é bitolada pelas pessoas e recursos do alimentante (devedor) em combinação com as necessidades do reclamante (credor)." (LEITE, Eduardo Oliveira. **Temas de direito de família**, 1994, p. 143.)

¹⁴ A mediação aí surge: "A teoria e a técnica da Mediação, que chega em nosso país, têm se mostrado eficientes na compreensão e no lidar com as mudanças e conflitos. É um método pelo qual uma terceira pessoa neutra, especialmente treinada, colabora no

dos conflitos de família. 15

2.2 O DIREITO À CONVIVÊNCIA ENTRE PAIS E FILHOS

Os novos tempos redesenham diferentes papéis no âmbito da família, gerando conseqüências sobre figuras jurídicas tradicionais, como, por exemplo, a guarda, instituto que se abre para acolher novas percepções, dentre elas a guarda compartilhada.¹⁶

A guarda dos filhos, via de regra, é estabelecida na dissolução da sociedade conjugal, seja por acordo, ou seja por sentença.

Segundo afirmaram os professores José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ, "quanto à atribuição da guarda dos filhos, a lei estabeleceu uma série de diretivas ao magistrado. Esses

gerenciamento de mudanças, ou mesmo de impasses, estabelecendo uma melhor comunicação e aproveitamento dos recursos das pessoas envolvidas no procedimento." E acrescenta: "A mediação tem sido aplicada à organização familiar com grande sucesso e se atualmente os conflitos e as mudanças são bastante evidentes nesta área, não são menos importantes nas organizações que envolvem as relações de trabalho." (ALMEIDA, Giselle Groeninga de. Mediação, forma de gerenciar mudanças. **Gazeta Mercantil**, 18 jul. 2000).

¹⁵ A propósito ver (FERREIRA, Jussara. **Conjugalidade**: descasamento e recasamento e fim do amor, 2000, p. 93-104).

^{16 &}quot;A guarda compartilhada, de possível aplicação em nosso direito, deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que a criança tem uma residência principal (na casa do pai ou na casa da mãe) – única e não alternada -, próxima ao seu colégio, aos vizinhos, amigos, clube, pracinha, que define ambos os genitores, do ponto de vista legal, como os detentores do mesmo dever de guardar seus filhos. Ela é inovadora e benéfica para a maioria dos pais cooperativos e é também bem sucedida mesmo quando o diálogo não é bom entre partes, desde que essas sejam capazes de discriminar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade." (GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada, 1999, p. 443.)

critérios não são, porém, absolutos [...]".17

Regulada pela Lei n.º 6.515 de 26 de dezembro de 1977, em seus artigos 9º e seguintes, a guarda, expressão que não significa apenas guardar, importa precipuamente em assumir responsabilidade, no interesse da criança.

Consoante adverte Edgar de Moura BITTENCOURT, ¹⁸ "a guarda de menores é direito condicionado ao interesse de menores. Interesses de ordem sentimental, moral e material [...]".

Atender aos interesses do filho menor é, portanto, o núcleo da questão, de onde Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco MUNIZ¹⁹ afirmaram: "tal interesse e não a autoridade paterna, é o eixo do problema. Por isso mesmo, é o interesse do filho que informa a noção de 'motivos graves' que, segundo o artigo 13, autorizam o juiz a 'regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais'".

Em fase anterior, o Código Civil²⁰ definiu a guarda, artigo 384,

¹⁷ OLIVEIRA; MUNIZ, Direito de família, 1990, p. 477.

¹⁸ Guarda de filhos, 1981, p. 13.

¹⁹ OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 478

²⁰ A exegese dogmática da matéria tem síntese conhecida no que concerne à guarda: "O art. 326 do Código Civil traçava a seguinte rota: os filhos menores seriam entregues ao cônjuge inocente, e, se ambos fossem culpados, as filhas e os filhos varões ficariam sob a guarda da mãe, sendo que os últimos até que atingissem sete anos. A Lei n. 4.121/62 alterou a segunda regra, dispondo que os filhos menores seriam entregues à mãe, se ambos fossem culpados, facultando outra decisão ao juiz, se concluísse que haveria prejuízos morais para os menores. E, ampliando o que estava no Decreto-lei n. 9.701/46, autorizou o juiz, caso os pais não reunissem condições de ter a guarda dos filhos menores, deferi-la à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer um dos cônjuges, mesmo que não mantivessem relações sociais com o outro, assegurando-se o direito de visita. A Lei n. 6.515/77 traçou o caminho que deverá ser atendido, tendo em vista sempre o **bem do**

dispondo que compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, tê-los em sua guarda e companhia. Tal preceito, bem como os contidos sobre a guarda na Lei n.º 6.515/77, deve hoje ser lido à luz do texto constitucional.²¹

A máxima "no interesse da criança",²² preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente²³ relativamente à guarda, é princípio informador para que o juiz²⁴ confira a guarda àquele dos pais que efetivamente tenha

menor. Se a separação é consensual, o juiz homologará o que os cônjuges houverem decidido, se conveniente aos interesses do menor e dos maiores inválidos. Se não estiverem preservados, poderá negar a separação (art. 34, § 2°).

"Se o litígio se instala, observa-se o seguinte: a) se a causa é a conduta desonrosa ou violação dos deveres do casamento, a guarda é entregue ao inocente (art. 5°, caput). Se ambos forem culpados, os filhos ficam com a mãe, salvo se o juiz verificar que a solução trará prejuízos de ordem moral a prole. Se resta provado que os pais não reúnem condições para o encargo, ele será deferido à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos consortes; b) se o motivo é a ruptura da vida em comum há mais de cinco anos (art. 5°, § 1°), a prole fica com aquele que a tinha em sua companhia. A solução se coaduna com a regra que assegura o pátrio poder aos pais, e que, com a igualdade jurídica, é exercido em pé de igualdade; c) se a separação vem apoiada em doença mental (art. 5°, § 2°), os filhos são entregues ao cônjuge que reunir melhores condições para assumir o encargo." (VIANA, Marco Aurélio S. **Curso de direito civil**, 1993, v. 2, p. 130).

- ²¹ Os fenômenos recentes da "constitucionalização" e da "publicização" do Direito Civil provocam relevantes transformações, nem todas assimiláveis a um mesmo sentido de aferição teórica: "[...] a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil." (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**, jan./mar. 1999, p. 101).
- ²² "Esta condição especial deve garantir-lhes direitos e deveres individuais e coletivos, bem como todas as oportunidades e facilidades a fim de lhes facultar o bom desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e de dignidade." (PEREIRA, Tania da Silva. **O princípio do melhor interesse da criança**, 2000, p. 222).
 - ²³ Ver o artigo 22 da Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990.
- ²⁴ Nesse sentido colhe-se da doutrina: "A possibilidade da guarda ser exercida por outras pessoas que não os pais revela uma profunda alteração no instituto do pátrio poder. Deixa este de ser discricionário, arbitrário e onipotente (como os romanos o concebiam) e transforma-se num poder-dever, um direito-função que desaparece quando os pais não o exercem como um fator de proteção. [...].

[&]quot;O papel do Juiz, diante das novas tendências ficou sobremaneira valorizado. É ele

melhores condições de realizar, dentro de padrões mínimos, esses interesses.

Daí decorre a possibilidade de, se ausentes qualificações dos pais, de outras pessoas, os avós, por exemplo, poderem vir a exercer este mister.

A deficiência apresentada pelos pais, seja ela de ordem moral seja de ordem econômica, poderá ensejar que o Estado-Juiz intervenha no interesse da criança.

Sob a ótica da família, a guarda é parcela do "pátrio-poder", conforme disposto no artigo 21 do referido Estatuto, atribuindo aos pais o direito de ter os filhos em sua companhia, enquanto menores, sendo simultaneamente um dever na medida em que os genitores não podem abandonar seus filhos, devendo protegê-los, tanto física como moralmente.

Nesse espaço, a Constituição de 1988, assinala Luiz Edson FACHIN:

do desenho patriarcal da família, retira legitimidade não apenas da expressão 'patrio-poder', mas, de certo modo, também de 'patrio-dever', embora esta, bem mais adequada que aquela. Ambas, porém, remetem para uma função que não toca mais apenas ao pai e se encontra diluída aos pais, incluindo necessariamente a mãe. Falar-se-ía um pouco melhor, em poderes e deveres parentais, expressão neutra, não discriminatória.²⁵

Na expressão pretérita de Orlando GOMES, a guarda manifesta-se a partir da atividade dos pais: "dirigindo-lhes a educação e decidindo todas as

que, cercado de prudente arbítrio e máxima sensibilidade, respeitados os interesses e os sentimentos do menor, decidirá o futuro do mesmo, suas chances de uma vida normal e sadia, longe dos conflitos familiares, quase sempre insolúveis." (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família**, 1994, p. 135.)

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de direito de família**, 1999, p. 245-246.

questões do interesse superior deles";²⁶ a referência comporta não só a guarda material, mas também a jurídica.

Por essa razão, aquele dos pais que não detém a guarda, poderá visitar os filhos, enseja o artigo 15 da Lei n.º 6.515/77. Esse direito-dever de visitação, conseqüência natural do vínculo paterno-filial, corresponde à ocasião em que os filhos poderão desfrutar da companhia daquele dos pais que não detém a guarda. Simultaneamente, propiciará ao visitante fiscalizar as deliberações daquele que está gerindo a guarda.

