

## **Do direito de família**

Euclides de Oliveira

*Juiz aposentado do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Prof. de Direito Civil do Complexo Judiciário Damásio de Jesus. Advogado em São Paulo*

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

*Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Prof<sup>ª</sup> do Departamento de Direito Civil da USP. Procuradora Federal aposentada*

O novo Código Civil brasileiro<sup>1</sup>, recentemente aprovado na Câmara dos Deputados, teve sua gênese traçada pelo Projeto de Código Civil - elaborado pela Comissão presidida pelo Professor Miguel Reale - submetido à consideração do Ministro de Estado da Justiça em 16 de janeiro de 1975.

Decorridos 26 anos deste memorável dia, o Brasil passa a ter, agora, o texto aprovado da lei que, depois de sancionada e publicada, passará a ser o segundo Código Civil desta ainda jovem nação.

O Código Civil em vigor<sup>2</sup>, promulgado em 1916 e vigente a partir de 1917, fruto da inteligência incontestável de Clóvis Bevilacqua, pedia reforma, posto ser um corpo legislativo elaborado nos estertores do século XIX e promulgado no início do século passado, gigante e bem construído para o seu tempo, mas em franco compasso de desatualização, em tantos dos seus segmentos.

A sociedade brasileira e a comunidade dos juristas, por um lado, reverenciavam a majestade incontestada de seu primeiro Código, razão de justo orgulho para os brasileiros, mas, por outro lado, pressentiam que a vida dos homens na sociedade contemporânea encontrava-se - em tantos vieses - em desconformidade com a Lei Civil que tinha por escopo fundamental exatamente a regulação destes fatos e das relações da vida privada.

A reforma se impunha, tendo em vista o significativo aumento, entre nós, de normas dispersas, margeantes e até mesmo conflitantes, que foram se acumulando na tentativa de adaptar, ou de afeiçoar, o direito legislado às gigantescas transformações operadas na estrutura da sociedade brasileira. Nem sempre, contudo, este método de revisão e de adaptação legislativa foi seguro e prosperou eficientemente, tendo em vista, especialmente, o fato de que o Código vigente houvera sido elaborado para um país diferente, para um povo de costumes distintos, em diversa época e em face de outros anseios e de outros valores.

Não se tratava, contudo, de simplesmente fazer com que se desintegrasse um monumento legislativo de altíssima qualidade, como o é o Código Civil. Mas tratava-se - como sempre repetido pelo Professor Miguel Reale - de buscar aproveitar, na maior amplitude possível, o seu arcabouço, dando-lhe as

cores e imprimindo-lhe os traços consentâneos com a realidade deste momento histórico vivenciado pela sociedade brasileira, já nos albores do século XXI.

Conservar o possível; inovar, sempre que necessário.

Esta foi a intenção primordial da Comissão de juristas que teve a seu cargo a construção do Código novo, inspirados, os seus ilustres membros,<sup>3</sup> na previsão do próprio legislador de cem anos antes, Clóvis Bevilacqua: "Mas por isso mesmo que o Direito evolui, o legislador tem necessidade de harmonizar os dois princípios divergentes (o que se amarra ao passado e o que propende para o futuro), para acomodar a lei e as novas formas de relações e para assumir discretamente a atitude de educador de sua nação, guiando cautelosamente a evolução que se acusa no horizonte."<sup>4</sup>

Nestes moldes reescrita, a nova Lei Civil brasileira expande-se em cinco Livros especiais, além de uma Parte Geral - que afortunadamente se conserva -, sendo que o Livro IV encerra o Direito de Família dividido em dois Títulos, um referente ao direito pessoal e outro, ao direito patrimonial. Compô-lo assim - e correndo o risco de quebra desastrosa da sistemática mais afeita ao dogma - foi decisão de Clóvis do Couto e Silva, consagrado jurista gaúcho e membro da Comissão de 1975, encarregado da organização e elaboração do Direito de Família.

O novo Código Civil brasileiro, portanto, no Livro dedicado ao Direito de Família, mostra uma sensível e necessária evolução em relação ao que dispõe o atual Código.

Contempla o novo ordenamento uma série de reformas pelas quais passou a instituição familiar, no curso do século XX, desde que editado o Código de 1916, o qual apresentava, originalmente, uma estreita e discriminatória visão do ente familiar, limitando-o ao grupo originário do casamento, impedindo sua dissolução, distinguindo seus membros e apondo qualificações desabonatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessa relação.

A evolução se deu em etapas, com leis diversas, especialmente a partir da década de 60, alterando para melhor a figura e a posição da

mulher casada (Lei n. 4.121/62) e instituindo o divórcio (Emenda Constitucional n. 9/77 e Lei n. 6.515/77) como instrumento para regularização da situação jurídica dos descasados, cujas subseqüentes uniões concubinárias eram consideradas à margem da lei.

