

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA ^  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO

**A CONSTRUÇÃO DO NOVO PARADIGMA JURÍDICO-  
FAMILIAR NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988.**

Mestranda: Renata Raupp Gomes  
Orientador: Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin

Florianópolis, novembro de 1996.

**A Construção do Novo Paradigma Jurídico-Familiar  
na Ordem Constitucional de 1988**

RENATA RAUPP GOMES

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas - especialidade Direito.

Orientador: Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin

Florianópolis, novembro de 1996.

A dissertação A Construção do Novo Paradigma Jurídico-Familiar na Ordem Constitucional de 1988, elaborada por RENATA RAUPP GOMES e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Florianópolis, novembro de 1996.

Banca Examinadora;

Prof Dr. Volnei Ivo Carlin

Presidente

Prof. Dr. José Isaac Pilatti

Membro

Prof M. Sc. Napoleão Xavier do Amarante

Membro

Prof Dr. Antônio Carlos Wolkmer

Membro Suplente

Prof. Dr. Volnéi Ivo Carlin

Orientador

Prof Dr. Ubaldino Cesar Balthazar

Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Dr. Nilson Borges Filho - CPGD/UFSC - primeiro grande incentivador do tema escolhido, pela inesquecível lição de que o mais importante projeto é aquele capaz de despertar a verdadeira paixão;

Ao Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin - CPGD/UFSC - que pelo espírito prático e organizado transmitiu a segurança e o estímulo intelectual indispensáveis à obtenção deste resultado;

Ao corpo docente do Centro de Pós-Graduação em Direito da UFSC, em especial ao Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer, forte influência teórica em muitos aspectos da presente dissertação;

Aos colegas do Departamento de Direito Privado da UFSC, dentre eles diversos ex-professores da graduação, responsáveis, em grande parte, pela escolha da carreira acadêmica;

Aos funcionários do DPS e do CPGD, destacando-se entre os últimos, a doutoranda Dilsa Mondardo que, pelo dinamismo e competência, encarna o próprio paradigma da mulher contemporânea.

## DEDICATÓRIA

À minha família em sentido amplo:

A meus pais e irmãos, cujo laço biológico, desígnio da natureza, pouco representa em face da soliedariedade, amor e amizade que nos une, fruto de uma plena e feliz convivência;

Ao Luiz Carlos que, pela comunhão de vida, espíritos e objetivos, tem sido o companheiro constante de todas as horas;

Aos amigos, parentes, e, sobretudo, alunos que, pela identidade dos propósitos e ideais, deixaram um pouco de si nesta obra, e carinhosamente serão lembrados sempre como a família construída ao longo da caminhada.

## GLOSSÁRIO

**CIDADANIA:** Segundo a noção tradicional de cidadania (Cf. SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. V.I. 12.ed. Rio de Janeiro:Forense, 1993, p.427), esta é expressão identificadora da qualidade da pessoa que, além de estar no gozo de sua capacidade civil, também se encontra investida na plenitude de seus direitos políticos. O vocábulo comporta, ainda, uma noção mais abrangente, apontada por BARRETO, Vicente. O Conceito Moderno de Cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, n. 192, abr/jun. 1993, p.29-37, ressaltando, portanto, o nascimento de uma cidadania que importa uma verdadeira participação política dos diferentes segmentos sociais na sua definição e implementação. Engloba, assim, os direitos civis, políticos e sociais, consagrados constitucionalmente.

**CRISE DE PARADIGMA:** significa o esgotamentí<sup>colapç</sup> ou falência de determinados modelos, tradicionalmente impostos por uma elite dominante, determinando sua total inadequação à realidade do atual contexto histórico, resultando soluções alternativas como o nascimento e estruturação de novos paradigmas, (formulação que segue a linha desenvolvida pelo Prof. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.).

**DEMOCRACIA:** O vocábulo democracia deve ser entendido como um conjunto de princípios e valores, adotados para distinguir não apenas formalmente, mas também materialmente um regime democrático de um regime não democrático. O princípio fundamental á democracia substancial é, portanto, a igualdade social e econômica (e não meramente jurídica, introduzida nas Constituições hberais). Em

um sentido mais amplo, representa, além da participação política, a participação social dos indivíduos, em todas as esferas da sociedade civil. (Formulação baseada na obra de BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo , Sociedade - Para uma teoria geral da política**. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. 3.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1990.

DICOTOMIA PÚBLICO/PRIVADO: a dicotomia público/privado assume no texto o sentido de ESTADO (como realidade construída e artificialmente criada a partir de uma organização formal, uma unidade interna, e, sobretudo, de um sistema jurídico unificado e centralizado, por meio do qual se comunica com a SOCIEDADE CIVIL (não-Estado) significando, esta última, o domínio da vida econômica, das relações sociais espontâneas orientadas pelos interesses privados e particulares. Tal dicotomia vem sendo foco de algumas críticas, contudo, pela grande dificuldade em encontrar uma alternativa conceitual (ao menos dentro de uma ordem social burguesa), opta-se pela a tradicional distinção, atendendo-se à finalidades didáticas. (Conceitos elaborados Cf SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice - O social e o político na pós-modernidade**. 2.ed.São Paulo: Cortez, 1996).

ESTADO SOCIAL: caracteriza-se pela participação do Estado na administração dos conflitos coletivos, intervindo não só no processo econômico, como também no âmbito social, na tentativa de diminuir as desigualdades e desequilíbrios oriundos, especialmente, do modo de produção capitalista. Segundo CAPPELLETTI, Mauro, denominado igualmente, de Estado Promocional, *Etat Providence e Welfare State*. ( Obra utilizada ao longo do texto, e elencada ao final da bibliografia)

IGUALDADE FORMAL: a igualdade formal ou igualdade de direitos em contraposição à igualdade real ou material, significa uma igualdade, genericamente considerada, não se levando em consideração as diferenças (sobretudo as econômicas), de forma que, na prática, não obstante as Constituições atuais

garantirem uma série de direitos, e proclamarem que todos os homens são iguais perante a lei, tais direitos não se garantem de fato.( Cf. BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p.29)

**IGUALDADE MATERIAL**: entende-se por igualdade real, material ou de fato, a igualdade com relação aos bens materiais, ou igualdade econômica, no sentido de garantir a *JUSTIÇA SOCIAL*, que segundo Bobbio, deve reger-se por um princípio igualitário, formulado na base de “dar a cada um segundo a necessidade”, considerando os homens mais iguais entre si com relação às necessidades.(Cf. BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade Op. cit.*, p.34.)

**INTERDISCIPLINARIEDADE**: descreve a inter-relação e o entrelaçamento de diferentes áreas do conhecimento humano, que na presente dissertação manifesta-se na integração do Direito com a Sociologia, a Antropologia, a História a Medicina e a Biologia.

**LIBERALISMO**: doutrina fundamentada sobre o princípio da liberdade, que nega qualquer interferência do Estado tanto no campo econômico, como no social. (Cf. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.).

**PODER PÚBLICO**: assume ao longo do texto o significado de Estado, em contraposição à Sociedade Civil.

## SUMÁRIO

RESUMO.....	viii
ABSTRACT.....	ix
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I - A ORIGEM E A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA.....	5
1 A família pré-histórica.....	6
a) A família consanguínea.....	8
b) A família primária.....	9
c) A família simétrica ou de casal.....	11
2 A família monogâmica.....	16
3 O desenvolvimento do organismo familiar ao longo da civilização.....	18
a) A família romana.....	18
b) A família medieval.....	24
c) A família nuclear burguesa.....	28
CAPÍTULO II - A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA NO BRASIL E AS BASES JURÍDICAS DO PARADIGMA FAMILIAR DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	34
1 A estruturação legal da família brasileira no Código Civil de 1916.....	38
a) Conteúdo patrimonial das relações familiares.....	42
b) A condição jurídica da mulher na sociedade conjugal do Código Civil Brasileiro.....	44
c) Estatuto Jurídico da filiação no Código Civil de 1916.....	51

CAPÍTULO III-A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.	59
1 A família em face das três épocas constitucionais brasileiras.....	62
a) O constitucionalismo do império.....	62
b) O constitucionalismo da Primeira República.....	63
c) O constitucionalismo do estado social.....	64
2 A Constituição de 1988 e o novo paradigma familiar.....	67
2.1 Hermenêutica das disposições constitucionais acerca do direito de família.....	70
a) A união estável como entidade familiar.....	71
b) A família monoparental.....	78
c) A isonomia jurídica entre os cônjuges.....	80
d) O atual estatuto da filiação.....	83
2.2 Concretização constitucional ou realização da Constituição..	85
CAPÍTULO IV - AS NOVAS FAMÍLIAS : ASPECTOS DA BIOTECNIA E IMPLICAÇÕES BIOÉTICAS.....	90
1 A bioética e o direito.....	91
2 Procriação artificial e patrimônio genético da humanidade.....	93
3 Técnicas de procriação artificial.....	97
a) A inseminação artificial e suas implicações ético-jurídicas.....	99
b) A fecundação artificial e a necessidade de regulamentação.....	107
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	114
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	116
ANEXO I - Constituição da República Federativa do Brasil - cap. VII...	123
ANEXO II - Lei N° 8560 de 29 de dezembro de 1992.....	125
ANEXO III - Lei "Lei" 8971 de 29 de dezembro de 1994.....	126

ANEXO IV - Lei N° 9278 de 10 de maio de 1996.....	127
ANEXO V - Lei N° 8974 de 5 de janeiro de 1995 .....	128
ANEXO VI - JURISPRUDÊNCIAS.....	132

## RESUMO

Trata, o presente trabalho, de identificar o nascimento e consolidação de um novo paradigma jurídico-familiar no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988. Procura-se, de acordo com essa premissa, desenvolver uma análise estrutural da família na sociedade atual, contextualizando-a, bem como, estabelecer as bases e as tendências de desenvolvimento desse novo modelo. Para tanto, faz-se necessário, em um primeiro momento, uma retrospectiva histórica das relações familiares, de sua suposta origem, em um estágio primitivo da humanidade, à sua feição contemporânea, buscando compreender quais os vetores determinantes das sucessivas transformações suportadas pela família ao longo de toda a sua trajetória. Em uma etapa posterior, examina-se, especificamente no caso brasileiro, sob o ponto de vista jurídico, o estabelecimento do modelo legal de família refletido pelo Código Civil de 1916. Conclui-se, ao final, que pela inadequação do protótipo preconizado pelo referido Diploma ante às profundas alterações sociais, políticas e econômicas dos últimos decênios, emergem soluções e modelos alternativos de família e conjugalidade, que não podem e não devem permanecer ignorados ou marginalizados pelo Direito Oficial. Sendo assim, boa parte dos paradigmas informais, observáveis no cotidiano social, são absorvidos e reconhecidos pela atual Constituição, prenunciando dessa forma, uma feição pluralista e democrática de família, que deverá ser constantemente aperfeiçoada e concretizada na prática diária da sociedade, para, em decorrência, restar assegurada a sua continuidade e intimidade com a realidade, empiricamente verificada.

## ABSTRACT

The present study is an attempt to identify the genesis and consolidation of a new juridical family paradigm in Brazil, stemming from the Federal Constitution of 1988. 'According to the premise of this paradigm, an endeavor has been made to develop a structural analysis of the family, within the context in present-day society, and to establish the bases and tendencies of development for this new model. To this end, it is necessary, first of all to make a retrospective history of family relations, from the probable origin of the family in a primitive stage of human development, to its contemporary features, setting out to understand which vectors were determining factors in the successive transformations undergone by throughout its whole trajectory. Specifically in the case of Brazil, the establishment of the legal model of the family reflected in the civil code of 1916 is then examined, from the juridical point of view. Finally, it was concluded that, due to unsuitability of the prototype recommended by the above-mentioned Diploma, in view of the deep social, political and economic transformations of the last few decades, when solutions and alternative models of family and marriage have been emerging. The new forms cannot and should not continue to be ignored or put aside by Official Law, for a great many of the informal paradigms, observable in day-to-day social relations, have been absorbed and recognized by the present Constitution, anticipating in this way, pluralist and democratic characteristics of the family, which are to be constantly perfected and put into practice in society, so that, as a consequence, close and continued contact with empirically verified reality is assured.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa decorre do questionamento sistemático, feito especialmente no exercício do magistério, acerca da importância desempenhada pela família no desenvolvimento e na evolução da humanidade, bem como do papel atribuído a essa instituição nos diferentes contextos históricos.

Sabe-se que a família, como primeiro grupo de inserção do ser humano, influencia, sobremaneira, suas concepções e inter-relações futuras. Pode, portanto, afirmar-se que o organismo familiar desenvolve em seu núcleo relações dialeticamente opostas: ora como reprodutor da ideologia dominante, ora como emancipador e produtor de novos ideais. Sob este ponto de vista, a família representa a porta de entrada para a compreensão da sociedade, pois como célula principal do organismo social, responsabiliza-se pela produção-reprodução e legitimação dos valores transcendentais às fronteiras do próprio grupo em questão.

Por outro lado, a importância da família como célula primária da sociedade reflete, simultaneamente, sua relevância para o Estado, uma vez que se ocupa em caráter exclusivo, da reprodução do material humano que o compõe.

As razões, tanto teóricas como práticas, que tomam, portanto, oportuna a abordagem do tema, evidenciam-se pelas modificações estruturais processadas no seio

da instituição familiar brasileira, preponderantemente nas últimas décadas, culminando com a consolidação de grande parte delas pela Constituição Federal de 1988.

O Direito de Família constitui-se em um dos ramos de maior aplicabilidade, pois todos procedem de alguma forma de família, motivo pelo qual suas normas difundem-se rapidamente, e muitas vezes, sofrem influência maior na formalização ou reformulação de seus postulados legais.

Percebe-se que o tratamento dispensado à família no Código Civil mostra-se reducionista e desarticulado, privilegiando o modelo patriacal e hierarquizado, ignorando os demais modelos, engendrados pelas práticas sociais, considerando-os até patológicos, como se estivesse assentada a família em princípios perenes e imutáveis, ou representasse um organismo sujeito a regras atemporais.

Partindo da premissa de que a atual Constituição institucionaliza um novo modelo familiar, ou seja, confere juridicidade a uma gama de situações outrora marginalizadas pelo ordenamento jurídico pátrio, ocupa-se o presente trabalho em identificar o velho paradigma jurídico-familiar, diagnosticando os sintomas de seu declínio, em contraposição ao paradigma proposto constitucionalmente, levando em consideração os princípios basilares em que se fundamenta.

Em outras palavras, tem-se como objeto do presente estudo a evolução histórica do Direito de Família, especialmente no Brasil, da mesma forma que se afigura como objetivo precípuo a comprovação do estabelecimento de um novo paradigma jurídico-familiar na Constituição Federal de 1988, orientado no sentido de responder, ao menos parcialmente, aos conflitos e às complexidades da atual sociedade, às portas do século XXI.

No capítulo I, procede-se à retrospectiva histórica da família de modo geral, de sua origem e posterior evolução e desenvolvimento até o advento da família constitucional, também designada de família conjugal, correspondente à sociedade atual.

Pretendendo ressaltar o caráter temporal e contextual da família, analisam-se as funções que assumiu diante das sucessivas transformações sociais, da pré-história à

contemporaneidade, considerando as implicações de ordens econômicas, políticas, culturais, jurídicas e religiosas.

O capítulo n, por sua vez, ocupa-se da organização familiar brasileira, visando à compreensão das influências e eventos que antecederam à institucionalização do modelo legal, espelhado pelo Código Civil de 1916, e sua conseqüente caracterização.

Seqüencialmente, ainda no mesmo capítulo, em paralelo ao exame das normas civis reguladoras das relações familiares e fundadoras do respectivo paradigma jurídico, emmigram-se as prováveis causas determinantes do colapso do referido modelo.

A seguir, no capítulo III aponta-se como solução para a crise do antigo paradigma juridico-familiar o nascimento e a consolidação do novo modelo, proposto e estruturado, de forma incipiente, na Carta Constitucional de 1988.

Identifica-se, pois, nesse capítulo, a natureza inovadora de muitos dos atuais ditames constitucionais (em contraposição ao direito ordinário), e a preocupação com questões relativas à interpretação e à concretização do paradigma constitucional na realidade diária da sociedade.

O capítulo IV concerne aos questionamentos mais recentes acerca da família, social e juridicamente considerada, frente às contradições proporcionadas pelo avanço das ciências biomédicas e pelo constante progresso da tecnologia.

Assim, nota-se que o modelo legal de família, inaugurado pela Constituição vigente, não vislumbra solução para os conflitos ocasionados pelas técnicas de reprodução assistida, nem a outros fenômenos, hoje estudados mundialmente pela Bioética. Consiste, portanto, tal capítulo, na elaboração de algumas indagações (que se já não foram feitas, fatalmente o serão), na crença de que mais do que as respostas fáceis e prontas, que sempre se pode oferecer, são as perguntas sérias e corretamente formuladas, que propiciam a construção de soluções adequadas ao problema.

Para a obtenção do resultado desejado, utiliza-se nesta dissertação, preferencialmente, o método indutivo e, excepcionalmente, o dedutivo, empregando-se a técnica de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e de textos legais. Não possuindo como marco teórico algum autor em especial, opta-se, para o

desenvolvimento do tema, pela leitura de obras nacionais e estrangeiras, relacionadas ao assunto.

Cumprе esclarecer, por último, que o conteúdo do trabalho que se apresenta, como manifestação do direito de liberdade de expressão, configura-se de responsabilidade exclusiva da mestranda, não importando sua eventual aprovação, em qualquer comprometimento ideológico por parte da respectiva banca, ou ainda, do orientador, responsável pela sua presidência.

## **CAPÍTULO I**

### **A ORIGEM E A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA**

São inúmeras as teorias formuladas em tomo da origem e desenvolvimento da família durante o período pré-histórico da humanidade. A curiosidade científica envolvendo tão instigante questão fundamenta-se na crença de que a família patriarcal da Antiguidade Clássica, modelo organizacional amplamente documentado e difundido, afigura-se como produto da evolução social da família primitiva, de bases tão diversas desta, quanto menores os condicionamentos político-econômicos da época precedente à civilização.

Como ser gregário, o homem sempre esteve inserido em algum tipo de agrupamento, sendo a família, conforme é entendida atualmente, o grupo predominantemente responsável pela tarefa de socialização do indivíduo, da Antiguidade até os dias de hoje.

Pensar-se, entretanto, que no espaço de tempo entre as sociedades primitivas (não se sabe ao certo sua duração) e o período denominado “infância da civilização” (marcado pelo modelo familiar greco-romano) inexistem traços de organizações

familiares, equivale a renegar as evidências históricas encontradas acerca dessa premissa.

Entre suposições e certezas, sabe-se que a família, tal como é presentemente considerada, não poderia ter funcionado nas primeiras etapas da organização social. Consenso, portanto, dá-se apenas no reconhecimento de que a forma de organização social do homem pré-histórico, provavelmente, não guarda muitas semelhanças com o paradigma familiar do passado de que se tem notícia.

Seria acertado afirmar, pois, que na origem da família existe um “elo perdido”, haja vista os registros históricos mais importantes acerca da instituição, datarem do período da civilização romana.

Ainda assim, em virtude de pesquisas antropológicas, realizadas particularmente no final do século XIX e início do século XX, há alguns indícios que apontam para um tipo de organização pré-existente à família, responsável pelo estabelecimento do parentesco e da defesa e proteção de seus membros.

Dentre todas as teorias evolucionistas que se propunham a uma investigação da origem da família, destaca-se a teoria matriarcal, desenvolvida a partir de Bachoven e Morgan e posteriormente retomada por outros intelectuais do porte de Friedrich Engels, por ter sido a única capaz de especular o período anterior à Antiguidade, ensaiando algumas respostas às muitas dúvidas que cercam essa época.

Não obstante as críticas contra a Teoria Matriarcal da Família, qualquer estudo que se pretenda abrangente tem por obrigação considerar as organizações pré-históricas, mesmo que de forma pressuposta, como ponto de partida.

## **1 A FAMÍLIA PRÉ-HISTÓRICA**

Através do trabalho de Engels envolvendo a divisão e a sistematização dos diferentes períodos históricos da Humanidade, parâmetro para as etapas evolutivas da família, toma-se possível um esquema coerentemente organizado, dando conta das principais características encontradas em cada uma das fases a seguir descritas.

- o Estado selvagem - em uma fase já avançada do estado selvagem o homem começa a dominar a caça com a invenção do arco-e-flecha, representando, assim, um progresso em relação a etapas anteriores quando as fontes de alimentação eram ainda incertas (baseadas em frutas, raízes e, eventualmente, a caça). Nessa etapa, há alguns indícios de residência fixa em aldeias e certa habilidade na promoção de meios à subsistência.

**Na maioria dos casos, o fogo e o machado de pedra já permitiam a construção de pirogas feitas com um só tronco de árvore e, em certas regiões, a feitura de pranchas e vigas necessárias à edificação de casas. Todos esses progressos são encontrados, por exemplo entre os índios do noroeste da América, que conheciam o arco e a flecha, mas não a cerâmica. O arco e a flecha foram, para a época selvagem, o que a espada de ferro foi para a barbárie e a arma de fogo para a civilização: a arma decisiva.\***

- A barbárie - inicia-se com a introdução e domínio da técnica da cerâmica, caracterizando-se, essencialmente, pela criação e domesticação de animais e pelo cultivo da agricultura. Em razão disto, há um desenvolvimento desigual entre os povos, segundo as condições naturais dos dois grandes continentes.

**O continente oriental, o chamado mundo antigo, tinha quase todos os animais domesticáveis e todos os cereais próprios para o cultivo, exceto um; o continente ocidental, a América, só tinha um mamífero domesticável - a lhama -e, mesmo assim, numa parte do sul - e um só dos cereais cultiváveis, mas o melhor, o milho. Em virtude dessas condições naturais diferentes, a partir desse momento a população de cada hemisfério se desenvolve de maneira particular, e os sinais nas linhas de fronteira entre as várias fases são diferentes em cada um dos dois casos<sup>^</sup>**

A fase da barbárie não é superada , em parte alguma do Oeste, até a a conquista da América pelos europeus, sendo que somente os índios dos chamados

---

' ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. 12.ed.Trad. Leandro Konder.Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991, p.23-4.

<sup>^</sup> Ibidem, p.24.

“pueblos” no Novo México, os mexicanos, centro-americanos e peruanos, da época da conquista, encontravam-se em uma fase mais avançada da barbárie, vivendo em casas de pedras em forma de fortaleza, cultivando, em plantações artificialmente irrigadas, o milho e outros vegetais comestíveis, e domesticando poucos animais.

No leste, o desenvolvimento da barbárie deu-se com o fornecimento de carne e leite, fator provavelmente responsável pela evolução superior dos povos arianos e semitas, dada a benéfica influência desses alimentos, especialmente durante a infância.

De acordo com a narrativa de Engels, a próxima etapa dessa fase é a fundição do minério de ferro, após a qual viria a invenção da escrita alfabética e seu emprego para registros literários, já marcando o início da fase da civilização.<sup>^</sup>

A análise das formas de família, a seguir, mostra-se esclarecedora ao contextualizar-se com os referidos períodos históricos, observando-se a íntima relação existente entre as sucessivas evoluções da organização e o respectivo aumento das proibições na esfera conjugal. Dito de outro modo, quanto mais houve o comércio sexual dos membros de determinado agrupamento, tanto mais primitiva tal sociedade, sendo que a história da evolução da família identifica-se com o crescente número das proibições conjugais.

### **a) A Família Consangüínea**

Esta espécie de organização familiar representa a primeira etapa da família. Baseava-se no intermatrimônio entre gerações, como ensina Engels:

**Nela os grupos classificavam-se por gerações: todos os avôs e avós, nos limites da família, são maridos e mulheres entre si, o mesmo sucede com seus filhos, quer dizer, com os pais e mães; os filhos destes, por sua vez, constituem o terceiro círculo de cônjuges comuns; e seus filhos, isto é, os bisnetos dos primeiros, o quarto círculo.(...)**

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, p.27.

**Exemplo típico de tal família seriam descendentes de um casal, em cada uma de cujas gerações sucessivas todos fossem entre si irmãos e irmãs e, por isso mesmo, maridos e mulheres uns dos outros.**<sup>^</sup>

A essa família primitiva, segundo os relatos de Morgan, corresponde um sistema de parentesco, batizado de malaquês pelo autor, em que todos os consangüíneos, próximos ou remotos, encontravam-se numa das seguintes relações: pai, filho, avô, neto, irmão e irmã.<sup>^</sup>

Vê-se nesse tipo de família uma relação peculiar de parentesco, no que se denomina irmão e irmã a todas as pessoas que se encontram na mesma geração, tomando-se tal vinculação determinante do intercuro sexual mútuo.

Apesar de não haver prova segura de sua existência ou duração, a família consanguínea deve corresponder a um estágio bastante primitivo da organização social da Humanidade, conforme se presume dos tipos de parentesco encontrados em alguns povos:

**A família consanguínea desapareceu. Mas o que nos obriga a reconhecer que ela deve ter existido é o sistema de parentesco havaiano, ainda vigente em toda a Polinésia, e que expressa graus de parentesco consanguíneo que só puderam surgir com essa forma de família; e somos levados à mesma conclusão por todo o desenvolvimento ulterior da família, que pressupõe essa forma como estágio preliminar.**<sup>^</sup>

## **b) A Família Punaluana**

O segundo grande avanço na organização familiar reflete-se na gradual exclusão dos irmãos próximos e afastados (primos) das relações sexuais. A família punaluana difere, portanto, da família consanguínea pela redução das possibilidades

---

<sup>'</sup> Ibidem, p.38-9.

<sup>^</sup>MORGAN, Lewis H. A família antiga. In: CANEVACCI, Massimo (org.) Dialética da Família. 4.ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1981, p.58.

®ENGELS, FRIEDRICH, Op.cit., p.39.

de comércio sexual entre os parentes consanguíneos. Fundava-se, destarte, na comunidade recíproca de maridos e mulheres não podendo tal agrupamento abrigar, em um primeiro momento, irmãos e irmãs uterinos, extendendo-se mais tarde a proibição aos irmãos colaterais (primos).

A família punaluana encontra no Havaí um sistema de parentesco semelhante ao malaquês, que pressupõe exatamente a existência de um matrimônio por grupos, na seguinte medida:

**De acordo com o costume havaiano, certo número de irmãs carnais ou mais afastadas (Isto é, primas em primeiro, segundo e outros graus) eram mulheres comuns de seus maridos comuns, dos quais ficavam excluídos, entretanto seus próprios irmãos. (...) De igual modo, uma série de irmãos uterinos [filhos da mesma mãe] ou mais afastados tinham em casamento comum certo número de mulheres, com exclusão de suas próprias irmãs.<sup>^</sup>**

A esse tipo de família corresponde o parentesco denominado por Morgan de Tiu-aniano, difundido também na Índia setentrional e na Austrália num estágio parcialmente desenvolvido:

**Em seguida vemos que esse sistema se formou a partir do sistema malaquês, modificando apenas as relações que resultavam de casamentos anteriores entre irmãos e irmãs, germanos e colaterais, e que foram efetivamente modificados pelas gens; isso prova a ligação direta entre eles. A poderosa influência da organização gentílica sobre a sociedade, e em particular sobre o grupo punaluana, é provada por essa modificação de sistemas.<sup>^</sup>**

Depreende-se que com a supressão das relações camais mútuas entre irmãos no matrimônio por grupos, a grande novidade no sistema de parentesco é o aparecimento das figuras dos primos e primas, sobrinhos e sobrinhas.

---

<sup>7</sup> Ibidem, p. 40.

«MORGAN, L.H. Op. cit., p.59.

Engels exemplifica tal parentesco da seguinte forma: “Os filhos das irmãs de minha mãe são também filhos desta, assim como os filhos dos irmãos de meu pai o são também deste; e todos eles são irmãs e irmãos meus. Mas os filhos dos irmãos de minha mãe são sobrinhos e sobrinhas desta, assim como os filhos das irmãs de meu pai são sobrinhos e sobrinhas deste; e todos são meus primos e primas.”<sup>9</sup>

Outra característica da família punaluana ou qualquer outra similar, que tenha por base o casamento por grupos, tipifica-se no estabelecimento da descendência pela linhagem feminina, pois, a certeza somente é possível acerca da maternidade e nunca da paternidade. Não obstante dentro do grupo as mulheres chamem igualmente de filho a todas as crianças, e exista para com elas uma série de deveres maternos, ainda distinguem seus próprios filhos dos demais.

Atribui-se a essa família a provável origem das gens;

**Uma vez proibidas as relações sexuais entre todos os irmãos e irmãs - inclusive os colaterais mais distantes - por linha materna, o grupo de que falamos se transforma em uma gens, isto é, constitui-se num círculo fechado de parentes consanguíneos por linha feminina, que não podem casar uns com os outros; e a partir de então esse círculo se consolida cada vez mais por meio de instituições comuns, de ordem social e religiosa, que o distingue das outras gens da mesma tribo/\*<sup>9</sup>**

Constata-se ter sido crucial a instituição complexa de uma organização gentílica para transformar o sistema malaquês e consolidar o sistema turaniano, e, de forma idêntica, a instituição da propriedade privada, com seus respectivos direitos de posse e sucessão, para a derrocada deste último em detrimento do sistema ariano, correspondente à família monogâmica, como se verá adiante.

### **c) A Família Sindiásmica ou de Casal**

---

<sup>9</sup>ENGELS, F. Op.cit., p.41.

<sup>10</sup>Ibidem, p. 44.

A família sindiásmica surge como produto da proibição de intercurso sexual com parentes consanguíneos, agora incentivada pela gens, sendo por esta razão cada vez menor o grupo de pessoas “desimpedidas para o casamento”. Funda-se, nas palavras de Morgan, “sobre o casamento entre casais individuais, mas sem obrigação de coabitação exclusiva”.”

A união por pares, por sua vez, representa uma etapa intermediária à monogamia, um estágio ainda inicial, aparecendo esse tipo de família como característica da fase da barbárie, da mesma forma que o matrimônio por grupos predomina no estado selvagem e a monogamia na civilização.

**A evolução da família nos tempos pré-históricos, portanto, consiste numa redução constante do círculo conjugal entre os sexos, círculo que originariamente abarcava a tribo inteira. A exclusão progressiva, primeiro dos parentes próximos, depois dos parentes distantes, e, por fim, até das pessoas vinculadas por aliança, torna impossível na prática qualquer matrimônio por grupos; como último capítulo, não fica senão o casal, unido por vínculos ainda frágeis - essa molécula com cuja dissociação acaba o matrimônio em geral. Isso prova quão pouco tem a origem da monogamia com o amor sexual individual, na atual acepção da palavra.^^**

Se de um lado o casamento entre diferentes gens ocasiona um aprimoramento da raça, por razões eugênicas, de outro, principia maior dificuldade em encontrar pretendentes, fator que relaciona esse tipo de matrimônio ao rapto e à compra de mulheres, sendo, na maioria das vezes, o casamento negociado entre os membros das respectivas gens, sem sequer consultar os nubentes. O matrimônio por compra significa, em outras palavras, a entrega de presentes ofertados pelo noivo aos parentes gentílicos da noiva, como forma de pagamento por sua mão.

**A família sindiásmica, demasiado débil e instável por si mesma para fazer sentir a necessidade ou simplesmente o desejo de um lar particular, não suprime, em absoluto, o lar comunista que nos apresenta a época precedente. Mas lar comunista significa**

---

<sup>11</sup> MORGAN, L.H. Op.cit, p.57.

<sup>12</sup> ENGELS, Op. cit., p.49.

**predomíio da mulher na casa (...) A economia doméstica comunista, em que a maioria das mulheres, senão a totalidade, é de uma mesma gens, ao passo que os homens pertencem a outras gens diferentes, é a base efetiva daquela preponderância das mulheres (.../^^**

É na América que se encontra o berço clássico desse tipo de organização familiar, não havendo, contudo, qualquer indício de evolução para uma forma posterior, tendente à monogamia estável, pelo menos até a época da descoberta e da conquista do Continente.

Por outro lado, no *Velho Mundo*, a criação de gado, a domesticação de animais e a expansão da agricultura acabam por criar uma nova espécie de riqueza e de bens que necessitavam de cuidados maiores, aptos a garantir a prosperidade e a fartura alimentar que tais gens haviam alcançado.

Note-se que tal aprimoramento nos meios de sobrevivência altera toda a situação vivida na fase inferior da barbárie, quando os homens ainda se deparavam com as dificuldades da natureza, tendo de lutar diariamente pela obtenção do alimento, possuindo como bens tão somente uns poucos utensílios domésticos, suas vestes e adornos primitivos e alguns instrumentos usados para obtenção e preparo da comida.

Contudo, o referido avanço encerra em si mesmo uma profunda indagação: a quem pertence esse novo manancial de recursos?

Engels dirime a controvérsia, esclarecendo:

**Não há dúvida que em um primeiro momento pertenceu à gens. Mas bem cedo deve ter-se desenvolvido a propriedade privada dos rebanhos. (...) Seja como for, o certo é que não podemos imaginá-lo como proprietário, no sentido moderno da palavra. É indubitável, também, que, nos umbrais da história autenticada, já encontramos em toda parte os rebanhos como propriedade particular do chefe de família, com o mesmo título que os produtos artísticos da barbárie, os utensílios de metal, os objetos de luxo e, finalmente, o gado humano: os escravos.^^\***

---

” Ibidem, p.50-51,

” Ibidem, p.58.

A escravidão decorre justamente do valor da mão-de-obra que os derrotados de guerra passaram a representar para as gens, no sentido de imi crescente potencial humano para auxiliar na implementação da agricultura e da pecuária do período.

Ressalte-se, portanto, que a instituição da escravatura e, fundamentalmente, da propriedade privada, principia o declínio da família sindiásmica e das gens alicerçadas no matriarcado.

Enquanto a determinação da descendência estabelecia-se pela linhagem materna, o mesmo se dava com a sucessão, uma vez que os filhos pertenciam às gens das respectivas mães. Assim, segundo as primitivas leis de herança das gens, os bens de um homem falecido não passavam aos seus filhos; antes, porém, herdavam-nos seus irmãos e irmãs, e, na falta destes, seus sobrinhos, pois encontravam-se todos na mesma gens.

A sucessão por direito materno não significa grande transtorno durante a fase inferior da barbárie, visto constituírem-se os bens da época de alguns poucos utensílios de propriedade da comunidade gentílica, e que, por tal razão, nela permaneciam.

Entretanto, pelo casamento sindiásmico, vislumbra-se a possibilidade de certeza a respeito da paternidade, e, somado isto à atribuição da propriedade do gado aos homens, toma-se incontestável seu desejo em transmitir essas riquezas aos seus filhos, e não aos seus irmãos ou sobrinhos.