A defesa do melhor interesse da criança, no entanto, pode, por vezes, ser equivocadamente confundida com preconceituoso juízo²⁷ sobre a conduta da mulher que, pelos papéis tradicionais, via de regra, detém a guarda dos filhos menores.

Tais universos de considerações não se mesclam, embora eventuais conflitos sejam inevitáveis.²⁸

Uma vez que se trata de realidade dinâmica, seja ela provisória ou

²⁶ (Direito de família, 1998, p. 129).

²⁷ Eis exemplo significativo dessa realidade: "Dado a comprovação da conduta irregular da mãe, com quem em princípio seria aconselhável a guarda e custódia dos **filhos** no interesse dos menores, e dado a circunstância de que com ela poderia advir aos **filhos** prejuízo de ordem moral e física, no confronto de interesse e do comportamento dos cônjuges, melhor ficarão eles com o pai como decidido." (Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – SEPARAÇÃO JUDICIAL – GUARDA DOS FILHOS – ADULTÉRIO. **Tribunal de Justiça do Paraná**, Acórdão: 4842, Apelação Cível. Relator: Des. Adolpho PEREIRA, Curitiba – 3ª Vara de Família, Terceira Câmara Cível, Public. 17/09/1987.)

²⁸ A jurisprudência, no tocante à guarda, tem se mostrado sensível à força criadora dos fatos: "Embargos Infringentes – Guarda de Menor à Avó – Consentimento dos Pais que Trabalham em Período Integral em Outro Município – Acolhimento. É de ser concedida a guarda e responsabilidade da menor à avó para regularizar a posse de fato já exercida por ela." (Emb. Infring. n. 26029-5/01 – Curitiba. Embarg. Iracema Alberton e outro. Embgo. Ministério Público. Rel. Des. J. Vidal Coelho. Ac. n. 2629 – I Grupo de CCiv.).

definitiva, a guarda poderá ser modificada.29

Nesse campo nada há de absoluto ou definitivo.

A mesma solução se apresenta para os casos de modificação ou de regulamentação de visitas.

A sanção para aquele que deixa de observar os critérios de fiel responsável, é a perda, por meio da revogação judicial, da guarda ou até mesmo, eventualmente, do direito de visita.

Nesses casos, a decisão é precedida de um amplo contraditório³⁰ relativo ao direito em jogo, em face da existência de motivos graves, ofensivos aos direitos da criança.

Correlato ao tema, há previsão no Código de Processo Civil, artigos 839 e seguintes, segundo o qual, "o juiz pode decretar a busca e apreensão de pessoas ou de coisas".

Essa medida judicial serve para reaver a criança daquele que injustamente a detém, ou para as hipóteses em que corra algum risco quanto à sua integridade física ou moral.

Embora ideologicamente deva atender aos direitos da criança, é

²⁹ A propósito: dispõe o artigo 13 da Lei n.º 6.515/77 que "havendo motivos graves poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação com os pais."

³⁰ Recolhe-se aqui o exemplo: "A decisão de guarda exige do Juiz critérios de bom senso, sensibilidade, discernimento no conjunto de provas e trabalho apresentado por equipe técnica, não se colocando na balança a quantidade de amor deste ou daquele genitor mas exclusivamente o interesse do menor.

[&]quot;Apesar da ajuda indispensável do corpo técnico, o Juiz não poderá ficar adstrito aos laudos, pois às vezes uma pequena orientação ou mudança no procedimento adotado pelos profissionais traz resultados positivos." (CAMARGO, Joecy Machado de. **Guarda e responsabilidade**, 1999, p. 275).

muitas vezes, fonte de traumas e de soluções inadequadas.

A busca e apreensão se executa pela tomada e entrega da criança a quem for determinada, essa é a norma abstrata a ser concretizada como medida satisfativa dos interesses, paradoxalmente, não necessariamente da criança, mas a do requerente.

Daí as dificuldades enfrentadas diariamente na busca de uma solução destas questões, e que encontram respostas nem sempre adequadas, no andamento forense.

Embora o princípio do "melhor interesse" deva ser a tônica das decisões, na prática, assevera Tania da Silva PEREIRA, "desafia-nos a identificação no Direito brasileiro, deste princípio por meio das regras de interpretação e das normas de Direito positivo."³¹

Em verdade, a solução fica adstrita ao juiz, a quem cabe a interpretação da regra por meio dos princípios constitucionais, adicionando perspicácia e sensibilidade na busca da realização do efetivo interesse da criança.

No texto codificado, a guarda era exercida e se constituía como um dos direitos inerentes ao "pátrio-poder". Porém, a moderna concepção tem atribuído aos pais um complexo de direitos e deveres,³² que devem ser

³¹ PEREIRA, Tania da Silva. **O princípio do melhor interesse da criança**, 2000, p. 222.

 $^{^{\}rm 32}$ A respeito: "A principal diferença entre o direito subjetivo e o poder-dever é que enquanto o direito subjetivo destina-se a realização de um interesse do próprio titular, o poder-dever é sempre exercido no interesse alheio.

[&]quot;Portanto, a guarda - como de resto todos os elementos integrantes do conteúdo do pátrio-poder - constitui um dever dos pais e não um direito destes em relação aos seus

exercidos em relação aos filhos e no interesse desses.

Esse poder-dever a ser exercido pelos pais em proveito dos filhos constitui uma nova concepção de guarda.³³

Nessa tarefa, há que se levar em consideração a mudança qualitativa insculpida nos valores constitucionais que tutelam a família e a criança, agora tratada como sujeito de direitos e não apenas repositório das desavenças dos pais.

filhos. Consiste em ter consigo o menor, reger-lhe a conduta, protegê-lo, obrigando o seu titular ao dever de prestar assistência material, moral e educacional (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33). É dado que voltada unicamente para o interesse do menor, sujeitase a guarda às restrições que não recomendam seu deferimento a pessoas inidôneas, imaturas, ou portadoras de qualquer deficiência de natureza psíquica ou comportamental." (BAPTISTA, Silvio Neves. **Guarda e direito de visita**, 2000, p. 39.)

³³ Ensina Eduardo Oliveira LEITE que o "direito de guarda, exercido pelos pais em relação aos filhos, é antes um dever de assistência material e moral do que uma prerrogativa. Acarreta obrigação dos pais relativamente à sobrevivência física e psíquica dos filhos. Embora o Código Civil tenha privilegiado a noção de direito, o novo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8069 de 13.07.1990) imprimiu nova característica ao instituto favorecendo a idéia de dever, em favor dos menores." (**Temas de direito de família**, 1994, p. 133).

Dentro dessa nova concepção³⁴ de família, a criança tem merecido a atenção não só da doutrina, mas também do Poder Judiciário, dando relevo a questões referentes ao seu interesse e ao seu bem estar.

³⁴ No conhecimento do tema, cuja importância merece destaque, a doutrina revela: "O mundo jurídico assiste, neste século, fundamental mudança de paradigmas no que concerne à proteção da infanto-adolescência. Destinatária de inúmeros documentos internacionais de proteção de Direitos Humanos, a população infanto-juvenil passa a representar destacada preocupação das autoridades públicas dos diversos países, que vêem nela a continuação de seus projetos como Nação." (PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**, 1997, p. 639.)

3 NOVOS DESENHOS JURÍDICOS DA FAMÍLIA

O desenho jurídico da família estabelecido no Código Civil sofreu considerável evolução até chegar ao modelo plural da Constituição Federal.

Merece destaque, a propósito, a crescente valorização¹ da pessoa humana, tendo como princípio maior o da dignidade, preponderante sobre os interesses patrimoniais no texto constitucional.

A Carta Magna acolheu a pessoa na plenitude de sua dignidade,² em

¹ É da doutrina italiana que colhemos a melhor expressão de que "a pessoa prevalece sobre o patrimônio": "Com o termo, certamente não elegante, "despatrimonialização", individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a 'redução' quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo, não a 'humilhar' a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Isso induz a repelir a afirmação - tendente a conservar o caráter estático-qualitativo do ordenamento - pela qual não pode ser 'radicalmente alterada a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado'. Estes não são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustorados ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequarse aos novos 'valores', na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais. Estes não podem mais ser confinados aprioristicamente no papel de limites ou de finalidades exteriores, como se não fossem idôneos a incidir sobre a função do instituto e portanto sobre a sua natureza." (PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil, 1997, p. 33).

² O conceito da dignidade da pessoa está, com acerto, no centro de irradiação jurídica: "O conceito central de dignidade humana interfere, também, nas relações entre as normas jurídicas nacionais e internacionais, pois, no caso de conflito entre essas duas categorias normativas, a interpretação adotada deverá ser, sempre, a mais favorável à proteção de direitos fundamentais assegurados.

[&]quot;A definição do conteúdo material dos direitos fundamentais da personalidade exige, como se vê, a formulação de uma teoria unitária, que postula a existência de um 'direito geral da personalidade', bem como sua relação com os direitos fundamentais. Ambos devem ancorar-se na dignidade humana, para suprir a necessidade de tutela integral do sujeito, para além de sua compartimentalização e de seu reconhecimento pelas normas de origem

consonância com a proteção aos direitos fundamentais da personalidade, invocados no seu artigo 5° e no Capítulo VII, quando regulamenta a Família.