Mas a principal mudança, que se pode dizer revolucionária, veio com a Constituição Federal de 1988, alargando o conceito de família e passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros, sejam os partícipes dessa união como também os seus descendentes. Seus pontos essenciais constam do artigo 226 e seus incisos, assim resumidos: a) proteção à família constituída: a) pelo casamento civil, b) pelo casamento religioso com efeitos civis, c) pela união estável entre o homem e a mulher e d) pela comunidade formada por qualquer dos

pais e seus descendentes; b) ampliação das formas de dissolução do casamento, ao estabelecer facilidades para o divórcio; c) proclamação da plena igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na vivência conjugal; d) consagração da igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações.

Esses foram os pontos basilares das profundas modificações ditadas pela Carta vigente, na conceituação e na proteção jurídica da família, motivando a edição de novos diplomas legais e a conseqüente derrogação de inúmeras disposições do Código Civil em vigor, tidas como não recepcionadas.

O Projeto de Código Civil havia sido produzido sob as matrizes do pensamento jurídico dos inaugurais anos da segunda metade do século XX, razão pela qual foi fortemente afrontado pelos ditames da nova ordem social que já se redesenhava desde a promulgação da Lei do Divórcio, em 1977.

Fazia-se mister, a par das alterações legais já implantadas, uma renovação ainda mais profunda de toda a normatização relativa ao vasto manancial das relações familiares.

A imperativa construção constitucional de 1988, com suas substanciais renovações acerca das relações de família, encontrou um Projeto de Código Civil já aprovado pela Câmara dos Deputados em 1987 e readaptado à nova visão pelas expressivas emendas oferecidas pelo

Senador Nelson Carneiro. A consagração da igualdade entre cônjuges, da igualdade entre filhos, qualquer que fosse a sua origem, e o reconhecimento da união estável como entidade familiar, acolhidos, em sua expressão, pelo Senado Federal, tiveram o condão de realinhar o Projeto com a ordem constitucional imposta, mas não mais que isso. Fez o mínimo e não poderia mesmo deixar de fazê-lo, por ser de orientação legal hierárquica inferior; mas não deu o passo mais ousado, nem mesmo em direção aos temas constitucionalmente consagrados: operar a subsunção, à moldura da norma civil, de construções familiares existentes desde sempre, embora completamente ignoradas pelo legislador infraconstitucional, ou seja, a família monoparental, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º, da Constituição Federal).

Seja a união legalizada pelo casamento ou aquela sedimentada por duradouro tempo de convivência (união estável), e bem assim a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (família monoparental), haverá de merecer proteção do Estado como núcleo familiar, assim entendido o agrupamento de pessoas envolvidas por laços de sangue, vínculos afetivos e comunhão de interesses.<sup>5</sup>

Adveio o novo Código Civil, com ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essenciais do Direito de Família à luz dos princípios e normas constitucionais - é bem verdade -, procurando adaptar-se à evolução

social e dos costumes, observada com maior ênfase nos anos que circundaram a passagem do milênio, e também incorporando as mudanças legislativas sobrevindas no período.

A matéria foi, então, cuidada de forma abrangente no novo Código Civil, introduzindo muitas das alterações que se faziam necessárias. Incluiu disposições normativas constantes de leis especiais (tais como separação e divórcio, união estável e reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, dentre outras), embora sem chegar a determinados pontos tidos ainda como polêmicos e penderes da devida

maturação na evolução científica, especialmente aqueles relacionados ao campo da filiação por reprodução assistida.<sup>6</sup>

Hoje, o arcabouço do Direito de Família no novo Código Civil conta, no total - desde o artigo 1.511 até o artigo 1.783 - com 273 artigos que regulam as relações familiares, em suas diversas vertentes.<sup>7</sup> Foi neste Livro que a Comissão mais esteve distanciada de seu original empenho de preservar a estrutura do Código de 1916, tendo em vista, primeiramente, a decisão de dividir a normativa em dois distintos planos relacionais: o plano pessoal e o plano patrimonial. Mas teve em vista também, como não podia deixar de ser, a surpreendente alteração do fenômeno social da família, nas dobras do século XX.

O Direito de Família, por dizer respeito, invariavelmente, a todos os cidadãos, revela-se como o recorte da vida privada que mais se presta às expectativas de mote vário, bem como à crítica de toda a sorte, derivada de leituras distintas de um mesmo tema, variando a sua valoração de acordo com o sentir muito pessoal e individualizado de cada um. Por isso mesmo, conforme atesta Miguel Reale, em alguns de seus escritos em torno do Projeto, o Direito de Família, especialmente, foi alvo de variada e diversa gama de considerações, comentários, sugestões, críticas e emendas. E nem poderia ter sido diferente.