A partir desses novos elementos percebe-se o prenúncio de uma nova organização familiar, e, sobretudo, de uma sucessão regida pelo direito paterno:

**De acordo com a divisão do trabalho na família de então, cabia ao homem procurar a alimentação e os instrumentos de trabalho necessário para isso; conseqüentemente, era, por direito, o proprietário dos referidos instrumentos, e em caso de separação levava-os consigo, da mesma forma que a mulher conservava os seus utensílios domésticos. Assim, segundo os costumes daquela sociedade, o homem era igualmente proprietário do novo manancial de alimentação, o gado, e mais adiante, do novo instrumento de trabalho, o escravo. Mas, consoante o uso**

**daquela mesma sociedade, seus filhos não podiam herdar dele (...).**<sup>15</sup>

Como solução ao problema, processa-se no seio familiar da época uma verdadeira revirovalta, passando a mulher de então a abandonar sua gens de origem para unir-se à do marido. Situa-se tal mudança na fase já avançada da barbárie, aproximando-se do que Engels designa como o período da civilização, faltando para isto, apenas, a instituição da família monogâmica.

Extinta a filiação pela linhagem feminina e a sucessão pelo direito materno, decresce o prestígio de que gozavam as mulheres na primitiva gens. Adite-se a tal constatação as riquezas cada vez mais concentradas nas mãos masculinas e obtém-se, como resultado, o nascimento do reinado da família patriarcal, ou seja, aquela caracterizada pela submissão da mulher, dos filhos e dos escravos ao patriarca do grupo.

Na classificação de Morgan, a família patriarcal representa uma forma intermediária entre a sindiásmica e a monogâmica, fmdando-se no casamento de um só homem com diversas mulheres, que normalmente permaneciam isoladas, e, especialmente, no poder absoluto de vida e morte detido pelo chefe da família sobre seus membros e patrimônio.\*^

Danda Prado define a família patriarcal como sendo “aquela estrutura familiar que não somente identifica o indivíduo pela origem paterna (patrilinear) mas ainda dá ao homem o direito prioritário sobre o fiUio e um poder sobre a pessoa de sua esposa.”\*^

Evidencia-se, pelo exposto, que o intuito maior dessa forma famihar traduz-se na paternidade incontestes dos descendentes, fiituros herdeiros da fortuna de seus pais. Por essa razão, o adultério feminino é prevenido mediante o isolamento e a submissão da mulher, e, quando verificado, pimido com a morte desta, como um direito e até mesmo dever do marido.

---

<sup>15</sup>Ibidem, p.58-59.

<sup>16</sup>MORGAN, L.H. Op.cit., p.57.

<sup>17</sup>PRADO, Danda. O que é família: São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1985, p. 54.

Com a família patriarcal, entra-se no domínio da história escrita e nos primórdios da era civilizada, época do florescimento da família monogâmica.

A passagem da família patriarcal à família monogâmica não é fruto de nenhuma grande mudança, mas sim de um aprimoramento.

A organização familiar sob o fundamento da monogamia conserva, ainda, quase todas as características do modelo patriarcal, sendo a fidelidade uma obrigação somente imposta às mulheres, haja vista ser o adultério masculino prática tão constante que sancionado pelos costumes da época.<sup>18</sup>

## 2 A FAMÍLIA MONOGÂMICA

Ao contrário do que possa parecer, toda a evolução apresentada pela família não ocorre de maneira linear, sem conflitos, nem contradições, é antes produto dos constantes progressos e retrocessos experimentados pela humanidade desde o seu princípio.

Portanto, a própria família, dada a sua gênese e natureza, reflete em si mesma o conjunto das instabilidades, tormentas e transtornos da sociedade da qual é parte.

Neste sentido a família monogâmica, em sua aurora, não se identifica com a família contemporânea; esta última é o desfecho de transformações contínuas e profundas processadas ao longo de muitos séculos, como se confirmará mais adiante.

Recorre-se novamente a Engels, que define a família grega como um exemplo rígido dessa espécie de organização familiar, em que aos homens reservam-se os direitos e às mulheres, a servidão e a obediência, lembrando que a monogamia exprime, em última análise, não a reconciliação de homens e mulheres, mas o contrário:

---

<sup>18</sup> E o foi fiTantR muito tempo, conforme se extrai do Código Civil Francês, elaborado em 1804 (não mais em vigor) que outorga ao marido expressamente o direito ao adultério, desde que não leve a concubina ao domicílio conjugal.

**A monogamia não foi de modo algum um fruto do amor sexual individual, com o qual não tinha absolutamente nada em comum, já que o casamento continuou a ser o que fora no passado, algo baseado simplesmente em uma convenção. Foi a primeira forma familiar fundada não mais sobre condições naturais mas sociais, particularmente sobre o triunfo da propriedade individual sobre o comunismo espontâneo [sem grifo no original]. Preponderância do homem na família e procriação de filhos que tem que ser seus e que são destinados a se tomarem os herdeiros de sua fortuna, essas foram as únicas finalidades da monogamia, finalidades de resto proclamadas abertamente e sem circunlóquios pelos gregos. Além disso, o casamento continuava a ser para eles quase um ônus, um dever para com os deuses, o Estado e os próprios parentes, um dever que eles tinham que realizar de qualquer modo. Em Atenas, a lei não só impunha o casamento mas também a realização pelo marido de um mínimo do que é definido como o “dever conjugal”.<sup>^</sup>**

Entende-se a monogamia desse período como uma etapa da evolução da família, tão-só em seu aspecto de transformação, de marcha histórica, desprovida, contudo, de qualquer conotação de melhoria, de forma mais elevada de matrimônio. A família monogâmica, ao revés, surge como a escravização de imi sexo pelo outro, fimdando, igualmente, um inexorável antagonismo entre os cônjuges, determinado pela opressão da mulher;

**A monogamia foi um grande progresso histórico, mas, ao mesmo tempo, iniciou, juntamente com as riquezas privadas, aquele período, que dura até nossos dias, no qual cada progresso é ao mesmo tempo um retrocesso relativo, e o bem-estar e desenvolvimento de uns se verificam às custas da dor e da repressão de outros. É a forma celular da sociedade civilizada, na qual já podemos estudar a natureza das contradições e dos antagonismos que atingem seu pleno desenvolvimento nessa sociedade.<sup>^</sup>**

Do ponto de vista antropológico completam-se as etapas evolutivas da família com a passagem à monogamia, restando à sociologia ocupar-se das funções

---

<sup>^</sup>ENGELS, Friedrich. A Família Monogâmica. In; CANEVACCI, Mássimo. Op. cit., p.77-78.

<sup>^</sup>ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. Op. cit., p. 71-72.

desempenhadas pelo organismo familiar ao longo da fase civilizada do homem, caracterizando-a segundo as feições assumidas nos diferentes contextos históricos.

### 3 O DESENVOLVIMENTO DO ORGANISMO FAMILIAR AO LONGO DA CIVILIZAÇÃO

Partindo das funções que a família romana desempenha no princípio da etapa civilizada da humanidade, percebe-se que seu ulterior desenvolvimento equivale a uma gradual expropriação, por agentes externos ao grupo, das tarefas originariamente reservadas às organizações familiares.

Tal fenômeno toma-se progressivo na medida em que se avolumam as complexidades e os conflitos sociais, vendo-se a família forçada a amortecer os sucessivos golpes e a adaptar-se aos influxos econômicos, políticos, morais e jurídicos de uma certa realidade, historicamente considerada.

De tais constatações decorre a premência em reunir as principais características e funções do organismo familiar, da sociedade romana à contemporânea, buscando uma conexão entre as mutações sociais de maior relevância no período com as conseqüentes repercussões no âmbito da família.

#### a) A Família Romana

A exemplo da família grega, a romana centraliza sua dinâmica no poder absoluto do *pater-familias* sobre as pessoas e o conjunto de bens que constituem a organização familiar de então.

Através do patriarca do grupo, que acumulava as funções de pai, administrador, juiz, e sacerdote, a família romana encerra o centro da vida privada de seus integrantes, desenvolvendo papel de célula econômica, social, política, jurídica e ainda, religiosa.<sup>^^</sup>

---

<sup>21</sup> Fustel de Coulanges, em sua obra intitulada *A Cidade Antiga*, Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975, relaciona a importância da religião como fator essencial à formação da família greco-romana, a saber; “Há três coisas que, desde as mais remotas eras, se encontram fundadas e estabelecidas solidamente pelas sociedades grega e italiana: a religião doméstica, a família e o

Todas essas práticas de religião privada, que lembram o culto popular dos santos na Idade Média, eram duplamente tranquilizadoras. Os tenqieramentos pouco religiosos, que teriam sido decrescentes em outra sociedade, procuravam nas relações com os deuses uma semitranquilização mágica contra os perigos e as dores da vida real. Fazendo com que o real não seja tudo, o divino o desvaloriza; esse vasto recurso em que o devoto se apóia reduz o tamanho proporcional do real e faz com que ele não seja mais o único a nos ocupar. (...). O próprio imperador recebia as homenagens da devoção privada e tinha o seu lugar no nicho de imagens sagradas de cada casa (...).

Mas a religião privada desenqienhava também um terceiro papel (não tão bem, é verdade, quanto as sabedorias e mais tarde o cristianismo): servir de garantia imparcial às convicções éticas e aos interesses que se pretendem desinteressados.^^

Para os romanos da Antigüidade, o casamento é tido como um dever de cidadão, dentre outros tantos, considerando a esposa como um mero objeto de sua opção.

A mulher é uma criança grande da qual se deve cuidar por causa do dote e do nobre pai. (...) Um marido é senhor da esposa como dos filhos e dos domésticos; sua mulher ser infiel não constitui um ridículo, e sim uma desgraça, nem maior nem menor do que se sua filha engravidasse ou um de seus escravos faltasse ao dever. Se a esposa o engana, criticam-no por falta de vigilância ou de firmeza e por deixar o adultério florescer na cidade.^

O casamento monogâmico para a sociedade romana não difere das bases em que se desenvolveu entre os gregos, não coincidindo, portanto, com ideais românticos ou metas suprapatrimoniais:

---

direito de propriedade; três coisas que apresentaram entre si manifesta relação e que parece terem mesmo sido inseparáveis” ( COULANGES, p.44).

<sup>22</sup> VEYNE, Paul. Tranquilizações. In: VEYNE, Paul (org.). História da Vida Privada : Do Império Romano ao ano mil. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.206-7.

<sup>23</sup> VEYNE, Paul. O casamento. In: VEYNE, Paul (org.). Op.cit., p.50.

Sendo o casamento um dever cívico e uma vantagem patrimonial, tudo que a velha moral exigia dos esposos era que executassem uma tarefa definida: ter filhos[legítimos], cuidar da casa [e do patrimônio!]. (...) No casamento os esposos terão o dever estrito de cun^prir suas respectivas tarefas. Se além disso, se entenderem bem, será um mérito adicional, não uma pressuposição.^\*<sup>24</sup>

Afigura-se o matrimônio entre os romanos apenas como um dos negócios lícitos e moralmente aceitos para ascender socialmente, aumentando o patrimônio do cidadão por intermédio do dote. E o dinheiro, nessa sociedade, não só assegura um *status* jurídico-social privilegiado, como é o pré-requisito para o indivíduo que almeja algum cargo público de maior vulto. Por tais razões os romanos não se envergonham de suas ambições patrimoniais nem dos meios empregados para sua obtenção:

Um notável é onipresente na vida econômica. Pode ser o chefe de uma empresa rural ou comercial (alguns não hesitaram em transformar sua residência em loja e expor aos compradores as mercadorias que acabavam de receber). Como proprietário, pode ser uma espécie de financiador das empresas de seu administrador. Pode participar nas firmas de comércio ou no recebimento dos impostos públicos. (...)

Trata-se, pois, de uma economia com instituições e sociologia tão diferente da nossa, que a diríamos arcaica; teve um nível de produção elevado e era tão dinâmica e dura quanto o capitalismo, pois estes aristocratas, que se distinguiam pela cultura e pelo gosto do conhecimento, tinham a paixão do ganho. Tudo era a juros: amigos e parentes se enquirestavam a juros entre si (mas constituía um mérito não o fazer); um genro cobrava juros do sogro que demorasse a lhe entregar o dote combinado. (...).

Os usuários da época não eram banqueiros, mas notáveis e senadores. Todo pai de família tinha em casa um cofre chamado *kalendarium*^ contendo um calendário dos pagamentos, títulos de crédito e também as somas destinadas a empréstimos a juros (...).^<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Ibidem, p. 52.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 146-147-148-149.

A forte hierarquia que impregna o organismo familiar, especialmente durante o Império Romano, estende-se igualmente à vida social, determinando uma nítida barreira entre os nobres (bem nascidos) e o povo (composto por libertos, normalmente em serviços subalternos, camponeses e estrangeiros). Conduta moralmente rígida e inflexível posturas exigidas dos membros que compunham a família, caracterizam-se como a garantia de boa imagem pública (fator de extrema relevância para os nobres romanos) do pai de família:

**Seja qual for a cidade, o fato fundamental da sociedade do Império Romano é a convicção de que existe uma distância social intransponível entre os notáveis “bem nascidos” e seus inferiores. A evolução mais sensível do período romano é a discreta mobilização da cultura e da educação moral para afirmar tal distância. As classes superiores procuram diferenciar-se das inferiores através de um estilo de cultura e vida moral cuja mensagem mais vibrante é que não pode ser partilhado pelos outros. Elas criaram uma moral da distância social, estreitamente ligada à cultura tradicional posta à disposição das elites em suas cidades. No próprio seio dessa cultura e da moral que a aconchega reside a necessidade de assimilar as regras concretas do intercâmbio entre pessoas das classes superiores na condução dos negócios públicos da *ciuitas*.**

O mesmo se dava em relação ao direito que, com seu caráter elitista, sancionou muitas desigualdades sociais, pois, além de mostrar-se como instrumento dos nobres posto a serviço de sua classe, não tentava substituir a justiça privada pela justiça pública. Ilustra-se tal assertiva com um hipotético caso:

**Suponhamos que um devedor não quer pagar o dinheiro que tomou emprestado; ou ainda que temos como única fortuna um sítio, ao qual nos apegamos porque nossos ancestrais ali viveram ou porque a região é agradável. Um poderoso vizinho cobiça nosso bem; à frente de seus escravos armados, invade a propriedade, mata nossos escravos que tentavam nos defender, nos dá pancadas, nos expulsa e se apodera do sítio como se lhe pertencesse. O que fazer? A agressão de nosso vizinho**

---

<sup>26</sup> VEYNE, Paul. O Elitismo Pagão. Op.cit., p.230.

**constitui um delito puramente civil e não implica coerção penal; cabe-nos, pois, garantir o conqiarecimento do adversário perante a justiça, para isso precisamos agarrar esse indivíduo no meio de seus homens, arrastá-lo e acorrentá-lo em nossa prisão privada até o dia do julgamento. Se não pudermos levá-lo à presença do juiz, não haverá processo *{litis contestatio}*. Mas conseguimos e, graças a intervenção de um homem poderoso que nos aceitou como cliente, obtivemos justiça: a sentença diz que o direito está a nosso favor; nada mais nos resta senão executar pessoalmente a sentença, desde que tenhamos os meios.(...) Por uma bizarrice inesplicável, um juiz não pode condenar um acusado a simplesmente restituir a coisa roubada. Abandonando nosso sítio à própria sorte, ele nos autorizará a tomar posse de todos os bens e domínio de nosso adversário, que venderemos em leilão; guardaremos uma soma em dinheiro igual ao valor que o juiz atribuiu ao sítio *{aestimatio}*t entregaremos o restante a nosso adversário.^7**

Nota-se, portanto, que o direito romano, afora o estilo pomposo fruto do sabido gosto literário dos cidadãos pela eloquência judiciária, esvazia seu discurso pelo formalismo de suas regras (não só escritas como orais) e pelo descaso com a justiça, no sentido da construção de uma sociedade igualitária. Vê-se, ao contrário, imi maior número de ditames legais preocupados antes em estabelecer diferenças do que amenizá-las. O próprio casamento, ou *justas núpcias*, é prerrogativa legal exercida exclusivamente pelos cidadãos romanos entre si, isto é, os nobres com seus pares.

No que toca à pessoa dos filhos, a cega obediência que devotam ao pai decorre do poder de vida e morte que este último detém sobre os membros da família e escravos, mas, por outro lado, justifica-se pelo fato, não menos importante, da sucessão fiitura no patrimônio e na direção da casa (os filhos que, eventuahmente, faltassem com o dever em relação ao pai, poderiam sofrer a pena de deserdação).

Também há na época, a possibilidade de o pai fazer-lhe uma doação de certa quantia e, ao mesmo tempo, emancipá-lo para que origine imia nova família, da qual se tomará o *paier familias*.

---

<sup>27</sup> VEYNE, Paul. Trabalho e Ócio. Op.cit., p. 166.

Conseqüentemente, os filhos da classe alta romana recebem uma educação diferenciada, marcada pela erudição e bastante detalhada, demonstrando preponderante preocupação com a oratória, a postura em público (inclusive procurando delimitar gestos) e a formação literária e filosófica, tudo no intuito de dotá-lo para a tarefa de ser cidadão:

**A educação confia a criança à cidade, não à escola. Fisicamente o *paedagogus* (preceptor) primeiro conduz o menino de sete anos de sua casa ao foro. Seus professores sentam-se ao redor do foro em salas de aula ficticiamente delimitadas que se abrem para o foro, centro principal da vida urbana. Ali o estudante será integrado ao grupo de seus pares, jovens da mesma condição com relação aos quais sempre terá tantas obrigações como para com seu professor. O conteúdo da educação, bem como a forma e o lugar em que lhe é inculcado, visa a formar um homem versado em *officia vitae* (mistérios da vida), experiente nas técnicas tradicionais e solenes que devem preencher a vida de um indivíduo da classe superior.^^**

Inexistem rupturas drásticas na estrutura familiar da Antigüidade no decurso para a Idade Média. A família medieval ganha nova roupagem, conforme as influências sociais e, essencialmente, religiosas do período, mas a estrutura do grupo ainda se define como sendo de caráter patriarcal, e organizado sob estreita hierarquia de papéis e poderes.

Mostra a história que, nos povos da Antigüidade em que a mulher possui relativa independência do pai e do marido (Polônia, Boêmia, Hungria, Rússia), seu estatuto jurídico não sobrevive ao contato com o Cristianismo ou com o Bizâncio.^^

---

<sup>28</sup> VEYNE, Paul. O Elitismo Pagão. Op.cit., p.230.

<sup>29</sup> Segundo MACEDO, José Rivair. A Mulher na Idade Média. 2.ed. São Paulo: Contexto, 1992. Alguns estatutos jurídicos mais Uberais em relação à mulher conseguiram chegar até a Idade Média, como por exemplo, as leis irlandesas: “Quando a esposa, isto é, a *Cetmunter*, provinha de família tão abastada quanto a do marido, desfrutava da relação em completa igualdade com o companheiro; tinha Uberdade nas suas decisões. Quando a proveniência social fosse inferior, seus direitos eram bastante reduzidos. Mas se a fortuna fosse superior era ela incontestavelmente a chefe da família eliminando quase que totalmente a autoridade do companheiro. Nesse caso ele era chamado de *Ferfognama*, quer dizer, *homem de serviço*, ou ainda *Fer for ban thincur*, ou seja, homem *sob poder de mulher*.” ( MACEDO: 1992, p. 11)

## b) A Família Medieval

A queda do Império Romano no Ocidente, após sucessivas invasões bárbaras, com relevo especial aos povos germânicos, assinala a data simbólica do início da Idade Média.

As alterações nas organizações familiares desse período devem-se a alguns fatores em particular.

Primeiramente, a família adaptou-se às transformações políticas e econômicas, mesclando a família romana com a tradição dos povos germânicos, que por sua vez, ao contrário de seus antecessores, cultuavam a vida privada em detrimento da vida pública. Desse modo, a família cidadina romana vai sendo gradualmente substituída pelo modelo rural de família extensa, predominante em toda a era medieval.

Durante o Império Romano ainda, a economia já era predominantemente agrícola, baseada na mão-de-obra escrava, o que permitia aos grandes proprietários de terras, concentrar seus interesses políticos e sociais na cidade. Com a crise desse tipo de mão-de-obra, somada às crises políticas e econômicas do final do respectivo período histórico, institui-se um novo tipo de trabalho:

**O resultado foi o surgimento do *colonus*, rendeiro camponês que pagava em dinheiro ou em espécie os aluguéis devidos - geralmente metade da produção agro-pastoril - ao grande proprietário, pelo cultivo de suas terras (...). Esse sistema provocou uma maior concentração de terras em uma estrutura já monopolizada, pois os pequenos camponeses restantes foram absorvidos de vez pela aristocracia rural romana. (...) A escravidão ainda subsistiu até os últimos dias do Império Ocidental, porém não mais de forma exclusiva, passando a conviver com outras formas de trabalho que prenunciavam o sistema produtivo vingueiro.<sup>30</sup>**

---

<sup>30</sup> MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e seu Ressurgimento no Final da Idade Média. In: WOLKMER, Antônio Carlos. Fundamentos da História do Direito. Belo Horizonte; Del Rey, 1996, p. 103.

Detectam-se desde o Império, pois, as bases de uma sociedade que na Idade Média caracteriza-se como de tipo feudal, desenrolando-se conforme cresce o poder dos senhores de terras:

**Com o pleno desenvolvimento do feudalismo nos séculos X, XI e XIII de nossa era e o conseqüente enfraquecimento do poder real (...) a Europa Ocidental transformou-se num leque de pequenos senhorios economicamente auto-suficientes, comandados por nobres belicosos que mantinham exércitos próprios. O poder real, apesar de ocupar um lugar no topo da hierarquia medieval, era incapaz de impor a sua vontade aos nobres, o que gerou o desaparecimento da atividade legislativa imperial e principalmente o desmembramento do poder judicial nas mãos dos senhores feudais. Dessa forma, o direito ficou adstrito às relações feudo-vassálicas, ou seja, às relações entre os senhores feudais e seus servos(...). A justiça era feita, em grande parte, apelando para a vontade divina(...) O direito canônico manteve-se, durante toda a Idade Média, como o único ordenamento escrito e universal<sup>^\*</sup>**

Outra grande influência na vida social durante a Idade Média, como se nota, é a da Igreja Católica, religião oficial de Roma desde o tempo de Constantino, que procura legitimar seus ditames em valores morais e sobrenaturais.

Após o breve relato dos fatores que mais interessam à transmutação da família romana para a família medieval, passa-se ao exame de sua nova configuração e respectivas funções.

A organização da família medieval é baseada em sua extensão, ou seja, reúne diversos tipos de parentes sob o mesmo teto (parentela), sob a hierarquia do chefe do grupo, patriarca da família.

Dessa forma, a parentela medieval compõe-se preferencialmente de laços de parentesco troncal, determinado pelo agrupamento de diferentes gerações (pais, filhos casados com suas esposas, netos, e assim por diante) e pela parentela denominada comunidade tácita, compreendendo parentes consangüíneos distantes e

---

<sup>^\*</sup>Ibidem, p. 110-111.

até mesmo estranhos ao grupo familiar que se lhe associavam, passando a ostentar status de parente:

**A família aristocrática de então era bastante diferente da que conhecemos atualmente. Os trabalhos de carácter antropológico a definem como uma vasta rede de ligações englobando filiações biológicas e alianças. O grau de parentesco era amplo, “os amigos camais”% parentes de sangue, integravam»-se na família, formando verdadeiros clãs, perceptíveis ao longo de toda a Idade Média, seja no mundo rural ou urbano. Mesmo na composição mais elementar, toda a rede de domésticos e dependentes era agregada a família.^ ^**

A esse tipo de modelo familiar, ao qual também se pode denominar patriarcal, haja vista a direção exclusiva do grupo pelo patriarca, sobressai o objetivo de proteção dos integrantes, incluindo a sohdariedade econômica recíproca. Contudo, não bastasse a necessidade de proteção (a Idade Média se revela como imi período de muita violência, marcada por guerras, conflitos e pestes), o alargamento do agrupamento familiar se justifica iguahmente pela escassez de mão-de-obra para lidar com as terras, tendo em vista três quartos da população ser composta de mulheres e crianças (a população de homens adultos normalmente dizimava-se nos referidos conflitos e surtos):

**Em outras palavras, a família é sinônimo de segurança. Nos tempos de guerras, de epidemias, de calamidades de todos os tipos, os homens se associam para se ajudarem mutuamente, sustentar-se e também para trabalhar conjuntamente. (..) Por vezes, se efetuava uma verdadeira dizimação de populações, conduzindo-se colonos para compensar a falta de mão-de-obra provocada por uma epidemia. As comunidades familiares podem integrar como irmãos estranhos que se associavam ao grupo, criando entre eles uma espécie de laço de sangue mediante os “contratos de irmandades” (...).^ ^**

<sup>32</sup> MACEDO, José Rivair. Op. cit, p. 14.

<sup>33</sup> SEGALEN, Martine. Antropologia histórica de la familia. Trad. para o espanhol: Jesús Contreas. Madrid: Taurus, 1992, p.38. No original: “A menudo, familia es sinónimo de seguridad. En los tiempos agitados de las guerras, las epidemias, las calamidades de todo tipo, los hombres se han asociado para ayudarse mutuamente y sostenerse, y también para trabajar conjuntamente. (...) En ocasiones, se efectuaba un verdadero desplazamiento de poblaciones, se conducían colonos para

Finalidade bastante clara também desempenhada pela família medieval é a conservação do patrimônio familiar, sujeito à administração do chefe de família. Por essa razão o parentesco por aliança aos poucos é substituído integralmente pelo troncal, e a sucessão é organizada segundo regras que possibilitam o não fracionamento patrimonial:

**Entre os séculos X e XI, quando as relações feudo-vassálicas condicionaram o tecido social de áreas importantes da Europa, houve uma transformação substancial nas estruturas familiares visando à manutenção do patrimônio. (...) A transformação alterou profundamente a camada aristocrática. A linhagem beneficiava exclusivamente os componentes do sexo masculino nas regras de sucessão da herança familiar. Até então a mulher já era prejudicada no momento da sucessão. Daí em diante, apenas o filho primogênito passou a herdar a maior parte das posses. Tomava-se o *caput manciy* o chefe da casa, o chefe da família. Os irmãos mais novos eram privados de quase todos os bens. Até o momento do casamento viviam como domésticos do mais velho. Muitos partiam em busca de sua própria fortuna [muitas vezes conseguida através do dote instituído pelo sogro, por ocasião do casamento]. As filhas foram totalmente excluídas da sucessão. Quando contraíam matrimônio recebiam uma carta de *sponsalicium*<sup>^</sup> um dote constituído de bens que seriam administrados pelo marido.<sup>^^\*</sup>**

Decorre da sucessão díspar da época, o fato de os filhos mais jovens, privados de sua herança, buscarem no casamento uma alternativa de constituição de patrimônio e conseqüente independência.

Ainda que na Idade Média não seja considerado imi dever de cidadão como na família romana, o matrimônio conserva na organização familiar medieval o caráter negociado, significando, na maior parte das vezes, um acordo entre as famílias em questão.

---

compensar a falta de mão de obra provocada por uma epidemia. Las comunidades familiares podían reagrupar a extranjeros que se asociaban como si fueran hermanos, recreando entre ellos una especie de lazo de sangre mediante los “contratos de hermanamiento” (...).

<sup>^^\*</sup>MACEDO, José Rivair. Op. cit., p. 14-15.

Com a sacralização do matrimônio, por volta do século XII, a cerimônia antes de cimo privado, ganha solenidade e publicidade, passando a reahzar-se perante uma autoridade eclesiástica.

Ao enobrecer e exaltar o matrimônio como imi sacramento, os religiosos intentam a eliminação de hábitos remanescentes de rapto e de uniões sem o consentimento da famiha. Embora sob uma desculpa religiosa, tal ideologia visava também, ao que parece, à conservação do patrimônio famihar, ou dós pactos interfamiliares de casamento futuro entre seus membros, na medida em que um casamento resultante do rapto ou de um ímpeto dos jovens sem consultar o chefe da organização familiar, desequilibra os planos econômico-patrimoniais feitos em função dos respectivos filhos.

Sendo assim, pode-se afirmar que na família reproduziam-se todos os contrastes da sociedade da época, tanto os econômicos quanto os sociais, levando em consideração que no grupo familiar praticavam-se as relações de hierarquia entre o patriarca e seus dependentes (notadamente esposa e filhos, casados ou não) a exemplo das praticadas entre os senhores feudais e seus vassalos.

Esse tipo de famiha, que aos poucos é expropriada da função religiosa de antes, caracteriza-se como célula econômica, social e cultural durante a Idade Média.

### **c) A Família Nuclear Burguesa**

Sob o ponto de vista estrutural e funcional, a próxima grande mutação da família ocorre, precisamente, com o advento da Grande Revolução Francesa, que inaugura o marco histórico da era contemporânea.

**Principal teatro da vida privada a família no século XIX fornece-lhe seus personagens e papéis principais, suas práticas e rituais, suas intrigas e conflitos. Mão invisível da sociedade civil, ela é ao mesmo tempo ninho e núcleo.**

**Triunfante nas doutrinas e nos discursos em que todos, dos conservadores aos liberais e até os libertários, louvam-na como a**

**célula da ordem viva, a família, na verdade é muito mais caótica e heterogênea. A família nuclear emerge penosamente de sistemas de parentescos mais an^ilos e persistentes, que apresentam múltiplas formas de acordo com as cidades e as áreas rurais, as regiões e as tradições, os meios sociais e culturais.**

**Totalitária, ela pretende impor suas finalidades a seus membros. Mas estes frequentemente, e cada vez mais, rebelam-se. Daí que entre gerações, entre os sexos, entre indivíduos dispostos a escolher seus destinos, sui^em tensões que alimentam seus segredos, conflitos que levam à sua eclosão.^ 5**

A Revolução Francesa de 1789 teve crucial relevância na formulação de novas concepções que influenciaram a readaptação do organismo familiar, na tentativa de amoldar a família aos ideários liberais burgueses, e às noções de propriedade privada individual, aquisição, conservação e transmissão do patrimônio.

**A Idade Moderna começa a esboçar-se com a expansão comercial, pelo início da grande produção manufatureira, pela formação de impérios financeiros, pelas sociedades por ações, e no século XVI, com a descoberta do Novo Mundo, a propriedade privada mobiliária toma-se mundial. À custa das novas colônias tem-se o período denominado de fase da acumulação do capital, o que possibilita o advento do modo de produção capitalista**

**A nova forma de propriedade que ganha destaque nessa fase, principalmente com a Revolução Industrial, responsável pelo câmbio do período manufatureiro ao período do maquinismo é a propriedade industrial, que vem se juntar-se à propriedade imobiliária. Representa também o fim da supremacia propriedade fundiária, visto que esta forma de propriedade, assentada em economias de base predominantemente agrícola, reinava quase que exclusiva em relação às outras formas de propriedade de então.^ ^**

---

<sup>35</sup> MARTIN FUGIER, Aime e PERROT, Michelle. Os Atores. In: PERROT, Michelle (org.). História da Vida Privada, v.4- Da Revolução Francesa à Primeira Guerra. Trad. Denise Bottmann e Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p.92.

^@GASSEN, Valcir. A Natureza Histórica da Instituição do Direito da Propriedade. In: WOLKMER, Antônio C^los. Op. cit., p.86.

Observe-se que, assim como a família, a propriedade vai cingindo-se historicamente até o momento de tomar-se, por fim, individual: do espontâneo comunismo primitivo à propriedade da comunidade gentílica, da propriedade das gens à propriedade privada familiar, e dessa última, à propriedade privada individual. A propriedade por sua vez, relaciona-se intimamente à divisão social do trabalho que, também, recebe influxos das relações políticas e econômicas da sociedade.

Desse modo, a família nuclear burguesa, em seu auge, diferencia-se de sua predecessora pela diminuição gradual do parentesco, restando como integrantes da família, além dos cônjuges, seus filhos. Destaca-se, de forma idêntica, pelo êxodo rural que se seguiu à Revolução Industrial, com a conseqüente urbanização da família, que, via de regra, submete-se ao trabalho assalariado para a sua subsistência.

Entretanto, ao menos em um primeiro momento, o trabalho remunerado é dever e prerrogativa do marido e pai de família, na qualidade de cabeça do casal ou chefe da família. Conclui-se, pois, estar a mulher ainda sob o jugo deste, sendo que tal situação destina-se a perdurar praticamente em todo o século passado e, de forma geral, até meados do século vinte.

As codificações burguesas, destacando-se o Código Napoleônico, de 1804 (Código Civil Francês) e o Código Civil Brasileiro, de 1916, espelham em suas normas relativas ao direito de família essas incongruências típicas da cooptação das relações capitalistas para o modelo organizacional familiar, fundado exclusivamente sobre a família legítima (aquela oriunda do casamento civil).

Assim, como que em uma empresa, o pai e marido, o cabeça do casal, administra a sociedade conjugal, prevalecendo suas disposições, de ordem patrimonial, moral e familiar, sobre eventual dissenso por parte da esposa.

Com relação aos filhos, o pátrio-poder encontra-se bem mais brando, permanecendo, todavia, uma estrutura de tipo hierarquizada no comando do núcleo familiar.

A família burguesa, até aqui, representa um “lugar de refúgio” ao indivíduo, (onde ao Estado não se permite interferir), desempenhando não mais a função de

célula econômica da sociedade, tendo sido, em decorrência, alijada dos meios de produção.

A estruturação da família nuclear burguesa, sob uma economia não mais de troca, mas de mercado, a influência do pensamento liberal, e a preponderância jurídica da propriedade consolidada pelo direito burguês, preserva seus fundamentos até o presente século, somente demonstrando sinais de novas transformações nas últimas três décadas.

Na proposta do segundo capítulo tem-se a demonstração de como no Brasil a família burguesa foi estabelecida, suas características, suas funções legalmente definidas, e, ao final, os motivos de sua decadência. De modo a proporcionar imia seqüência lógica, no terceiro capítulo aponta-se o nascimento de uma nova família que pode ser denominada família conjugal.

Por ser, portanto, objeto de análise dos capítulos seguintes, adianta-se, tão-somente, que os avanços tecnológicos, o fenômeno da globalização da economia, e, no caso brasileiro, a total falência dos regimes autoritários, a célula familiar adapta-se e prenuncia o tipo de família que deverá preponderar no século que se avizinha:

**O alvorecer do século XX esboça, sob certo ponto de vista, uma outra modernidade. A expansão do mercado, o aumento da produção, a explosão das técnicas inqulsionam uma redrobrada intensidade do consumo e do intercâmbio. Os cartazes publicitários excitam o desejo. As comunicações instigam a mobilidade. (...)**

**Mais emancipados dos constrangimentos do tenqio e do espaço, os indivíduos aspiram à Uvre escolha de seu destino pela estrada ilusoriamente aberta da ambição. O cuidado consigo, um corpo mais bem tratado e conhecido em sua conqilexidade nervosa, com uma psique cujos abismos se começa a divisar, com uma sexualidade liberada da reprodução, até mesmo do casamento e do credo heterossexual, está no coração tanto da nova estética como das interrogações filosóficas.**<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> PERROT, MicheUe. Conclusão. In: PERROT, Michelle (org.). Op. cit., p. 612-3.