A propósito, tomando como ponto de partida o sistema privado clássico, num repensar crítico e no reexame das categorias fundamentais do Direito Civil ao final do século XX, colhe-se como exemplo ilustrativo as famílias monoparentais.

Da visão transpessoal, espelhada pelo Código, na qual o indivíduo vivia em função da instituição família, à visão eudemonista da família consagrada na Constituição, há uma mudança, cuja referência é decisiva para demonstrar este novo desenho: a realização da pessoa por intermédio da família.

O objetivo é examinar a travessia que vai da "despatrimonialização" à "repersonalização", numa visão que permita uma revisita ao direito privado clássico para apreender o passado, decodificar o presente e avaliar as perspectivas.

Repensar o Direito, especialmente o Direito de Família, demonstra que o que se projeta como valor maior não é o caráter patrimonial das relações e sim a realização da pessoa.

estatal." (GEDIEL, José Antônio Peres. Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo, 2000, p. 49).

3.1 SUPERANDO A CONCEPÇÃO FORMAL

A vida em família não se resume ao formalismo: explica-se e encontra sua razão de ser na ausência³ de modelos prévios e fechados.

Nessa seara, o amor e a solidariedade são valores informativos capazes de construir entre pais e filhos uma via de mão dupla, o que, na eventualidade de uma ruptura, opera no sentido de minimizar o distanciamento, conforme já referenciado relativamente aos institutos da guarda e mesmo quanto à pensão alimentícia.

De nada vale a lei se o seu destinatário não tem a compreensão e a dimensão dos interesses e não respeita a dignidade do outro, nem leva em conta, prioritariamente, as diferenças reais existentes entre os membros do grupo.

Nesse sentido, as atenções sobre a nova família recomendam sensibilidade especial no tratamento dos interesses da criança,4 nos litígios

³ Família e casamento não são mais sinônimos: "[...] a partir do momento que considerarmos a família como estrutura, veremos que a sua importância está antes e acima das normas que determinam sobre as formalidades de um casamento, por exemplo. É preciso não confundir família com casamento, noções equivocadas daqueles que afirmam que esta é constituída pelo casamento, quando na verdade é apenas uma das formas de sua constituição.

[&]quot;Em 1988, o legislador constituinte, como já se disse, parece ter entendido essas noções, positivando aquilo que já era costume e, principalmente, ampliando o conceito de família, deixando claro que ela não se constitui somente pelo casamento, mas também através de uniões estáveis de qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226).

[&]quot;A partir do momento que apreendermos a distinção dessas noções, vendo a família de forma mais universalizada, certamente a evolução e crescimento da ciência jurídica terão outra dimensão." (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável,** 1996, p. 27).

⁴ A experiência tem relevado as dificuldades enfrentadas pela criança quando da separação de seus pais, cuja separação se demonstrará eficaz a medida em que o filho tenha sentimento de ter sido a causa da separação de seus pais. Ver a respeito: "A criança sentese ao centro do mundo. Quando acontece qualquer coisa em função da qual vem a sofrer

de família.

Este é um desafio a ser enfrentado, a fim de minimizar a dor e a angústia daqueles que sofrem com a ruptura do vínculo familiar, seja na separação consensual, seja na litigiosa, pois as fendas uma vez abertas, dificilmente encontrarão suporte suficiente para se fecharem, sem deixar cicatrizes.

Fatores históricos, culturais e sociológicos determinaram a superação do padrão da grande família do início do século, passando pela família nuclear e chegando, nas vésperas do terceiro milênio, à família monoparental.

Da família centrada exclusivamente no matrimônio, o Direito contemporâneo, sem descurar do casamento nas relações familiares, abriu novos espaços jurídicos para a convivência familiar.

A família, certamente, foi uma das instituições civis que mais recebeu modificações na sua estrutura interna e externa no curso do século XX.⁵

Essas profundas alterações no plano do direito positivado ganham

ou alguém vem a sofrer, ela acredita ser o agente provocador. Quando temos a oportunidade de escutar uma criança – vamos chamá-lo de Paul – que se acredita responsável pelo divórcio dos pais, é importante dizer-lhe: "Não é verdade que tenha sido por sua causa que seus pais se divorciaram. Se isso acontecesse com os pais de Pierre, de Sylvie ou de outros, também diriam que foi por causa deles que os pais se separaram, mas não é por isso. Seus pais não estavam maduros para ter um filho, e sua mãe não deixou seu pai dominar a situação. Quando você, você desempenhou seu papel de filho; eles não desempenharam seu papel de pais." (DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam,** 1996, p. 96).

⁵ O Código Civil refletiu a estrutura social do país assinalada pela idéia de completude na regulação dos direitos de família, vencida na transformação operada pela Constituição: "A família por princípio, não tem mais o desenho jurídico do ente familiar patriarcal fundado na lei de desigualdade, exclusivamente matrimonializado e transpessoal. [...] Daí emergiu uma dimensão renovada, eudemonista, florescida para dar espaços à igualdade e a direção diárquica, à não-discriminação." (FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**, 1999, p. 303-304).

visibilidade na segunda metade do século, quando a mulher deixa de ser "relativamente incapaz",6 adentrando ao mercado de trabalho.

Esta "revolução" industrial se manifestou no Brasil acompanhada da liberalização dos costumes, fazendo com que a mulher ascendesse na sociedade e gradativamente fosse superando a sua tradicional posição de submissão.

A família, tendo a mulher como um de seus pilares básicos, sofreu necessárias transformações, à medida que a mulher assumiu novas funções, ocupando outros espaços dentro da sociedade.

Decorre daí, principalmente (embora não exclusivamente) serem reconhecidos outros tipos de família: da família matrimonializada e patriarcal tipificada pelo Código, passando pela família nuclear, emergem as uniões estáveis como entidades familiares, em cujo arcabouço plural se revela, ainda, a monoparentalidade.

Da codificação clássica, passando pelos estatutos voltados para o Direito de Família, toma-se o rumo da "constitucionalização".

Segundo anotou Luiz Edson FACHIN, esse importante fenômeno reflete que "rente à história e preso à vida mutante, o estudo no âmbito do Direito de Família, não se dá apenas sob o teor objetivo. É mais que um

 $^{^6}$ $\it Cf.$ Lei 4.121, de 27.08.1962, artigo 1º, que alterou a redação do artigo 6º, do Código Civil .

⁷ Com todo acerto, anotou-se: "Alargou-se o conceito de família, que, além da relação matrimonializada, passou a albergar tanto a união estável entre um homem e uma mulher como o vínculo de um dos pais com seus filhos. Para a configuração de uma entidade familiar, não mais se exige, como elemento constitutivo da família, a existência de um casal heterossexual, com capacidade reprodutiva, pois dela não dispõe a família monoparental." (DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**, 2000, p. 55.)

conjunto de normas que regulam as pessoas que estão legadas entre si por uma relação de parentesco de outro vínculo que o Direito estabeleça".8

Nessa perspectiva, a "publicização" ganha espaço para alcançar as mudanças havidas na família.

A Constituição de 19889 teve grande importância como instrumento reunificador do Direito de Família, então fragmentado em diversos textos normativos, evoluindo, ademais, no sentido de pluralizar o conceito de família.

A busca da proteção da dignidade humana e da felicidade de seus membros contempla formas plurais de entidades familiares.

Diversas modalidades de convivência foram emolduradas pela Constituição Federal de 1988, passando então a ter existência e relevância jurídica.

Nessa linha, a família, neste final de século, ganha um novo contorno, passando a ser o centro de realização da pessoa, uma comunhão de afeto, o seu fim último de vida em sociedade.

A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 226, parágrafo primeiro, assenta que a família pode se constituir pelo casamento civil. O legislador constitucional reconhece, no entanto, a existência de outras

⁸ *Ibidem*, p. 308.

⁹ A expressão de Gustavo Tepedino a propósito do tema, é preciosa: "[...] altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial pelo menos um dos genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para realização espiritual e desenvolvimento da personalidade de seus membros." (TEPEDINO, Gustavo. **Temas do direito civil,** 1999, p. 350).

expressões de família.

Esta orientação obedece à diretriz pela qual uma das mudanças vivenciadas pelo tempo presente é o reclamo da efetividade¹⁰ real, da concreta realização do Direito, não mais apenas visto como formulação abstrata ou virtual.

As famílias de fato sempre existiram, contudo, sem o amparo e proteção do Estado, porque viviam, de algum modo, à margem da sociedade e da própria lei. O reconhecimento jurídico delas prova a superação da concepção formal (e estrita) de família.

Ademais, é incontestável a superação do tipo de família que se constituía como grupo econômico. "O casamento era o meio lógico de se garantir a prosperidade do grupo ao mesmo tempo em que a união do casal mantinha a aliança entre duas famílias". 11

Nessas transformações, a mulher teve (e tem) um papel importante, dando novos contornos sociais à família. À medida que ela deixa de ser apenas a esposa responsável pelas atividades domésticas e pelos filhos, ingressando no mercado de trabalho e, por via de conseqüência, participando da economia doméstica, todo o contexto da família se transforma.

¹⁰ Adote-se, para tanto, a orientação constitucionalista: "A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preconceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quando possível, entre o dever-se normartivo e o ser da realidade social." (BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas,** 1993, p. 79).

¹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**, 1997, p. 16.

A família já não é mais a mesma, 12 reunindo marido e mulher. Cada um deixa de ter um papel específico dentro do grupo, e o número de filhos se reduz.