O que se regulamentou em 1975 - já se disse - se encontrava em completo descompasso com a realidade dos fatos e mesmo com o novo sistema constitucional, promulgado mais de uma década depois. Ora, é inegável o potencial de mutabilidade que se contém nas relações sociais de natureza familiar. O que parece ser o melhor modelo num determinado tempo já não ocupa o mesmo privilegiado lugar logo depois, em tempo ainda próximo. Apenas uma coisa é certa e parece não mudar jamais: as pessoas não abandonam a preferência pela vida em família, seja de que molde ou tipo se constitua seu núcleo familiar.

Há, sim, uma imortalização na idéia de família.<sup>8</sup> Mudam os costumes, mudam os homens, muda a história; só parece não mudar esta verdade: "a atávica necessidade que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, vale dizer, 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".<sup>9</sup> Na idéia *de família*, o que mais importa - a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo - é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade.

Os seres humanos mudam e mudam os seus anseios, suas necessidades e seus ideais, em que pese a constância valorativa da imprescindibilidade da família enquanto ninho. A maneira de organizá-lo e de fazê-lo prosperar, contudo, se altera significativamente em eras e culturas não muito distantes uma da outra. Ora, sob o vigor e a rigidez do direito codificado, esse fenômeno pode se revelar engessado, por ser estreita demais a norma para tão expansível realidade.

E foi esta visão e este temor que acarretaram, em tempos últimos, um certo desprestígio das codificações, mormente da normativa aprisionadora de fatos e de relações que não suportam o encarceramento, pois que se formatam a partir de fenômenos infinitamente humanos, como o amor, o afeto, a solidariedade.

Por isso, muitas vezes se levantaram a favor de uma descentralização normativa, conservando-se, nuclearmente, na sede mesma do Código, aquela estrutura quase imutável, constituída por um amálgama de princípios, valores e conceitos fundamentais que tendem à preservação, e, à volta deste núcleo aglutinador - como se fossem microssistemas -, construir-se-ia a regulação desta fenomenologia factual da vida privada tão sujeita a alterações, mudanças, revisões.

Este foi o movimento de descodificação do Direito Civil, conforme descrito por Orlando Gomes, que entendeu que "a substituição global de um Código Civil é, atualmente, um anacronismo."<sup>10</sup>

No entanto, a Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, aliando-se à posição contrária dos que ainda defendem leis codificadas, preferiu - como se sabe - manter a unidade do Código, não admitindo a separação, em sistema independente, das normas que viessem, então, de regular as relações de natureza familiar.

**(in, *Direito de Família e o Novo Código Civil*, Coordenadores: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001, págs. 1/8)**

---

<sup>1</sup> Projeto de Lei Original nº 634/75, depois Projeto de Lei nº 118 do Senado Federal, com texto proposto e consolidado pela Comissão Especial da Câmara, nos termos da Res. nº 01 de 2000 do Congresso Nacional, aprovado em última votação, estando em fase de revisão da redação final para subsequente sanção e publicação, prevendo-se *vacatio legis* de dois anos.

<sup>2</sup> Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, em vigor desde 1º de janeiro de 1917.

---

<sup>3</sup> Supervisionada por Miguel Reale, a Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil (1975) foi composta pelos seguintes juristas: José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho de Arruda Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Atividade Negocial), Ebert Vianna Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões).

<sup>4</sup> Cf. REALE, Miguel. Lacunas e arcaísmos do Código Civil vigente. *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 28.

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Separação e divórcio*. 6. ed. São Paulo: Leud, 2001, capítulo I: Família com e sem casamento, p. 17-66; ainda OLIVEIRA, Euclides de. Igualdade no casamento e na filiação. *Revista do Advogado - Direito de Família*, São Paulo, AASP, n. 58, p. 34, mar. 2000.

<sup>6</sup> Na verdade, o que se dá com todo esse evoluir legislativo é o indispensável acompanhamento (que nem sempre ocorre a passo certo) das profundas modificações sociais e científicas que se observam no mundo da composição familiar, atingindo especialmente as novas formas de filiação, que exigem uma análise da bioética no campo do Direito. Basta lembrar os novos modos de reprodução assistida, pela fertilização *in vitro* e inseminação artificial, sem falar na mais complexa situação da possível e aventada clonagem de seres humanos. A esse respeito, no entanto, cumpre registrar que o novo Código Civil não se manteve de todo omissivo. Ao enumerar os casos de presunção da concepção na constância do casamento, seu artigo 1.597 inclui, nos incisos III a V, os filhos "havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido", "havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga" e os "havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha havido prévia autorização do marido".

<sup>7</sup> Compõe-se, o novo Código, por disposições relativas à vertente matrimonial, à vertente não-matrimonial, à vertente parental e, ainda, à vertente assistencial, pela inserção dos institutos da tutela e da curatela.

<sup>8</sup> HIRONAKA, Giselda M. F. N. Família e casamento em evolução. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

<sup>9</sup> TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 326.

<sup>10</sup> GOMES, Orlando. O problema da codificação. *Ensaio de direito civil e de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986.