Surgem, destarte, como principais atores sociais dessa última transformação familiar, aqueles que durante toda a evolução da família encontram-se oprimidos. Mulheres e jovens rompem o silêncio histórico que os sufoca e os relega a papéis coadjuvantes na construção da sociedade.

O ingresso maciço das mulheres no mercado de trabalho e os movimentos feministas, assim como os movimentos jovens, promovem gradualmente a emancipação e a valorização desses indivíduos dentro e fora da família.

A globalização da economia determina uma necessidade acentuada de especialização profissional, acarretando o fenômeno, cada vez mais comum na sociedade atual, de os casais optarem por não ter filhos, ou tê-los em fase já avançada da vida, quando conquistam imia posição funcional relativamente estável, e ainda assim, em número progressivamente reduzido, em comparação aos modelos de família anteriores.<sup>38</sup>

Outra modificação observável na sociedade atual diz respeito, segundo Christopher Lasch<sup>39</sup>, a uma erosão da antiga e rígida autoridade paterna, e da delegação da disciplina a outras agências socializadoras da educação infantil, ou organismos estranhos ao grupo familiar, proporcionando, pois, que este último se identifique e se caracterize por um espaço, insubstituivelmente, destinado à realização da afetividade e do amor sexual e fraternal entre os membros.

A família da atualidade pode ser designada como conjugal, quer por postular a igualdade em direitos e obrigações de ambos os cônjuges, seja no casamento, seja na convivência, pois reconhece simultaneamente novas formas de conjugalidade, quer por possuir, em sua gênese, princípios como o de democratização das relações familiares e valorização de todos os membros do grupo familiar (formal ou informal), conferindo-lhes proteção, liberdade e isonomia de tratamento, como se verá a seguir.

Por fim, resta cumprido o objetivo do presente capítulo com a precedente retrovisão histórica e funcional da família, faltando, contudo, ressaltar que a análise

---

<sup>38</sup> Sobre as tendências da família do futuro ver TOFFLER, Alvin. O Choque do Futuro. 4 ed.. Rio de Janeiro: Record, 1970.

<sup>39</sup> LASCH, Christopher. Refúgio num Mundo sem Coração - A família: santuário ou instituição sitiada? Trad. Ítalo Tronco e Lúcia Szmrecsanyi. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 223.

procura restringir-se aos modelos que conquistaram proeminência e relativo consenso em suas respectivas sociedades ou contextos sociais, não obstante a coexistência eventual de modelos diferenciados em cada período mencionado.

Dito isso, introduz-se o objeto do capítulo seguinte, qual seja, o estudo do modelo legal de organização familiar (predominante no Brasil até o advento da Constituição Federal de 1988), de sua institucionalização ao seu ulterior declínio.

## CAPÍTULO II

# A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA NO BRASIL E AS BASES JURÍDICAS DO PARADIGMA FAMILIAR DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

A família como fato natural prescinde de uma definição jurídica de seu conteúdo, não obstante o direito privilegiar, segundo o contexto histórico em que se insere a codificação, determinado tipo ou padrão familiar.

O presente capítulo, dedica-se ao exame da conceituação legal de família, refletida pelo Código Civil de 1916, considerando as implicações políticas, econômicas e ideológicas que influenciaram sua construção jurídica.

Parte-se então, do modelo patriarcal e hierarquizado de família, retratado pelo nosso Código Civil, datado de 1916, sem ignorar, contudo, que desde a época do Brasil-Colônia, coexistiram, ao lado da família socialmente estruturada, diferentes situações que a antropóloga Mariza Corrêa denominou “não familiares”:

**A história das formas de organização familiar no Brasil tem-se contentado em ser a história de um determinado tipo de organização familiar e doméstica - a família patriarcal -, um tipo fixo onde os personagens, uma vez definidos, apenas se**

substituem no decorrer das gerações, nada ameaçando sua hegemonia, e um tronco de onde brotam todas as outras relações sociais. Ela se instala nas regiões onde foram implantadas as grandes unidades agrárias de produção de engenho de açúcar, fazendas de criação ou de plantação de café - mantém-se através da incorporação de novos membros, de preferência parentes, legítimos ou ilegítimos, a extensos clãs que asseguram a indivisibilidade de seu poder, e sua transformação dá-se por decadência, com o advento da industrialização e a ruína das grandes propriedades rurais, sendo então substituída pela 'família conjugal moderna'. (...)

A sociedade colonial nestes trezentos anos esteve conq)osta de duas partes: uma familiar (a família patriarcal) e outra não-familiar, que reuniu a maioria da população, a "massa anônima dos socialmente degradados"/

Como se percebe, a investigação acerca da família brasileira, sempre marginalizou as demais formas que não a legal, ou antes disso, a religiosa (organizada conforme os padrões católicos vigentes), considerando-as não familiares, tendo em vista que o discurso da Igreja, herança dos colonizadores portugueses, exerceu durante muito tempo o monopólio ideológico<sup>^</sup> em nosso país, influenciando até, as normas codificadoras do direito de família do Estado laico.

Entretanto, as observações iniciais de outros tipos de "(des)organizações familiares" reforçam a tese de que a codificação da família no Brasil deu-se de forma imposta, refletindo exclusivamente, o paradigma familiar das elites dominantes<sup>^</sup>, importado de Portugal, desrespeitando, inclusive, a pluralidade de culturas que compunham o cenário brasileiro da época (a codificação foi erigida

---

<sup>1</sup> CORRÊA, Mariza. Repensando a Família Patriarcal Brasileira. In: ARANTES, Antônio Augusto et al. 3.ed. Colcha de Retalhos: estudos sobre a família no Brasil. Campinas-SP: UNICAMP, 1994. pp. 15-20.

<sup>^</sup> A terminologia *ideologia* assume no texto a noção sintetizada pela pofa. Marilena Chauí, na obra *O que é Ideologia*, da seguinte maneira: "A ideologia consiste precisamente na transformação das idéias da classe dominante em idéias dominantes para a sociedade como um todo, de modo que a classe que domina no plano material (econômico, social e político) também domiiw no plano espiritual (das idéias)". (CHAUÍ, 1992,p.94)

<sup>2</sup> Neste sentido, transcreve-se a passagem do Prof. Antônio Carlos Wolkmer, no trabalho *Instituições e Pluralismo na Formação do Direito Brasileiro*. In: *Teoria do Direito e do Estado: "O modelo jmidico predominante durante os primeiros dois séculos de colonização foi, por consequência, marcado pelos princípios e pelas diretrizes do Direito Alienígena-segregador e discricionário com relação à própria população nativa-, revelando, mais do que nunca, as intenções e o comprometimento da estrutura elitista do poder". ( WOLKMER, 1994, p. 12)*

para a família branca, de origem em<sup>^</sup>opéia, ignorada toda e qualquer influência negra ou indígena, bastante forte no período).

Antes da elaboração do Código Civil Nacional, as normas relativas ao direito civil, encontravam-se reguladas pelas Ordenações Filipinas (união das Ordenações Manuelinas, de 1521 e de algumas leis esparsas), datadas de 1603, oriundas de Portugal. No entanto, relativamente ao direito de família, pode-se afirmar que, do Brasil - Colônia até a proclamação da República, o tema foi tratado como de índole religiosa, sendo considerado o casamento meramente em seu aspecto sacramental.

Sobre a legislação matrimonial brasileira, registra-se o retrospecto do Prof. Antônio Chaves:

**Por Lei de 8.4.1569, 1-Rei d. Sebastião ratificou o ato do regente cardeal d. Henrique, de 1564, distendendo, por todo o solo português, os decretos do Concilio de Trento.**

**Herdeira dessa monarquia, a legislação do Inq>ério também sofreu tal influxo. O Dec. de 3.11.1827 impunha como disposições obrigatórias o Concilio de Trento e a Constituição do Arcebispo da Bahia, tomando-se a nossa legislação como que um capítulo do Direito Canônico.**

**[...]**

**A deficiente Lei 1.144, de 11.9.1861, e o Dec. de 17.4.1863, regulando o casamento de acatólicos, transferiu ao poder civil a faculdade de dispensar os impedimentos matrimoniais e de julgar as nulidades dos mesmos casamentos.**

**Encerra-se essa fase com três tipos de casamento:**

- a. o católico, celebrado conforme o Concilio de Trento e a Constituição do Arcebispo da Bahia;**
- b. o misto, entre católico e pessoa que não professa religião dissidente, contraído segundo as formalidades do Direito Canônico;**
- c. finalmente, o casamento entre pessoas pertencentes a seitas dissidentes, celebrado em harmonia com as religiões respectivas.\***

---

**"CHAVES, Antônio. Tratado de Direito Civil<sup>^</sup> T.I - Direito de Família. 2.ed.São Paulo; Revista dos Tribunais, 1990, p.62.**

Foi somente com o Decreto n.180, de 24 de janeiro de 1890, que se afirmou entre nós a idéia do casamento civil, dispondo o artigo 108, do mencionado diploma legal:

**Art.108 - Esta Lei começará a ter execução desde o dia 24.5.1890 e desta data por diante só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brasil, se o forem de acordo com as suas disposições.**

**Parágrafo único - Fica em todo o caso, salvo aos contraentes observar, antes ou depois do matrimônio civil, as formalidades ou cerimônias prescritas para a celebração do matrimônio, pela religião deles.**

Através do Decreto 521, de 26.6.1890, a faculdade de precedência do casamento religioso foi totalmente revogada, e, na mesma direção, orientou-se a Constituição de 24.2.1891 que em seu artigo setenta e dois, parágrafo quarto, determinava: **“A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”**

Saliente-se todavia, que, não obstante se ter conscientizado o Estado da importância do casamento, e, conseqüentemente da família, e, apesar da separação Estado-Igreja, a influência do direito canônico está presente em grande parte dos institutos de direito de família, retratados em nossa legislação civil.

**A autoridade do direito canônico em matéria de casamento foi conservada até a lei de 1890, que instituiu o casamento civil. Apesar de rechaçada, continuou a exercer, indiretamente, grande influência. A lei civil reproduziu várias regras do direito canônico, e algumas instituições eclesásticas 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 (...) Provêm, outrossim, do direito canônico, diversos preceitos relativos à celebração do matrimônio, a seus efeitos jurídicos e à sua dissolução.<sup>5</sup>**

---

<sup>5</sup> GOMES, Orlando. Direito de Família. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996,p. 09.

Afora as influências políticas e religiosas trazidas pelo colonizador português, a estruturação do direito civil brasileiro, e mais especificamente do direito de família, apresenta um notável traço de individualismo e patrimonialismo em suas regras, explicável pelo fato de se ter o legislador, inspirado na ideologia fi-ancesa que se seguiu à Revolução de 1789<sup>^</sup>.

## 1 A ESTRUTURAÇÃO LEGAL DA FAMÍLIA BRASILEIRA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Conclui-se, após a pontificação dos fatores históricos mais importantes até a sua elaboração, que o Código Civil de 1916, além de fortemente influenciado pela religião catóUca (predominante até hoje no Brasil), busca inspiração para a formalização de seus ditames legais, no direito francês, notadamente, no Código Civil Francês (1804), também conhecido como Código de Napoleão, elaborado segundo o ideário do individualismo liberal burguês e fruto da revalorização da família como esfera privada da vida humana:

**Durante a Revolução as fronteiras entre a vida pública e a vida privada mostraram uma grande flutuação. A coisa pública, o espírito público invadiram os domínios habitualmente privados da vida. Não resta dúvida que o desenvolvimento do espaço público e a politização da vida cotidiana foram definitivamente responsáveis pela redefinição mais clara do espaço privado no início do século XIX.**

**Os próprios revolucionários sentiram necessidade de marcar um limite intransponível, de mostrar claramente que as mulheres estavam do lado privado e os homens do lado público. A partir de 1794 [que marca o início da terceira fase da Revolução] (...) ao longo de todo o século XIX, essa demarcação entre o público**

---

® Segundo a historiadora Michelle Perrot, em A Família Triunfante, “o pensamento francês sobre a família se apresenta particularmente rico no século XIX, devido aos agudos problemas ligados à reconstrução política, jurídica e social pós-revolucionária. Os grandes pólos de reflexão são três; as fronteiras entre o público e o privado, e a idéia de ‘esferas’; o conteúdo da sociedade civil; os papéis masculino e feminino”.(PERROT, 1994,p.95)

**e o privado, o homem e a mulher, a política e a família, acentuou-se de forma constante/**

Se em mn primeiro momento a Revolução Francesa acentua o papel do público, negligenciando ou tomando com uma certa desconfiança os interesses privados, seu próximo passo é organizar a família para que ela passe a representar o espaço de realização pessoal dos indivíduos. A codificação da vida familiar revela a heterogeneidade das principais preocupações dos estados hberais em ascensão; por um lado, a preservação da liberdade individual, ao menos de modo formal, e de outro, a manutenção da unidade famihar, bem como a consohdação do controle do Estado, recentemente firmado, em detrimento da Igreja:

**Num prazo mais longo, a Revolução acentua a definição das esferas pública e privada, valoriza a família, diferencia os papéis sexuais estabelecendo uma oposição entre os homens políticos e as mulheres domésticas. (...)**

**A mulher se tomou o símbolo da fragilidade que devia ser protegida do mundo exterior (o público); tinha se convertido no símbolo do privado. As mulheres só podiam ficar confinadas em espaços privados, devido à sua fragilidade biológica, e o próprio privado se revelara frágil frente à politização e à transformação pública do processo revolucionário. ^**

Nesta fonte, abebera-se o Diploma Civil pátrio, retratando conseqüentemente, as contradições entre o princípio da hberdade, e, a “escravização” da mulher e dos filhos sob a égide do chefe da famiha, detentor do poder marital e patemo.

No âmbito jurídico a referida codificação recebe a influência, ainda, de matriz positivista, mesclando as práticas de controle social, político e jurídico, com a aparência de “evolução”, conforme o lema da ordem e do progresso:

---

^HUNT, Lynn..Revolução Francesa e Vida Privada. In: PERROT, Michelle [et al.]. Trad.Denise Bottman e Bernardo Joffily. História da Vida Privada. V.4 - Da Revolução Francesa à Primeira Guerra. São Paulo: Companhia das Letras, 1991,p.22-51.

\* PERROT, Michelle. Outrora em Outro Lugar. In: PERROT, Michelle [et al.], Op. cit., p, 17-9.

O projeto republicano dos militares inspirava-se no positivismo de Augusto Comte, que penetrou no país nas últimas décadas do século XIX e deitou raízes no imaginário social. Assim como projetavam as modificações que adquiriam um caráter de modernização conservadora no plano econômico, mantendo contudo, um nadržão de controle político e social excludente [sem grifo no original], pensavam também na organização da família moderna (...). Neste particular, evocava-se o padrão de organização burguês, com a família nuclear moderna. (...) A nova mulher, “moderna” deveria ser educada para desempenhar o papel de mãe (também de educadora dos filhos) e de suporte do homem para que este pudesse enfrentar a labuta do trabalho fora de casa. (...) Aí está o perfil da mulher-suporte, que os positivistas brasileiros do início do século trabalharam como modelo para o “novo” Brasil.

Evidentemente que este projeto voltava-se para a modernização da família branca, de origem européia, e inscrevia-se no quadro das modificações da família tradicional, que tendia a alterar-se com a urbanização e os modismos que impunham milimetricamente novos padrões de comportamento, uma vez que o país estava inserido no mercado mundial.^^

Muito embora a República acabe por inaugurar uma época de significativas alterações para a sociedade brasileira, incentivando o processo de urbanização, com desdobramentos para uma industrialização (já com o fim da mão de obra escrava), o país, na época da elaboração do Código, ainda conservava sua formação familiar e econômica predominantemente rural, detalhe que empresta uma nota de incongruência à importação do modelo francês, erguido para acomodar os interesses da burguesia industrial cidadina:

**Ainda sob uma estrutura rural, individualista e marcadamente patriarcal, foi elaborado o Código Civil, que, inspirado na codificação francesa, adotou o esquema jurídico tradicional, com a divisão de funções entre o homem e a mulher na família e as diferenças de estatuto pessoal dos cônjuges no matrimônio e na sociedade conjugal.^^**

---

®NEDER, Gizlene. Ajustando o Foco das Lentes—um novo olhar sobre as organizações das famílias no Brasil. In: KALOUSTIAN, Sílvio Manoug [org.]. Família Brasileira - a base de tudo. São Paulo: Cortez; Brasília: UNICEF, 1994, p.31-2.

IOBITTAR, Carlos Alberto[coord.]. Novos Rumos do Direito de Família. In: O Direito de Família e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 15.

Partindo deste breve esboço sócio-político-jurídico do Brasil no início do século XX, depreende-se que a elaboração do Código Civil (Lei 3.701, de 1.1.1916), editado na vigência da Constituição de 1891, na parte dedicada à família (Livro I da Parte Especial), assenta-se na concepção de imi tipo de família (família “legítima”), segundo alguns princípios basilares:

- I- valorização da liberdade, no sentido de o homem hvre-proprietário ter o poder de aquisição, domínio e transferência da propriedade, significando a patrimonialização das relações familiares;
- II-preponderância do homem sobre a mulher na sociedade conjugal e afirmação de seu poder marital e paterno, como fortalecimento do modelo hierarquizante da família patriarcal;
- III-exclusãoda ordem jurídica dos filhos “ilegítimos”, ou seja, os não provenientes de um anterior casamento regular entre os pais (legítimos), ou mesmo posterior à filiação (legitimados);
- IV-não reconhecimento a nenhuma forma de organização familiar, não constituída pelo casamento civil (matrimoniahzação da família).

Dos princípios elencados, observa-se que a regulamentação do direito de famiha é resultado de uma espécie de “fiisão” da família nuclear burguesa, de modelo fi-ancês, ahada ao modelo tradicional de famiha patriarcal (extensa e rural), estmturada no Brasil-Colônia, sob as bênçãos da Igreja, e da legislação conservadora dos colonizadores.

A partir da junção dessas duas idéias preliminares de famiha, estratifica-se no Código Civil, o paradigma jurídico-familiar, que, em fins do presente século, entra em evidente colapso por sua inadequação com a realidade fática, sendo finalmente, substituído pelo modelo constitucional da Carta de 1988.

Cumpre analisar, todavia, as principais bases do antigo padrão legal de famiha, para que ao final, possa-se especular acerca dos motivos que o levaram à total falência, enquanto modelo institucionahnente imposto à sociedade.

### a) Conteúdo patrimonial das relações familiares

A respeito do conteúdo patrimonializante das relações jurídicas da família no Código de 1916 (ainda em vigor), destaca-se a seguir o trabalho de levantamento de Paulo Lôbo:

No Livro I da Parte Especial, que trata do Direito de Família, dos 290 artigos pesquisados (excluídos os 15 artigos que tratam da dissolução da sociedade conjugal e da proteção à pessoa dos filhos - Título IV - revogados pela Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977 - Lei do Divórcio), 151 tratam de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais, isto é, aquelas, de conteúdo patrimonial determinante e, estas, de conteúdo pessoal determinante^^:

MATÉRIA	INTERESSE PATRIMONIAL	INTERESSE PESSOAL	TOTAIS
1. Casamento	2 (+ 7 incisos)	51	53
2. Direitos e deveres do marido	6 (+ 2 incisos)	1	7
3. Direitos e deveres da mulher	14 (+ 4 incisos)	2 (+ 2 incisos)	16
4. Regimes Matrimoniais	59	-	59
5. Parentesco, filiação e adoção	4	45	49
6. Pátrio poder	8	9	17
7. Alimentos	10	-	10
8. Tutela, curatela, e ausência	48 (+ 2 incisos)	31 (+ 1 inciso)	79
<b>TOTAIS GERAIS</b>	<b>151</b>	<b>139</b>	<b>290</b>

^^LÔBO, Paulo Luiz Neto. A Repersonalização das Relações de Família. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). Op.cit., p.64-5.

Paradoxalmente aos tipos de relações que se desenvolvem no seio da família, essencialmente pessoais por natureza, o Código Civil ao revés, trata da questão familiar<sup>^</sup> sob seu aspecto predominantemente econômico - patrimonial.

Reflexo da família liberal burguesa, idealizada pelos franceses, a família do Código é encarada no plano de sua constituição (através do casamento civil) como a união imaterial (não tão importante) e material entre os cônjuges, e, em segundo plano (pela filiação), como a perpetuação e a transmissão do patrimônio aos herdeiros, cujo interesse maior, ao qual se subordinam os eventuais interesses outros, é o da família, propriamente dito:

**A família é a garantia da moralidade natural. Funda-se sobre o casamento monogâmico, estabelecido por acordo mútuo; as paixões são contingentes e até perigosas; o melhor casamento é o casamento “arranjado” ao qual sucede a afeição e não vice-versa. A família é uma construção racional e voluntária, unida por fortes laços espirituais, por exemplo a memória, e materiais. O patrimônio é a um só tenção, necessidade econômica e afirmação simbólica. A família “objeto de devoção para os membros” é um ser moral: “uma única pessoa cujos membros são acidentes”. O chefe é o pai, e apenas sua morte dissolve a família ao libertar os herdeiros.<sup>^^</sup>**

O contingente patrimonial certamente é relevante aos interesses familiares; contudo, não contém o fundamento único, o cerne do direito de família como apregoa a legislação ordinária, não refletindo, senão as consequências secundárias das relações interpessoais, dos direitos pessoais e personalíssimos, de cada componente do grupo em tela.

Procedente, nestes termos, a crítica ao elitismo do Código que, regulamentando a família, enfatiza os efeitos patrimoniais dela decorrentes, haja vista que, tanto a família de hoje, quanto a família do início do presente século, excetuando uma minoria, que por isso constitui uma elite, não possui grandes riquezas, aptas a justificar tal prerrogativa legal.

---

<sup>^^</sup>PERROT, Michelle. A família Triunfante. In: PERROT, M. (org.). Op. cit., p.94.

Se o Código Civil já não representa a realidade das famílias brasileiras quando da sua elaboração, com muito mais razão não as representa na atualidade, eis que “o último senso-amostra do IBGE (1986) demonstra que, após setenta e dois anos de existência de nosso código, a pirâmide da perversa distribuição de renda no Brasil não ampliou substancialmente a proporção das famílias que possam ser consideradas como integrantes desse universo”.\*^

Esta priorização dos interesses patrimoniais em prejuízo dos interesses pessoais acentua a impermeabilidade do Código aos interesses, necessidades e anseios da maioria da população.

Portanto, paralelo ao primeiro traço característico da família retratada pelo Código Civil de 1916, vê-se, igualmente, o primeiro germe de sua derrocada, qual seja, a sua inclinação à redução das questões familiares ao âmbito patrimonial, preferencialmente.

Sob tal semblante, estruturam-se as disposições legais acerca da posição que deve ocupar cada membro que compõe a família, definindo-se em consequência, seu estatuto jurídico, determinante das obrigações e direitos enquanto pai, mãe, esposa, marido e filhos, como se verá adiante, particularizadamente.

A família patriarcal, composta por livres indivíduos-proprietários, e fundamentada no princípio hierárquico, era, pois, a única capaz de legitimar o poder exclusivamente masculino e, não raro, absoluto e arbitrário sobre seus demais integrantes.

#### b) A condição jurídica da mulher na Sociedade Conjugal do Código Civil Brasileiro

A expressa divisão de papéis entre homem e mulher na família do Código Civil não é somente uma constatação; antes porém, é seu substrato, seu próprio sustentáculo legal.

---

\*^LÔBO, Paulo Luiz Neto. Op. cit. p.66.

Impondo-se papéis diferenciados aos cônjuges, e, mais além, aos filhos, faz-se triunfar a hierarquia familiar, que acreditava o legislador do passado ser a condição necessária à organização, unidade e equilíbrio da família:

**Esse “corpo intermediário” entre indivíduo e sociedade, na espessa rede de interdependências que o constitui, contudo, não podia ser facilmente assumido e colocado dentro da linguagem política e jurídica dos direitos e deveres dos cidadãos (...). A solução foi considerar a família “base natural” da existência masculina, dos cidadãos - homens que se encontram e negociam livremente entre si na sociedade civil, e ao mesmo tempo ocultar as diferenças internas numa unidade hierarquicamente construída por meio da exclusão dos direitos civis e políticos de todos aqueles que, na família, não coincidem com o chefe de família: esposas e filhos dependentes.<sup>14</sup>\***

Com efeito, durante muito tempo negou-se às mulheres o direito à própria cidadania, em face da sua “natural” condição de inferioridade perante o homem. No Brasil, tem-se como exemplo típico de discriminação de gênero a interpretação restritiva dada à norma constitucional de 1891 sobre o sufrágio universal, em que a Constituição referia-se, genericamente, aos “brasileiros” como portadores do direito de cidadania. A utilização da forma masculina, entretanto, foi tomada como designação exclusiva aos homens, e não como um indicador genérico.

A expropriação do direito de voto e dos direitos políticos em geral, condiz, na verdade, com a situação de subordinação da mulher, imposta pelo tratamento discriminatório das legislações do Império, e reforçada sobretudo pelo Código de 1916 que estabelecia a não-capacidade jurídica para a mulher casada, expropriando-a, conseqüentemente, de sua própria cidadania<sup>15</sup> (Figurava a esposa no Código, como relativamente incapaz, ao lado dos menores púberes, silvícolas e pródigos).

Direito conquistado explicitamente em 1932, e incorporado à Constituição de 1934, com o voto feminino a mulher passa a ser titular da sua capacidade política.

<sup>14</sup> SARACENO, Chiara. A Dependência Construída e a Interdependência Negada. Estruturas de Gênero da Cidadania. In: BONACCI, Gabriela e GROPPI, Ângela (organizadoras). O Dilema da Cidadania. Direitos e Deveres das Mulheres. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 1995, p.207-208.

<sup>15</sup> A terminologia *cidadania* assume, no contexto, a designação da qualidade que possui o indivíduo no gozo de seus direitos políticos e civis.

assumindo o papel de uma completa cidadã em sua relação com o Estado, ao passo que, contraditoriamente, permanece sua relativa incapacidade para os atos da vida civil, só podendo exercê-los segundo mediação do marido.

Maior incoerência ainda, decorre de ter a mulher que, obrigatoriamente, renunciar a uma parte de sua cidadania, perdendo sua plena capacidade de exercício (sendo já maior de idade) ao formar, pelo casamento, uma nova família. Expressir:

**O fato de pertencer à comunidade familiar/unidade familiar pelo casamento e a responsabilidade de gerar filhos para a família (para o marido) constituem, para os “pais da cidadania, a “causa” da incapacidade das mulheres em serem cidadãs, tomando-as ao mesmo tempo dependentes dos maridos. Reconhecê-las como sujeito de direitos autônomos como os dos homens, de fato, solaparia as bases da unidade da família, introduzindo a possibilidade do conflito legítimo e da negociação dos interesses entre iguais, que eram apontados como característicos da esfera pública dos cidadãos.(...)**

**As mulheres não são portadoras de interesses autônomos, mas apenas dos da família, tal como são definidos a partir dos interesses e poderes dos maridos cidadãos. São suas relações privadas, contrapostas às sociais que lhe negam o estatuto de cidadãs.\*\*^**

O ponto mais esclarecedor acerca da referida discriminação de tratamento legal observa-se na parte dedicada aos direitos e deveres do marido e da mulher, respectivamente:

**Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que deve exercer com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos. Compete-lhe:**

**I- a representação legal da família;**

**n- a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial;**

**UI- o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique;**

---

<sup>16</sup> Ibidem, p.208-209.

**IV- prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277.**

**“Art. 240. A mulher com o casamento assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.”**

Ressalva-se, em tempo, que nos dispositivos transcritos já se encontram inseridas as alterações efetuadas pela Lei 4.121, de 27.08.62, conhecida como *Estatuto da Mulher casada*, cujo objetivo principal se restringe à correção de algumas aberrações formuladas pelo Código Civil, no tocante à condição jurídica de esposa e mãe:

**Foram corrigidos vários erros, como a capacidade relativa da mulher e a amplitude do pátrio poder. Também houve avanço ao dar à mulher o direito de ficar com a guarda dos filhos menores, (...) e de tomar desnecessária a autorização marital para o exercício do trabalho pela mulher. Mas o Estatuto ainda mostrou a influência do Código de Napoleão, ao manter o conceito de autoridade do marido, embora tenha havido avanço ao estabelecer que ele deve ser exercido no estrito benefício da família. (...) Como foi mantido o instituto da “chefia da sociedade conjugal”, cabe ao marido a representação legal da família; a administração dos bens comuns(...); o direito de fixar domicílio, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz; o exercício preponderante do pátrio poder (...); o provimento da manutenção da família, guardadas as disposições que obrigam a mulher a contribuir para as despesas do casal, com os rendimentos de seus bens, na proporção de seu valor.\*’**

No entanto, os “avanços” alcançados pelo Estatuto da Mulher Casada mostram-se insuficientes para adaptar novo ritmo às relações familiares, uma vez que, seu conteúdo diz respeito à mudanças superficiais, enquanto a dinâmica social continua a clamar por alterações estruturais.

---

<sup>17</sup> CUNHA, Roberto Salles. Os Novos Direitos da Mulher. São Paulo: Atlas, 1989, p.57

Até mesmo as disposições de cunho protetivo, como a dos bens reservados, tratam, em outras palavras, do reconhecimento formal da inferioridade feminina, tendo o legislador pátrio “premiado” o esforço incomum da mulher, instituindo;

**Art 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido, terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido e os bens com ele adquiridos constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém do preceituado na parte final do art.240 e nos ns. I e II do art.242[proíbem a alienação de bens imóveis sem autorização do marido, que por sua vez, sujeita-se a restrição similar).**

Retomando a análise dos “*stereótipos*” fixados na legislação, tem-se que ao homem é dada a chefia do lar conjugal, pressupondo-se ser ele o mais capaz, devido a sua atuação externa, de gerir os negócios e representar a família, restando à esposa o papel de colaboradora que, pela redação do artigo 240, traduz-se no zelo pela economia doméstica e pela direção material e moral da família. Mais uma vez, vê-se, claramente a dicotomia público-privado nas relações entre os cônjuges, oficializada pelo Código Civil.

Somente em ocasiões excepcionais a lei confere à esposa o poder de chefiar a família: quando o marido estiver em cárcere por mais de dois anos, em lugar incerto e não sabido, ou for judicialmente interdito ( art. 251, CC).

Constata-se que mesmo com as alterações da Lei 4.121/62, a mulher conserva a sua posição de submissão em relação ao marido no que tange à chefia da sociedade conjugal (art.242, CC), e, no que se refere à maternidade, no exercício do pátrio poder:

**Art. 380. Durante o casamento confere o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.**

**Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução da divergência.**

A situação de subalternidade da mulher estende-se e é observada historicamente, nos diferentes contextos sociais brasileiros, até a Constituição de 1988;

**A análise da legislação sobre a família nos períodos de 1930 a 1964 indica a permanência do modelo jurídico familiar que se mostra funcional, seja nos momentos de autoritarismo, seja nos de redemocratização. Tal modelo fmda-se na assimetria sexual e geracional, incentivando todo o poder na figura do pater familias. Trata-se de um modelo autoritário que serviu de substrato às analogias entre Vargas e “o pai dos pobres”, entre a necessidade de coesão da pátria e a necessária e “saudável” ordem familiar/^**

Ocorre que, a exemplo do que se disse anteriormente, os pilares da organização legal da família começam a ruir, determinando sua gradual ineficácia em responder aos conflitos sociais emergentes, fiiito da transformação política, econômica, cultural e jurídica da sociedade:

**O tipo moderno de família e casamento entrou em crise porque foram abalados seus fundamentos: a divisão sexual do trabalho e a dicotomia público e privado atribuída conforme o gênero. £m vários lugares do mundo industrializado, como parte da própria dinâmica da modernização que inicialmente as exclui do mundo público, as mulheres foram aumentando sua participação no ensino superior, nas atividades profissionais, políticas, sindicais, artísticas e culturais a partir das últimas décadas, redefinindo as fronteiras entre o público e o privado segundo o gênero. Desenqpenhando múltiplos papéis na esfera pública em suas vidas cotidianas, muitas mídheres deixaram de restringir suas aspirações ao casamento e aos filhos. Desafiaram a dicotomia entre público e privado, conquistaram direitos como cidadãs, constituíram-se como indivíduos. O individualismo patriarcal[ou seja, aquele que toma como modelo o indivíduo-proprietário] foi abalado, e a igualdade entre homens e mulheres colocou-se como**

---

\*\*BARSTED, Leila Linhares. Permanência ou Mudança? O Discurso Legal Sobre a Família. In: ALMEIDA, Angela Mendes de. (org.). Pensando a Família no Brasil. Da Colônia à Modernidade. Rio de Janeiro: UFRRJ, 1987, p. 109.

**possibilidade social Com isto, explodiu o conflito entre o individual e o coletivo no casamento e na família/**

O modelo adotado como “ideal” pelo Código Civil de 1916, não obstante ter sofrido alguns reparos efetuados pela Lei 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) e 6.515/77 (Lei do Divórcio), mostra-se obsoleto, na medida em que se urbaniza a população, nucleariza-se a família, emancipam-se a mulher e os filhos no trabalho e na família, em muito graças aos movimentos feministas (que nas décadas de sessenta-setenta atingem seu auge), e aos movimentos jovens, da denominada revolução-etária.

Sobressaem-se, portanto, de todas as grandes mudanças operadas na sociedade brasileira nas últimas décadas do nosso século, as que respeitam à democratização da família, conquistadas através da repersonalização das relações familiares, ou seja, da valorização de cada indivíduo (concebido na proporção do “ser” e não do “ter”) que compõe o todo, e dos interesses pessoais e humanos, que tomam o grupo familiar expressão jurídica única.

A necessidade de repensar um novo paradigma de família e de sociedade impõe-se a partir das próprias lutas de redemocratização do país, iniciadas no início da década de oitenta e culminando com a Convocação da Assembleia Nacional Constituinte, que ao contrário de outros movimentos constituintes conhecidos na história do país, representou o instrumento mediador dos conflitos sociais e políticos, discutindo, em todas as instâncias, as relações de poder.<sup>20</sup>

No que diz respeito às relações de poder dentro da família, observa-se, ainda, na parte dedicada à filiação (arts. 337 a 405 do CC), o papel proeminente do pai, e subsidiário à mãe, reforçando o estigma da inferioridade feminina no casamento e, sobretudo, assentando o pátrio poder em uma rígida hierarquia geracional.

<sup>19</sup> VAITSMAN, Jeni. *Flexíveis e Plurais - Identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p. 35-36.

<sup>20</sup> BORGES FILHO, Nilson. *Sobre o Sagrado e o Profano - Cívica e Militares na Política Brasileira*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996, p.73.

O próximo item a ser discutido detém-se na análise do estatuto jurídico da filiação, na concepção do referido diploma (com suas conseqüentes alterações), até o advento da Constituição Federal de 1988.

### **c) Estatuto Jurídico da Filiação no Código Civil de 1916.**

De fundamental importância para o direito e para a sociedade é a questão relativa aos filhos, que não só dão continuidade à família, como perpetuam a espécie humana, constituindo-se em uma amostra do futuro da humanidade.