Paralelamente, vão ganhando molduras de valorização os seus membros, surgindo um novo tipo de família, a "nuclear".

Dentro deste novo quadro social, a "constitucionalização" do Direito de Família recepcionou a igualdade, a família sem casamento, a monoparentalidade, afastando quaisquer barreiras ao reconhecimento dos filhos, independente de sua origem.¹³

A inserção constitucional dessas realidades revela o passo do reconhecimento social pelo mundo jurídico: embora não sendo situações novas, infinitas são as consequências advindas da sua recepção pelo Direito.

Não obstante isso, há avanços e recuos no reconhecimento real e efetivo da dignidade da condição feminina. O debate sobre a pretensão de ser pessoalmente pensionada sem uma necessidade real e a discussão acerca da manutenção do nome¹⁴ pela mulher casada, após a separação, são exemplo de contradições encontráveis nas lides forenses a respeito.

¹² Quando se diz de uma nova família não é possível deixar de lembrar que a Mary Ann GLENDON afirmou que "the *new family* is a convenient way of referring to that group of changes that characterizes 20th century Western marriage and family behavior". (**The new family and the new property**, 1981, p. 3-4). Tradução livre da autora: "A nova família é um modo conveniente de se referir àquele grupo de mudanças que caracteriza o casamento ocidental de século 20 e o comportamento da família".

¹³ A propósito desse fenômeno de "constitucionalização", cite-se, entre outros, Maria Celina Bodin de Moraes TEPEDINO, (**A caminho de um direito civil constitucional**, 1993, p. 21-32).

¹⁴ Vê-se na jurisprudência fenômenos dessa ordem: "Preservação do **nome** do marido, que se mostra admissível, em razão da permanência da obrigação de pensionar e da honorabilidade reconhecida em favor do cônjuge-mulher." (Recurso Extraordinário n.

As novas formas de conjugalidade, merecedoras de dignidade jurídica, superam o tratamento discriminatório atribuído no passado ao concubinato e à mãe solteira, representando, por certo, um desafio para os sociólogos, legisladores e juristas.

3.2 NOVOS NINHOS, OUTROS NÓS

A monoparentalidade tem-se revelado emblemática no novo desenho jurídico da família, fincada em laços socioafetivos: o "ninho" na concepção de Michelle PERROT. 15

A origem da noção de monoparentalidade situa-se na Inglaterra, em 1960, quando, ao constatar, em levantamentos estatísticos, a pobreza das famílias, ocasionada pelo rompimento do casamento, intentou-se em classificá-las como *one-parent families* ou *alone-parent families*.

A definição ainda tem contornos complexos, pois o que se busca saber é o que seja efetivamente uma família monoparental, dentro da complexidade das relações humanas.

No contexto atual, em termos conceituais, há quem considere família monoparental tanto a vivida em união livre quanto aquela resultante de casais separados.¹⁶

 15 Michelle PERROT, **O nó e o ninho**, artigo da historiadora francesa publicado no Brasil no livro "Veja 25", em 1993.

^{108008.} J. 15/08/1986.)

¹⁶ Cf., a respeito, Eduardo Oliveira LEITE (Famílias monoparentais).

Acolhida, ou não, essa concepção, as situações mais comuns de monoparentalidade são aquelas oriundas de um casal que se separou ou se divorciou; aqueles casos vivenciados em uniões livres; pai ou mãe solteiros, o adotante solteiro, ou, por fim, o viúvo ou viúva.

A nova família busca construir uma história em comum. Não se trata mais da união formal, eventualmente sequer se cogita do casal. O que existe é uma comunhão efetiva, cuja ausência¹⁷ implica a falência do projeto de vida.

No contexto atual, não se identifica o pai com o marido: papéis e funções são diversas, como já se reconheceu¹⁸ com inteiro acerto, na jurisprudência.

A separação ou divórcio é conseqüência da ruptura do projeto de vida, suportando todo o grupo familiar os seus efeitos, que vão variar de acordo com o meio socioeconômico em que a família se encontra inserida.

Numa ótica interdisciplinar, esses efeitos, positivos ou negativos, são os mais amplos possíveis: preservação da dignidade, ou carência afetiva, empobrecimento e dificuldades, ou maior disponibilidade para o trabalho, a

¹⁷ Há sensível percepção dessa realidade: "Se o caderno processual ressalta cristalina a circunstância de que o lar conjugal está em escombros, solopados seus alicerces pela mutua aversão, reciproco desentendimento e que marido e mulher estão divorciados pelo coração e pelos sentimentos, ao poder judiciário não resta outra alternativa que não a de sacramentar a **separação** judicial, refúgio final das uniões infelizes e que não mais tem condições de permanecer incolumes." (Apelação Cível. Acórdão: 6241. Rel.: Des. Oto Sponholz. Curitiba. Primeira Câmara Cível. Publ. 12/06/1989.)

¹⁸ Cite-se, a propósito: "A preservação dos laços afetivos entre os **filhos** e o genitor que não detém a guarda, deve ser facilitada, inclusive propiciando-se horário de visitas mais alargado. Quem não foi bom marido pode ser excelente pai." (Apelação Cível n. 0034009/94 DF. Acórdão: 78.602. Segunda Turma Cível. Relator: Des. Carmelita Brasil. **DJ** 20/09/95, p. 13.378).

constituição de uma nova família, a partir de outra união, ou uma vida solitária.

Independente da condição social, e da localização geográfica do fenômeno, no entanto, registra-se o empobrecimento da família monoparental.

No Brasil, o fenômeno da monoparentalidade, traduzido na realidade das mães solteiras, vivido por nove milhões de mulheres, transparece nitidamente no empobrecimento das camadas mais baixas da população, em que há todos os tipos de dificuldades econômicas, a que se acrescem as injustiças sociais enfrentadas no mercado de trabalho.

Grande número de mães solteiras o é em consequência de uniões informais, com gravidez precoce, desfeitas de forma volátil.

Conforme assevera, a propósito, WOORTMANN: "a organização familiar das classes pobres, com sua ênfase no vínculo mãe-filhos, e sua instabilidade conjugal, não deve ser considerada como um 'desvio patológico' de padrões dominantes (padrões dos grupos sociais dominantes), mas sim como um 'equivalente invertido', desde um ponto de vista, e como uma inversão adaptativa, deste outro". 19

Se isto não exclui que, em segmentos sociais economicamente mais privilegiados, a maternidade seja uma opção da mulher solteira, como um gesto de força e de amor, são realidades distintas dentro de uma mesma sociedade, ambas merecendo atenção, em nome da proteção da prole daí

¹⁹ Cfe. Klaas WOORTMANN (A família das mulheres, 1987, p. 116).

advinda.

Por outro lado, para as mulheres de classe média que se separam, não será fácil recompor a família a partir de uma outra união, no sentido de encontrar um companheiro na sua faixa etária, e nas mesmas condições econômicas, como revela recente estatística.²⁰

Seja qual for a situação socioeconômica envolvida, neste quadro a noção de *pater* desaparece, e é possível falar de um sistema "matricentrado", em especial porque, quando uma relação conjugal é dissolvida, os filhos permanecem, na maioria dos casos, sob a guarda da mãe.²¹

Ao assumir a "chefia" da família, por sua vez, a mulher o faz, como regra, em situação de desvantagem em face da condição masculina, por diversas razões. No mercado de trabalho, a sua remuneração é, não raro, menor que a do homem e as despesas domésticas continuarão as mesmas, situação que irá influir diretamente no padrão de vida dos membros do grupo familiar.

Tal realidade revela uma radical alteração de percurso diante do padrão estabelecido pelo legislador de 1916, que tomou como modelo os casamentos formalizados, muito embora as raízes históricas do Brasil

²⁰ **Revista Veja**, edição 1545, p. 66. A matéria traz fontes do IBGE de 1994, informando que quanto mais idade, mais difíceis são as chances de se casar. "Além da idade e dos filhos, as mulheres apontam a independência, fato consumado para boa parte dessa geração feminina, como elemento negativo adicional".

²¹ Exemplar pesquisa sobre a "matrifocalidade" familiar isso revela: "A noção de família, no sentido de família doméstica, liga-se estreitamente à norma que estabelece com quem ficam os filhos no caso de separação conjugal. Como pode ser facilmente inferido, a autoridade doméstica repousa sobre a mulher: de fato, muitos homens queixavam-se de que não tinham autoridade sobre os filhos da mulher com parceiros anteriores." (WOORTMANN, Klaas. **A família das mulheres**, 1987, p. 74).

Colônia indicassem, já naquela época, a presença de uma pluralidade de uniões fáticas.

O reconhecimento dos novos papéis e funções dentro da família, ora marcado, ao menos no texto constitucional, pelo princípio da igualdade, requer mecanismos de atuação para sua efetiva implementação, especialmente do Poder Judiciário. ²²

Na tutela da dignidade das pessoas, e não necessariamente do "patrimônio", avanço houve com o legislador constitucional de 1988, que estendeu a proteção do Estado a uma pluralidade de famílias e a toda a comunidade dos filhos engendrados nas diferentes situações.

Segundo o discurso constitucional, a valorização da pessoa, da sua dignidade e a solidariedade social direcionam-se para uma sociedade mais justa e igualitária.

Para o Direito de Família, representa um grande desafio compreender e trabalhar esses novos padrões relacionais.