O conceito jurídico de filiação, edificado no Código Civil sob o parâmetro da família “matrimonializada”, expressa, além do seu inarredável atrelamento ao conceito de família legítima, o repúdio do legislador aos filhos tidos fora do casamento;

**A coabitação sexual entre o homem e a mulher, sob determinadas circunstâncias, pode dar origem a um novo ser humano, matéria em si de altíssima relevância. Como a gravidez é um fenômeno feminino e ostensivo, a responsabilidade social da mulher pela procriação sempre esteve razoavelmente acautelada. A do homem, cuja participação não deixava vestígios seguros, apenas estaria, caso o associasse à mulher pelo vínculo de “justas núpcias”. Do contrário tudo ficava na dependência de um intrincado sistema de provas e exceções, que tabus morais e religiosos faziam ainda mais idôneo à proteção masculina.<sup>^\*</sup>**

Por este motivo, o Código Civil, através de uma série de presunções legais, tem como certa a filiação concebida na constância da sociedade conjugal dos genitores. Na ânsia de preservar, moral e patrimonialmente a família legítima, elege-se como princípio absoluto a verdade jurídica, apenas um dos aspectos que circunda o difícil fenômeno da procriação;

---

<sup>21</sup> VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. Revista Forense, V.271, Ano 76. Rio de Janeiro: Forense, jul/set., 1980, p.45 a51

**São inúmeras as situações previstas em lei, nas quais a paternidade é atribuída a quem pode não ser o pai biológico, ou a quem manifestamente não o é. Recorde-se a presunção de legitimidade da prole nascida de mulher casada, admitida nos arts. 339 e seguintes do C.Civ. brasileiro. Aqui a lei não favorece em nada a verdade biológica. Quer antes o favor da legitimidade, em cujo benefício sacrifica a apuração da primeira.“**

Para o legislador da época, além de muito distantes os procedimentos que possibilitam comprovar-se biologicamente a descendência, a importância desta, é enfatizada quanto à sucessão, bastando para tanto, o conceito jurídico de paternidade.

O estatuto da filiação retratado pelo direito pátrio decorre, pois, da assunção de uma série de prerrogativas e preconceitos, legado histórico que deita raízes muito profundas e antigas:

**As Leis portuguesas recusavam ao bastardo do nobre qualquer direito à sucessão do pai, mas reconhecia ao bastardo plebeu o direito de suceder ao pai. Mas, triste ainda era a sorte da bastardia modesta, desprovida do sangue real. Entre os burgueses, onde os preconceitos dominavam tanto quanto o dinheiro, o filho natural veio a ser réprobo. Os inocentes vivem a pagar intensamente pelos pecadores [sem grifo no original].<sup>23</sup>**

Seguindo uma ordem cronológico-evolutiva, o regime legal da filiação desenvolve-se mediante algumas etapas, diferenciadas pelo reconhecimento de maior ou menor gama de direitos aos filhos “extramatrimoniais”. De cunho meramente histórico a partir da nova ordem constitucional, e com finalidade didática, procede-se à classificação da filiação propugnada, segundo sua origem:

- Legítima - relativa a filhos concebidos (ou presumidos como tal) na constância da sociedade conjugal entre seus genitores (art.338, CC), podendo ser ainda legitimada, quando a filiação precedia ao casamento dos pais (art.352, CC).

<sup>22</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>23</sup> OLIVEIRÁ, Basílio de. O concubinato e a Constituição Atual: doutrina e jurisprudência. 3.ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993,p.124.

Com relação a esses tipos de filiação, pode afirmar-se que todos os direitos pessoais e patrimoniais dos filhos eram plenamente assegurados pela legislação ordinária.

- Ilegítima- nomenclatura destinada a qualquer filiação não decorrente de casamento, podendo ser, conforme a situação dos pais, adúltera (se um ou ambos os genitores fossem casados com terceira pessoa), incestuosa (havendo parentesco até segundo grau na colateral entre os pais), ambas consideradas filiações espúrias, e, por fim, *natural* ou *biológica* (proveniente de uma relação sem matrimônio, porém desimpedida para tal).<sup>4</sup>

Os filhos naturais, porquanto inexistente impedimentos para o casamento de seus genitores, mereceram sempre, em comparação aos demais filhos “ilegítimos”, tratamento privilegiado pela lei, para os efeitos de reconhecimento e sucessão.

Até o ano de 1847, data da primeira lei brasileira respeitante à filiação, vigorou acerca do tema o disposto nas Ordenações Filipinas do Reino Português, em que o reconhecimento dos filhos naturais, como vimos, não era admitido em todas as classes. A Lei 463, de 1847, consistiu em ampliar aos filhos de nobres os direitos que as Ordenações já previam aos plebeus. Em seu artigo primeiro é explícita essa intenção:

**“Art. 1- . Aos filhos naturais dos nobres ficam extensivos os mesmos direitos hereditários que, pelas Ord., Livro IV, Tit 92, competem aos filhos naturais de plebeus”.**

Porém uma limitação legal ao reconhecimento desses filhos impõe-se por obra do artigo subsequente:

**“Art. 2-. O reconhecimento do pai feito por escritura pública antes de seu casamento é indispensável para que qualquer filho natural possa ter parte na herança paterna, concorrendo com filhos legítimos do mesmo pai.”**

---

<sup>4</sup>Para um aprofundamento da teoria, consultar, entre outras, as obras de RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. v.n, Rio de Janeiro: Aide, 1994 e GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 9.ed. Rio de Janeiro; Forense, 1996.

Da leitura do dispositivo tem-se que, concorrendo com filhos legítimos, os filhos naturais só teriam direito à parte da herança se anteriores ao casamento de seu pai ilegítimo, uma vez que, o reconhecimento por escritura pública, exigia, como requisito essencial, ser preexistente à sociedade conjugal (denotando a preocupação do legislador em não dar margem ao reconhecimento de filho adulterino).

Ainda de acordo com o artigo terceiro da mesma Lei, “a prova da filiação natural, nos outros casos, só se poderá fazer por um dos seguintes modos: escritura pública ou testamento”. Entende-se que o objetivo do artigo em pauta foi autorizar o reconhecimento de filho ilegítimo através de testamento, desde que, seu pai não possuísse filhos legítimos.

Basílio de Oliveira, em retrovisão da filiação espúria, esclarece que, nada obstante a vidação do direito sucessório, reconhecia-se desde a época das Ordenações o direito alimentar, preceituando o Título II, & 1- do Livro IV:

**“ Se o filho não for nascido do legítimo matrimônio, quer seja natural, quer espúrio ou de qualquer outra condição, a mãe será obrigada a criá-lo de leite até três anos, e toda outra deí^esa assim no dito tempo, como depois, será feita à custa do pai”. --**

O Decreto-lei n. 181, de 1890, além de secularizar o casamento civil, inova a matéria referente à filiação natural, ao passo que admite como prova, em seu artigo sétimo, a confissão espontânea do pai, em “escritura púbUca, no ato do nascimento, ou em outros documentos autênticos” (regra repetida pelo art. 357,CC).

O Código Civil, Lei 3.071, de 1- de janeiro de 1916, não destoando da tradição jurídica que se lhe antecede, estabelece que o reconhecimento voluntário ou judicial é privativo aos filhos naturais:

**“Art.358. Os filhos incestuosos ou adulterinos não podem ser reconhecidos.”**

---

<sup>25</sup>Ibidem, p. 130.

Caberia, de resto, ao espúrio, o direito à pensão alimentícia, fazendo-se certa a paternidade, embora sem a sua provocação legal, na literalidade do artigo 405, do Diploma Civil em exame:

**“Art. 405. O casamento, embora nulo, e a filiação espúria, provada quer por sentença irrecorrível, não provocada pelo filho, quer por confissão, ou declaração escrita do pai, fazem certa a paternidade, somente para o efeito da prestação de alimentos”.**

Os filhos naturais foram gradualmente, por obra do legislador, aproximando-se aos legítimos, amentando, destarte, a abissal diferença em relação aos filhos espúrios e, principahnente, incestuosos:

**Já os incestuosos e os adúlteros foram privados de reconhecimento voluntário ou coativo pelo art.358 do código civil. Leis sucessivas alteraram essa situação, em relação aos adúlteros, até atingir a situação atual, decorrente da Lei 883/49 e suas alterações, que mesmo antes da Nova Constituição já permitiam:**

- a) o seu reconhecimento voluntário ou coativo, dissolvida a sociedade conjugal que o tomou adúlterlno [Decreto-lei n.4.737, de 24 de setembro de 1942];**
- b) o seu reconhecimento voluntário, em testamento cerrado, mesmo na vigência da referida sociedade conjugal [Lei do Divórcio- 6.515/77];**
- c) ainda na constância dessa sociedade, o filho poderá ser reconhecido através de sentença, pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos contínuos [Lei 7.250^984];**
- d) da igualdade de direitos sucessórios entre os adúlteros e os legítimos, legitimados e naturais [Lei 6.515/77];**
- e) mesmo antes de dissolvida a sociedade conjugal, o filho adúlterlno poderá acionar o pai em segredo de justiça, para pedir alimentos, ficando dispensado de ação Investigatória após a dissolução da sociedade [Lei 6.515/77].**

**Todas essas conquistas do filho adúlterlno não beneficiaram o incestuoso, que continuou discriminado pelo artigo 238 do Código Civil, desde que do mesmo não cogitou a Lei 883/49.^.^**

<sup>26</sup>COSTA, Dilvanir José da. Aspectos no Direito de Família na Nova Constituição. Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais, UFMG. n.32. outubro de 1989, p.201.

Outra sorte não mereceram os filhos adotivos, na medida em que o Código Civil trata da matéria, excetuando esta espécie de filiação, especialmente no tocante aos direitos sucessórios decorrentes da adoção:

**“Art. 376. O parentesco resultante da adoção (art. 336) limita-se ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos inqiedimentos matrimoniais, a cujo respeito se observará o disposto no art.183, ni e IV.”**

Entende-se pela redação do artigo referido que o adotado, vinculando-se, tão-só ao adotante, apenas a este último teria o direito de suceder, ressalvada a hipótese de existirem filhos legítimos:

**“Art. 337. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária”.**

De semelhante previsão legal defui a inexorável conclusão de que o legislador considera o adotivo, para efeitos sentimentais e familiares como filho, porém, para efeitos hereditários e patrimoniais, essa condição fica na dependência de inexistir descendência consangüínea do adotante.

Complementando o mesmo raciocício, encontra-se no presente Diploma, em seu Livro VI, destinado à Sucessão, regra que corrobora a afirmação anterior:

**“Art. 1605, §2 - Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes à adoção (art J68), tocará somente a metade da herança cabível a cada um deles.”**

Ao contrário do que denotam essas regras, a adoção é instituto de incomensurável relevância social e humanitária, não podendo, pois, ser entendida como um mero negócio jurídico, sujeito, inclusive, à revogação (art. 374, CC). Deve-se, outrossim, conceber a adoção como uma ficção legal, capaz de imitar, em toda a sua extensão, a filiação biológica.

Neste sentido, antes mesmo da atual Constituição, a Lei 6.697, de 1965, batizada de Código de Menores, não obstante conservar inalterada a adoção tradicional, regulada pelo Código Civil em seus artigos 368 a 378, institui duas modalidades diferentes destinadas aos menores de até dezoito anos: a adoção simples e a adoção plena.

Preleciona a respeito, Airton Barrichello:

**A adoção simples é exclusiva do menor considerado em “situação irregular” e permitida, mesmo, aos casais com filhos. Dependerá sempre de autorização judicial. (...)**

**A adoção plena somente é permitida em se tratando de menores de até sete anos de idade, que se encontram em “situação irregular”, definida no art. 2<sup>o</sup>, I do Cód<sup>o</sup> de Menores, de natureza não eventual, isto é, privado das condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução.<sup>^^</sup>**

A adoção plena difere da prevista no Código Civil, porquanto atribui a situação de filho ao adotado, equiparando-o, em todos os aspectos, aos biológicos, em caráter irrevogável, e, desligando-o definitivamente de seus parentes sanguíneos (salvo quanto aos impedimentos matrimoniais).

Permanece, todavia, intacto o sistema de adoção consoante as disposições do Código Civil de 1916, coexistente ao Código de Menores.

As discrepâncias legais remanescentes quanto aos filhos incestuosos e adotivos consideram-se definitivamente afastadas somente com o advento da Constituição Federal de 1988, que desvincula a filiação do conceito onipotente da verdade jurídica, conferindo igual relevância à verdade biológica e à verdade sócio-afetiva.

Considera-se finalmente, ante a retrospectiva traçada pelo capítulo em conclusão, valendo-se da síntese de Eduardo Leite que:

**O homem evoluiu, as instituições se aperfeiçoaram e o Direito, de certa forma, se esclerosou em padrões tradicionais que não**

---

<sup>^^</sup>BARRICHELLO, Airton Percy. O Regime da Adoção. In: BITTAR, Carlos Alberto. O Direito de Família e a Constituição Federal de 1988. Op.cit., p. 194-195.

**respondem às expectativas das novas gerações. Ciência dinâmica por vocação-na medida em que reflete os anseios humanos - o Direito tomou-se estático por incapacidade de se adaptar e se refazer, recriando a ordem jurídica na dimensão humana. No caso brasileiro, a defasagem entre a realidade social e a normatização da conduta é ainda mais pronunciada.**

**A divisão social do trabalho, o acesso da mulher ao mercado de trabalho, o desaparecimento da hierarquia nas relações paterno-filiais, a dessacralização do casamento e a liberdade sexual alteraram o quadro secular familiar, fazendo os indivíduos perderem suas referências tradicionais e relativizando os valores.<sup>^\*</sup>**

Sensível a esta necessidade, o legislador constituinte procurou desembaraçar-se dos parâmetros ultrapassados, que ainda circunscreviam a família na legislação ordinária, pautando o novo paradigma jurídico nas diferentes formas de convivência familiar, reveladas pelo cotidiano da sociedade atual.

É este, portanto, o ponto de partida para o capítulo seguinte, dedicado à investigação do modelo proposto pela nova ordem constitucional brasileira.

---

<sup>^</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. A família monoparental como entidade familiar. In: ALVIM, Tereza Arruda. Op.cit, p.45.

## CAPÍTULO III

### A FAMÍLLE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Ampliando a definição de família, o presente capítulo mostra-se fundamental ao argumento de que a Constituição Federal fixa novos parâmetros ao conceituá-la, adequando o modelo legal ao atual contexto brasileiro.

A título de progresso em relação às constituições precedentes, a Carta de 1988 reserva um capítulo inteiro à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, traçando ao conjunto novo contorno jurídico.

Fenômenos relativamente recentes, a constitucionalização e a internacionalização do direito de família, enquanto direito social, caracterizam-se como resultantes do próprio Estado Social<sup>^</sup>, modelo jurídico predominante neste século.

O constitucionalismo do denominado Estado Social, é marcado pela presença não só dos direitos de liberdade (produto da grande Revolução Francesa e do conseguinte Estado liberal), como também pelos direitos sociais, que se impõem como fundamentais, sobretudo a partir da revolução industrial, uma vez que.

---

<sup>^</sup> Sobre a caracterização do Estado contemporâneo e sua finalidade, consultar PASOLD, César Luiz. <sup>^</sup> Função Social do Estado Contemporâneo, norianópolis: Ed. do Autor, 1984.

acirradas as desigualdades e contradições na sociedade, impossível dissociar-se a verdade de igualdade material ou real.

Além dos processos de internacionalização, de conversão em direitos positivos, nota-se, nesses últimos anos, a tendência do constitucionalismo do Estado social, no sentido de “especificação”, não só desses direitos, mas de seus respectivos destinatários.

Nas palavras de Bobbio:

**Essa especificação ocorreu seja com relação ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana. Com relação ao gênero, foram cada vez mais reconhecidas as diferenças específicas entre mulher e homem. Com relação à fase da vida, foram-se progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado e o dos homens adultos, por outro.**

(...) Refiro-me, por exemplo, à *Declaração dos Direitos da Criança (1959)*, à *Declaração sobre a Eliminação da Discriminação à Mulher (1967)*, à *Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (1971)*.<sup>2</sup>

Paulo Luiz Neto Lôbo, na mesma linha de raciocínio, esclarece que a família merece tratamento constitucional distinto, conforme a época histórica em que se insere, e, conforme o tipo de Estado, ideologicamente considerado:

**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, tomando universal seu ideário de cidadania e dignidade humana a partir da liberdade de aquisição, domínio e transmissão da propriedade.**

**O Estado social retomou o processo de intervencionismo 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**

<sup>2</sup>BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp.62-63.

### **democracia social ao socialismo, independente da forma do poder político (democrático ou autocrático)?**

Para o Estado Contemporâneo, na consecução de sua finalidade social, a família é de nuclear relevância, pois afigura-se como base da sociedade e, conseqüentemente, do próprio Estado, na medida em que é a responsável pela produção e reprodução do elemento humano que compõe a sociedade. Como primeiro agrupamento em que se insere o ser humano, a família desempenha papéis contraditoriamente opostos: ora como reprodutora da ideologia do Estado<sup>\*</sup>, ora como seu agente libertador, à medida que funda, inculca e transmite novos valores.

A família, ainda, “tem função nutriz e função educativa, de adaptação ao meio físico e social; é como se fosse o prolongamento do útero materno, o útero social que exerce a função de mediador entre a sociedade e o indivíduo”<sup>^</sup>

Ao disciplinar e proteger a família, o Poder Público trata, em primeiro lugar, de velar pelo que considera o adequado desenvolvimento e complemento do indivíduo. Diferente da matriz do pensamento liberal, em que o homem era considerado um ser abstrato e genérico, livre de quaisquer condicionamentos sociais, econômicos e políticos, e onde os princípios de liberdade e igualdade eram garantidos apenas formalmente, como um dever de abstinência do Estado<sup>^</sup>, o Estado social é caracterizado pelo ideal de igualdade real ou material, assumindo, assim, um compromisso no sentido de equilibrar forças e diminuir as desigualdades que marcam as sociedades do século XX.

Conseqüentemente, como o objetivo precípua do Estado social traduz-se na realização do bem-estar comum, a família passa a representar o primeiro estágio ou o primeiro “elo” dessa corrente, dada a importância de que se reveste para o bem

---

<sup>^</sup>LÔBO, Paulo Luiz Neto. A Repersonalização das Relações Familiares. In; O Direito de Família e a Constituição de 1988. São Paulo; Saraiva, 1989, pp.57-58.

<sup>\*</sup>Acerca do papel de função Ideológico do Estado, possivelmente desempenhado pela família no seio da sociedade, consultar POULANTZAS, Nicos. O Estado, O Poder, O Socialismo. Trad.; Rita Lima.S.ed. Rio de Janeiro; Graal, 1985.

<sup>^</sup>CUNHA, Sérgio Sêrvulo da. Direito de Família - Mudanças. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1985,p.11.

<sup>®</sup> Merece transcrição a este respeito o trecho de José Afonso da Silva, na obra Curso de Direito Constitucional Positivo; “ A burguesia que desencadeara a revolução liberal estava oprimida apenas politicamente, não economicamente. Daí porque as liberdades da burguesia liberal se caracterizam como liberdades-resistência ou como meio de limitar o poder, até então absoluto” (SIVA, 1994, p. 146.)

estar do indivíduo e da comunidade. “E na verdade o Estado intervém para consolidar os vínculos, para garantir a segurança das relações, para disciplinar, melhorar e dirigir às finalidades supremas, as quais ele mesmo objetiva, o organismo familiar que constitui a primeira base da sociedade”.<sup>^</sup>

Para imi melhor entendimento da inter-relação entre o tipo de Estado ideologicamente elaborado, e, o papel desempenhado pela família, analisam-se a seguir as diferentes épocas constitucionais do país, segundo sua contextualização histórica, e, paralelamente, o tipo de tratamento jurídico dispensado às relações familiares do período em questão.

## **1 A FAMÍLIA EM FACE DAS TRÊS ÉPOCAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS**

O lugar ocupado pela família na vida cotidiana é tão importante que não poderia ser eliminado sem comprometer as possibilidades vitais do ser humano. A feição assumida pela família, entretanto, modifica-se e amolda-se, conforme a necessidade histórica do contexto em que se insere.

As constituições brasileiras demonstram a suscetibilidade da família às alterações ocasionadas na sociedade, notadamente na transição do Estado liberal para o Estado social.

### **a) O Constitucionalismo do Império**

O primeiro período constitucional brasileiro se estende de 1822, ano da proclamação da Independência, até 1889, ano em que as instituições imperiais entram em colapso, prenunciando, o advento da República.

A Constituição de 1824, marcadamente influenciada pelo constitucionalismo francês (Constituição francesa de 1791), preocupava-se basicamente com a organização e divisão de poderes, para “gloke” do célebre esquema de

---

<sup>^</sup> CHAVES, Antônio. Tratado de Direito Civil. Direito de Família.v.5.t.I. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.36.

Montesquieu: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário (no caso brasileiro, com acréscimo do Poder Moderador), e com enumeração e garantia dos direitos individuais e políticos, que restaram protegidos contra os abusos de poder.®

De caráter liberal, essa Constituição não dispensou uma norma sequer à família, relegada, como todos os demais direitos sociais, a uma esfera eminentemente privada da vida humana, em que o Estado, por definição ideológica inclusive, vedava-se a intromissão.

Ponto extremamente importante para a caracterização da família nesse período é o fato de ser a sociedade brasileira da época, além de escravagista, predominantemente rural, o que determinou, de acordo com o referido anteriormente, a conformação da família numerosa, organizada sob o manto da autoridade paterna (ao estilo do modelo romano), coroada com a indiferença do legislador.

Merece destaque a ótica de Bonavides acerca das peculiaridades que marcaram essa época constitucional brasileira:

**“A Monarquia foi, não obstante, um largo passo para a estréia formal de um Estado liberal, vinculado, todavia, a uma sociedade escravocrata, aspecto que nunca se deve perder de vista no exame das instituições imperiais.”<sup>^</sup>**

## **b) O Constitucionalismo da Primeira República**

O Estado brasileiro “converteu-se com a Constituição de 1891 num Estado que possuía a plenitude formal das instituições liberais, em alguns aspectos deveras relevantes, trasladadas da Constituição americana, debaixo da influência de Rui Barbosa, um jurista confessadamente admirador da organização política dos Estados Unidos”<sup>10</sup>.

Compreende-se, pois, que dentro do período de cerca de 40 anos, o Brasil republicano e constitucional, influenciado pelo constitucionalismo norte-americano.

---

\* BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo; Malheiros, 1994, p.329.

<sup>^</sup>Ibidem.p.330.

<sup>10</sup> Ibidem. p.330.

e pela hegemonia do individualismo, a exemplo da Constituição Imperial, não dedicou maior atenção à família.

A Constituição de 1891 traz, portanto, um único dispositivo concernente ao casamento:

**Art. 72, §4º: “ A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.**

Tal previsão constitucional, demonstra a primeira, não obstante incipiente, preocupação do Estado para com a família, ao menos no sentido de tomar para si, em detrimento da Igreja, as regras respeitantes ao matrimônio (o Decreto n.181 , de 24 de janeiro de 1890, já havia instituído entre nós o casamento civil).

Paulo Lôbo tece considerações sobre a importância do casamento civil para a República recém proclamada:

**“É compreensível a exclusividade do casamento civil. Os republicanos desejaram concretizar a política de secularização da vida nacional. O casamento constituía um dos mais fortes instrumentos da influência que a religião oficial exercia na vida privada, durante o Império”.**<sup>^^</sup>

### c) O Constitucionalismo do Estado social

Os primeiros anos da década de trinta anunciam o início de uma convulsão ideológica, de graves consequências para a nossa ordem constitucional, marcando, por assim dizer, um tempo de contradições e complexidade, que se fazem presentes nas constituições que se seguiram à de 1934, até a atual.

Historia Bonavides:

**Com a promulgação da nova Constituição de 16 de julho de 1934, inaugurou no Brasil a terceira grande época constitucional de sua história; época marcada por crises, golpes de Estado,**

---

” LOBO, Paulo Luiz Neto. op.cit., p.60

**insurreição, impedimentos, renúncia, suicídio de presidentes, bem como queda de governos, repúblicas e constituições.**

**(...) Com a Constituição de 1934 chega-se a fase que mais de perto nos interessa, porquanto nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no país. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber: faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descuidado pelas constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro”.\*^**

Desta forma, as constituições que caracterizaram o Estado social brasileiro: a saber, a de 1934, a de 1937, a de 1946, a de 1967-69, e, por fim a de 1988, quer sob governos autoritários, quer sob governos democráticos, destinaram à família normas explícitas.

A Constituição de 1934 dedica quatro artigos à família (arts. 144 a 147), resguardando pelo reconhecimento exclusivo, a família “legítima”, isto é, a constituída pelo casamento indissolúvel, merecedora de “especial proteção do Estado” (formulação típica do Estado social, repetido em todas as constituições subseqüentes). Extrai-se do texto, porém, um avanço com relação ao estatuto da filiação, na medida em que permite o reconhecimento de filhos naturais ( não adulterinos, nem incestuosos).

Exatamente como a de 1934, a Constituição Federal de 1937 restringe-se à família legítima. Pela primeira vez surge um “pátrio dever”, ou seja, considera-se a educação como um dever dos pais.

Nessa mesma esteira, a Carta de 1946 mantém a restrição de proteção somente à família legítima, realçando a indissolubilidade do casamento. Não há nenhuma prescrição no sentido de igualização de tratamento entre os filhos ou cônjuges. Reafirma, por fim, o papel assistencial do Estado, que estimula a família numerosa, proclamando o dever de assistência à maternidade, à adolescência e à infância.

---

\*^BONAVIDES, Paulo, op.cit, p. 332.

Inexiste qualquer acréscimo na Constituição de 1967, que mantém, com insignificantes alterações de texto, o que dispunha a anterior.

Durante a vigência da Carta de 1969 (Emenda n.1/69), houve uma substancial mudança na sistematização da família, tomando dissolúvel o casamento, após a Emenda n.9/77 (instituidora do divórcio).

Como fenômeno recente, observado ao final do presente milênio, a família, mais uma vez, reestrutura seus parâmetros às transformações contemporâneas, e o direito vê-se compelido a buscar legitimidade em novos modelos legais, sob pena de enclausurar-se nas amarras do século passado, em descompasso com o *devenir* da civilização.

**Sucederam-se assim, reformas na legislação de diversos países, a nível constitucional e ordinário, que têm conferido ao direito de família a sua feição atual, de conjunto de princípio e de regras que, preservando os direitos pessoais de cada um dos conponentes do núcleo básico (personalização das relações), contém normas de cunho supra-individual, na defesa mesma desse grupo (a família tomada em seu conjunto), como esteio da existência e da preservação da nação.**

**As principais modificações legislativas havidas, diante do vulto das reformas e da influência que no mundo ocidental sempre exerceram estes países, foram as de Portugal, França, Alemanha e Itália (...).**

**Linha comum nessas reformulações -realizadas na década de setenta- é a do equilíbrio entre as idéias de proteção da família como núcleo fundamental e do respeito, no lar, à posição individual de cada membro (do marido, da mulher e dos filhos, de cada um ou de ambos). A textura legislativa tem visado, pois, ao entrelaçamento do casal no lar conjugal, nele concentrando-se a família, respeitando-se, outrossim, as relações pessoais de cada qual de seus descendentes não conflitantes com a harmonia do conjunto.^^**

---

<sup>^^</sup>BITTAR, Carlos Alberto. *Novos Rumos do Direito de Família*. In: *O Direito de Família e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 10.

## 2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O NOVO PARADIGMA FAMILIAR

Sabe-se que “uma constituição é o encontro essencial num dado momento e deve ser suficientemente flexível para se adaptar às exigências do mundo contemporâneo”.\*\*

Com intuito de caracterizar a construção de um novo paradigma de família, a partir da Constituição Federal de 1988, faz-se necessário porém, mencionar, que como carta tipicamente de um Estado social<sup>15</sup>, espelha em seu conteúdo muitas contradições, além do pluralismo político e ideológico, trazendo para o cenário constitucional uma verdadeira luta de classes, pois representa, em última análise, o compromisso de conciliação.

Passa-se a visualizar melhor, a partir da ordem constitucional de 1988, a função social do Estado contemporâneo, com a materialização efetiva do bem individual e coletivo a ser implementado para uma maior qualidade de todos os núcleos da vida social. Essa é a grande tarefa a ser conseguida no século que se avizinha.

Vale transcrever, novamente, a lição de Paulo Bonavides:

**Nunca deve ficar deslembrado que a Constituição do Estado social na democracia é a Constituição do conflito, dos conteúdos dinâmicos, do pluralismo, da tensão sempre renovada entre a igualdade e a liberdade; por isso mesmo a Constituição dos direitos sociais básicos, das normas programáticas, ao contrário portanto da Constituição do Estado liberal, que pretendia ser a Constituição do repouso, do formalismo, da harmonia, da rígida separação de poderes, do divórcio entre o Estado e a sociedade.\*<sup>16</sup>**

---

<sup>15</sup> GÉLARD, Patrice. Transformações do Direito Constitucional na Sociedade Contemporânea. Tribuna da Justiça. Associação Paulista da Magistratura, n.74, ago/96, p.25

<sup>15</sup> A propósito é oportuno lembrar a posição de DE SOUZA, Nelson Oscar. Manual de Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p 09: “Vive-se hoje a fase do Estado Social, como consequência direta da revolução industrial, das modernas técnicas de produção em massa, da ascensão das classes trabalhadoras, da formulação dos novos direitos sociais”. E>estaque-se, ainda, que a interdependência dos contemporâneos fenômenos da expansão do papel social é analisada na obra de CAPPELLETTI, Mauro. Juizes irresponsáveis? Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989, p. 19, quando alude ao Estado social ou promocial também em suas formas ocidentais: “cái providence, estado social ou *welfare state*”.

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. Op.cit.,p.335.

A novidade que se inaugura portanto, com as constituições de estados sociais, e, entre nós, com especial relevo, com a Constituição de 1988, é a passagem da família do campo do “não-direito”(ou no máximo, de regras básicas, instituidoras e protetivas da família legítima), para o campo do regulamentado.

O caráter inovador da atual Constituição não pára por aí, revelando-se com mais clareza quando, ao assumir uma postura democrática e pluralista com relação à família, acaba por positivar práticas, que não obstante usuais na sociedade, ainda mereciam o repúdio por parte do Direito Oficial.

Pode afirmar-se, em decorrência, que no nascedouro deste novo modelo legal está, presente, sem dúvida, o conflito social, finto das práticas e anseios populares, pois, no dizer de Railda Saraiva:

**Todas as sociedades são caracterizadas por reações dialéticas de continuidade e mudança. A continuidade é mantida pelos controles sociais e pela educação, formal e informal, que transmite o legado social acumulado às novas gerações. Existem, em contrapartida, condições gerais que estimulam a mudança social, ressaltando-se entre elas o aumento de conhecimento e a ocorrência do conflito social^^.**

Antes de uma análise detalhada dos dispositivos constitucionais, responsáveis por essa transformação de paradigma, cabe um esboço dos novos princípios orientadores da família, a partir da Carta de 1988.

Segundo Orlando Gomes, na esteira da melhor doutrina nacional e estrangeira, a família de hoje atualiza seu sentido e suas funções, ao passo que, gradativamente aproxima-se dos objetivos, ou melhor, da sua feição, traçada não somente pelo Estado, mas pela sociedade em geral:

É o próprio conceito jurídico de família que sofre modificação.

**Sob três aspectos, pode-se percebê-la:**

**a) o da sua concepção**

---

<sup>17</sup> SARAIVA, Raílda. Poder, Violência e Criminalidade. Rio de Janeiro; Forense, 1989, p.01.

- b) o da sua composição
- c) o da proteção das posições jurídicas familiares.

Quanto aos princípios, o direito de família moderno, substituiu os antigos pelos seguintes:

- 1) princípio da *ratio* (fundamento) do casamento e da vida conjugal [coloca-se a afeição acima de qualquer outra razão de ser, tanto que, autorizado o desfazimento do vínculo, quando esta deixa de existir]
- 2) princípio da paridade dos cônjuges
- 3) princípio da igualdade de todos os filhos. <sup>18</sup>

Destacam-se, ainda, outras mudanças que fundamentam sua recente caracterização. De maneira mais abrangente, observa-se por parte do Estado, uma inclinação à proteção de cada um dos componentes do círculo familiar em particular, denotando uma espécie de (re)valorização de seus integrantes, isto é, uma repersonalização das relações familiares.

A repersonalização, conforme anota Paulo Luiz Lobo, é o único meio capaz de garantir a realização da afetividade no seio da família, e, igualmente, desenvolver as potencialidades de todos os seus membros:

**O desafio que se coloca ao jurista e à legislação é a capacidade de ver as pessoas em toda a sua dimensão ontológica e não como singulares e abstratos polos de relações jurídicas. A pessoa humana deve ser recolocada no centro das cogitações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, não sendo medida pela propriedade, que passa a ter uma função complementar.(...)  
A restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da expressão da afetividade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade.^^**

O trabalho de construção de um pilar básico que movimenta a dinâmica da família no direito pátrio apenas deu seus primeiros passos com a positivação de alguns postulados principais pela Lei Fundamental, que, muito embora, não

<sup>18</sup> GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.12.  
<sup>19</sup> LOBO, Paulo Luiz Neto. *Op.cit.*, p.71-2.

contemple toda a diversidade de valores existentes na sociedade, direciona-se a uma concepção múltipla e flexível da instituição.

Para que se efetive na prática cotidiana os novos princípios e a atual concepção de família, e, sobretudo, para que se faça jus a uma Constituição que ao menos no capítulo dedicado à família, pretende ser emancipadora, é necessário que não só os operadores tradicionais do direito, mais também toda a sociedade, compreenda o seu papel de intérprete e concretizadora dessas normas.

## **2.1 Hermenêutica das disposições constitucionais acerca do direito de família**

Apesar de os métodos de interpretação constitucional não se configurarem como objeto desta pesquisa, é imprescindível que o texto, pelo próprio teor e objetivo que pretende alcançar, aponte, a melhor alternativa para a realização da família proposta pela Constituição vigente.

A demonstração de que a Constituição vigente consolida novos princípios, ou melhor, atualiza propostas para os conflitos e inter-relações familiares, destinados à concretização de uma família diferente, significa dizer, em outras palavras, que qualquer mudança estrutural que se pretenda intentar em uma dada sociedade deve, necessariamente, passar pela reestruturação de sua base. De nada adianta, pois, falar em democratização da sociedade, em pluralismo jurídico e político, ou ainda em direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, se, em seu berço que é a família, esses direitos e princípios não merecem acolhida.