Essa busca não se realiza apenas na dimensão teórica da investigação, devendo se revelar na prática concreta dos direitos em sua perspectiva forense.

Pensar a nova família significa, portanto, repensar a atividade do

²² É a lição que se colhe da doutrina: "Per di più, la riforma del dirritto di famiglia, coll'attuazione dell'eguaglianza coniugale prevista dalla Costituzione, coll'attribuzione, della protestà sui figli ad genitori, há acresciuto l'esigenza dell'intervento del potere giudiziario nella vita della famiglia, per rimediare alla soppressione della disoluzione interna dei contrasti insorgenti in seno alla famiglia stessa." (DE CUPIS, Adriano. Il diritto di famiglia, 1988, p. 16). Tradução livre da autora: Além disso, a reforma do direito de família, com atuação da igualdade conjugal prevista pela Constituição, com atribuição de pedir seus filhos aos pais, acrescentou a exigência da intervenção do poder judiciário na vida da família, para remediar

Poder Judiciário, indo além das promessas não cumpridas.²³

a supressão da dissolução interna dos contrastes insurgentes no seio da própria família.

²³ A constatação não deixa margem à dúvida. Apesar de todo o esforço do constituinte de 1988, a implementação de mecanismos para a realização efetiva das mudanças anunciadas, na prática se mostrou inoperante: "Na verdade, o pretendido alívio não se deu, ocorrendo antes o contrário." (JOBIM, Nelson A. ; MENDES, Gilmar Ferreira. **A reforma do Judiciário**, 1996, p. 111).

CONCLUSÃO: PERSPECTIVAS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Desafios e perspectivas se apresentam na arquitetura jurídica da nova família, dissociada do projeto único tradicional.

Os paradoxos da vida contemporânea revelam profundas modificações havidas na sociedade e na família. A família ressurge como meio para a realização pessoal de seus membros. Um ideal ainda em construção.

A recuperação das informações históricas, levada a efeito na presente dissertação, buscou resgatar, nas fontes, os elementos caracterizadores do conceito tradicional da família brasileira.

¹ A lúcida análise revela que a família sofreu, sofre e por certo passará ainda por transformações, porque o homem está sempre em busca de novas formas de se harmonizar adaptando-se a evolução do seu tempo: "Não acho que os europeus estão deixando de ter filhos por descrença no futuro. Em vez disso, acho que, no passado, as mulheres tinham muitos filhos porque não conseguiam nem mesmo imaginar outra vida. Era a vontade de Deus. Se a taxa de natalidade comprova algo, é um nível mais elevado de educação e um nível ainda mais alto de planejamento financeiro. Há dois momentos na vida em que os indivíduos enfrentam grande pressão financeira: o primeiro é quando têm filhos pequenos: o segundo, quando estão velhos e não possuem uma poupança que lhes proporcione independência. Portanto, o fato de não ter filhos é uma extraordinária vantagem econômica. No passado, era possível pensar que os filhos poderiam ajudar no orçamento familiar, pois começavam a trabalhar como camponeses ou operários ainda muito pequenos. Hoje, em vez disso, os filhos só começam a ganhar dinheiro com vinte ou mesmo trinta anos de idade. Quanto mais escolarizados e qualificados profissionalmente, mais longo é o período em que constituem um fardo para a família. Antes de tudo, o decréscimo da natalidade é, portanto, uma decisão financeira possibilitada pelos métodos anticoncepcionais.

[&]quot;No século XIX, o sistema jurídico que regulamentava a propriedade e a transmissão dos bens desempenhou papel importante nas tendências demográficas. Os franceses reduziram sua taxa de natalidade porque, segundo o Código Napoleônico, teriam de dividir suas terras entre todos os filhos, enquanto os aristocratas ingleses tinham muitos filhos porque só o primogênito tinha o direito de herdar e, por isso, o patrimônio permanecia intacto em suas dimensões e em seu valor. Como podemos ver, os fatores econômicos são muito importantes.

[&]quot;Porém, hoje é ainda mais importante a consciência, por parte das mulheres, de que podem escolher estilos de vida alternativos, pois não há mais o modelo único da maternidade. Este foi um grande passo adiante, mas também um enorme passo em direção ao desconhecido." (HOBSBAWN, Eric. **O novo século**, 2000, p. 184-185.)

A partir de suas origens, levou-se a cabo sucinto evolver da história das relações familiais no Brasil, à luz de informações e dados carreados apenas *quantum satis* para os fins do exame proposto, almejando contribuir, no presente para o debate dos dilemas que se irradiam para o porvir.

Partindo do legado deixado pela herança colonial, ancorou-se o exame crítico no sistema adotado pelo Código Civil brasileiro,² que jamais correspondeu à realidade, objetivando realçar a estrutura familiar superada com o movimento contemporâneo da "constitucionalização", destacando uma nova tábua de valores nucleados sob o princípio da dignidade da pessoa humana.

Delimitado o campo de análise, passou-se à seara que imbrica na investigação teórica a dimensão concreta dos litígios familiares, trazendo, por isso, à colação temas como alimentos e guarda de filhos.

Aí se evidenciam os desafios que reclamam um novo olhar para o Direito de Família, voltado para a efetividade material dos direitos fundamentais, assentados na dimensão pessoal, superando a conotação patrimonializada das relações familiares.

Esse é um caminho cujas vias de acesso não se mostram, ainda, completamente desobstruídas da herança colonial que impregnou a codificação civil, patriarcal e patrimonialista, embora sem albergar toda a

² Chancela-se a superação da disciplina codificada de 1916: "Esse Código é produto da sua época, com formação eclética e influência do direito francês e da técnica do Código alemão. Feito por homens identificados com a ideologia dominante, representa o sistema normativo de um capitalismo colonial no campo das relações civis." (Francisco AMARAL, **Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro**, 1994, p. 73).

realidade social.

Nesse rumo, situa-se, de um lado, a subjetividade inerente (e ineliminável) aos litígios de família, e de outro, a dimensão do patrimônio, que é chamada para preencher um valor jurídico, por paradoxal que seja.

Por isso, não é possível considerar absoluta a separação que há, embora nem sempre aparente, entre a dimensão do *ter* e a dimensão do *ser* em matéria de família.

No novo horizonte que se coloca para a família, a intervenção do Estado merece uma apreciação crítica,³ mesmo quando, aparentemente, exerce papéis protetivos.

Os desafios enfrentados diariamente no foro quase sempre dizem respeito a uma criança, às vezes assumindo o lugar de um objeto de desejo, disputado no exercício do direito de guarda e visitas e, numa dimensão mais grave, na busca e apreensão.

A busca do atendimento aos "interesses da criança" está positivada no Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem tais interesses como regra fundamental, inspirada no texto constitucional, que estatuiu a garantia de um desenvolvimento digno e sadio, em exortação à dignidade humana.

O porvir reclama um repensar da pessoa, visando ao seu bem estar,

³ A proteção supõe desigualdades: "Progressivamente, o Estado ganhou mais importância para as mulheres: maior mobilização e intervenção de mulheres no sistema político, e aumento de sua participação em cargos governamentais. Até ao momento e mesmo hoje, a nossa forma de Estado, quer no aspecto de Estado-de-Direito quer no Estado-Providência, continua a poder considerar-se um Estado, em grande medida, protector das mulheres, já que só escassamente as tem feito participar na distribuição das vantagens e das desvantagens." (DAHL, Tove Stang. **O direito das mulheres**, 1993, p. 9.)

repensar que passa, no esfera dos interesses sociais, pela redefinição no papel do Estado.⁴

Há muito a fazer nesse campo, cabendo implementar políticas efetivas na tutela da família e da criança. Daí a importância da construção jurisprudencial que venha a garantir a efetividade desses direitos.

A procura do novo desenho jurídico familiar passa pela superação da herança colonial e do tradicional modo de ver os sujeitos das relações familiares como entes abstratos.

Esses sujeitos, especialmente a mulher,⁵ têm tempo e espaço formalmente delineados, porém não efetivamente realizados, num País à busca de seu próprio futuro.

Esse é um desafio a ser enfrentado. Não são singelas as novas

⁴ A radiografia do presente não deixa dúvidas: "Constada a impossibilidade desse processo de marginalização auto-alimentador ser solucionado pela família, surge a imprescindibilidade de uma atuação mais eficiente e eficaz do Estado, a quem compete a missão maior de realizar o bem comum, ativando de maneira positiva seus instrumentos para dar conseqüências práticas ao seu dever, efetivando com absoluta prioridade os direitos e os interesses assegurados à criança e ao adolescente no novo texto constitucional.

[&]quot;De nada adiantará o Estado ser formalmente edificado sob a noção da dignidade da pessoa humana se ele próprio, na prática, não proporciona os meios e as condições para que os cidadãos exerçam o seu direito de serem dignos." (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direitos de família e do menor**, 1992, p. 178.)