É justamente com relação a esse dilema que nasce a preocupação em ressaltar que o trabalho do legislador constituinte não se encontra acabado; antes porém, carece de constante aperfeiçoamento, através de sua adequação diária com a realidade social. Essa tarefa é legada a toda a sociedade brasileira, eis que a cada indivíduo é dado o poder de interpretar a lei que a ele se destina, na medida em que sua iniciativa proporciona o salutar exame por parte do Poder Judiciário, do grau de entrosamento entre a norma e o direito tutelado e a realidade fática, no caso concreto.

Alguns autores, de formação positivista e tradição conservadora, mantêm-se fiéis à clássica dicotomia direito-norma, que leva à cômoda conclusão de que as normas jurídicas “são partes de imi âmbito maior, que é o direito, sendo assim não esgotam a totalidade do direito, **nem podem[!] identificar-se com ele** [sem grifo no original]”.<sup>21</sup>

Dissociar-se a norma do direito, e conseqüentemente da sociedade, em uma interpretação mecânica, técnica de seu conteúdo, é retirar do ordenamento jurídico o que possui de mais precioso e fundamental, o que lhe confere dinamismo e vitalidade, sobretudo quando se trata de norma constitucional, de teor destacadamente político-social.

**“O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la.”<sup>22</sup>**

Ademais, é indispensável o perfeito entendimento de que, a Constituição Federal de 1988 deve ser interpretada em seu duplo sentido : por um lado sustenta uma resposta para o passado e o presente; por outro, manifesta e inaugura as promessas e compromissos para o futuro.

#### **a) A União Estável como Entidade Familiar.**

Dispõe o artigo 226 da Constituição Federal de 1988:

**“Art.226. A família, base da sociedade [sem grifo no original] tem especial proteção do Estado.”**

Merece destaque o fato de a Constituição de 1988 preterir o tratamento exclusivo da “famiha legítima”, não obstante defina, no parágrafo primeiro do

---

<sup>21</sup>“DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e Seus Efeitos. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo.Op.cit., p.420.

artigo 226, que “o casamento é civil e gratuita a celebração.” Ainda assim, quando conceitua a família como base da sociedade, o faz de maneira abrangente e plural, incluindo não só aquela fundada no casamento, mas também as novas formas de conjugalidade, como a união estável, conforme se conclui na sequência:

**“§3- Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar[?], devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”**

O parágrafo terceiro do artigo 226 representa imi dos maiores avanços na democratização da família brasileira, pois, ainda que tardiamente, o direito oficial reconhece e destina proteção a uma prática social corriqueira e muito antiga. As demais constituições pátrias pautavam a formação da família, estruturando-a obrigatoriamente pelo casamento civil, ao passo que a legislação infraconstitucional, nos dispositivos do Código Civil, ocupava-se das uniões de fato, ou das chamadas uniões concubinárias, somente no intuito de discriminá-las ou reprimi-las (arts. 248, IV e 1719, m, CC).

Sob tal prisma, o legislador constituinte pretendeu abrigar juridicamente essas situações, reparando assim o desprezo e o tratamento preconceituoso e hipócrita que lhes vem sendo aplicado no país, ao longo dos tempos.

Não obstante a ousadia do reconhecimento da união estável, a norma constitucional foi deveras imprecisa e até mesmo infeliz, na tentativa de distinguir o termo “família” do utilizado, “entidade familiar”, pois, deu margem a entendimentos que pretendiam desclassificar esse tipo de união como constituidora de família.

Segundo sua etimologia, o vocábulo “entidade” se refere àquilo que “constitui a essência de uma coisa; existência”.^^ Afigura-se a terminologia mero eufemismo para designar “família”, que deixou de trazer em sua essência a idéia de casamento.

A propósito, a essência atual da família, implicitamente realçada pela Constituição Federal de 1988, é fundada, basicamente, na afetividade e na

---

“FERREIRA, Axirélio Buarque de Hollanda. Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. II.ed.

solidariedade entre seus membros. Conseqüentemente, o aludido preceito constitucional consagra a união estável como fonte capaz de originar, ao lado do casamento civil, a família destinatária da proteção do Estado.

A família de fato, ou informal, que nasce espontaneamente e é produto das relações sociais, necessita cercar-se de preceitos jurídicos, aptos a proporcionar não apenas o respeito por e de seus integrantes, dentro de imia conduta norteadada pela responsabilidade, como também, e acima de tudo, o respeito pela própria dignidade da vida humana. Neste sentido, tanto em relação à família oriunda do casamento, quanto à originada de uma relação estável entre sexos opostos^^, o Estado é devedor de proteção. A proteção e o amparo da famiha é do interesse não só do Estado, como da própria sociedade, maior vítima da desagregação da unidade familiar.

Seguindo a mesma veia interpretativa, dá a real extensão da norma a magistrada gaúcha Des. Maria Berenice Dias:

**(...) Não se pode deixar de concluir portanto, que a Constituição restou por dilatar o conceito de família, outorgando a sua proteção, tanto à sociedade conjugal decorrente do casamento, como às uniões estáveis e as comunidades de qualquer um dos pais e filhos. (...)**

**Bem andou o legislador constitucional em limitar-se a definir sua proteção a tal tipo de entidade familiar, sem definir-lhe os contornos, tão-só integrando-a no ramo de direito de família, onde o julgador encontra de forma exaustiva, os regramentos que agora passará a aplicar, também às uniões que considerar estáveis.^\***

hífelizmente, pressionado por correntes conservadoras do direito, preocupadas com as conseqüências da previsão constitucional, o legislador ordinário, apressadamente (afobadamente), tratou de regulamentar o conceito de união estável, e, especiahnente, estreitar-lhe o sentido, em lei posterior (Lei

<sup>23</sup> A proposta de Lei (n.M51), elaborada pela deputada Marta Suplicy (PT-SP), no sentido de reconhecer a união civil entre homossexuais, não tem logrado êxito em seu intuito de angariar apoio popular, não devendo, portanto, restar aprovada pelo Congresso Nacional.

^^TJRS, Ap.Cív. 590.069.308, de 20 de dezembro de 1990. Ver COLTRO, Antonio Carlos Mathias. Op.cit., p. 46.

8.971/94)<sup>25</sup> que reflete, além de uma redação de má técnica, uma interpretação equivocada do referido parágrafo:

**“Art. 1º - A companheira comprovada de homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei n. 5478, de 25 de julho de 1960, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.”**

Exsurge do artigo primeiro da Lei o objetivo de fixar o direito a alimentos entre os companheiros<sup>^^</sup>, e igualmente os direitos patrimoniais na dissolução da união, referentes à sucessão e à partilha (arts. 2º e 3º, respectivamente). Entretanto, a Lei condiciona o exercício de tais direitos a requisitos objetivos (prazo mínimo de cinco anos ou filhos), resultando tal limitação na prática, a uma espécie de “conceituação” de união estável não pretendida pelo constituinte.

Contraria ainda mais o espírito que impregna a previsão constitucional de união estável, ter o legislador infraconstitucional regulado minuciosamente os requisitos para a consideração da estabilidade (desnecessariamente), sem, em contrapartida, haver cumprido a tarefa constitucional que o mesmo dispositivo lhe outorga, na locução “devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

Direção idêntica encontra-se na síntese do jurista Antônio Carlos Coltro:

**Do exposto constata-se, respeitados os pontos de vista em contrário, que no sistema constitucional vigente a união estável a que se refere o art. 226, §3º, deve ser examinada, quanto a seu conceito [sem grifo no original], consoante os princípios encontráveis no próprio Direito de Família e tomados como moldes os próprios que existem nas uniões decorrentes do matrimônio, o que decorre inclusive da consideração retro lançada, acerca de inserir-se a entidade familiar mencionada no dispositivo no próprio conceito de família, sendo desnecessário que se edite lei regulamentadora a respeito do que se deva considerar como sendo união estável, tarefa que cabe àqueles**

<sup>25</sup> Anexo.

<sup>26</sup> O mesmo artigo primeiro, em seu parágrafo único da Lei 8.971/94 esclarece que o companheiro, a exemplo da comtmeira, tem igual direito, o que se mostra redundante, na medida em que a igualdade jurídica entre os sexos é norma constitucional, relativa a direitos fundamentais.

**que aplicam a norma. Situação fática, difícil ou impossível estabelecer certos requisitos ou elementos estanques para sua configuração de forma apriorística?^**

Conclui-se daí a completa inadequação do Diploma Legal, relativamente ao preceito que pretendeu regulamentar, e, apesar de foco de inúmeras críticas, inclusive, acerca de sua inconstitucionalidade, tal lei vigorou entre nós até a promulgação de sua substituta.

A Lei 9.278/96, de 10.05.96, editada com manifesta intenção de corrigir os “deslizes” conceituais da Lei 8.971/94, acabou por criar um casamento alternativo, ou também denominado de “contratual”, o que a torna tão ou mais inconstitucional do que a outra, haja vista ser a intenção da Lei Fundamental apenas o reconhecimento da existência legítima de famílias provenientes de relações estáveis, não formalizadas pelo casamento, e nunca a total equiparação desses dois institutos.

Certo é que alguns direitos e deveres essenciais à proteção e à segurança das relações familiares, e de cada um de seus integrantes, consoante as regras do Código Civil, devem-se, desde logo, aplicar, analogicamente, aos casos de união estável (o que não a equipara ao casamento), tendo em mente sua indissociabilidade com o conceito mesmo de “família”. Não obstante, há direitos e deveres específicos do casamento, e, por esta razão, a estes privativos.

Regular, pormenorizadamente, a união estável (ou convivência, atualmente) como fez a Lei em questão (dedicando-lhe ao todo onze artigos), é institucionalizar-se um “casamento de segundo grau”, e pior: é retirar-lhe o caráter dinâmico que possui em seu nascedouro, enquanto fato social que se atualiza e materializa no dia a dia.

Deveria, destarte, conformar-se o legislador ordinário, em definir no máximo direitos fundamentais à própria manutenção dessa família informal, em seu aspecto material e imaterial, desenvolvendo ainda, meio lícito (isto é, respeitados os regramentos básicos relativos aos impedimentos matrimoniais, até por relevantes

---

<sup>27</sup> COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A Constituição Federal e a União Estável entre Homem e Mulher. In.: PINTO, Teresa Arruda Alvim(coord.). Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família: Aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais,1993,p.55.

questões morais, sociais e eugênicas) de conversão da união estável em casamento. Do contrário, mantendo-se à integral teor desta última Lei, intentar sua conversão em matrimônio é o mesmo que converter seis em meia dúzia.

O único aspecto inovador e elogioso da Lei 9.278, em comparação à anterior, configura-se na abstenção de estabelecer parâmetros rígidos à caracterização da união estável, ou, na linguagem do dito Diploma, convivência. Dispõe em seu primeiro artigo:

**“Art. 1º - É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família sem grifo no original.”**

Tem-se, a partir deste conceito, maior flexibilidade para, no caso concreto, considerar ou não um relacionamento estável, ou seja, uma convivência. Inexistem, conforme se percebe, exigências objetivas a serem cumpridas para o reconhecimento de uma união como estável, afora a durabilidade, a publicidade e a continuidade (elementos que se sujeitam a uma boa margem de subjetividade, o que não só é bom, como desejável). Imprescindível, outrossim, o requisito subjetivo da intenção (“animus”) de constituição de família. Este, além de figurar como elemento integrante do próprio conceito de estabilidade, traça o princípio que deverá nortear todo o relacionamento dos “conviventes”. A conduta, em si, de ambos os companheiros, pode fornecer até mesmo bases objetivas aos julgadores, devendo para lograr a proteção legal, estar pautada de acordo com a seriedade de propósitos, esperada por todo aquele que intenciona constituir família.

**\*De ressaltar outrossim, que na delimitação do que seja tal união, dever-se-á mais atentar para a qualidade de que se revista do que para o tempo de sua existência”?\***

A Constituição brasileira, enquanto lei hierarquicamente superior às demais, determina a conformação de todo o direito ordinário anterior e posterior à sua

---

<sup>28</sup>Ibidem,p.50,

vigência, como pressuposto de unidade e coerência do ordenamento jurídico nacional.

Uma vez que a Lei Maior opta por não definir estreitamente o conceito de união estável (mediante prazo determinado ou existência de prole, entre outros requisitos) quando poderia tê-lo feito, crê-se tratar de omissão deliberada, no escopo de não marginalizar, novamente, uma série de uniões fáticas, criando-se ao final, mais uma categoria de não-casamento, quase-união estável.

Errôneo, portanto, o entendimento de que tal trabalho foi deixado ao arbítrio do legislador comum, que a exemplo da Lei 8.971/94, fruto de uma lógica infeliz, estabeleceu regra à semelhança do disposto em legislação previdenciária, invertendo o processo de interpretação: fez uma leitura da Constituição orientada por princípios assentados na lei ordinária. Extremamente perigoso toma-se o procedimento de interpretar a Constituição de acordo com as leis, podendo inclusive, acarretar uma interpretação inconstitucional, “quer porque o sentido das leis passadas ganhou um significado completamente diferente na constituição, quer porque as leis novas podem elas próprias ter introduzido alterações de sentido inconstitucionais”.<sup>^^</sup>

Partindo, igualmente, da premissa de que a Constituição é, acima de tudo, norma, e não meramente declaração de princípios e propósitos.

**Mais que tudo, sendo norma suprema, o sentido de seu discurso deve contaminar todo o direito infraconstitucional, que não pode nem deve ser interpretado (concretizado, aplicado) senão à luz da Constituição. A filtragem constitucional consiste em interessante mecanismo propiciador de atribuição do novo, atualizado e comprometido sentido ao direito civil, ao direito penal, ao direito processual etc.<sup>^^</sup>**

---

<sup>^</sup>@CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p.242.

<sup>30</sup> CLÈVE, Clemerson Merlin. *A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)*. Conferência proferida no “seminário Nacional sobre o uso alternativo do Direito”, realizado no Rio de Janeiro, nos dias 07, 08 e 09 de junho de 1993. Texto publicado na Revista *Seleções Jurídicas - COAD - ADV*, p. 45-51.

Pondera-se, por último, que a vigente Lei 9.278/96, segundo noticiam os meios de comunicação<sup>\*</sup>, deverá ser revogada por outra, em um breve espaço de tempo. Anseia-se que o legislador tenha aprendido a lição, e que, em decorrência do insucesso das anteriores<sup>^^</sup>, elabore uma regulamentação precisa e sucinta, além de adequada ao dispositivo constitucional, para que, em última análise, cimprindo o requisito da estabilidade e da previsibilidade, possa ofertar a tão ahnejada segurança às relações sociais.

No mais, “o texto constitucional, reconhecendo a necessidade de acompanhar a evolução social inexorável, rompeu com as amarras que atrelavam o Direito de Família a luna ordem jurídica desejada, mas nem sempre vivida no cotidiano e guindou à categoria jurídica instituições tradicionalmente fadadas ao repúdio do mundo normativo”<sup>^^</sup>.

## **b) A Família Monoparental**

Dando continuidade ao exame das inovações constitucionais, trancreve-se o parágrafo quarto do artigo 226;

**“§4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.”**

À descrição da entidade familiar inserida no parágrafo quarto corresponde a definição da categoria “família monoparental”.

<sup>31</sup> o novo projeto de lei, que visa conferir mais estabilidade às questões relativas às uniões informais, possui como presidente da comissão criada pelo Ministério da Justiça o Professor Arnold Wald, cf. O Estado de São Paulo, de 23.09.96, p. 4-5. Ademais, nem sempre é simples, argumenta o professor Rodrigo da Cunha Pereira, pensar em contribuir para a evolução das instituições do direito, abrindo mão de velhas fórmulas e paradigmas, com mudanças sobre a própria concepção de vida. Cf. Velhas Concepções. Folha de São Paulo, 07.09.96, p.3-2.

<sup>32</sup> CENEVIVA, Walter. Produção do Mau Direito. Folha de São Paulo, 14.09.96, p.3-2, nota a incapacidade do legislador de se ajustar aos problemas característicos da sociedade, trazendo como exemplo as falhas de lei do Concubinato, que espalharão seus efeitos durante decênios.

<sup>33</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. A Família Monoparental como Entidade fFamiliar. In. PINTO, Teresa Arruda Alvim(coord.). Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família- Aspectos constitucionais, civis e processuais, V.2 São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 45.

Tanto neste preceito, quanto no do parágrafo terceiro, o interesse de maior relevância para o legislador demonstra-se claramente ser o dos filhos concebidos ou advindos dessas peculiares novas formas de família.

Sem dúvida, a previsão constitucional da família monoparental dá-se em face da proliferação do fenômeno da desagregação familiar, observada pelo número crescente de divórcios e separações, por um lado, e, por outro, o significativo aumento, do que se pode chamar de segmentação da família, consistente na escolha consciente de assumir *um* filho, independente da existência de parceria (seja casamento ou união estável).

Porém, inobstante a menção que faz a Constituição de 1988 à família monoparental, reina um absoluto hiato entre esta e as regras disciplinadoras do Direito de Família ordinário, dando talvez, a falsa idéia de que a previsão da monoparentalidade familiar esgota-se em si mesma.

A monoparentalidade, classificada por Eduardo de O. Leite, resulta em unilinear ou bilinear:

**A filiação unilinear pode estar estabelecida desde a origem (p.ex., pai solteiro que adota) como também pode surgir após o desaparecimento de um vínculo de filiação na família bilinear. A distinção permite examinar o papel do direito de filiação quando a criança vincula-se, desde a sua origem, a uma família monoparental, ou quando a criança, nascida em uma família biparental, perde um vínculo de filiação após a ruptura do vínculo matrimonial do casal<sup>11</sup>\***

Essas novas entidades familiares ocasionam problemas de diversas ordens, sendo muitos os questionamentos decorrentes desse tipo de organização, e, consoante a intenção do constituinte em emprestar-lhes relevância jurídica ao reconhecê-las, clarifica-se a <sup>11</sup>lucência de futura regulamentação no âmbito do direito de família, eficiente em conferir-lhes soluções ou traçar-lhes encaminhamentos, no sentido de minorar-lhes os possíveis danos (materiais, imateriais, psicológicos e sociais).

---

<sup>11</sup>ibidem, p.53.

Exemplo típico de questão oriunda da monoparentalidade da família bilinear (na qual a criança está originalmente vinculada a ambos os pais), é o exercício do pátrio-poder. A lei 6.515 de 1977, denominada Lei do Divórcio, ao regulamentar a guarda dos filhos menores, não abriga a hipótese de guarda recíproca, conferindo-a à mãe, ao pai, ou a terceira pessoa, exclusivamente( art. 10, §§1º e 2º). Esse raciocínio tem de efeitos evidentemente danosos, pois “reconhecer poderes a um só dos pais pode desencorajar as melhores intenções do outro e, contraditoriamente ao texto constitucional, favorece a monoparentalização da família desunida, justificando o desaparecimento do outro cônjuge.”^^

Responder satisfatoriamente a este tipo de situação é, ao mesmo tempo, resguardar os direitos da criança à convivência, ainda que alternada, com seu pai e com sua mãe, e desencorajar a família segmentada, ou monoparental.

Outro dilema que surge com a monoparentalização da família diz respeito à sobrecarga, suportada pelo pai ou pela mãe (que mantém exclusividade de vínculo com o filho), dos encargos relativos ao sustento da criança sob sua responsabilidade, que na família unilinear lhe é privativa. Mesmo quando a família acaba por assumir essa caracterização por divórcio, ou separação, e, não obstante a obrigação alimentar (no caso da família bilinear), o empobrecimento é flagrante.

Na busca de novos caminhos a esses conflitos não tão novos conflitos, sugere, respaldado pelo exemplo de diferentes países, Eduardo de Oliveira Leite:

**O conjunto de países ocidentais procura minorar o efeito do empobrecimento decorrente da dissolução familiar. Simplesmente conforme o país, a política seguida tem um objetivo de ajuda social ou um objetivo de política familiar. Independente da filosofia, real ou suposta, que subentendem os programas políticos o resultado é o mesmo. Os legisladores procuram, de todas as maneiras proporcionar aos chefes das famílias monoparentais meios de favorecer, na medida do possível, o sustento econômico de seus filhos, assim como a educação.**

**Cabe ao Estado garantir um nível de vida suficiente às pessoas, assegurando-lhes uma vida decente e um desenvolvimento intelectual, cultural e efetivo, suficiente, o que explica em grande**

---

<sup>35</sup>Ibidem,p.66.

parte, a inserção inédita do art. 226, §4", na nova Constituição brasileira.^

### c) A Isonomia Jurídica entre os Cônjuges

A luta por igualdade de direitos tem sido bandeira constante dos movimentos feministas, há pelo menos, três décadas como tendência mundial. No Brasil, o princípio da igualdade de tratamento perante a lei existe desde a Constituição de 1934, formulação que a atual reproduz em seu artigo 5º, caput:

**“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida (...).”**

E mais especificamente em seu inciso I;

**“I- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”**

A discriminação do Diploma Civil brasileiro em relação à pessoa da esposa na sociedade conjugal, que já era incompatível com o próprio princípio genérico de igualdade, contido em diversas constituições, ante a atual restou plenamente superado. É o que se deduz do §5º da Constituição Federal de 1988:

**“§5º - Os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”**

Paralelamente ao dispositivo constitucional, supérfluo em virtude do artigo quinto “caput”, se colocam as leis ordinárias que mantêm a posição de inferioridade da mulher na família, como o artigo 233 do Código Civil, que determina a chefia da sociedade conjugal pelo marido, sendo a mulher apenas sua colaboradora.

---

<sup>36</sup>Ibidem, p.68.

Aliás, o artigo supra citado insere-se em um capítulo inteiro do Código, que distingue quais são os deveres e os direitos do marido, e quais os da esposa, na vigência da sociedade conjugal.

Paradoxalmente, alguns doutrinadores nacionais insistem em negar a amplitude da norma e do fundamento mesmo que a animou, qual seja, democratizar a sociedade conjugal, tomando-a uma co-gestão entre marido e mulher. Advogam esses autores que a disparidade de tratamento dado ao marido, no que tange à administração da família, é fruto de uma necessidade quase natural de todo agmpamento eleger seu chefe:

**Da situação conjugal decorrem certos poderes ao marido, principalmente a chefia da sociedade conjugal, uma vez que todo grupo social requer uma direção unificada para evitar instabilidade e para que os problemas cotidianos possam ser resolvidos pela preponderância [sem grifo no original] da vontade de um dos consortes (...) Contudo é preciso esclarecer que nosso legislador ao conferir o exercício da chefia da sociedade conjugal, não colocou a mulher em posição inferior; teve tão -somente intenção de harmonizar o interesse comum da família.^^**

Conforme afirmou-se anteriormente, não é a Lei Maior que deve ser adaptada à legislação ordinária, mas ao contrário. Portanto, a partir dela, os dispositivos do Código Civil que dispensam qualquer preponderância ao homem, e, por outro lado, qualquer privilégio à mulher (por exemplo, os bens reservados - art.246, CC), considera-se como não recepcionados pela Constituição, e por isso, não são passíveis de aplicação. Entender de forma diversa eqüivale a desrespeitar o espírito democrático e igualitário, inspirador das normas constitucionais familiares.

No regime de co-participação, inaugurado pelo parágrafo quinto, homem e mulher são beneficiários dos mesmos direitos oriundos do casamento, e, em contrapartida, solidariamente responsáveis pelos deveres, proporcionamente às suas capacidades (nada impede que na prática, o marido exerça factuahmente essa

---

^^DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família, v.5. 5.ed.São Paulo: Saraiva, 1989, p.98.

direção). Assim, o pátrio-poder é exercido conjuntamente pelos pais; o domicílio do casal, escolhido de comum acordo entre os cônjuges; desaparece segundo corrente majoritária, instituto dos bens reservados, permissão legal prevista somente para as mulheres etc.

Pode-se dizer, por conseguinte, que a família democrática propicia maior união entre o casal, que passa a discutir e resolver os problemas em pé de igualdade, em uma direção diárquica da família, sendo que a vontade de nenhum deles prevalece legalmente sobre a do outro, cabendo ao Poder Judiciário o julgamento das controvérsias.^\*

Florisa Verucci arremata com clarividência a presente situação da mulher na família:

**A Constituição de 1988 mudou o estatuto legal das mulheres e refletiu a idéia da democratização da família, como queriam as feministas, porém, não se refletiu ainda suficientemente sobre os efeitos gerais e específicos do princípio de igualdade.(...)**

**A igualdade constitucional terá que ser interpretada não apenas alterando toda a legislação infraconstitucional que a contrarie, mas, sobretudo, criando as condições sociais, políticas e econômicas que viabilizam a eficácia da lei?^**

Os demais parágrafos do artigo 226, por sua vez, complementam a noção de democracia e afeição como elementos indispensáveis à família, prescrevendo redução dos prazos para separação e divórcio (tomando mais fácil romper o vínculo quando inexistente a afetividade), a responsabilidade da paternidade recomendando o planejamento familiar, e, por último, promete proteção a cada um dos membros da família contra a violência doméstica,

#### **d) O atual Estatuto da Filiação**

<sup>38</sup> A palavra *judgar*, aqui, obviamente, deve ser entendida em sentido lato, em seu componente administrativo, processual e substancial. Os juizes, têm, portanto, todas essas responsabilidades no decorrer do processo. Cf. CAPPELLETTI M. Op. cit., p. 17.

<sup>39</sup> VERUCCI, Florisa e TABAK, Fanny(org.). A Dificil Igualdade: os direitos da mulher como direitos humanos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p.73

As novas regras constitucionais respeitantes à filiação (artigos 226 e 227 da Constituição Federal) promoveram uma verdadeira revolução no direito de família. O artigo 227, “caput”, é do seguinte teor;

**Art.227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de qualquer negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão.**

Imbuídos do mesmo ideal de proteger a criança e o adolescente, os parágrafos que se seguem ao “caput” desse artigo são todos no sentido de promover condições de dignidade de vida aos menores, seja com respeito à adoção responsável (parágrafo quinto), seja no tocante à filiação em geral (parágrafo sexto).

**\*\*§6º - Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”**

Felizmente nosso legislador constituinte abriu os olhos para imia realidade completamente injusta, na qual forçosamente se submetia a filiação ao tipo de relacionamento entre os genitores, sendo seus respectivos “status” legais determinantes da condição-jurídica de sua prolè. Os filhos assim, vítimas de uma realidade social já adversa, sujeitavam-se a mais uma realidade ainda mais perversa; a discriminação da própria lei.

Com o acréscimo deste singelo parágrafo ao artigo 227, tem-se hoje a total, ampla e irrestrita isonomia jurídica entre os filhos, independente do tipo de vínculo existente entre os pais, e independente até de ser a filiação biológica ou civil (adotiva).

A Lei 8.560/92, dispendo sobre o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, reformula, no contexto da Constituição, a sistemática existente no Código Civil, permitindo tal reconhecimento inclusive por escrito particular

(Art.1, inciso II). Outra novidade da referida Lei é a legitimidade conferida ao Ministério Público para intentar a ação de investigação de paternidade (Art.2º, §4º), possibilitando desta forma, que o direito fundamental da criança em conhecer sua origem, não fique à mercê do livre arbítrio de sua mãe, pois “daí se infere que a mãe não tem *disponibilidade de dispor* [sic] do direito de reconhecimento de seu filho. O interesse público na espécie do reconhecimento se sobrepõe ao seu interesse individual de pretender ou não tal reconhecimento. Filho sem pai passou a ser um problema também do Estado, não apenas da genitora”.””

No que toca à adoção, solução idêntica também se requer, não havendo, portanto, qualquer distinção quanto aos direitos pessoais e sucessórios desses filhos, em relação aos biológicos e naturais. Não subsistem, por conseguinte, as regras diferenciadoras da adoção, previstas pelo Código Civil nacional.

Conquista-se no país, finalmente, a igualdade entre todos os filhos, sem exceção.

## 2.2 Concretização Constitucional ou Realização da Constituição

O método concretista da nova hermenêutica constitucional tem raiz no constitucionalismo alemão, e, segundo informa Bonavides, seus principais teóricos são Friedrich Müller e Peter Hâberle.

**Em verdade, a exaustiva perquirição de Müller busca evitar o hiato, a separação, a antinomia das duas constituições, a formal e a material, bem como aquele conhecido confronto da realidade com a norma jurídica. É esse dualismo que a metodologia concretista, ao tomar fática a norma [realizando a constituição], se empenha com mais afinco por evitar.”\*^**

**Por sua vez, Hâberle, aperfeiçoando a teoria do método concretista, leva-o às suas últimas consequências,“ mediante uma série de ‘fundamentações’ e ‘legitimações’ que se aplicam excelentemente ao campo dos estudos constitucionais. Todas**

<sup>40</sup> FELIPE, Franklin Alves J. Adoção Guarda, Investigação de Paternidade e Concubinato. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 148.

<sup>41</sup> BONAVIDES, Paulo. Op.cit., p.458.

**resultantes da democratização do processo interpretativo, que já não se cinge ao corpo clássico de intérpretes do quadro da hermenêutica tradicional, mas se estende a todos os cidadãos”.\*\*\*^**

Considera-se essencial, consoante as atuais teorias hermenêuticas demonstradas, para o sucesso do constitucionalismo contemporâneo, a definitiva superação do método positivista clássico, responsável pela noção de um pseudo-neutralismo, que representou de fato a manutenção do “status quo” na sociedade.

A busca de uma interpretação emancipatória da Constituição revela-se a verdadeira base para a construção de uma sociedade democrática, aparelhada para o amanhã. Como adverte Bonavides, a longevidade da Constituição depende da conjugação do passado como futuro:

**A interpretação concretista, por sua flexibilidade, pluralismo e abertura, mantém escancaradas as janelas para o futuro e para as mudanças mediante as quais a Constituição se conserva estável na rota do progresso e das transformações incoercíveis, sem padecer abalos estruturais, como os decorrentes de uma ação revolucionária atualizadora.**

**Mas para chegar-se a tanto faz-se mister uma ideologia: a ideologia democrática, sustentáculo do método interpretativo da Constituição aberta, (...) e que serve de base portanto a uma hermenêutica de variação e mudança.’^**

Para que os direitos fundamentais e os princípios democrático e pluralista sejam efetivamente levados a sério e a efeito na sociedade, é preciso que todos, não só os operadores do direito, mas também os cidadãos de maneira geral, assumam a responsabilidade de realizar, em toda a sua amplitude, a Constituição Federal de 1988.

Respectivamente, quanto ao direito de família constitucional, aplica-se a mesma responsabilidade tanto ao Estado quanto à sociedade civil. Os fundamentos para a construção do novo paradigma de família estão postos, como se viu, pela Lei Maior, cumpre tão-somente, concretizá-los no cotidiano social, de forma a

---

^^Ibidem, p. 465.

^^Ibidem,p.471.

estruturar a nova família almejada e conquistada pela nação, e exigida como antecipação do que está por vir.

Neste âmbito, é pertinente a lição de Kom-ad Hesse acerca da interpretação constitucional não mecanicista, vinculando-a aos condicionamentos históricos e sociais como forma de garantir a própria força normativa de uma constituição;

**Á Constituição jurídica vem condicionada pela realidade histórica. A Constituição não pode ignorar as circunstâncias concretas de uma época de forma que sua previsão de vigência só pode se realizar quando leva em consideração tais circunstâncias. Mas a Constituição jurídica não é só expressão da realidade de cada momento. Graças a seu caráter normativo ordena e conforma, por sua vez, a realidade social e política. Desta coordenação correlativa entre ser e dever ser se derivam as possibilidades e, ao mesmo tempo, os limites da força normativa de uma Constituição.**

**A Constituição pode dar “forma e mudança” à realidade a que se dirige. Pode passar a atuar como a “força que age na natureza das coisas”\*. Pode, ainda, ela mesma converter-se na força atuante que opera na realidade social e política, condicionando-a. Esta força poderá impor-se tanto melhor, frente a eventuais resistências, quanto mais assentada se encontre na consciência geral a idéia da inviolabilidade da Constituição, quanto mais viva se encontre, sobretudo, na consciência dos responsáveis pela vida constitucionalL'^**

---

<sup>44</sup> HESSE, Komada. *Escritos de Derecho Constitucional*. Tradução para o espanhol :Pedro Cruz Villalon. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 70. No original: “ La Consthución jurídica viene condicionada por la realidad histórica. La Constitución no puede, ignorar las circunstancias concretas de una época, de forma que su pretensión de vigência sólo puede realizarse cuando toma en cuenta dichas circunstancias. Pero la Constitución jurídica no es sólo expresión de la realidad de cada momento. Gracias a su caracter normativo ordena y conforma a su vez a realidad social e política. De esta coordinación correlativa entre ser y deber ser derivan las posibilidades y, al mismo tiempo, los h'mites de la fuerza normativa de una Constitución.

La Constitución jurídica puede dar “^forma y modificación” a la realidad a la que se dirige. Puede mover a atuar a “la fuerza que yace en la naturaleza de las cosas”. Puede, además, ella misma convertirse en la fuerza actuante que opera en la realidad social e política, condicionándola. Esta fuerza podrá imponerse tanto mejor frente a eventuales resistencias cuanto más asentada se encuentre en la conciencia general la idea de la inviolabilidad de la Constitución, cuanto más viva se encuentre, sobre todo en la conciencia de los responsables de la vida constitucional.

Ressalta, ainda, o autor, que a relevância do Direito Constitucional encontra-se na possibilidade de conformar e formar a realidade social, através da realização de suas normas cotidianamente;

**As, normas que integram o Direito Constitucional não são só mandatos abstratos que, alheios a realidade, se contrapõem a esta de forma totalmente inconexa, o que, dialeticamente, correlativamente, ou do modo que seja, se coordenam com a mesma por meio de uma genérica inter-relação. Estas normas transformam-se em letra morta quando seu conteúdo não se incorpora à conduta humana, mediante sua aplicação e observação diária. Só assim, o Direito Constitucional é “realizado” por e em tal conduta, alcançando a realidade de um ordenamento vivido, formador e conformador da realidade histórica, capaz, portanto, de cumprir sua função na vida da Comunidade. Da mesma forma, somente sob este pressuposto pode ter relevância o Direito Constitucional para a vida da Comunidade, também para uma aproximação jurídica, onde o importante seja esse ordenamento real, e não um sistema abstrato, pois, só pode importar o Direito Constitucional como algo realizado e a realizar.** <sup>45</sup>

Conclui-se, finalmente, que a atual Constituição é pródiga em projetos emancipatórios e igualitários para a família brasileira. Porém, os esforços para que se conquiste esse ideal estão meramente esboçados, delineados pela Carta Magna, restando à sociedade a tarefa maior de pauta-los segundo as necessidades que emergem de novas e inusitadas situações, próprias do mundo contemporâneo.

---

<sup>45</sup>Ibidem, p.99. No texto: “Las normas que integran el Derecho constitucional no son sólo mandatos (Sollenzätze) abstractos que, ajenos a la realidad, se contraponen a ésta de forma totalmente inconexa, o que, “dialéctica”, “correlativamente” o del modo que sea, se coordinan con la misma por medio de una genérica interrelación. Estas normas quedan en letra muerta cuando su contenido no se incorpora a la conduta humana mediante su aplicación y observancia diarias. Sólo en tanto el Derecho constitucional es “realizado” por y dicha conducta alcanza la realidad de un orden vivido, formador y conformador de la realidad histórica, capaz, por tanto, de cumplir su función en la vida de la Comunidad. Y de la misma manera que sólo bajo este presupuesto puede tener relevancia el Derecho constitucional para la vida de la Comunidad, también para una aproximación jurídica a la que lo que le importa sea ese orden real y no un “sistema” abstracto sólo le puede importar el Derecho constitucional como algo realizado y a realizar”.

Assim, o capítulo seguinte é dedicado ao que está por vir, aos conflitos que, indubitavelmente, enfrentarão os juristas do próximo milênio, lembrando que o direito reflete, antes de tudo, o “dever ser” de uma nação, de um povo.

## CAPÍTULO IV

### AS NOVAS FAMÍLIAS; ASPECTOS DA BIOTECNOL<sup>1</sup> E IMPLICAÇÕES BIOÉTICAS

O tema *novas famílias* tem sido utilizado pela doutrina nacional e internacional<sup>1</sup> mesmo sem buscar uma investigação zetética, para designar um fenômeno cada vez mais presente na sociedade atual, qual seja, o da mudança de organização familiar tradicionalmente proporcionado pelo Estado, para a organização familiar “informal”, mais adequada aos interesses de cada indivíduo em particular.

A proposição do tema em capítulo específico ressalta a preocupação dos juristas de modo geral, com a desconexão e o desaparecimento teórico do direito em face do alto grau de mutação apresentado pelas experiências cotidianas dos grupos familiares no fim do milênio, “conturbado por fatores bioéticos, demográficos, econômicos e informáticos”<sup>^</sup>, tendo-se em vista o significado e o sentido do próprio destino humano no mundo contemporâneo, neste momento singular de sua trajetória.

---

<sup>1</sup> Acerca da utilização e do desenvolvimento deste conceito vide Sálvio de Figueiredo Teixeira in *Direito de Família e do Menor - Inovações e Tendências*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

<sup>^</sup>REALE, Miguel. *Omissões Culturais Imperdoáveis*. O Estado de São Paulo, 07.09.96, p.A-2.

A apreciação de tão relevante questão, enfim, será feita destacadamente, não só por finalidades didáticas como também para possibilitar um maior aprofundamento do tema em si, em seus aspectos diferenciados e multidisciplinares.

O principal item a ser abordado acerca das novas famílias diz respeito à filiação, ou ainda, às novas formas de filiação que foram sendo materializadas pelo avanço da tecnologia e da medicina nas últimas décadas.

Denominamos este tópico de BIOÉTICA, porque, neste caso específico, a preocupação do direito não se restringe a uma redefinição do que seja paternidade ou maternidade ante uma sociedade pós-industrial ou pós-moderna<sup>3</sup>; antes, porém, deve preocupar-se com as conseqüências jurídicas, éticas e morais de tais práticas, estabelecendo limites que possam resguardar direitos individuais, o coletivos, e, sobretudo, a própria dignidade da vida humana.

## 1 A BIOÉTICA E O DIREITO

O ponto de partida da pesquisa é decodificar a ciência ética, que ressurgiu nos últimos anos e ganha campo à medida que avança a tecnologia e, como em avalanche, a comunicação invade cada vez mais os espaços até então privados do homem. A sociedade mundial reage a esta invasão, buscando o resgate da reflexão moral e da discussão ética como mecanismos capazes de reequilibrar valores indispensáveis à própria sobrevivência e inter-relacionamento entre os povos"\*.

O significado atual da palavra ética, segundo é ensinado pelo Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin, pode ser sintetizado conforme a abrangência de seu sentido:

“a) em sentido amplo, relaciona-se com a ciência do direito e a doutrina da moral.

---

<sup>3</sup>As tendências para a família do futuro, na chamada sociedade tecnológica ou pós-industrial, são desenvolvidas por Alvin Toffler na obra *O Choque do Futuro*. 4.ed. Rio de Janeiro: Record, 1970.

"GARRAFA, Volnei. *A Dimensão da Ética em Saúde Pública*. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública A.J.S.P., 1995.

“b) em sentido estrito, refere-se aos atos humanos e às normas que constituem determinado sistema de conduta moral, integrando-se, pois, única e especificamente com a doutrina moral .”<sup>5</sup>

A ética, portanto, não se confunde com o direito, ainda que este último deva procurar inserir suas regras no campo de abrangência daquela, na medida em que o comportamento eticamente correto é somente desejável e não compulsório como o jurídico.

Desta forma, vemos que a ética tão-somente mostra-se insuficiente na tentativa de regulamentar a gama de situações surgidas das experimentações da biologia, da medicina, e das ciências afins.

Paralelamente à discussão ética e moral suscitadas por estas questões, é imprescindível equacionar juridicamente os dilemas que conseqüentemente começam a despontar no convívio social. O neologismo bioética nasce justamente com este intuito, ou seja, define-se hoje como o ramo da ciência destinado a estudar e regulamentar os fenômenos da biotecnologia, engenharia genética etc. de maneira a proporcionar o desejável equilíbrio entre progresso e tecnologia com qualidade de vida e dignidade.

Ao se elaborar estudos sobre a bioética, como um ramo derivado especialmente da ética, vê-se que esse desponta atualmente como um dos assuntos mais palpitantes em esfera mundial, produzindo no cenário social debates e estudos verdadeiramente interdisciplinares e dinâmicos, monopolizando as atenções de juristas, médicos, filósofos, religiosos, políticos e sociólogos, entre outros, o que vem confirmar que as necessidades humanas estão em permanente redefinição e recriação, mediante novas motivações, interesses e circunstâncias históricas implementadoras das carências individuais e coletivas.

A terminologia BIOÉTICA deve ser entendida em seu sentido mais restrito como a disciplina encarregada da regulamentação das novas práticas biomédicas (procriação artificial, manipulação genética, cirurgias de mudança de sexo etc.).

---

\* CARLIN, Volnei Ivo. Deontologia Jurídica - ética e justiça. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, p.33.

abrangendo três níveis diferentes de normas: deontológicas^ jurídicas e éticas^, exigindo, portanto, comportamento com ela compatível, especialmente nas relações da Biologia com a Medicina, diante das quais, o legislador e o Tribunal não podem silenciar.

Contudo, em sentido amplo, deve-se procurar ampliar o paradigma da bioética e discutir questões mais abrangentes como justiça, cidadania, direitos humanos, responsabilidade, equidade, qualidade e excelência, radicalidade e tolerância, igualdade e complexidade\*, tendo em vista que essas questões revestem não somente um caráter individual/privado, mas, sobretudo, um caráter político/público.^

Registre-se, por último, que a palavra bioética surge de dois termos gregos: *bios-éthos* (vida-ética), referindo-se, em essência, à reflexão que se opera nas questões colocadas pelo progresso biomédico.\*®

## 2 PROCRIAÇÃO ARTIFICIAL E PATRIMÔNIO GENÉTICO DA HUMANIDADE

Dentro do título genérico “bioética”, insere-se a problemática da procriação artificial e suas respectivas implicações, mormente médico-jurídicas.

Práticas totalmente inusitadas de reprodução artificial humana e, por esta razão, impensadas pelo legislador do passado, em um espaço muito curto de tempo, evoluem e passam a integrar o diário da sociedade contemporânea.

Fruto da alta especialização da medicina e do desenvolvimento constante da tecnologia, existem no presente inúmeras soluções destinadas a equacionar o problema de pessoas que sofrem algum tipo de limitação em sua capacidade procriacional. Diferente de um passado relativamente próximo, em que o único

---

® Por normas deontológicas entendem-se aquelas referentes às obrigações ou deveres, quer jurídicos, quer morais, de todo profissional no desempenho de seu ofício.

^ CARLIN, Volnei Ivo. Op.Cit. p.34-35.

® GARRAFA, Volnei. Op.cit., p.27.

® Como disciplina autônoma, a bioética surgiu nos Estados Unidos, nos anos 60, provocando uma revolução científica e verdadeiro choque cultural, conforme Cahiers Français n.251. La Justice, Nouveaux enjeux de la justice, p. 93. CARLIN. Op. cit., p.42, nota 11.

\*DURANT, Guy. A bioética. São Paulo: Paulus, 1995, p.9.

recurso viável para remediar a esterilidade era a adoção, nossa civilização experimenta um momento de euforia, enunciado pelos profissionais especializados em reprodução humana, no sentido da invenção e implementação de técnicas científicas eficientes para artificialmente criar vida.\*\*

Tomando em conta a contextualização dos inúmeros questionamentos ético-jurídicos que decorrem dessas práticas, alguns demonstram-se fundamentais, como, por exemplo, a própria natureza jurídica do direito de ter um filho. Residiria o direito de ter um filho, ao lado do direito à vida, à liberdade, e à integridade física no rol dos direitos fundamentais do homem?

Como bem assevera Heloísa Helena Barboza, tal dúvida não tem caráter meramente elucubratório, pois é a partir desta definição que se imporá um rumo à matéria, haja vista que, “se entendido como direito fundamental, não há que se criar qualquer impedimento às técnicas que resultem na ausência de um dos gerútores, como ocorre na inseminação artificial de mulheres solteiras, confiando-se o direito individual do genitor e a proteção aos interesses da criança a ser gerada”.\*^

O Parlamento Europeu, segundo noticia a mesma autora\*^, através de uma comissão especialmente formada para discutir conflitos de direitos e interesses, ocasionados pelas técnicas de reprodução assistida, entendeu que os fundamentos éticos que devem regulamentar a questão compreendem-se dentre aqueles que regulam a família e a filiação, ou melhor, a proteção dos filhos, permitindo então, que casais heterossexuais possam beneficiar-se dessas técnicas, desde que presentes as condições consideradas apropriadas ao bem estar da criança.

Enfoque diverso é dado pelos Estados Unidos à questão. Em 1923, a Suprema Corte do país reconheceu uma garantia constitucional relacionada com a liberdade para casar, ter filhos e constituir um lar. Inúmeras outras decisões acabaram por firmar um entendimento pacífico, no sentido de que um

---

\* A propósito, foi recentemente anunciada, com grande repercussão na área político-jurídica, a gravidez bem sucedida realizada em laboratório (inseminação artificial homóloga) da esposa de Edson Arantes do Nascimento, o Pelé. V. CENEVIVA, Walter. *Direito a Reboque*. Secção Letras Jurídicas, Folha de S. Paulo, 13.04.96, p3-2.

^ BARBOZA, Heloísa Helena. *A Filiação em face da Inseminação Artificial e da Fecundação “In Vitro”*. Rio de Janeiro. Renovar, 1993, p.38.

^ *Ibidem*, p.38-9.

desdobramento do direito de liberdade seria, em última instância, o direito à privacidade, e em consequência deste, o direito de ter filhos, escolhendo inclusive os métodos para tal, assim como a oportunidade<sup>14</sup>

A Constituição brasileira não menciona expressamente o direito de ter filhos, nem o elenca como um dos direitos fundamentais do homem. Entretanto, elege, em seu artigo primeiro, inciso **III**, como fundamento do próprio Estado Democrático, o respeito à dignidade da pessoa humana. Ainda em seu artigo 227, prescreve;

**Art 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de todo tipo de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.**

Diante de tais preceitos expressos, nossa ordem constitucional direciona-se, ao que parece, a um posicionamento similar ao do Parlamento Europeu, enfatizando, portanto, os direitos do nascituro.<sup>15</sup>

O sistema pátrio condiciona a aquisição de personalidade ao nascimento com vida, não obstante considere a vida, antes mesmo do nascimento<sup>16</sup>, como um bem jurídico tutelável (art. 4º do Código Civil). Contudo, nossa legislação civil ainda é extremamente falha na defesa dos direitos do nascituro, resumindo-se estes a questões meramente patrimoniais.

Firma-se, cada vez mais, a urgência de novas normas destinadas a acautelar os direitos do nascituro, ou ainda, do embrião, para que, em face dos problemas levantados e outros mais que deverão despontar de tais práticas de reprodução assistida, possa garantir-se que o preceito constitucional de dignidade da vida humana sobreviva, enfim.

<sup>14</sup> Ibidem, p.39.

<sup>15</sup> Esse mesmo enfoque é dado no art. 226, §7º da Constituição Federal de 1988, ao tratar do planejamento familiar “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (...)”.

<sup>16</sup> Para um estudo mais detalhado, recomenda-se a obra de RAO, Vicente. O Direito à Vida e a Vida dos Direitos. V.2, 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.599-603.

Exsurge do tema mna segmida, porém não menos importante, problemática, referente ao patrimônio genético da humanidade. Questão até o presente momento ainda negligenciada, o perigo que representam tais técnicas, traduz-se pelo tipo de uso que podem sugerir para o futuro.

Buscando exemplos históricos de experiências genéticas, constata-se que nem sempre a ciência caminhou ao lado da ética. A civilização já testemunhou, durante o período nazista na Alemanha, um momento em que se proclamou a necessidade da melhoria e do aprimoramento da raça, através de uma seleção de genitores (escolhidos dentre os indivíduos mais bem dotados física e intelectualmente), e da aprovação de leis autorizadas de práticas de aborto e de esterihzação de finalidades eugênicas.\*^

Por esta razão, não seria de todo pessimista pressupor a existência de um risco, mesmo que em potencial, de na ausência de limites teóricos e práticos para regular a matéria, encontrar-se a humanidade submetida a processos de seleção artificial.

A ficção científica há muito se ocupa de retratar o caos de uma sociedade biologicamente uniformizada, onde todos os traços de individualidade e criatividade são expropriados do homem. A engenharia genética já é capaz de produzir clones, isto é, seres humanos geneticamente idênticos. Quanto tempo mais os juristas esperarão até que julguem necessário intervir nesse processo ?\*\*

Michel Schooyans, professor da Universidade Católica de Louvain, reflete a preocupação com o fiituro das técnicas reprodutivas:

**Uma vez que a vida é reduzida a “material para gerar” e que sua gestão é confiada a puros técnicos, tudo ou quase tudo se toma possível, e o que é possível se toma desejável. Tratar-se-á de conduzir o gado humano, de planificar-lhe a (re)produção, de fixar o número dos mais e dos menos aptos. Desta maneira surge o último risco desses programas de pesquisas e experiências. Trata-se primeiramente de dominar o**

<sup>17</sup>Conhecidas como as Leis de Nuremberg, para a proteção do sangue alemão, a primeira é datada de 14 de junho de 1933, modificada pela Lei 26 de junho 1935.

<sup>18</sup>Mauro Cappelletti (Cf Ajuris, 1984, vol.30, p.72-99) denomina esses novos tipos de direito de *new property*, que pedem não só uma legislação substancial, como imia segura modalidade de proteção.

**ser humano desde a origem de sua existência. Os pais “comuns\*\* são desqualificados. A única fimção que ainda se lhes concede - na falta de poder fazer de outro modo - consiste em fornecer, após rigorosa seleção, as células de que se apoderarão os manipuladores. Corre-se assim o risco de se ver o capital genético da humanidade furtado de seus portadores.\*^**

Ainda que a história não reserve esse final aos homens, e o domínio das técnicas reprodutivas não sirvam de ideologia a projetos de biopolítica<sup>^</sup>, o direito deve pugnar por normas rígidas que impeçam os pais do futuro de escolher “caprichosamente” o sexo e as características físicas dos filhos.

A falta de preceitos jurídicos que equilibrem o uso de tais avanços poderá significar o desaparecimento de muitas características da raça humana, oriundas da miscigenação, consideradas “menos nobres” pelos padrões de estética dominantes. Poderá, igualmente, além de impor uma primazia étnica, resultar em grande desequilíbrio de gênero, caso a escolha da maioria dos casais recaia sobre determinado sexo, durante um período considerável de tempo.

Embora iminentes, tais perigos ainda não se concretizaram como uma ameaça presente, e, nesse caso, ainda é possível a prevenção, sempre mais fácil e preferível à superação ou remediação.

Problemas de outras ordens afiguram-se mais urgentes, pois apesar de atuais, estão sem amparo legal. Destes, ocupar-se-á a seção seguinte da presente dissertação.

### **3 TÉCNICAS DE PROcriação ARTIFICIAL**

Conforme se extrai do conceito de bioética, a procriação artificial, inscreve-se em um contexto meta-científico, repercutindo em toda a sociedade.

---

<sup>19</sup> SCHOOPYANS, Michael. *Dominando a Vida, manipulando os homens*. Trad.: Augusta Garcia Dorea. 2.ed. São Paulo: IBRASA; Curitiba: Champagnat, 1993. p.42.

<sup>20</sup> Segundo Michael Schooyans, os projetos biopolíticos consistem em imia reformulação da teoria da luta de classes, não mais travada em termos econômicos, mas genéticos. Revestidos de cientificidade, onde antes dominavam os mais fortes economicamente, no futuro dominarão os mais fortes geneticamente. Assim, novamente a ciência inspira uma concepção de justiça baseada nos princípios de determinismos da natureza.

Dentre todos os ramos do conhecimento, é no Direito que tais expedientes têm causado maior perplexidade, pois, por mais paradoxal que possa parecer, a ciência jurídica, ao contrário das biomédicas, ainda encontra-se adstrita a uma série de dogmas e presunções seculares, que ante a nova realidade precisam ser revistas, sob pena de tomarem-se responsáveis por profundos desequilíbrios, a começar no seio da própria estrutura familiar.

A filiação é regulada pelo direito, das duas únicas formas conhecidas até então, ou seja, a biológica (sempre certa a maternidade, e presumida a paternidade), e a civil (proveniente da adoção). A procriação artificial engendra difíceis e dolorosos dilemas ao Direito: entre o fundamento volitivo e o fundamento biológico da filiação, entre as filiações de fato e as filiações de direito, entre a mentira ou o refugio na meia-verdade.<sup>^\*</sup>

O atual ordenamento jurídico desestabiliza-se frente às formas artificiais de filiação, uma vez que desconhece até agora suas técnicas, suas etapas e, precisamente os seus resultados. Esta falha não passa despercebida pelo Prof Dr. Eduardo de Oliveira Leite, um nome destacado no Brasil e no Mundo, por suas contribuições exemplares ao direito de família:

**A cada estágio, para cada técnica, intervém a obsessiva ambigüidade de não se poder fazer desaparecer juridicamente a consideração da criança a nascer e não poder se definir seu interesse, na ignorância em que nos encontramos de seu futuro e o de seu pai e mãe.**

**A reprodução, que sempre foi tida como o ato mais íntimo do casal, através da procriação artificial é necessariamente lançada num ambiente de ampla participação, já que óvulos e espermatozoides são tratados extracorporeamente.<sup>^2</sup>**

A necessidade de (re)definição da maternidade e da paternidade, assim como a (re)formulação do estatuto da filiação no direito pátrio é evidente. No entanto, dúvidas e incertezas existem quanto a qual princípio deve atender-se na

---

<sup>21</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.26.

<sup>^^</sup>Ibidem.p.27.

construção do próximo paradigma da filiação. Deverá prevalecer a filiação eminentemente biológica, ou eleger-se-á a filiação psicossocial como parâmetro? O aspecto não meramente teórico do questionamento insere-se no fato de que a procriação artificial dissocia plenamente todas as fases do antigo processo de reprodução.

Atualmente, portanto, é possível gerar uma criança em três etapas diferenciadas, desmembrando-se, conseqüentemente, a filiação em: genética, gestacional e sócio-psico-educativa!

Para melhor aprofundarmos essas questões, é mister o esclarecimento sobre as técnicas mais difundidas no Brasil e no mundo, porque de cada uma delas, decorrem conseqüências diversas.

Das técnicas de procriação artificial ou de reprodução humana assistida, pelo menos duas merecem especial relevo, quer por terem alcançado uma prática mais constante, quer por possuírem peculiaridades que precisam ser pormenorizadas.

Assim, passa-se ao exame da inseminação artificial, distinguindo suas diferentes classificações e repercussões, bem como da fecundação “in vitro” e suas aplicações.

#### **a) A Inseminação artificial e suas implicações ético-jurídicas**

Entende-se por inseminação artificial a fecundação obtida sem o intercuro sexual dos genitores, mediante processos mecânicos e com a utilização de recursos médicos, consistindo na introdução do esperma no interior do canal genital feminino.

A primeira experiência de inseminação artificial bem-sucedida é atribuída ao cirurgião inglês John Hunter, no ano de 1791, muito embora só se tenham popularizado tais técnicas nos meios científicos no começo deste século, notadamente na Rússia, nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Suécia.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> BARBOZÁ, Heloísa Helena. *Op. cit.*, p.32-3.

A inseminação artificial pode comportar algumas variantes em seu procedimento técnico, variantes estas que determinam, por sua vez, diferentes enfoques jurídicos para o mesmo tema. Por este motivo, a análise da inseminação artificial dá-se em dois âmbitos, conforme esteja associada uma técnica (homóloga) ou outra (heteróloga).

#### **a.) Inseminação artificial homóloga**

Para que se configure a inseminação artificial homóloga é necessário que se trate de um casal (marido e mulher, ou companheiros, na ocasião) biologicamente apto a procriar, embora impossível a inseminação natural intravaginal, por alguma anomalia física do homem (transtornos da ereção, ejaculação precoce etc.) ou da mulher (estenose do colo do útero, inflamações, erosões do colo do útero etc.).

O procedimento nesses casos é explicado pelo médico paulista Milton Nakamura, segundo transcrição de Antônio de Pádua L. de Oliveira:

**O sêmen do marido é conservado congelado sob a forma de \*pellets% misturado numa solução conservadora. No momento da aplicação esses comprimidos são aquecidos em banho-maria a trinta e sete graus Celsius e colocados no fundo do útero por meio de seringa com agulha móvel de platina, munida de dois fios laterais na extremidade, por onde passam os espermatozoides. Em cada ciclo ovulatório, a paciente pode receber duas inseminações fúndicas (escola japonesa) ou três (escola inglesa, raramente adotada em nosso meio).^^**

A técnica de inseminação denominada homóloga é a que menores transtornos jurídicos causa, resultando, a filiação biológica, coincidente com a legal.

O Código Civil em seu artigo 338, dá provimento parcial à situação, na medida em que prescreve:

---

^^OLIVEIRA, Antônio de Pádua Leopoldo de. Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial. In: Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 579-80.

**Art. 338 - Presumem-se concebidos na constância do casamento:****I - Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a sociedade conjugal;****II - Os nascidos dentro dos trezentos dias subseqüentes à dissolução da Sociedade conjugal, por morte, desquite(sic), ou anulação.**

Evidente que tal previsão não contempla, em sua base, sistemática orientada a solucionar controvérsias provenientes de práticas científicas de reprodução. O contexto em que se circunscreve o dispositivo é bem diverso do atual, não obstante ser o mesmo bem jurídico tutelado, isto é, a segurança em tomo da filiação. Todavia, a preocupação do legislador do começo do século relaciona-se com a inexistência de meios científicos eficazes na determinação da paternidade, fundamentando-se em tal assertiva a importância da paternidade juridicamente presumida.

No presente, frente aos avanços freqüentes da medicina, e especialmente com a descoberta do teste em DNA, poder-se-ia determinar a paternidade (geneticamente) com aproximadamente cem por cento de acerto, mas, ao mesmo tempo que o progresso científico acerca da prova da filiação paterna faz evoluir o critério da verdade biológica, o desenvolvimento genético, paradoxalmente, dela se afasta.<sup>25</sup>

Estabelecida, pois, a presunção legal, atribui-se ao marido a paternidade dos filhos concebidos na vigência da sociedade conjugal, natural ou artificialmente.

Visto tratar-se de uma presunção relativa (admite prova em contrário), não há como excluí-la da possibilidade de ser ilidida, conforme sugere a aplicação do artigo 340 do nosso diploma civil.

**Art. 340. A legitimidade de filho concebido na constância do casamento ou presumido como tal, só se pode contestar, provando-se:****I - Que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte e um dias ou mais dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho;**

---

<sup>25</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p.200.

## II - Que a este tempo estavam os cônjuges legalmente separados.

Com relação à matéria de contestação inserta no inciso I, a inadequação à hipótese de inseminação artificial é flagrante, uma vez que, mormente nas situações descritas pelo Código, é indicado tal recurso. A falta de coabitação, hoje em dia, não configura mais impedimento à fecundação da esposa pelo marido. Constata-se a impossibilidade de uma interpretação literal da lei, sob pena de poder ver-se excluída a paternidade em tal caso, ainda que haja certeza biológica.

Uma vez que lei atribui a paternidade com base em uma presunção, seria um verdadeiro contra-senso afastá-la ante uma certeza. Assim, contestada a paternidade pelo marido, impõe-se a sua improcedência, desde que provada a inseminação artificial homóloga.

O Conselho Federal de Medicina, visando à prevenção e à preservação do equilíbrio conjugal, estatui como requisito básico à inseminação homóloga o esclarecimento da técnica (em aspectos médicos e jurídicos), e o posterior consentimento escrito das partes.<sup>26</sup>

A falta de consentimento do marido, ou, por outro lado a falsificação deste, jamais pode servir de fato alegável para afastar a paternidade, que, voluntária ou não, existe biologicamente. A inexistência da vontade não deve prevalecer sobre o liame biológico, assemelhando-se a situação á da filiação resultante de relações sexuais, em que a mulher oculta do marido o fato de não estar usando método contraceptivo.<sup>^^</sup>

Por fim, o princípio da verdade biológica impõe-se também, no caso do inciso n do referido artigo, mesmo quando a esposa utiliza-se de esperma congelado, obtido com ou sem ciência do marido, para inseminar-se após já estarem separados. A paternidade decorre, *in casu*, não mais do casamento, mas de reconhecimento voluntário ou judicial.

Conclui-se, facilmente, que esta parte dedicada à filiação não se coaduna integralmente com a prática da inseminação artificial, não assegurando os interesses

---

<sup>26</sup>Resolução 1.358, dell/11/92 do Conselho Federal de Medicina.

<sup>27</sup> BABOZA, Heloisa Helena. Op.cit., p.50.

do marido, vítima em potencial de fraude, ou simplesmente erros (exemplificativamente, a troca de sêmen), nem da criança.

A exemplo de outros países que fazem uso freqüente das técnicas de inseminação artificial, o ordenamento brasileiro deveria proibir, como conseqüência lógica do consentimento, a contestação da paternidade. Igualmente dever-se-ia criar a obrigatoriedade legal de utilizar o material genético estocado (congelado) dentro do prazo máximo de cinco anos (tempo determinado segundo critérios médicos). Segundo tais critérios, resolver-se-ia o problema da inseminação artificial da mulher com o sêmen do marido, sem sua autorização, ou mesmo após a sua morte.<sup>^\*</sup>

Considerando-se as lacunas do direito pátrio em face da questão, e enquanto não acontece a devida reforma legislativa, devem a doutrina e a jurisprudência tender a um exame abrangente da filiação, considerando acima de tudo, a posse do estado de filho, ou seja, buscar a dita verdade biológica, e sobretudo a sócio-afetiva. A posse do estado de filho não encontra amparo no sistema clássico de estabelecimento de filiação, pois que, “ tal sistema favorecia grandemente a instituição familiar matrimonializada e calcada, evidentemente, numa ótica patriarcal e hierarquizada da família, bem de acordo com a ideologia reinante no ambiente legislativo do início do século<sup>29</sup>”.

## **a.2) Inseminação artificial heteróloga**

Denomina-se inseminação artificial heteróloga a técnica em que o material genético utilizado pertence a homem diverso do marido ou companheiro da mulher, ou simplesmente, a doador, no caso de mulher solteira.

Tal procedimento acarreta maiores dificuldades ético-jurídicas do que o anterior, uma vez que a paternidade legal, via de regra, conflita com a biológica. As implicações consequentes da inseminação heteróloga dizem respeito não só ao

---

<sup>^</sup> Com efeito, no tocante a inseminação “post mortem”, se o nascimento verifica-se até os trezentos dias subsequentes ao óbito, a paternidade é presumida; se posterior e sem consentimento prévio, decorrerá de ação de investigação de paternidade.

<sup>29</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p.362.

marido, como também ao filho, ao doador do esperma, à esposa do doador, e por fim, à mãe.

No caso do duplo vínculo, marido/doador, a paternidade é desmembrada em dois aspectos: o biológico, que aponta como verdadeiro pai o doador, sob o critério da hereditariedade genética; e o legal, que define o pai tendo em vista a hereditariedade jurídica.

Algumas legislações coíbem o uso de tal expediente, pelas possíveis repercussões tanto no âmbito jurídico, como no próprio âmbito familiar.

Nos países onde é lícita a inseminação heteróloga, tem-se o consentimento formal do marido como elemento essencial do procedimento. A relevância da anuência do cônjuge em sua esposa submeter-se a inseminação de sêmen alheio demonstra-se pela inadmissibilidade de posterior impugnação da paternidade por parte deste, bem como pela inconsistência de uma separação judicial fundamentada pela quebra dos deveres do matrimônio.<sup>^®</sup>

Na hipótese de inseminação artificial heteróloga, ocorrida sem o consentimento do marido, alguns ordenamentos prescrevem um prazo decadencial para o exercício da negatória de paternidade.<sup>^\*</sup>

Entretanto, o consentimento do marido revela-se como fator decisivo à determinação da paternidade decorrente de inseminação artificial heteróloga, transcendendo, inclusive, às regras de presunções legais.

No caso específico do marido em relação à utilização desta técnica, o consentimento origina o que se pode chamar de “paternidade psicológica ou sócio-afetiva”, finto de um ato de vontade, no sentido de firmar-se a filiação. Afigura-se tal paternidade como preponderante sobre a biológica, pois “se a filiação válida decorre de um projeto parental, é fundamental que se subordine a inseminação heteróloga, dada a participação de um terceiro doador, à manifestação clara e

---

<sup>30</sup> Encontra-se neste rol as consideradas legislações mais avançadas em matéria de inseminação artificial, que a exemplo de Canadá, EUA, Inglaterra, Portugal, Suécia, Suíça, entre outras, vedam a contestação da paternidade proveniente de inseminação artificial heteróloga, quando presente o consentimento do marido.

<sup>31</sup> SANIV, Gláucia. Críticas aos conceitos de Maternidade e Paternidade diante das Novas Técnicas de Reprodução Artificial. In: *Revistas dos Tribunais* v.659. São Paulo :RT, 1990, p. 234-241.

inequívoca do marido, interessado direto no estabelecimento de uma filiação desejada, querida, vivenciada com intensidade”.<sup>32</sup>

No antigo Código de Ética Médica (30/09/57) do país, era vetada a prática de inseminação artificial heteróloga, e permitida a homóloga, mas somente mediante o consentimento de ambos os cônjuges.

O atual Código de Deontologia Médica (1988), impreciso e precário, limita-se a vedar ao médico, em seu artigo 53, o descumprimento da legislação específica “nos casos de transplante, de órgãos ou tecidos, esterilização, **fecundação artificial** [sem grifo no original] e abortamento”. No artigo 68 do mesmo Diploma, reforça-se a proibição da prática de “inseminação artificial, sem que os participantes estejam de inteiro acordo e esclarecidos sobre o procedimento”.<sup>33</sup>

Embora o consentimento esteja relacionado indissociavelmente à licitude de tais práticas, questiona-se o seu real alcance jurídico. Configurar-se-ia como imia espécie de renúncia antecipada do direito de contestação da paternidade? A doutrina nacional e estrangeira diverge a respeito. Há os que desconsideram o consentimento como meio eficaz de prevenir futura impugnação da paternidade, não só em face da situação fática, mas igualmente, por faltar na ação de estado, disponibilidade do direito.<sup>34</sup>\*

Todavia, a tendência a ser adotada ante as técnicas de procriação artificial é privilegiar os direitos dos filhos, que por força da manifestação de vontade de seus genitores foram trazidos à vida. Descabe, portanto, um tratamento puramente negociado ao caso, no qual as consequências do arrependimento ultrapassam as partes, atingindo fundamentalmente a pessoa do filho, acarretando-lhe, inexoravelmente, danos se não irreparáveis, de difícil reparação.

Tal realidade, ainda que suscetível a inserção no campo negociado, constituir-se-ia em “retratação de uma autorização já dada, o que no caso em análise, além de injusto, seria ilegal. Injusto porque, como seu viúvo, o marido estaria renunciando à

<sup>32</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op.cit., p.368.

<sup>33</sup> Observe-se que o termo “fecundação artificial” tem na medicina significação restrita, não compreendendo nesta a inseminação artificial. A falha técnica somente foi dirimida recentemente, na Resolução 1.358, de 11/11/92, do Conselho Federal de Medicina, que em redação similar a do supra-citado artigo do Código, substituiu a expressão “fecundação artificial” por “técnicas de reprodução assistida”.

<sup>34</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Op.cit., p. 59

paternidade aceita, o que não é só inaceitável em relação à mulher (...) mas, especialmente, em relação ao filho que não pode ficar à mercê das indecisões paternas”.^^

De uma forma ou de outra, fato é que a paternidade não pode mais ser encarada como eminentemente jurídica ou biológica, privilegiando, outrossim, definição eclética, ou ainda, sócio-psico-afetiva.

Orientam-se as legislações que permitem a inseminação heteróloga, pela inadmissibilidade de averiguação de paternidade, mediante ação investigatória, proposta pelo filho contra o respectivo doador .

Inobscurecível, no entanto, para este filho, como direito inerente à personalidade, e, por isso, insuscetível de obstaculização, a identidade de seu pai biológico.^^

Quanto ao doador, é assente a opinião de que não lhe é lícita a reivindicação de uma paternidade que existe meramente no plano biológico, eis que a doação de seu sêmen não caracteriza a intenção de ser pai. Ademais, a identidade do casal e, especificamente, da mulher receptora, é mantida no anonimato.

Designa-se por “doador” a pessoa que fornece o material genético porque, com exceção dos Estados Unidos, os demais países vedam sua cessão com intuito lucrativo. A atual Constituição do Brasil, em seu artigo 199, § 4º, não destoa dessa inclinação, proibindo todo tipo de comercialização relacionada à “remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fim de transplante, pesquisa e tratamento”.

Finalmente, quanto à esposa que se insemina de sêmen alheio ao do marido, e sem o seu consentimento, evidencia-se uma conduta contrária à moral e à ética, não obstante o difícil enquadramento jurídico.

Para alguns criminalistas^’, tal comportamento adequar-se-ia ao tipo penal do adultério mesmo que inexistente a cópula, pois este materializar-se-ia pela simples quebra da fidelidade conjugal. Para a maioria, porém, o adultério tem

<sup>35</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op.cit.*, p. 365.

<sup>36</sup> Entendimento conforme a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina.

<sup>37</sup> Ver NORONHA, Edgard Magalhães. *Fecundação Artificial e Adultério*. In: *Revista dos Tribunais*. Vol. 306, p. 778-80.

como requisito essencial a relação sexual, encerrando a concepção tradicional *“ad alteriuns ihorum ire”*

A esposa que se submete a inseminação artificial, desconhecida ou reprovada pelo marido, trai, sem dúvida, a confiança deste, atitude reprovável, que embora sem previsão criminal, enseja no âmbito civil a separação judicial litigiosa, por quebra de um dever intrínseco ao casamento. O mesmo se diga com relação ao doador, que cede seu material genético, sem o consentimento de sua esposa.