⁵ Consoante se lê na análise precisa: "A mulher genérica não existe. O que há são mulheres localizadas na estrutura social e arcando com o ônus desta inserção. A intensidade da discriminação, portanto, varia segundo as classes sociais. Cada mulher vive a condição feminina em determinadas circunstâncias, derivadas das diferentes classes sociais. A existência da discriminação, entretanto, é comum a todas as mulheres, independente da condição de classe. A situação de inferioridade social em que vivem as mulheres, todavia, é insuficiente para constituir-se num liame sólido. A pertinência a uma classe social apresenta-se com muito mais vigor na determinação das estratégias de sobrevivência e na luta política. Têm raízes aí as dificuldades do feminismo apolítico, que se pretende acima das classes sociais. Este é o feminismo burguês, fantasiado de a-ideológico. Todos os feminismos têm lugar no interior das classes sociais, pois estas constituem a base das ideologias políticas. Estas nunca poderiam ser informadas por categorias de sexo, que se complementam na reprodução biológica e, via de regra, na produção social." (SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **O fardo das brasileiras**, 1979, p. 33).

questões que se apresentam, gerando paradoxos e inquietações.6

Os novos "nós" que surgem demonstram que a história da família é não linear e sim feita de rupturas:⁷ as mudanças estão se concretizando no Direito de Família, abrindo espaço para a superação do legado colonial e do modelo patriarcal.

Certamente, contudo, deveremos ter a sabedoria para desatar os "nós".

A família é ninho, pois neste fim de século ela somente tem sentido na medida em que existe para a realização de seus membros;⁸ é refúgio caloroso, centro de felicidade, onde o indivíduo se realiza plenamente.

Ao assim entendê-lo, terá o Direito de Família brasileiro alavancado na perspectiva constitucionalizada, finalmente vencidos a herança colonial e o modelo codificado, a possibilidade de abrir as portas para a construção possível da família do terceiro milênio.

⁶ A pena sensível da doutrina captou esse momento: "Não se deve estranhar que as respostas a estas perguntas ainda não sejam seguras. O assunto é novo e o Direito não gosta de se adaptar à pressa às realidades, mesmo que estas sejam prementes." (OLIVEIRA, Guilherme de. **Temas de direito da medicina**, 1999, p. 182).

⁷ Por isso, subscrevemos a crítica central à idéia de nova codificação civil: "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. O presente plural, exemplificado na ausência de modelo jurídico único para as relações familiares, se coaduna com o respeito à diversidade, e não se fecha em torno da visão monolítica da unidade." (FACHIN, Luiz Edson. O código da indiferença, 1998, p. 24).

⁸ Bem espelha essas transformações a melhor doutrina: "A família transforma-se no sentido de que se acentuam as relações de sentimentos entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais. É o fenômeno social da família conjugal, ou nuclear ou de procriação, onde o que mais conta, portanto, é a intensidade das relações pessoais de seus membros." (OLIVEIRA; MUNIZ, **Direito de família**, 1990, p. 11).

Que esse seja mais que um belo sonho e que tal intento não se reduza à esmaecida utopia!9

⁹ Novos desenhos familiares fomentaram interessantes utopias, não de todo esquecidas. Sobre elas e seus reflexos no sistema jurídico e social, há questões instigantes: "Eu chegaria mesmo a dizer: por que procurar institucionalizar relações pessoais? Que o direito trate sobre elas na medida em que toda sociedade conduz a uma sociedade de bens, e corre o risco de ter problemas, de acordo. Mas que não se esconda este aspecto (não necessariamente sórdito) das coisas. Que não se glorifique o casamento. Que não se aproveite dele para manter uma diferença de estatuto entre filhos saídos de leitos diferentes. Que não se condenem as uniões que parecem apresentar exteriormente outros caracteres do que aqueles que são sexualmente (erradamente se diz 'moralmente') admitidos pelo rumor comum. Que não se hesite em colocar em causa a instituição familiar e o casamento ele próprio, em sua qualidade de instituição.

[&]quot;Os juristas se acharam na encruzilhada entre dois caminhos: contemplar um mundo do qual eles guardam a lembrança, ou então abrir uma investigação nova. Eles perderam o trem. O fenômeno comunitário já tem uma história, que não se parece com a nossa. Se ele já pertence ao domínio da história, seria ela a nossa? A questão é de saber se nossa filosofia, nossas mentalidades, nossos juristas não são impotentes para compreender a diferença. Mas a 'margem' ela mesma é tão reduzida, e nossos jovenzinhos, tão bemcomportados." (ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**, 1991, p. 139).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1. ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: MELLO E SOUZA, Laura de (Org.). **História da vida privada no Brasil** : cotidiano e vida privada na América portuguesa. São Paulo : Companhia das Letras, 1997. p. 83-154.
- 2. ALMEIDA, Giselle Groeninga de. Mediação, forma de gerenciar mudanças. **Gazeta Mercantil**, São Paulo, 18 jul. 2000, p. 6.
- 3. ____. **Mediação** : um instrumento da interdisciplina. Apresentação no Curso "Direito e Família" promovido pelo IASP, jun. 1999.
- ALVIM PINTO, Teresa Arruda (Org.). Repertório de Jurisprudência e doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: RT, 1993.
- 5. AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. **Revista O Direito**, Rio de Janeiro, a. 126, p. 63-81, 1994.
- 6. ÀRIES, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro : Guanabara Koogan, 1981.
- 7. ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização** : lições de filosofia do direito e do estado. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- 8. ____. O direito traído pela filosofia. Porto Alegre: S. Fabris, 1991.
- 9. ASSOCIAÇÃO JUIZES PARA A DEMOCRACIA. Comitê Paulista em Defesa do Estatuto da Criança e do Adolescente. Carta aberta. São Paulo, a. 5, n. 20, abr./jun. 2000.
- 10. AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil** : teoria geral das obrigações. 8. ed. rev. atual. São Paulo : RT, 2000.
- 11. ____. **Bem de família** : com comentários à lei 8.009/90. 4. ed. rev. ampl. São Paulo : RT, 1999.
- 12. ____. União estável antiga forma do casamento de fato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 701, p. 7-12, mar. 1994.
- 13. BADINTER, Elisabeth. **Um é o outro** : relações entre homens e mulheres. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1986.

- 14. BAINHAM, Andrew. **Children the modern law**. 2. ed. Bristol: Jordan, 1998.
- 15. BAPTISTA, Sílvio Neves. Guarda e direito de visita. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Pernambuco, a. 2, n. 5, p. 36-50, abr./jun. 2000.
- 16. BARRETTO, Vicente de Paulo. Interpretação constitucional e estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 11-23, jan./mar. 1996.
- 17. ____. O conceito moderno de cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 192, p. 29-37, abr./jun. 1993.
- 18. ____. Prefácio. In: ____ [Org.]. **A nova família** : problemas e perspectivas. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
- 19. ____. Uma leitura ética da história. In: SALDANHA, Nelson. **Ética e** história. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.
- 20. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- 21. BEVILAQUA, Clovis. **Direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1938.
- 22. BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.
- 23. ____. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1993.
- 24. BITTENCOURT, Edgar de Moura. Guarda de filhos. : Leud, 1981.
- 25. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 108008. 1ª Turma. Rio Grande do Sul. Rel. Octavio Gallotti. J. 15 ago. 1986. Ementa: Saparação Judicial. Culpa recíproca. Dispositivos dados como violados, mas não ventilados pelo acórdão referido, que admitiu a obrigação de pensionar, em face de acordo anterior e da conduta processual do recorrente, sem examinar a questão sob o prisma do art. 19 da lei n. 6515-77. **DJ**, 19/09/86, p. 17144.
- 26. BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 0034009/94. 2ª Turma Cível. Rel. Des. Carmelita Brasil. J. 08 maio 1995. Ementa: Separação litigiosa Culpa comprovada através de prova oral admissibilidade. A partilha dos bens arrolados é conseqüência da

- extinção da sociedade conjugal O direito de visitas deve atender sobretudo aos interesses dos menores. **DJ**, 20/09/95, p. 13.378.
- 27. BUENO, Eduardo Bueno. **A viagem do descobrimento** : a verdadeira história da expedição de Cabral. Rio de Janeiro : Terra Brasilis, 1998.
- 28. ____. **Náufragos, traficantes e degredados** : as primeiras expedições ao Brasil. Rio de Janeiro : Objetiva, 1998. v. 2. Coleção Terra Brasilis.
- 29. BUSSI, Emilio. La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune : contratti, sucessioni, diritti di famiglia. In: ROTONDI, Mario. **Studi di diritto privato**. Padova : CEDAM, 1971. v. 27.
- 30. CAHALI, Francisco José. **União estável e alimentos entre companheiros**. São Paulo : Saraiva, 1996.
- 31. CAHALI, Yussef Said. A situação jurídica do filho nascido fora do matrimônio. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 24, 2 quinz. dez. 1992.
- 32. ____. **Dos alimentos**. 2. ed. São Paulo : RT, 1990.
- 33. CAMARGO, Joecy Machado de. Guarda e responsabilidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira [Coord.]. **Repertório de doutrina sobre direito de família**. São Paulo: RT, 1999. v. 4: Aspectos constitucionais, civis e processuais. p. 214-275.
- 34. CAMPOS, Diogo Leite de. **A invenção do direito matrimonial**. Coimbra: LAEL, 1995. v. 1: A institucionalização do casamento.
- 35. CASTRO, Hebe M. Mattos de. Laços de família e direitos no final da escravidão. In: ALENCASTRO, Luiz Felipe [Org.]. **História da vida privada no Brasil**. São Paulo : Companhia das Letras, 1997. v. 2: Império : a corte e a modernidade nacional.
- CATTANEO, Mário A. Persona e stato di diritto: discorsi alla Nazione Europea. Torino: Giappichelli, 1994.
- 37. CHAVES, Antônio. **Lições de direito civil** : direito de família. São Paulo : RT, 1974. v. 1.
- 38. CORREAS, Óscar. **Introducción a la crítica del derecho moderno**. México: Universidad Autonoma de Puebla, 1986.
- 39. ____. Introducción a la sociologia juridica. Coyoacán : Coyoacán, 1994.