O direito penal não responde a inúmeras outras situações decorrentes da inseminação artificial, explicável pelo fato de que, à época de sua codificação não se cogitava de tais fenômenos. Como resolver, no atual contexto criminal, a questão da mulher inseminada artificialmente contra a sua vontade, mediante violência? Sabe-se que a definição penal do crime de estupro resume-se aos casos de “conjunção carnal”, o que na hipótese, não ocorre. Este é só um dos exemplos cabíveis às distorções que tais práticas podem, eventualmente, acarretar, sem que haja prévia definição legal, e por conseguinte, sem punição imputável.<sup>38\*</sup>

### **b) A fecundação artificial e a necessidade de regulamentação**

Genericamente, utiliza-se a terminologia de “fecundação artificial” para designar a técnica, que em ambiente propício, criado em laboratório, proporciona a fecundação extracorpórea do gameta feminino pelo masculino.

Como esse procedimento, obrigatoriamente, realiza-se fora do corpo da mulher (em tubo de laboratório, ou proveta), popularizou-se, desde as primeiras experiências bem sucedidas da década de 1980 (na França, na Inglaterra e nos EUA), pela denominação fertilização ou fecundação “in vitro”(FIV).

A fecundação “in vitro”, similar à inseminação artificial, também pode ser agrupada sob diferentes nomenclaturas, conforme as peculiaridades de cada caso.

---

38 A esse respeito vide Manoel Pedro Pimentel. *A Inseminação Artificial Perante o Direito Penal*. In.: *Revista dos Tribunais*, v.315, p.344-8.

### **b.1) Fecundação “in vitro” homóloga**

Dá-se a FIV homóloga quando tanto o gameta feminino pertence à esposa, como o masculino pertence ao marido. Assim, retirados alguns óvulos da mulher, passa-se à sua inseminação em proveta, com o esperma do marido, implantando-se após a fecundação, o embrião no útero daquela.

Note-se que nesta hipótese, por pertencerem os gametas usados na fecundação artificial ao próprio casal a que se destina o bebê, os problemas ético-jurídicos decorrentes não diferem dos tratados anteriormente sob o título “Inseminação Artificial Homóloga.”

### **b.2) Fecundação “In vitro” heteróloga**

A problemática acerca da FIV verifica-se quando um dos gametas não pertence a um dos cônjuges, ou nenhum dos gametas é proveniente dos cônjuges ou companheiros (doadores), ou ainda, quando a gestação em qualquer um dos exemplos citados desenvolver-se em útero alheio ao da esposa.

Examinando as duas primeiras possibilidades, ocorre situação idêntica aos casos abordados com relação à inseminação artificial heteróloga, aplicando-se na solução jurídica da controvérsia a tese da (re)definição da maternidade e da paternidade. Afirma-se esta necessidade, na medida em que, por meio desta técnica, poder-se-ia verificar, em tese, ao menos duas paternidades, e três maternidades distintas: óvulo e espermatozóides de doadores, gestados por mãe substituta. Observa-se “in casu”, que a paternidade biológica difere da jurídica, e a maternidade, por sua vez, desmembra-se em genética, gestacional e jurídica ou psicossocial.

No que diz respeito às implicações jurídicas que envolvem o marido, a esposa, os doadores e o filho, remete-se às soluções enumeradas no item “Inseminação Artificial Heteróloga”, eis que similares as consequências. Contudo, discussões diferenciadas surgem da fertilização “in vitro”, tais como: o congelamento para posterior utilização dos embriões, o contrato de aluguel do útero, entre outras.

### b.3) Congelamento de embriões e número excedente

Para um melhor entendimento desta questão, é mister uma síntese da técnica utilizada para a fertilização “in vitro”, pois o fato de existirem embriões excedentes, como se verifica, é parte mesmo do procedimento. Esclarece Paolo Vercellone, juiz da Corte de Cassação em Roma:

**Antigamente usava-se retirar muitos pequenos óvulos e fecundar todos eles, reintroduzindo-os todos no útero (...). Posteriormente, aperfeiçoadas as técnicas e aumentadas as probabilidades de implante no útero, obtidos com o sistema precedente, muitas gestações e nascimento de gêmeos. Por isso, o reimplante foi limitado a um número bem exíguo de embriões. Mas foi mantida a prática de fazer a mulher hiperovular, de obter muitos óvulos (...) e de fecundar todos eles, colocando no útero alguns deles (dois ou três e recolocando os excedentes (cinco ou seis) em hibernação.**<sup>39</sup>

Segundo a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, os cônjuges ou companheiros, ao serem submetidos a esse método, devem “expressar a sua vontade por escrito quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los” (seção V, 3).

O primeiro ponto a merecer atenção é que admitindo-se a disponibilidade dos genitores sobre o pré-embrião congelado, estar-se-ia “coisificando” um ser humano, pelo menos em potencial, ou seja, tomando-o nada mais do que uma mercadoria inserida no patrimônio global dos pais. Depara-se neste momento, com uma questão que incomoda não só juristas como filósofos e médicos: a partir de quando o embrião é considerado “pessoa”?

<sup>39</sup> VERCELLONE, Paolo. As Novas Família. Trad. Nice Rizzomii. In.: Ajuris, n.48. Porto Alegre: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1990, p. 160-1.

o anteriormente mencionado artigo quarto do Código Civil, institui a condição do nascimento com vida para a aquisição da personalidade, pondo a salvo, contudo, os direitos do nascituro.

O Prof. Caio Mário Pereira entende estar o conceito de personalidade intimamente ligado ao de pessoa, exprimindo a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações."\*®

Determina muito bem a distinção dos conceitos contidos no artigo 4º do CC, Francisco Amaral<sup>40</sup> quando dispõe que personalidade é atributo exclusivo da pessoa, síntese de “homem”, categoria natural e biológica, ao passo que pessoa é categoria ética e espiritual. Capacidade, por sua vez, leva a idéia de quantidade, medida. Personalidade e capacidade, portanto, são conceitos conexos, porém não sinônimos. O nascituro é um exemplo de personalidade sem capacidade, pois a personalidade é um princípio, um valor ético que emana do indivíduo, enquanto a capacidade é atribuída pelo ordenamento jurídico, ou seja, é a “medida jurídica da personalidade.”

A dificuldade, pois, é saber se o embrião, antes de implantado no útero é considerado pessoa, visto que difícil considerá-lo como nascituro. Se negada sua condição de pessoa, será então uma coisa? Um objeto de direito qualquer?

Pelo exposto até aqui, e por razões não só de cunho jurídico, mas também ético e filosófico, impõe-se a tese de que mesmo antes de inserido no útero materno, o embrião já é pessoa, e nesta qualidade, não pode ser objeto de direito, mesmo que ainda desprovido de capacidade jurídica, “ilícito, portanto, quaisquer atos de disponibilidade, a qualquer título (...). Forçoso concluir-se não possam os que geraram o embrião ‘autorizar’ sua destruição ou seu emprego em pesquisas e experimentações”.<sup>41</sup>

Compreende-se como solução mais adequada ao caso dos embriões excedentes a possibilidade de adoção, sugerida pelo Comité National d’Ethique da França, entre nós desenvolvida pelo jurista Antônio Chaves:

<sup>40</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v.I Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 198.

<sup>41</sup> AMARAL, Francisco. *O Nascimento no Direito Civil Brasileiro. Contribuições do Direito Português*. In.; *Revista Brasileira de Direito Comparado*, v.ni. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.87.

<sup>42</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Op.cit.*, p.83.

**Defrontamo-nos sem dúvida com uma forma de adoção de um embrião ou um nascituro. Indaga qual será sua viabilidade no campo do Direito, pois não conhecemos a prévia adoção do nascituro, e sim a adoção após a formação da personalidade do ser.**

**Teríamos por parte dos titulares dos embriões depositados em bancos, a renúncia expressa aos mesmos, passando ao critério dos médicos a cessão para efeitos inseminatórios aos casais interessados.\*^**

Por outro lado, também carece de regulamentação, conforme se disse no tocante ao congelamento do sêmen, o limite máximo de tempo para a manutenção desses embriões criopreservados. Enquanto não se regulamentarem minuciosamente tais práticas, a humanidade corre o risco de estar criando uma série de embriões órfãos, ao passo que, um casal pode congelar vários deles, por tempo indeterminado, o que na prática significa que eles sobreviverão.

#### **b.4) Mãe Substituta ou Gestacional**

Tem-se mostrado polêmica a questão da possibilidade de contratos de aluguel de útero. Há os que entendem ser lícito tal contrato, caracterizando-o inclusive como locação de serviços, regido pelo artigo 1.216 do Código Civil, quando dispõe que “toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratado mediante remuneração”.\*^

O aluguel do útero, presentemente, representa não só uma prática ilícita, como afigura-se, igualmente, como inconstitucional, ainda que o art. 199, §4º (que proíbe a remoção de órgãos, tecidos e substâncias do corpo com finalidade comercial) não se refira expressamente à hipótese. Interessa no caso, o espírito da norma, que deve ser interpretada, pois, como uma vedação à comercialização do corpo.

---

\*^CHAVES, Antônio. *Direito à Vida e ao Próprio Corpo. (Intersexualidade, transexualidade, transplantes)*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1986, p.29-30.

<sup>44</sup> Vide a esse respeito RIZZARDO, Amaldo. *Direito de Família*. v.I. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p.248

Tal atitude, ao contrário, está prevista e regulada pelo Conselho Federal de Medicina, na Resolução 1.358/92, de forma que “as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho”.

Quando oriundo de familiar, o empréstimo não suscita tantos problemas de ordem moral, não obstante os de ordem jurídica serem idênticos ao empréstimo efetuado por mulher estranha.

O primeiro enfoque respeita aos prováveis danos procedentes da gravidez, mormente estéticos. Teria a mulher incubadora direito ao ressarcimento destes, assim como das despesas normais da gravidez?

Outros enfoques são também cabíveis, como: que tipo de contrato de empréstimo seria engendrado, visto que o embrião não é “coisa”? E, no caso de inadimplemento, caberia a conversão em perdas e danos?

Por último, havendo duas “mães”, a biológica ou genética, e a gestacional ou substituta, a qual o direito reconheceria a verdadeira maternidade? Questão completamente ignorada em nosso ordenamento jurídico.

Urge, que se regule no Brasil e no mundo (mesmo onde existe algum tipo de regulamentação, a prática vem ensejando muitas dúvidas e contradições), de maneira responsável e consciente, estes expedientes surgidos com o “progresso” da humanidade. Necessária se faz, igualmente, uma nova definição capaz de abarcar o novo sentido de paternidade e, principalmente, maternidade, pois, a máxima “mater semper certa”, mostra-se, hoje, profundamente relativizada. Enquanto se espera a iniciativa do legislativo neste sentido, ao judiciário, resta a obrigação de solver tais dilemas. Na falta de leis, orientar-se-ão, pelo o que no exame do caso concreto, demonstrar-se como sendo “o melhor interesse da criança”, lembrando o Professor Villela da sentença de SALOMÃO ante a controvérsia bíblica da maternidade postulada por duas mulheres:

**Creio ser correntio ver a sentença de SALOMÃO como prova de grande sagacidade. Através de sua encenação, ordenando que se ártilse a criança ao meio, estaria o soberano querendo descobrir a mãe biológica, certo de que esta reagiria contra a idéia. Depois de muito refletir sobre**

esta passagem do 1º Livro dos Reis e de referi-la aos valores fundamentais da paternidade, convenci-me de que tal exegese é inaceitável. Fosse ela correta, e SALOMÃO teria sido um rei astuto, dotado quem sabe, de poderes parapsicológicos, mas não o rei sábio de que fala a Bíblia. Consistisse o seu propósito na atribuição da guarda à mãe carnal, e o seu critério teria sido, objetivamente falando, de duvidosa propriedade, pois nem sempre aquela que gera é também aquela que mais ama. Pode mesmo odiar até o extremo da morte. Se se entender ao contrário, que deveria ter a guarda aquela que excedesse em amor, tivesse ou não gerado, o critério é, então, realmente perfeito. Expressão, sim, de uma inexcusável sabedoria. Digno de ser tomado como a norma de ouro para todos os tempos e lugares. Ouso, portanto, sustentar que o texto bíblico, na conhecida passagem, não nos dá nenhuma garantia de que a mãe atendida tenha sido a mãe biológica. Mas nos dá muito mais do que isso. Dá-nos uma admirável e sin^iles lição de maternidade."\*^

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mostra-se tarefa das mais difíceis elaborar uma síntese conclusiva de tão instigante e relevante questão como é a estruturação social e, principalmente, jurídica da família.

O tema afigura-se, além de amplo, extremamente dinâmico, merecendo sempre estudos atualizados e acompanhamento constante.

A sensação de crise, dominante em nosso século, apropria-se também das relações familiares, resultando em um discurso conservador acerca da retomada dos “velhos” valores sociais, como referenciais da família.

Percebe-se, contudo, que a dialética da família proporciona sua adequação temporal ao respectivo contexto histórico e que a morte de um tipo de modelo não significa senão o nascimento e a substituição por outro, mais flexível e propício às adaptações sociais, políticas, jurídicas e econômicas a que se encontra adstrita.

Assim, no caso brasileiro, o paradigma jurídico familiar do passado entra em colapso, não mais correspondendo ao protótipo social de família, já reestruturado segundo as profundas transformações científicas, tecnológicas, econômicas e culturais das últimas décadas do presente século, restando ao Direito a necessidade de entrosamento e revisão de seus postulados básicos.

Ressalte-se, todavia, que a crise não é eminentemente da família, para a qual inexistiu instituição correlata, capaz de substituí-la ou suprimi-la, permanecendo, pois, como o organismo exclusivamente apto à realização do ser humano de maneira genérica. A crise observada refere-se ao modelo jurídico familiar, retratado e estabelecido na Legislação Civil pátria, idealizada e concebida no século XIX, conforme padrões e condicionamentos hoje ultrapassados.

Felizmente a Constituição de 1988 fornece as bases mínimas para a consolidação do novo paradigma jurídico-familiar, restando à própria sociedade o exercício de sua constante adequação e atualização aos condicionamentos e dilemas cotidianos.

O momento atual exige, pois, muita reflexão, especialmente por parte dos juristas, haja vista que a sociedade brasileira ainda engatinha rumo à sua democratização e emancipação, rompendo, para tanto, com uma tradição autoritária e preconceituosa que marcou seu desenvolvimento anterior. O mesmo se dá com a família: a unidade familiar de agora busca legitimidade no carinho, na afeição e, sobretudo, na solidariedade entre seus integrantes, virando definitivamente a página em que é inscrita como instância de terror e opressão, e onde o equilíbrio do grupo mantém-se pela coerção, através da violência ou do patrimônio do patriarca.

Superada a família nuclear burguesa, de gênese autoritária e hierarquizante, a família democrática contemporânea deve preparar-se para abrigar, no futuro, concepções não vislumbradas pelo legislador constituinte de 1988, sob pena de também configurar-se, com o tempo, superada ou “engessada”, estagnada no século XX. Só assim, assegurar-se-á a sua sobrevivência.

O desafio de compreender e contextualizar as múltiplas organizações familiares não se resume à presente pesquisa, inserida em uma limitação de tempo e espaço, mas, antes, como ponto de partida para a inexorável missão histórica, que cabe a cada um e a toda a sociedade em geral, de procurar respostas vivas aos conflitos incipientes e aos que ainda não se impõem como realidade, na tentativa de antecipar o futuro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### N) OBRAS BÁSICAS

- ARRIÉ, Philippe e DUBY, Georges. **História da vida privada**, v.1. Do Império Romano ao ano mil. Organização: Paul Veyne; trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. 635 p.
- \_\_\_\_\_. **História da vida privada**, v.4. Da Revolução Francesa à Primeira Guerra Mundial. Organização: Michelle Perrot. Trad. Derüse Bottmann e Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. 637 p.
- BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fecundação “In Vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. 133 p.
- BARSTED, Leila Linhares. Permanência ou Mudança? O Discurso Legal Sobre a Família. In: ALMEIDA, Angela Mendes de (org.). **Pensando a família no Brasil. Da colônia à modernidade**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1987. 136 p.
- BITTAR, Carlos Alberto (org.). Novos Rumos do Direito de Família. In: **O direito de família e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. 263 p.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad: Carlos Nelson Coutinho. Rio Janeiro: Campus, 1992. 217 p.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994. 553 p.
- BORGES FILHO, Nilson. **Sobre o sagrado e o profano - civis e militares na política brasileira**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. 148 p.
- CANEVACCI, Massimo. **Dialética da família**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4.ed. São Paulo: Brasüense, 1981. 282 p.

- CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes irresponsáveis?** Trad. Carlos Aberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. 96 p.
- CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia jurídica - ética e justiça.** Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. 180 p.
- CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia.** 35.ed. São Paulo: Brasiliense, 1992. 125 p.
- CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo.** (Intersexualidade, transexualidade, transplantes). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. 389 p.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de direito civil. Direito de família.** V.5, t.I .2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 521 p.
- COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A Constituição Federal e a União Estável entre Homem e Mulher. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim(coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre o direito de família - aspectos constitucionais, civis e processuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 681 p.
- CORRÊA, Mariza. Repensando a Família Patriarcal Brasileira. In: ARANTES, Antônio Augusto et al. **Colcha de retalhos: estudos sobre a família no Brasil.** 3.ed. Campinas-SP: UNICAMP, 1994. 206 p.
- COULANGES, Fustel. **A cidade antiga.** Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975. 310 p.
- CUNHA, Roberto Salles. **Os novos direitos da mulher.** São Paulo: Atlas, 1990. 258 p.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Direito de família - mudanças.** São Paulo :Revista dos Tribunais, 1985. 182 p.
- DE SOUZA, Nelson Oscar. **Manual de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1994. 338 p.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** Direito de Família.S.ed. São Paulo: Saraiva, 1992. 392 p.
- \_\_\_\_\_. **Norma constitucional e seus efeitos.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992. 155 p.
- DURANT, Guy. **A bioética.** São Paulo; Paulus, 1995. 104 p.

- ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Trad. Leandro Konder. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A., 1991. 215 p.
- FELIPE, Franklin Alves J. **Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 177 p.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- GARRAFA, Volnei. **A dimensão da ética em saúde pública**. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública/USP, 1995. 71 p.
- GOMES, Orlando. **Direito de família** 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 455 p.
- LASCH, Christopher. **Refúgio num mundo sem coração - a família: santuário ou instituição sitiada?** Trad. Ítalo Tronca e Lúcia Szmrecsanyi. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. 252 p.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 156 p.
- \_\_\_\_\_. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 480 p.
- \_\_\_\_\_. **A Família Monoparental como Entidade Familiar**. In: AL VIM, Teresa Arruda(coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre o direito de família - aspectos constitucionais, civis e processuais**, v.2. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. 783 p.
- MACEDO, José Rivair. **A mulher na Idade Média**. 2.ed. São Paulo: Contexto, 1992. 95 p.
- NEDER, Gizlene. **Ajustando o Foco das Lentes - um novo olhar sobre as organizações das famílias no Brasil**. In: KALOUSTIAN, Sílvio Manoug (org.). **A família brasileira - a base de tudo**. São Paulo:Cortez; Brasília:UNICEF, 1994. 183 p.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. **A Repersonalização das Relações Familiares**. In: **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. 263 p.

- OLIVEIRA, Basílio de. **O concubinato e a constituição atual.** 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993. 231 p.
- OLIVEIRA, Antônio de Pádua Leopoldo de. Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial. In: **Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira.** Rio de Janeiro: Forense, 1984. 622 p.
- PASOLD, César Luiz. **Função social do estado contencioso.** Florianópolis: Ed. do Autor, 1984. 77 p.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** v.I. Rio de Janeiro: Forense, 1972. 431 p.
- PRADO, Danda. **O que é família.** São Paulo: Brasiliense, 1985. 92 p.
- POULANTZAS, Nicos. **O estado, o poder, o socialismo.** Trad. Rita Lima. 3.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985. 307 p.
- RAO, Vicente. **O direito à vida e a vida dos direitos.** V.2, 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 908 p.
- RIZZARDO, Amaldo. **Direito de família**V.I. Rio de Janeiro: Aide, 1994. 367 p.
- SARACENO, Chiara. A Dependência Construída e a Interdependência Negada. Estruturas de Gênero da Cidadania. In: BONACCI, Gabriela e GROPPI, Ângela (org.). **O dUema da cidadania. Direitos e deveres das mulheres.** Trad.: Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 1995. 312 p.
- SARAIVA, Railda. **Poder violência e criminalidade.** Rio de Janeiro: Forense, 1989. 248 p.
- SCOOYANS, Michael. **Dominando a vida, manipulando os homens.** Trad. Augusta Garcia Dorea.2.ed. São Paulo:IBRASA; Curitiba: Champagnat, 1993. 114 p.
- TABAK, Fanny e VERUCCI, Florisa. **A difícil igualdade: os direitos da mulher como direitos humanos.** Rio de Janeiro: Relimie-Dumará, 1994. 181 p.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito de família e do menor - Inovações e tendências.** Belo Horizonte: Del Rey, 1992. 254 p.
- TOFFLER, Alvin. **O Choque do Futuro.** 4.ed. Rio de Janeiro: Record, 1970. 389 p.

VAITSMAN, Jeni. **Flexíveis e Plurais-Identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. 203 p.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 278 p.

*B) OBRAS ESTRANGEIRAS*

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. 1228 p.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Tradução para o espanhol: Pedro Cruz Villalon. 2.ed. Madrid: CENTRO DE ESTUDOS CONSTITUCIONALES, 1992. 104 p.

SEGALEN, Martine. **Antropologia histórica de la família**. Tradução para o espanhol: Jesús Contreas. Madrid: Taurus, 1992. 264 p.

*C) REVISTAS E PERIÓDICOS ESPECIALIZADOS*

AMARAL, Francisco. O Nascimento no Direito Civil Brasileiro. Contribuições do Direito Português. In: **Revista Brasileira de Direito Comparado**. v.m. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p.87.

CLÉVE, Clemerson Merlin. **A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo**. Seleções jurídicas. Rio de Janeiro: COAD-ADV. p.(45-51).

COSTA, Dilvanir José da. Aspectos do Direito de Família na Nova Constituição. **Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais, UFMG**, n.32, out. 1989. p.(65-69).

GÉLARD, Patrice. Transformações do Direito Constitucional na Sociedade Contemporânea. **Tribuna da Justiça**, n.74. São Paulo: Associação Paulista da Magistratura, Agosto de 1996. p.25.

NORONHA, Edgard Magalhães. Fecundação Artificial e Adulterio. **Revista dos Tribunais**, v.306. São Paulo: RT, Abril de 1961. p.(778-780).

- PIMENTEL, Manoel Pedro. A Inseminação Artificial Perante o Direito Penal. Revista dos Tribunais, v.315. São Paulo: RT, janeiro de 1962. p.(344-348).
- SANTV, Glaucia. Críticas aos Conceitos de Maternidade e Paternidade diante das Novas Técnicas de Reprodução Assistida. Revista dos Tribunais, v.659. São Paulo:RT, 1990. p.(234-241).
- VERCELLONE, Paolo. As Novas Famílias. Trad. Nice Rizzoni. In: Ajuris, n.48. Porto Alegre: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1990. p.(160-161).
- VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. Revista Forense, v.271. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p.(45-51).

ly) *IMPrensa*

- CENEVrVA, Walter. Direito a Reboque. Folha de S. Paulo, 13.04.96, p.2-3.
- \_\_\_\_\_. Produção do Mau Direito. Folha de S. Paulo, 14.09.96, p.2-3.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Velhas Concepções. Folha de S. Paulo, 07.09.96, p.2-3.
- REALE, Miguel. Omissões Culturais Imperdoáveis. O Estado de São Paulo, 07.09.96, p.A-2.

# **ANEXOS**



condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI — estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII — programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 3º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

• *Adoção no Código de Menores (Lei n. 6.697, de 10-10-1979): arts. 27 e segs. Adoção no Código Civil: arts. 368 e segs.*

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

• *Adoção no Código de Menores (Lei n. 6.697, de 10-10-1979): arts. 27 e segs. Adoção no Código Civil: arts. 368 e segs.*

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

## CAPÍTULO VIII DOS índios

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

• *Estatuto do Índio: Lei n. 6.001, de 19-12-1973.*

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as

necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o tisco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas

da ocupação de boa-fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3º e 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

## LEI N. 8.560 - DE 29 DE DEZEMBRO DE 1992

Regula a invecitação de paternidade de filhoa havidos fora do casamento, e dá outras providências

0 Presidente da República.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. IV O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro de nascimento-;

II - por escritura pública pu escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Art. 2." Eni registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

§ 1.º O juiz, sempre que possível, ouvirá a niãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída.

§ 2º O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça.

§ 3V No caso do suposto pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação.

§ 4.º Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ap representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

§ 5" A iniciativa conferida ao Ministério Público não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade.

Art. 3.º É vedado legitimar e reconhecer filho na ata do casamento.

Parágrafo único. É ressalvado o direito de averbar alteração do patronímico materno, em decorrência do casamento, no termo de nascimento do filho.

Art. 4V O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento.

Art. 5? No registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos, ao lugar e cartório do casamento dos pais e ao estado civil destes.

Art. 6V Das certidões de nascimento não constarão indícios de a concepção haver sido decorrente de relação extraconjugal.

§ 1.º Não deverá constar, em qualquer caso, o estado civil dos pais e a natureza da filiação, bem como o lugar e cartório do casamento, proibida referência à presente Lei.

§ 2.º São ressalvadas autorizações ou requisições judiciais de certidões de inteiro teor, mediante decisão fundamentada, assegurados os direitos, as garantias e interesses relevantes do registrado.

Art. 7." Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.

Art. 8.º Os registros de nascimento, anteriores à data da presente Lei, poderão ser retificados por decisão judicial, ouvido o Ministério Público.

Art. 9.º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 10. São revogados os artigos 332, 337 e 347 do Código Civil e demais disposições eni contrário,

Itaniam Franco - Presidente da República.

Maurício Corrêa.

## DECRETO LEGISLATIVO N. 96 - DE 23 DE DEZEMBRO DE 1992

Aprova o texto do Tratado de Extradicação, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa, assinado em Brasília, em 7 de maio de 1991.

## DECRETO LEGISLATIVO N. 97 - DE 23 DE DEZEMBRO DE 1992

Aprova o texto do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e os Governos da República Argentina e da República do Chile, para o Estabelecimento da Sede do Tribunal Arbitral na Cidade do Rio de Janeiro, nas dependências do Comitê Jurídico Interamericano, celebrado em Assunção, em 30 de outubro de 1991.

## RESOLUÇÃO N, 98 - DE 23 DE DEZEMBRO DE 1992

Autoriza a União a celebrar operações de crédito externo, visando ao reescalonamento e refinanciamento da dívida externa de médio e longo prazos junto a bancos comerciais, a conceder garantias, a assumir dívidas externas de entidades federais extintas e dissolvidas, e dá outras providências.

## (\*) RESOLUÇÃO N. 99 - DE 23 DE DEZEMBRO DE 1992

Autoriza o Governo do Estado de Mato Grosso a elevar, em caráter excepcional, o limite estabelecido pelo item II do artigo 3.º e § IV do artigo 8V, ambos da Resolução n. 36", de 30 de julho, de 1992, do Senado Federal, com a finalidade de emitir e colocar no mercado Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Mato Grosso - LFTE - MT, destinadas ao giro de oitenta e oito por cento de 2.163.801.573 títulos de espécie, vencíveis no primeiro semestre de 1993.

(\*) Nota da Radação: Piiililicilil dn acordii com i-i-linciiçã(i fnila no \*\*Diário oficial" ilo ilo.rinliro df 1992.

## ANEXO III - Lei N<sup>o</sup> 8971 de 29 de dezembro de 1994

LEI N. 8.971 - DE 29 DE DEZEMBRO DE 1994

Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão

O Presidente da República.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1<sup>o</sup>. A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei n. 5.478<sup>o</sup>, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Art. 2<sup>o</sup>. As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do (a) companheiro(a) nas seguintes condições;

I — o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do “de cujus”, se houver filhos deste ou comuns;

II — o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do “de cujus”, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3<sup>o</sup>. Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 45 Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5<sup>o</sup>- Revogam-se as disposições em contrário.

Itamar Franco — Presidente da República.

Alexandre de Paula Dupeyrat Martins.

(1) Leg. Fed.. 1968, pág. 995.

## ANEXO IV - Lei Nº 9278 de 10 de maio de 1996

LEX

— 1407 —

LEG. FEDERAL

LEI N. 9.278 - DE 10 DE MAIO DE 1996

Regula o t) 3º do artigo 226 da Constituição Federal

j O Presidente da República.

j Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes:

- I — respeito e consideração mútuos;
- II — assistência moral e material recíproca;
- III — guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Art. 35 (Vetado).

Art. 4º (Vetado).

Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, era condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

§ 1º Cessa a presunção do "caput" deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Art. 6º (Vetado).

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Art. 85 Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

Art. 9º Tbd a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 11. Revogam-se as disposições em contrário.

Fernando Henrique Cardoso — Presidente da República.

Milton Seligman.

---

### DECRETO DE 9 DE MAIO DE 1996

Declara de interesse social, para fins de reforma agrária, os imóveis rurais sem denominação, localizados na Gleba São José, atualmente conhecidos como Gleba União, situados nos Municípios de Peixoto de Azevedo e Matupá, Estado de Mato Grosso, e dá outras providências.

## LEI N. 8.974 - DE 5 DE JANEIRO DE 1995

Regulamenta os incisos II e V do B 1º do artigo 226 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação do meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências

O Presidente da República.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização {So no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado (OGM), visando a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente.

Art. 2º As atividades e projetos inclusive os de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico e de produção industrial que envolvam OGM no Território Brasileiro, ficam restritos ao âmbito de entidades de direito público ou privado, que serão tidas como responsáveis pela obediência aos preceitos desta Lei e de sua regulamentação, bem como pelos eventuais efeitos ou consequências advindas de seu cumprimento.

§ 1º Para os fins desta Lei consideram-se atividades e projetos no âmbito de entidades como sendo aqueles conduzidos em instalações próprias ou os desenvolvidos alhures sob a sua responsabilidade técnica ou científica.

§ 2º As atividades e projetos de que trata este artigo são vedados a pessoas físicas enquanto agentes autônomos independentes, mesmo que mantenham vínculo empregatício ou qualquer outro com pessoas jurídicas.

§ 3º As organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos neste artigo, deverão certificar-se da idoneidade técnico-científica e da plena adesão dos entes financiados, patrocinados, conveniados ou contratados às normas e mecanismos de salvaguarda previstos nesta Lei, para o que deverão exigir a apresentação do Certificado de Qualidade em Biossegurança de que trata o artigo 6º, inciso XIX, sob pena de se tornarem co-responsáveis pelos eventuais efeitos advindos de seu cumprimento.

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, define-se:

I - organismo — toda entidade biológica capaz de reproduzir e/ou de transferir material genético, incluindo vírus, "prions" e outras classes que venham a ser conhecidas;

II — ácido desoxirribonucléico (ADN), ácido ribonucléico (ARN) — material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência;

III - moléculas de ADN/ARN recombinante - aquelas manipuladas fora das células vivas, mediante a modificação de segmentos de ADN/ARN natural ou sintético que possam multiplicar-se em uma célula viva, ou ainda, as moléculas de ADN/ARN resultantes dessa multiplicação. Consideram-se, ainda, os segmentos de ADN/ARN sintéticos equivalentes aos de ADN/ARN natural;

IV - organismo geneticamente modificado (OGM) - organismo cujo material genético (ADN/ARN) tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética;

V — engenharia genética — atividade de manipulação de moléculas ADN/ARN recombinante.

Parágrafo único. Não são considerados como OGM aqueles resultantes de técnicas que impliquem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvam a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou OGM, tais como: fecundação "in vitro", conjugação, transdução, transformação, indução poliploide e qualquer outro processo natural.

Art. 4º Esta Lei não se aplica quando a modificação genética for obtida através das seguintes técnicas, desde que não impliquem a utilização de OGM como receptor ou doador:

I — mutagênese;

II - formação e utilização de células somáticas de hibridoma animal;

III — fusão celular, inclusive a de protoplasma, de células vegetais, que possa ser produzida mediante métodos tradicionais de cultivo;

IV -/- autoclonação de organismos não patogênicos que se processe de maneira natural.

Art. 5º (Vetado).

Art. 6º (Vetado).

Art. 7º Caberá, dentre outras atribuições, aos órgãos de fiscalização do Ministério da Saúde, do Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária e do Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal, dentro do campo de suas competências, observado o parecer técnico conclusivo da CTNBio e os mecanismos estabelecidos na regulamentação desta Lei;

I — (vetado);

II - a fiscalização e a monitorização de todas as atividades e projetos relacionados a OGM do Grupo II;

III - a emissão do registro de produtos contendo OGM ou derivados de OGM a serem comercializados para uso humano, animal ou em plantas, ou para a liberação no meio ambiente;

IV — a expedição de autorização para o funcionamento de laboratório, instituição ou empresa que desenvolverá atividades relacionadas a OGM;

V — a emissão de autorização para a entrada no País de qualquer produto contendo OGM ou derivado de OGM;

VI — manter cadastro de todas as instituições e profissionais que realizem atividades e projetos relacionados a OGM no Território Nacional;

VII — encaminhar à CTNBio, para emissão de parecer técnico, todos os processos relativos a projetos e atividades que envolvam OGM;

VIII — encaminhar para publicação no "Diário Oficial" da União resultado dos processos que lhe forem submetidos a julgamento, bem como a conclusão do parecer técnico;

IX - aplicar as penalidades de que trata esta Lei nos artigos 11 e 12.

Art. 8º É vedado, nas atividades relacionadas a OGM:

I — qualquer manipulação genética de organismos vivos ou o manejo "in vitro" de ADN/ARN natural ou recombinante, realizados em desacordo com as normas previstas nesta Lei;

II — a manipulação genética de células germinais humanas;

ANEXO V - Lei 8.974 de 05 de Janeiro de 1995

III - a intervenção em material genético humano "in vivo", exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio;

IV - a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível;

V - a intervenção "in vivo" em material genético de animais, excetuados os casos em que tais intervenções se constituam em avanços significativos na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio da responsabilidade e o princípio da prudência, e com aprovação prévia da CTNBio;

VI - a liberação ou o descarte no meio ambiente de OGM em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e constantes na regulamentação desta Lei.

§ 1º - Os produtos contendo OGM, destinados à comercialização ou industrialização, provenientes de outros países, só poderão ser introduzidos no Brasil após o parecer prévio conclusivo da CTNBio e a autorização do órgão de fiscalização competente, levando-se em consideração pareceres técnicos de outros países, quando disponíveis.