- 40. CRETNEY, Stephen. **Elements of family law**. London: Sweet and Maxwell, 1987.
- 41. DAHL, Tove Stang. **O direito das mulheres**. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1993.
- 42. D'AGOSTINO, Francesco. **Una filosofia della famiglia**. Milano : Giuffrè, 1999.
- 43. DE CUPIS, Adriano. Il diritto di famiglia. Padova: CEDAM, 1988.
- 44. DIAS, Maria Berenice. **União homossexual** : o preconceito a justiça. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.
- 45. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável como entidade familiar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 667, p. 17-23, maio 1991.
- 46. DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro : Zahar, 1996.
- 47. FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família** : curso de direito civil. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- 48. ____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.
- 49. ____. O código da indiferença. **Folha Acadêmica**, Curitiba, n. 120, p. 24, 1998.
- 50. _____. O impacto das mudanças sociais no direito de família : singrando entre dois Brasis do casamento codificado às famílias não "matrimonializadas" na experiência brasileira. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 48, 1999/2000. Separata de CONFERÊNCIAS NA FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA, 1999/2000.
- 51. ____. Paternidade e ascendência genética. In: LEITE, Eduardo de Oliveira [Coord.]. **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 163-176.
- 52. FAORO, Raymundo. **Os donos do poder** : formação do patronato político brasileiro. 7. ed. Rio de Janeiro : Globo, 1987. v. 1.
- 53. FERNANDES, Milton. A família na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 654, p. 16-37, 1989.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. O projeto de novo código civil e a tutela dos direitos individuais coletivos. Scientia Iuris, Londrina, v. 1, n. 1, p. 42-60, 1997. 55. _. Conjugalidade : descasamento e recasamento e fim do amor. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coord.]. A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 93-104. _. Bioética e biodireito. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 2/3, p. 41-63, 1998/1999. FREEMAN, Michael. The best interests of the child? Is the best interests of the child in the best interests of children? International Journal of Law. Policy and the Family, Oxford, v. 11, n. 3, p. 360-388, 1997. 58. FREYRE, Gilberto. Casa grande e senzala. Rio de Janeiro : José Olympio, 1983. FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Hemus, 1975. 60. GARCIA, Alexandre. TIT. ARTIGO, Gazeta do Povo, 05 maio 1998. 61. GEDIEL, José Antônio Peres. Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. GEHLEN, Marília Kraemer. Estado atual da guarda no Brasil. In: SILVA, Reinaldo Pereira e ; AZEVÊDO, Jackson Chaves de. Direitos da família: uma abordagem interdisciplinar. São Paulo: LTr, 1999. p. 106-114. GLENDON, Ann. The new family and the new property. Toronto: Butterworths, 1981. GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. In: Direito privado: novos aspectos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 47-62. . **Direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1978. 65. . 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. 66. O novo direito de família. Porto Alegre : Sérgio A. Fabris, 1984.

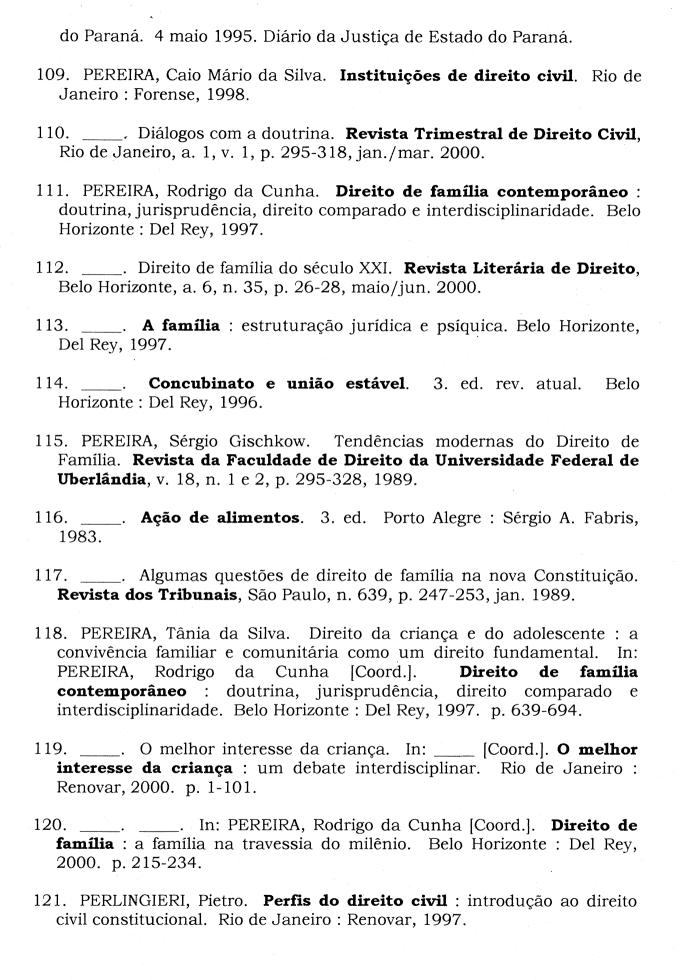
68. . Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. Salvador: Progresso, 1959. GUIMARÃES, Alberto Passos. Quatro séculos de latifúndio. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim ; LEITE, Eduardo de Oliveira. Repertório de doutrina sobre direito de família. São Paulo : RT, 1999. v. 4: Aspectos constitucionais, civis e processuais. p. 414-448. HELLER, Agnes. A concepção de família no estado de bem-estar social. Serviço Social e Sociedade, São Paulo, a. 8, p. 5-31, ago. 1987. 72. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito civil: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. HOBSBAWN, Eric. O novo século: entrevista a Antonio Polito. São 73. Paulo: Companhia das Letras, 2000. HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. JOBIM, Nelson; MENDES, Gilmar Ferreira. A reforma do Judiciário: 75. o Supremo Tribunal na revisão constitucional de 1994. Cardernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, Brasília, n. 13, p. 16-32, 1996. KLAPISCH-ZUBER, Christiane. Introduzione. In: ____ [Org.] et all. Storia del matrimonio. Roma: Laterza, 1996. KOLODY, Helena. Viagem no espelho. 2. ed. Curitiba: UFPR, 1995. 77. LEAL, Victor Nunes Leal. Coronelismo, enxada e votos. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. LEITE, Eduardo de Oliveira. Tratado de direito de família : origem e 79. evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991. v. 1. 80. ____. Temas de direito de família. São Paulo : RT, 1994. O concubinato frente à nova constituição : hesitações e certezas. In: Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família. São Paulo: RT, 1993.

Procriações artificiais e o direito : aspectos médicos,

religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995.

- 83. . Famílias monoparentais. São Paulo : RT, 1997. 84. ____ [Coord.]. Grandes temas da atualidade : DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000. LIRA, Ricardo Pereira. Formação e seleção dos juízes no Brasil. A missão do juiz em um país do terceiro mundo. Revista de Direito **Comparado**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 323-327, mar. 1998. ____. Planejamento urbano. Revista da Faculdade de Direito, Rio 86. de Janeiro, n. 2, p. 73-84, 1994. ___. Breve estudo sobre as entidades familiares. In: BARRETTO, Vicente [Org.]. A nova família : problemas e perspectivas. Janeiro: Renovar, 1997. p. 25-46. _. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Repensando o direito de familia. Belo Horizonte: Del Rev. 1999. p. 81-96. LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família.
- In: BITTAR, Carlos Alberto [Coord.]. O direito de família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 53-81.
- 90. ____. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.
- 91. MACLEAN, Mavis; EEKELAAR, John. **The parental obligation**: a study of parenthood across households. Oxford: Hart, 1997.
- 92. MALUF, Marina ; MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do mundo feminino. In: SEVCENKO, Nicolau. **História da vida privada**. São Paulo : Companhia das Letras, 1998. p. 368-421. v. 3.
- 93. MARINHO, Josaphat. O projeto de novo código civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 146, p. 5-14, abr./jun. 2000.
- 94. MELLO e SOUZA, Laura. **História da vida privada no Brasil** : cotidiano e vida privada na América portuguesa. São Paulo : Companhia das Letras, 1997.
- 95. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito civil**. 3. ed. São Paulo : Max Limonad, 1947. v. 3.
- 96. MOURA, Mário Aguiar. **Tratado prático da filiação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1984. v. 2.
- 97. MUNIZ, Francisco José Ferreira. O direito de família na solução dos

Intigios : Conferência proferida no XII Congresso Brasileiro de Magistrados. Belo Horizonte, 14-16 nov. 1991. Curitiba : [s.d.]. mar 1992.
98 A família na evolução do direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvid de Figueiredo [Coord.]. Direito de família e do menor : inovações e tendências. Belo Horizonte : Del Rey, 1993.
99 Textos de direito civil . Curitiba: Juruá, 1998.
100. NOVAIS, Fernando. História da vida privada no Brasil . São Paulo Companhia das Letras, 1997. v. 1-2.
101 O Brasil nos quadros do antigo sistema colonial. In: MOTA Carlos Guilherme [Org.]. Brasil em perspectiva. 11. ed. São Paulo DIFEL, 1980. p. 47-63.
102. OLIVEIRA, Guilherme de. Temas de direito da medicina. Coimbra : Coimbra, 1999.
103. OLIVEIRA, Lamartine Correa de ; MUNIZ, José Francisco Ferreira. Direito de família : direito matrimonial. Porto Alegre : Sérgio A. Fabris, 1990.
104; Curso de direito de família. 2. ed. Curitiba : Juruá, 1998.
105; WALD, Arnoldo. O projeto de código civil e a ordem dos advogados do Brasil. Rio de Janeiro : [s.e.], 1984.
106. PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível. Rel. Des. Adolpho Pereira. 17 set. 1987. JUIS - Jurisprudência Informatizada Saraiva, n. 12.
107 Apelação Cível. 1ª Câmara Cível. Curitiba. Rel. Des. Oto Sponholz. Ementa: Separação Judicial – Ofensas morais e maus tratos como suporte do pedido ajuizado pela cônjuge mulher. Contestação negando os fatos e atribuindo a esposa a prática de adultério e descaso nas obrigações domésticas. Inexistência de pedido reconvencional. Procedência da ação. Apelação manifestada e provida parcialmente. Fixação do direito de visita do pai aos filhos menores. Provimento parcial tão-só para este efeito. JUIS – Jurisprudência Informatizada Saraiva , n. 12.
108 Embargos infringentes. Guarda de menor à avó. Consentimento dos pais que trabalham em período integral em outro Município. Acolhimento. Rel. Des. J. Vidal Coelho. Tribunal de Justiça



- 122. PERROT, Michelle (Org). História da vida privada : da revolução francesa à primeira guerra. São Paulo : Companhia das Letras, 1991. v. 4.
- 123. ____. O nó e o ninho. **Veja** : **25 anos** : Reflexões para o futuro. São Paulo : Abril, 1993. p. 75-81.
- 124. PIMENTEL, Silvia. **Evolução dos direitos da mulher** : norma, fato, valor. São Paulo : RT, 1978.
- 125. ____ ; DI GIORGI, Beatriz ; PIOVESAN, Flávia. A figura/personagem mulher em processos de família. Porto Alegre : Sérgio A. Fabris, 1993.
- 126. PONTES DE MIRANDA. Fontes e evolução do direito civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- 127. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson [Coord.]. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29.
- 128. ____. **Família sem casamento** : de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.
- 129. RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro** : a formação e o sentido do Brasil. 2. ed. 12. reimp. São Paulo : Companhia das Letras, 1995.
- 130. RIO DE JANEIRO. Superior Tribunal de Justiça. Direito Civil. Ação negatória de paternidade. Presunção legal (CC. art. 240). Prova. Possibilidade. Direito de Família. Evolução. Hermenêutica. Recurso conhecido e provido. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. 4 jun. 1991. **Diário da Justiça**, Brasília, 28 out. 1991.
- 131. RIOSECO ENRIQUEZ, Emilio. El derecho civil y la constitucion ante la jurisprudencia. Santiago: Jurídica de Chile, 1996.
- 132. ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Direitos fundamentais na Constituição de 88. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 87, n. 758, p. 23-33, dez. 1998.
- 133. RODRIGUES, Silvio. Entrevista. **Revista Jurídica Del Rey**, Belo Horizonte, a. 2, n. 6, p. 6-9, jun. 1999.
- 134. ROSENBERG, Charles E. La famiglia nella storia. Torino : Giulio Einaudi, 1979.

- 135. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. Introduction générale. In: _____ [Dir.] **Droit de famille**. Paris : Dalloz, 1999.
- 136. SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. O fardo das brasileiras : de mal a pior. **Escrita Ensaio**, São Paulo, a. 3, n. 5, p. 10-132, 1979.
- 137. SALDANHA, Nelson. **Ética e história**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.
- 138. SAMARA, Eni de Mesquita. Patriarcalismo, família e poder na sociedade brasileira (séculos XVI-XIX). **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 11, n. 22, p. 7-33, mar./ago. 1991.
- 139. _____. Família, gênero e mudanças econômicas no Brasil (1836-1996). In: PEREIRA E SILVA, Reinaldo ; AZEVÊDO, Jackson Chaves de. **Direitos da família** : uma abordagem interdisciplinar. São Paulo : LTr, 1999. p. 89-105.
- 140. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente** : contra o desperdício da experiência. São Paulo : Cortez, 2000. v. 1: Para um novo senso comum : a ciência, o direito e a política na transição paradigmática.
- 141. _____. **O discurso e o poder** : ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre : Sérgio A. Fabris, 1988.
- 142. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- 143. SCHWARTZ, Stuart. **Entrevista concedida à Revista VEJA**, em 21 de abril de 1999, página 11 e seguintes.
- 144. SILVA, Américo Luís Martins da. **A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1996.
- 145. SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio**. 3. ed. rev. aum. atual. Coimbra : Almedina, 2000.
- 146. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direitos de família e do menor** : inovações e tendências. 2. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1992.
- 147. TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo [Coord.]. **Direito de família e do menor**: inovações e tendências. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 225-242.

148	Temas de direito civil. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
premissas	O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição : para uma reforma legislativa. In: [Coord.]. Problemas civil-constitucional. Rio de Janeiro : Renovar, 2000. p. 1-
150 Renovar, 2	Problemas de direito civil-constitucional . Rio de Janeiro : 2000.
	INO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito itucional. Revista de Direito Civil , São Paulo, n. 65, p. 21-32,
constitucio	ORO JÚNIOR, Humberto. Alguns impactos da nova ordem onal sobre o direito civil. Revista dos Tribunais , São Paulo, n. 17, dez. 1990.
	S-LONDOÑO LOYOLA, Fernando. A outra família : to, igreja e escândalo na colônia. Folha de São Paulo , 11 mar. 7.
Laura de .	AS, Ronaldo. Moralidades Brasília. I <u>n:</u> MELLO E SOUZA, História da vida privada no Brasil : cotidiano e vida privada a portuguesa. São Paulo : Companhia das Letras, 1997.
	Trópicos dos pecados : moral, sexualidade e inquisição no de Janeiro : Campus, 1989.
156. VARELA v. 1	A, Antunes. Direto da família . 3. ed. Lisboa: Petrony, 1993.
the state of the s	Marco Aurélio S. Curso de direito civil . Belo Horizonte : Del v. 2: Direito de Família.
brasileira	A, João Baptista. Casamento e família na futura constituição : a contribuição alemã. Revista de Informação Legislativa , 24, n. 96, p. 291-302, out./dez. 1987.
Direitos d	Sobre a igualdade de direitos entre homem e mulher. In: le família e do menor : inovações e tendências. 3. ed. Belo : Del Rey, 1993.
	As novas relações de família. In Teses . XV Conferência la Ordem dos Advogados do Brasil. 04-08 set 1994. Foz do R, p. 132.

161. _____. Repensando o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coord.]. Repensando o direito de família. Belo Horizonte : Del Rey, 1999. p. 15-30.
162. ____. Liberdade e família. Belo Horizonte : UFMG, 1980.
163. WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico : fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo : Alfa-Ômega, 1994.- Ideologia, Estado e direito. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1989.
164. ____. Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro. In: ROCHA, Leonel Severo [Org.]. Teoria do direito e do Estado. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.
165. ____. Ideologia, estado e direito. 2. ed. rev. ampl. São Paulo : RT, 1995.
166. WOORTMANN, Klaas. A família das mulheres. Rio de Janeiro :

Tempo Brasileiro, 1987.

ÍNDICE

RESUMOABSTRACT	
INTRODUÇÃO : DESAFIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA	01
TÍTULO I - DIREITO DE FAMÍLIA E LEGADO HISTÓRICO	. 09
1 A HERANÇA COLONIAL DO ESTADO CARTORIAL BRASILEIRO 1.1 TRAÇOS BÁSICOS DA ORGANIZAÇÃO POLÍTICA, SOCIAL E	
JUDICIÁRIA NO BRASIL COLÔNIA: UMA IDENTIDADE PERDIDA? 1.2 PARADOXOS E PECULIARIDADES: PATRIARCALISMO E EXCLUSÃO SOCIAL)
2 DO RESPEITO À INTIMIDADE: BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA	
BRASILEIRA 2.1 A FAMÍLIA E O "NOVO MUNDO"	. 29
2.2 FAMÍLIA E CONDIÇÃO FEMININA	
AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	. 41
3.1 PESSOA E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
TÍTULO II - DIREITO DE FAMÍLIA E SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	. 52
1 DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS	
COMPLEXIDADE SOCIAL E PLURALISMO JURÍDICO	. 57
2 O DIREITO DE FAMÍLIA EM MOVIMENTO	
2.1 ALIMENTOS: O DIREITO DE SER E VIVER COM DIGNIDADE 2.2 O DIREITO À CONVIVÊNCIA ENTRE PAIS E FILHOS	. 72
3 NOVOS DESENHOS JURÍDICOS DA FAMÍLIA 3.1 SUPERANDO A CONCEPÇÃO FORMAL	
3.2 NOVOS NINHOS, OUTROS NÓS	
CONCLUSÃO: PERSPECTIVAS DO DIREITO DE FAMÍLIA	101
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	107