§ 2º - Os produtos contendo OGM, pertencentes ao Grupo 11 conforme definido no Anexo I desta Lei, só poderão ser introduzidos no Brasil após o parecer prévio conclusivo da CTNBio e a autorização do órgão de fiscalização competente.

§ 3º (Vetado).

Art. 9º - Toda entidade que utilizar técnicas e métodos de engenharia genética deverá criar uma Comissão Interna de Biossegurança (CIBio), além de indicar um técnico principal responsável por cada projeto específico.

Art. 10. Compete à Comissão Interna de Biossegurança (CIBio) no âmbito de sua Instituição:

I - manter informados os trabalhadores, qualquer pessoa e a coletividade, quando suscetíveis de serem afetados pela atividade, sobre todas as questões relacionadas com a saúde e a segurança, bem como sobre os procedimentos em caso de acidentes;

II - estabelecer programas preventivos e de inspeção para garantir o funcionamento das instalações sob sua responsabilidade, dentro dos padrões e normas de biossegurança, definidos pela CTNBio na regulamentação desta Lei;

III - encaminhar à CTNBio os documentos cuja relação será estabelecida na regulamentação desta Lei, visando a sua análise e a autorização do órgão competente quando for o caso;

IV - manter registro do acompanhamento individual de cada atividade ou projeto em desenvolvimento envolvendo OGM;

V - notificar à CTNBio, às autoridades de Saúde Pública e às entidades de trabalhadores, o resultado de avaliações de risco a que estão submetidas as pessoas expostas, bem como qualquer acidente ou incidente que possa provocar a disseminação de agente biológico;

VI - investigar a ocorrência de acidentes e as enfermidades possivelmente relacionados a OGM, notificando suas conclusões e providências à CTNBio.

Art. 11. Constitui infração, para os efeitos desta Lei, toda ação ou emissão que importe na inobservância de preceitos nela estabelecidos, com exceção dos §§ 1º e 2º e dos incisos de II a VI do art. 10, ou na desobediência às determinações de caráter normativo dos órgãos ou das autoridades administrativas competentes.

Art. 12. Fica a CTNBio autorizada a definir valores de multas a partir de 16.110,80 UFIR, a serem aplicadas pelos órgãos de fiscalização referidos no artigo 7º, proporcionalmente ao dano direto ou indireto, nas seguintes infrações:

- I - não obedecer às normas e aos padrões de biossegurança vigentes;
- II - implementar projeto sem providenciar o prévio cadastramento da entidade dedicada à pesquisa e manipulação de OGM, e de seu responsável técnico, bem como da CTNBio;
- III - liberar no meio ambiente qualquer OGM sem aguardar sua prévia aprovação, mediante publicação no "Diário Oficial" da União;
- IV - operar os laboratórios que manipulam OGM sem observar as normas de biossegurança estabelecidas na regulamentação desta Lei;
- V - não investigar, ou fazê-lo de forma incompleta, os acidentes ocorridos no curso de pesquisas e projetos na área de engenharia genética, ou não enviar relatório respectivo à autoridade competente no prazo máximo de 6 (seis) dias a contar da data de transcorrido o evento;
- VI - implementar projeto sem manter registro de seu acompanhamento individual;
- VII - deixar de notificar, ou fazê-lo de forma não imediata, à CTNBio e às autoridades da Saúde Pública, sobre acidente que possa provocar a disseminação de OGM;

VIII - não adotar os meios necessários à plena informação da CTNBio, das autoridades da Saúde Pública, da coletividade, e dos demais empregados da instituição ou empresa, sobre os riscos a que estão submetidos, bem como os procedimentos a serem tomados, no caso de acidentes;

IX - qualquer manipulação genética de organismo vivo ou manejo "in vitro" de ADN/ARN natural ou recombinante, realizados em desacordo com as normas previstas nesta Lei e na sua regulamentação.

S 1\* No caso de reincidência, a multa será aplicada em dobro.

S 2\* No caso de infração continuada, caracterizada pela permanência da ação ou omissão inicialmente punida, será a respectiva penalidade aplicada diariamente até cessar sua causa, sem prejuízo da autoridade competente, podendo paralisar a atividade imediatamente e/ou interditar o laboratório ou a instituição ou empresa responsável.

Art. 13. Constituem infrações:

- I - a manipulação genética de células germinais humanas;
- II - a intervenção em material genético humano "in vivo", exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, com a aprovação prévia da CTNBio.

Penas — detenção de três meses a um ano.

§ 1º Se resultar em:

- a) incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias;
- b) perigo de vida;
- c) debilidade permanente de membro, sentido ou função;
- d) aceleração de parto.

Penas — reclusão de um a cinco anos.

S 2! Se resultar em:

- a) incapacidade permanente para o trabalho;
- b) enfermidade incurável;
- c) perda ou inutilização de membro, sentido ou função;
- d) deformidade permanente;
- e) aborto.

Pena — ~~reclusão de dois a oito anos~~

{ as Se resultar em morte:

Pena — ~~reclusão de seis a vinte anos~~

III — a produção, ~~anzenamegtn.n.v.">niijaf~~ o de embriões humano\* destinados a servirem como material biológico Hispnnfvprj

Pena - ~~reclusão de seis a vinte anos~~

IV - a intervenção "in vivo" em material genético de animais, excetuados os casos em que tais intervenções se constituam em avanços significativos na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio da responsabilidade e o princípio da prudência, e com aprovação prévia da CTNBio.

Pena — detenção de três meses a um ano.

V — a liberação ou o descarte do meio ambiente de OGM em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e constantes na regulamentação desta Lei.

Pena — reclusão de um a três anos.

{ 1ª Se resultar em:

- a) lesões corporais leves;
- b) perigo de vida;
- c) debilidade permanente de membro, sentido ou função;
- d) aceleração de parto;
- e) dano à propriedade alheia;
- f) dano ao meio ambiente.

Pena — reclusão de dois a cinco anos.

g 2! Se resultar em:

- a) incapacidade permanente para o trabalho;
- b) enfermidade incurável;
- c) perda ou inutilização de membro, sentido ou função;
- d) deformidade permanente;
- e) aborto;
- f) inutilização da propriedade alheia;
- g) dano grave ao meio ambiente.

Pena — reclusão de dois a oito anos.

g 3! Se resultar em morte:

Pena — reclusão de seis a vinte anos.

9 4\* Se a liberação, o descarte no meio ambiente ou a introdução no meio de OGM for culposa:

Pena — reclusão de um a dois anos.

9 5- Se a liberação, o descarte no meio ambiente ou a introdução no País de OGM for culposa, a pena será aumentada de um terço se o crime resultar de inobservância de regra técnica de profissão.

9 6) Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao homem, aos animais, às plantas e ao meio ambiente, em face do descumprimento desta Lei.

Art 14. ~~S.º~~ obstar a aplicação das penas previstas nesta Lei, é o autor obrigado, independente da existência de culpa, a indenizar e reparar os danos causados ao meio ambiente, a animais e plantas.

Disposições Gerais

Art. 16. Esta Lei será regulamentada no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data de sua publicação.

Art. 16. As entidades que estiverem desenvolvendo atividades reguladas por esta Lei na data de sua publicação, deverão adequar-se às suas disposições no prazo de cento e vinte dias, contados da publicação do decreto que a regulamentar, como apresentar relatório circunstanciado dos produtos existentes, pesquisas ou projetos em andamento envolvendo OGM.

Parágrafo único. Verificada a existência de riscos graves para a saúde do homem ou dos animais, para as plantas ou para o meio ambiente, a CTNBio determinará a paralisação imediata da atividade.

Art. 17. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 18. Revogam-se as disposições em contrário.

Fernando Henrique Cardoso — Presidente da República.

Nelson Jobim.

José Eduardo de Andrade Vieira.

Paulo Renato Souza.

Adib Jatene.

José Israel Vargas.

Gustavo Krause.

#### ANEXO À LEI N. 8.974 DE 6 DE JANEIRO DE 1995

Para efeitos desta Lei, os organismos geneticamente modificados classificam-se da seguinte maneira:

Grupo I - compreende os organismos que preenchem os seguintes critérios:

A) organismo receptor ou parental;

— não patogênico;

- isento de agentes adventícios;

— com amplo histórico documentado de utilização segura, ou a incorporação de barreiras biológicas que, sem interferir no crescimento ótimo em reator ou fermentador, permita uma sobrevivência e multiplicação limitadas, sem efeitos negativos para o meio ambiente.

B) vetor/inserto:

- deve ser adequadamente caracterizado e desprovido de seqüências nocivas conhecidas;

- deve ser de tamanho limitado, no que for possível, às seqüências genéticas necessárias para realizar a função projetada;

— não deve incrementar a estabilidade do organismo modificado no meio ambiente;

—deve ser escassamente mobilizável;

— nfo deVe transmitir nenhum marcador de resistSncia a organismos que, de acordo com os conhecimentos disponiveis, nfo o adquire de forma natural.

C) organismos geneticamente modificados;

—nfo patogênicos;

— que ofereçam a mesma segurança que o organismo receptor ou parental no reator ou *fermeatador*, *maa com sobrevivência e/ou multiplicação* limitadas, sem efeitos negativos para o meio ambiente.

D) outros organismos geneticamente modificados que poderiam incluir-se no Grupo I, desde que reúnam as condições estipuladas no item \*"C" anterior;

— microorganismos construídos inteiramente a partir de um único receptor procaríótico (incluindo plasmídeos e vírus endógenos) ou de um único receptor eucarió\* tico (incluindo seus cloroplastos, mitocôndrias e plasmídeos, mas excluindo os vírus) e organismos compostos inteiramente por seqüências genéticas de diferentes espécies que troquem tais seqüências mediante processos fisiológicos conhecidos.

Grupo II — todos aqueles nfo incluídos no Grupo I.

---

#### RESOLUÇÃO N. 2 - DE 5 DE JANEIRO DE 1996

Autoriza a Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro a emitir, através de ofertas públicas. Letras Financeiras do Ibsouro do Município do Rio de Janeiro - LFTM-Rio, destinadas ao giro de sua dívida mobiliária, vencível no primeiro semestre de 1995.

---

#### MEDIDA PROVISÓRIA N. 814 - DE 5 DE JANEIRO DE 1995

Dispõe sobre a criação dos cargos no Quadro de Pessoal Civil dos Colégios Militares.

---

#### MEDIDA PROVISÓRIA N. 815 - DE 5 DE JANEIRO DE 1996

Dispõe sobre a criação dos cargos em comiasfo do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, no Ministério da Fazenda.

---

#### LEI N. 8.975 - DE 6 DE JANEIRO DE 1995

Dispõe sobre a transformação de cargos da carreira do Ministério Público Militar, e dá outras providências.

---

#### LEI N. 8.976 - DE 6 DE JANEIRO DE 1995

Denomina Luís Fausto de Medeiros o Porto-Ilha de Areia Branca, situado no Município do mesmo nome, Estado do Rio Grande do Norte.

#### MEDIDA PROVISÓRIA N. 816 - DE 6 DE JANEIRO DE 1996

### Dispõe sobre a Implementação da autarquia Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, criada pela Lei n. 8.884<sup>1</sup>, de 11 de Junho de 1994, e dá outra« providências

O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1º. Ficam mantidos os mandatos do Presidente, dos Conselheiros e do Procurador do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, nomeados na vigência da Lei n. 8.168<sup>2</sup>, de 8 de janeiro de 1991.

Art. 2º Enquanto nfo forem nomeados os dois Conselheiros a que se refere o artigo 3º desta Medida Provisória o CADE deliberará por maioria simples de votos, com a presença mínima de quatro de seus membros.

Art. 3º São criados no CADE dois cargos de Conselheiro, Código DAS 101.5, para atender ao disposto no artigo 4- da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994.

Art. 4º O artigo 4-, "caput", da Lei n. 8.884/94, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 4º O Plenário do CADE é composto por um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal."

Art. 5º Os SS 6- e 7\* do artigo 54 da Lei n. 8.884/94, passam a vigorar com a seguinte redação:

"S 6- Após receber o parecer técnico da SPE, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo e, em seguida, encaminhará o processo, devidamente instruído, ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de sessenta dias.

S 7- A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação; não tendo sido apreciado pelo CADE, no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados."

Art. 6º Até que seja aprovado o regulamento da autarquia, vigorarão as normas internas anteriormente aplicáveis ao CADE, no que não contrariarem as disposições da Lei n. 8.884/94.

Art. 7\* As requisições a que se refere o { 1\* do artigo 81 da Lei n. 8.884/94, serão irrecusáveis e sem prejuízo dos vencimentos e vantagens, dos servidores na origem.

Art. 8º As despesas de pessoal e encargos sociais, outras despesas correntes, investimentos e inversões financeiras, imprescindíveis ao funcionamento da autarquia, correrão à conta de transferências orçamentárias das dotações do Ministério da Justiça.

Parágrafo único. Com a aprovação da lei orçamentária para o presente exercício, será solicitado crédito adicional para os fins previstos no "caput".

(1) Leg. Fed. 1994, pág 783; (2) 1991, pif 7

## ANEXO VI - JURISPRUDÊNCIAS

CC n., 063

Conflito de Jurisdição; Competência; Concubinato  
 Incidência da Lei nº 13.127/2016 (Lei do Divórcio Litigioso)

**CONFLITO DE: COMPEIÊNCIA - CONCUBINATO**  
 m' : dida cautelar DF; ge paract^o de; corpos  
 -INCIDÊNCIA 00 artigo 220. PAR., 3 o DA  
 CON' rriTUIt' 7i0 federal • competência DA UARA DA  
 fah; (lia para conhecer do feito e  
 .. 1) li; A ■ 1...o í; ; o t>P' f' i... ; e i o r o c e ; i ) e n t i ; ; ; , ,

Uistor; i' K'1 vat íxdor. c d i e ; ut i d o v - e s t e s v ; ut : D i ' d e  
 confiitD do- cômpos-t ênc i wi n., 66L, da comarca de- P.lumKnwiu, sm  
 que é !; : usc i t a n ' t e o D r - J u i z . d t ' D i r e i t o d a í a V a r a C í v e l ,  
 seruido suscitado o Dr ., J u i z d e D i r e i t o d a V a r a d a F a m l i a y  
 Infância e Juventude e R e y i s t r o s P l i b 1 . i c i ; i s #

Ar;ORDAMx em Se^iinda Cíimai'-a C i v i l y con'i'ieci" do  
 con-riito para declarar competente D Dr ., iu i z su'-j c i t a d o  
 i ; ; i . i . s t a . ' - ; l e g a i s , ,

0 Juiz de- Direito r^erarite a :ia Oara Cfv;!  
 í : o m a i - c a c l e P 1 u m e n a i . i r ñ n a o a c o 1 ' i e n d o a c ; o n i p e - i ; í - n c : i a ! : > a r a  
 processai" e Julyar i " í e d i d a C a u t e l a r d e S e p a r a t ; a " o d e C c í r p o s v  
 suscitou o presente Corri'lito Negativo (le Competência, com  
 ■ P u 1 c r o n o a r t . , i i i í y d o C ó d i 3 0 d e P r o c e s s o C i v i l . ,

0 > e l u i z í ; u S C i t a c i o < v u t e n t : a s u a i n c  
 ijaseado rio fato de ciue a ataöy mesmo apcis o advento da  
 C o n s t i t u i í M a o F e d e r a l d e 1 9 8 5 ■ ■ f u e a g a s a l h o u o c o n c u b i n a t o  
 c ; ; o m ü c : n t i d a d e : í ' a m i i i a r v c o n t i n u a v e n d e i d a c o m r > c t e n c i a d a v : -  
 vai" a ; c ; í V e L

A d o u t a P r o c u i - a d e t r i a d e v J u v - t i t : a > e m p a r c ; c e : r  
 de lavi''a do douto Pi-ocurador Osmar Peron^ é pelo  
 coniiieci mento do conriitov para declarar- competente o Ju i'zo  
 3 u T > c i t a n t : e

1: ' o l ' e l a t 6 r i o , ,

r^ - r o c c d e o c o n - í ' l i t o , ,

A d i v e ' r g í b n e i a c l n g e - - s e b s c a r a c t e r í s t i c a s d a  
 1.1. n"ia o ■ estável entre um casv-1 ( concub i i'iat o ) , . tratado, - de  
 modo directo perlo art., 2 2 A, par., 3 o, - da C o n s t i t u i t a c " E e d c M ' a i > .  
 quer em sua i-edataoy" dei; ; a diividas em Face de e; ; - pi' - são  
 utilizada em sua parte Tinaly que diz » "devendo a lei  
 "facilitai" sua c:c>nvei''saçã ein caí^ameiit o" , ,

i - J o e n i a l i t o y o t : c : i o c : o i i v , í . i t u c : i o i i a 1 r - c ; c : o

uri i'ao... I, concubina; vii: o, como entidade; P; \m i l i a r ; ■ c l k s l k :  
então pa «...» ou a ser da jurisdicção: i va dai^ vai-a;» de  
fanifflay que têm compete: ênc; i a para c ori h t-'c er do fciro c  
julSi^-lo, c on roi" me o CD0JF:SC..

Não é o Oil fun de ma i i-, o concubinato como  
i-; sociedade comercial, - e i v.: que possui a aparência de cv; samento  
e pressupõe o carat: er a Te t: ivo cm det:riment:o ao de natureza  
econômica,, o patrimônio amo; alhado durante iñ. convivência more  
'j-Kor i o decorre do es; ort;o ccinjunto de erguer uma se(:!ur ant:a  
(■: c; ü n Ò m I c: a m a n t v.: ii e cio, i" a (l o l a r- l j c; ' m c: o m o d a c: i r o l e,-  
e kv: t e i- i t e

O v: > a i- p e c. t o s. c o n c: e r n e n t (c a c i c o n c u. b i r i a t o J v i  
foram amplamente discutidas neste Sod a l i' e i o > ■ at ravés do  
Conflito de Competência n. 612, da Capital y em que foi  
relator o eminente Desembargador ALCIDES AGUIAR,, do qual «ne-  
tran escreve":

'■■'COIMPETÊNCIA - CONCUBINATO - i)TCCOL.UCHO I)E  
30 C ; r i i ; > a i ; > i ; d e f ' a ' r o - ■ i : n t ; ; d a d i ; - k - a m l i a ■ - a 7 , 2 2 0 .  
PARAGRAFEO 3a. DA CF/CO - CONPETCNCIA DO JURZO DA  
FAMILIA ■■■ CONFLITO IMPROCEDENTE.,

'■'■'Concebida a união c-stavel entrte o bom em e a  
viullier í;ol) r'ei: L) ci o c: o m o r e' l a t : a o v r i e t i v a c: - n a c i  
m e a m e n t e c: o n t r' a t u a l , a s u a d i o : l . A ' ( ; a o ; ■ e ' . > t i t a  
embora a efeitos patrimoniais, deve ser dirimida  
pelo juízo da Família".

No me'siio vent ido, Ccjn-riito de Com pet i' n c i a r i . .  
51.5 , de iz r i c: i i i m a , i - e l , De i: v e m b a i- g a d o A !... C I ) G A G U I A R : ,

'^Comr>c't ênc i a (c: onflito ne'sativeO Afão de'  
i nden i zã: ao or irinda dt' r elat aõ concul:) i nã" i a  
-Entidade rv^ .miliar •• Atr-ibuit: ao da Mai'a da Família  
e naõ clo > .Ju. ízo Cfvel - Art., 220, pai'viyra f'o 3o <: la  
(; on'-' t i t u i ( ; a o F' c i d e r' a l d e ; 1 9 8 8 .

'■■ Reccjnbec i do pe'la carti; masna de i9nn o  
n u n c i a i ) i n a t o c: o m o e l' t i d a d e f a m i l i a v u a e t : | u e a v i  
cp.iestões a c: l e a t i n c' n t e M v porciue nao ma i  
e - i r . s e n g i l i v i c ; n t e c o r i s i d e i' - a d o a c i v i e l c: c: o n t r v ; t > i a l c t  
pat r i m o n i a l - s e J a m d i i - i m i d a s p e l o - . J u i z  
e s p e c i a l i z a d o é r i a c > p e l o J u i z o C f v c : l' . .

Ei: > t a c o l e n d a c: f t m a i" a v J u l a a r t c l o o C o r t f l i t o d C  
Compe't i' n c i a n , ' 531 y de Blumenau,- onde era suscitante o Juiz  
da yara da Família e suscitado o Juiz de Direito da Uara  
C; í v e l y a s s i m m a n i f e s t o u - - s e "

'■■'COi-IF'ETENCIA ■■ DI GGOLÜC'i'io DE GOCIEDADE DE  
FATO - ■ ENTIDADE FAMILIAR - INTELICENCIA DO ART.,  
226 y PAR., 30v DA CONGTITÜICnO FEDERAL  
COHPETENCIA do JUIZO DA FAMirLIA..

'Ao er i g i r a Car ta Magna a chamada un i ão  
estvively a condic;ão de enMdade familiar,, todas as  
quer-tões a ela at in enter- e a mereccM'- solut:ão  
,! u d i c i a l d e' v c: m i- ; c: r o i i" i m i c i a s p e i o - .) u f z e! c i a  
l' a m i l i a " . ,

Adenmi ;;;, o Cód i go dr Or 9;^n i zv;;t:Ho™Jud i e i vir i a  
 de Santa Cv^tv:u' iní; diz que nv;; CDiiiv::r evi de B i umu'rivíu <x  
 compet §nc i par:vi d i r i m i r V;u;; qusv't; 6í •■; r K-Fer ::rn t; evi ã í'am i'l i VÀ y  
 onde este in<-^titat:o boí insKcrK- por Torta con^;t i t; uc i onal y da  
 Vara dp;- rami'li' ia fart,, 70y par., 3o da Lo i n .. 6.,í'í99/n6y qus  
 !'■ efoi-iiiiu 1 ou. om parte a Lei n ,, '5 ,.<'2A/79 ■■■■ CijOJLBC).:

I/ito po'->t o y a C Si 1) ar'a con'i'K (:•• do oonTl ito  
 dfícHara competente o Juiz da Uara da rami'liay Inr':íncia e  
 Juventude e Rea i.sloB P»ib'i i co-n. da comarca de B1 i.uíien.vi.u ,.

I" !? e i d i u a j i . a ü g a m e n t o , . r o i i i V o t o v e n e (■' c l o i" , c  
 EKmo., Sr., Des., Xavier Vieira e participcíu do mesmo, t amo'ém  
 com voto Ve i' i c e d o r §■ o fi! m o . , C i- . , i:> e v i ,, R u b e m C; cí i- d o v  
 F'1 or i an cí po 1 i s y 26 de abril de i. 79 4.,

i'J ã p Ci 1 é™ a o Ama r- 'a i i t e  
 P R E S ; i D E N T E P/ O A C Ü k D n O

Toi''r es Mar' í.lue';;  
 RELATOR

PROCURADOR DE JUBTIÍ^A

## III — DECISÃO

Nos termos do voto do relator, rejeitaram os embargos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exm<sup>as</sup> Srs. Des. Anselmo Cerello, Francisco Borges, João José Schaefer, Nestor Silveira e Alcides

Aguiar.

Florianópolis, 12 de setembro de 1994.

*João José Schaefer. Presidente com voto: Amaral e Silva, Relator.*

## PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

### PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA N-32, DA CAPITAL

Relator; Des. Álvaro Wandelli

*Uniformização de jurisprudência — Conflito de competência entre a Vara Cível e a de Família, Órfãos e Sucessões — Sociedade de fato — Reconhecimento da divergência.*

*"A competência para o julgamento das ações decorrentes da união estável entre o homem e a mulher é da Vara de Família, Órfãos e Sucessões, onde houver."*

*"Istos, relatados e discutidos estes autos de pedido de uniformização de jurisprudência nº 32, da comarca da Capital (T. Vara), em que é requerente a egrégia Primeira Câmara Civil:*

ACORDAM, em Seção Civil, por votação unânime, reconhecer a divergência fixando que a competência para processar e julgar as ações decorrentes da união estável entre o homem e a mulher é da Vara da Família.

Custas legais.

O Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca da Capital, Dr. José Gaspar Rubik, suscitou condito negativo de competência, em razão do despacho exarado pela Dr<sup>a</sup> Juíza de Direito da 2ª Vara da Família, Órfãos e Sucessões da Capital, nos autos da Ação Cautelar Inominada nº 411/93 e Arrolamento de Bens nº 403/93, ajuizadas com pedido de conexão à ação de separação de corpos lá em curso, por J.V., contra S.S.S., declinando sua jurisdição para dirimir a lide.

Em razões, o suscitante asseverou que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 6º, conferiu à união estável entre o homem e a mulher o status de Entidade Familiar, evidenciando sua natureza eminentemente afetiva e o interesse social de que se reveste, afastando, via de consequência, a natureza contratual e o fim preclusivo ou único de formação de patrimônio, que lhe atribula anteriormente a legislação.

Aduziu, ainda, que as disposições da Carta Magna prevalecem sobre aquelas do Código de Divisão e Organização Judiciais do Estado, que devem se adaptar ao texto Constitucional.

Requeru, a final, a instauração de incidente de uniformização de jurisprudência, por constatar divergência entre arestos de Câmaras deste Tribunal, com o colacionado em sua fundamentação, e, no mérito, a procedência do conflito de competência.

Designado o juízo da 2ª Vara da Família, Órfãos e Sucessões para, em caráter provisório, apreciar as medidas que se fizerem urgentes, intimado, este não apresentou quaisquer informações.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Joel Furta do, posicionou-se pelo conhecimento e procedência do conflito suscitado, bem como pela instauração do incidente de uniformização de jurisprudência requestado.

Em fis. 36, comparece o juízo suscitado, requerendo também o processamento de incidente para pacificação jurisprudencial sobre o assunto.

A Primeira Câmara Civil, por votação unânime, reconheceu a divergência e determinou a remessa dos autos a esta colenda Seção Civil.

É o relatório.

Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência interposto para o fim de unificar os julgados deste Estado no que tange ao conflito de competência entre as Varas Cível e de Família, suscitado para o exame judicial dos litígios decorrentes da união estável entre o homem e a mulher.

Evidencia-se conflito no que concerne aos julgados deste Egr. Tribunal, eis que uns posicionam-se a favor do deslocamento da competência, para dirimir os litígios advindos da sociedade de fato, para a Vara de Família, sendo que outros esposam a tese de subsistência da competência da Vara Cível, todos examinando a questão à luz do art. 226 constitucional.

São os seguintes os arestos que se

posicionam a favor da competência da Vara de Família;

"Competência (Conflito Negativo) — Ação de indenização oriunda em relação concubinária — Entidade familiar — Atribuição da Vara da Família e não do Juízo Cível — Art. 226, § 3º, da CF/88.

"Reconhecido pela Carta Magna de 1988, o concubinato como entidade familiar, urge que as questões a ele atinentes — porque não mais essencialmente consideradas aquele contratual ou patrimonial — sejam dirimidas pelo juiz especializado e não pelo juízo cível" (Conflito de Competência nº 515, Rei. Des. Alcides Aguiar).

"Conflito de competência — Ação de dissolução de concubinato — Ainda que a Constituição Federal (art. 226, § 3º), não tenha equiparado o concubinato, a união estável entre o homem e a mulher, ao casamento; conferiu-lhe, de qualquer forma, a condição de entidade familiar, cujos conflitos, mesmo os de ordem patrimonial, devem ser decididos pelo juízo da família, onde houver — Conflito negativo de competência julgado improcedente para decretar-se a competência do Juiz da Família, Infância e Juventude e Registros Públicos de Blumenau" (Conflito de Competência nº 532 — Rei. Des. João José Schaefer).

Por sua vez, orientam-se pela competência da Vara Cível os seguintes *decisões*:

"Conflito negativo de competência — Dissolução de sociedade de fato, decorrente de concubinato — Suscitado, em face do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, que estabelece; 'Para efeito da proteção do estado, e reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento' — As Varas Especializadas da Família não são competentes para conhecer, processar e julgar as ações de reconhecimento de sociedade de fato, partilha de bens

dela decorrente ou indenização por serviços domésticos — A competência *i* a do juiz de direito, no cível e no comércio, pelo que dispõe o art. 94 do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado — no caso, o juiz suscitado — O § 3º do art. 226, da Constituição Federal, não equiparou a união estável, resultante do concubinato, ao casamento e, fora isso, não erigiu tais questões à condição de ação de estado, ou seja, não equiparou o concubinato à família legítima nem tomou parte do direito da família — A competência para conhecer, processar e julgar tais litígios é da Vara Cível — A Câmara decidiu julgar competente, no caso, o juiz suscitado (Conflito de Competência nº 330, Rei. Des. Rubem Córdova).

"Conflito de competência — Ação de dissolução de sociedade de fato e partilha de bens — Competência das Varas Cíveis — Constituição Federal, art. 226, § 3º, CDOJESC, art. 96 — A Constituição Federal não equiparou a união estável, resultante de concubinato, ao casamento e, muito menos, erigiu tais questões à condição de ação de estado (RJTJESP 120/45) — As ações dessa natureza não integram o elenco das atribuições das Varas da Família, conforme disposto no art. 96, do CDOJ do Estado de SC — Conflito conhecido para declarar competente o juízo da 6ª Vara Cível da comarca da Capital" (Conflito de Competência nº 335 — Rei. Des. Cláudio Marques).

"Competência — Ação objetivando a declaração de existência de sociedade de fato — Art. 226, § 3º, da Constituição Federal — Embora haja estabelecido a Constituição Federal que "para efeito de proteção do estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento", não lhe outorgou, contudo, *sua* de matrimônio, permanecendo, portanto, competentes para o processo e

juízo das ações concernentes às sociedades de fato as Varas Cíveis\* (Conflito de Competência nº 331, Rei. Des. Eder Grao-

Registra-se, ainda, uma terceira corrente, que admite a competência da Vara de Família quando ação de dissolução da sociedade de fato for cumulada com alimentos e guarda de filho menor. Neste sentido, o Conflito de Competência nº 461, em que foi relator o eminente Des. Amaral e Silva;

"Conflito de competência — Alimentos e dissolução de sociedade de fato — Matéria da jurisdição de família — Havendo conexão entre pedido de separação e alimentos a competência é do Juiz da Família — Se ambos os magistrados têm competência a respeito da matéria, considera-se prevento o que primeiro conheceu da causa."

Evidencia-se, portanto, a divergência atual de entendimentos, todos versando sobre a mesma matéria, impondo-se a uniformização da jurisprudência.

Pelo exposto, há que ser conhecido o incidente.

Passa-se ao exame do mérito da causa.

Cinge-se a controvérsia, basicamente, a duas questões principais, quais sejam: 1º) o alcance do insculpido no § 3º, do art. 226, da Lei Maior de 1988; 2º) a falta de previsão, no Código de Organização Judiciária deste Estado, de atribuição de competência à vara especializada, para resolução de lides de natureza concubinatória.

Examina-se a primeira *questio*:

1º) *Alcance da norma constitucional.*

Dispõe o § 3º, do art. 226, da CF, de 1988;

"Art. 226 — A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

"§ 3º — Para efeito de proteção do

Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

Como se observa, a Constituição Federal reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Definiu em seguida entidade familiar como sendo a "comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes", e estabeleceu que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e a mulher". Em relação à união estável, determinou à lei posterior a facilitação de "sua conversão em casamento".

Tem-se, portanto, que com o advento da Carta Magna de 1988, tudo que dizia respeito à sociedade concubinária e seus bens patrimoniais recebeu a denominação de "união estável entre homem e mulher", arcando com a proteção do Estado. Logo, não há que se impedir que as [élis] protetoras da família estendam seus MANTOS à união estável.

Evidencia-se com clareza meridiana que pelo disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Ficou a família deixou de ser constituída apenas pelo casamento, passando a compreender a união estável entre o homem e a mulher, com respectiva assistência judiciária que merece.

É assim que entendem Ricardo Penteado de Freitas Borges e Caetano Lagrasta Neto, *verbis*: "Outorgada a nova Carta Constitucional, uma nova feição de família foi introduzida em nosso ordenamento jurídico. Sem circunscrever a família àquela organização social constituída pelo casamento civil, nossos legisladores apenas mencionaram-na como destinatária de uma especial atenção do Estado, sendo que, neste *momentum* constitucional, também para efeito da mesma outorga da proteção dos poderes públicos, incluiu e institucionalizou

a união estável entre o homem e a mulher como entidade (ser) familiar (art. 226 CF); Forçosa é a conclusão, portanto, de que a despeito de não ter havido a equiparação dos institutos casamento civil e união estável, houve o estabelecimento de uma isonomia em face do tratamento que o Estado deve dispensar a tais entidades basilares da sociedade. De fato, malgrado as diferenças entre casamento e o concubinato, foram os mesmos equiparados na tutela especial do Estado, o que vale dizer: ambos os institutos devem ser tratados pelo Estado como iguais" (*in* Revista da AMB, Órgão de Associação dos Magistrados Brasileiros, ano I, nº I — nova fase — SP, fevereiro de 1990, pág. 30, com alguns grifes acrescidos).

Destarte, visto que a Lei Magna, em seu conceito de família, engloba também as uniões estáveis entre o homem e a mulher, não se guarda dúvidas que as querelas advindas de tais ligações devem ser dirimidas no Juízo das Varas Especializadas de Família. Firmando este convencimento, prosseguem os insignes Ricardo Penteado de Freitas e de Caetano Lagrasta Neto;

"Por trás da disposição que define a matéria de competência do Juízo da Família, existe um comando maior que determina que a família tem especial proteção do Estado, residindo al uma boa razão para que tais questões, em comarcas que possuam tais condições, sejam tratadas perante um juízo especializado, órgão jurisdicional este que tenha, ao seu lado, devidamente estruturada uma curadoria de família e toda uma série de características para o atendimento de litígios de tal natureza.

"Merecendo, igualmente, a mesma especial atenção do Estado, parece-nos que a dissolução da união estável entre homem e mulher deverá ser processada nas mesmas condições especiais criadas para o casamento, sob pena de estar ferindo uma regra constitucional."

Neste diapasão, posiciona-se o TJSP como se extrai da Ap. nº 125.401-1, Rel. Des. Freitas Camargo, ac. un. da 4ª CC; "Concubinato — Proteção jurídica decorrente da CF/88. O concubinato não pode ser mais visto como uma *ligação espúria* e condenável. O concubinato honesto deve ser respeitado e amparado, principalmente em País como o nosso em que a maioria da população é de baixo nível cultural e no qual até bem pouco tempo não havia divórcio. Constituía ele, como ainda constitui nas camadas baixas da população, um verdadeiro casamento de fato, o que levou o constituinte de 88, no novo diploma básico da República, a reconhecê-lo como instituição familiar protegida pelo Estado — Art. 226 da Constituição Federal, não podendo a prole dele resultante sofrer qualquer discriminação em relação àquela nascida de casamento legítimo" (Jurisprudência ADV/COAD. RJ, 1992, verbete 58.604).

De forma a tomar inquestionável esta competência, destaca-se o voto do Des. Antônio G. Tanger Jardim, da eg. Sª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, *ipsis verbis*:

"Acompanho integralmente o voto do eminente relator. Ousaria aduzir apenas alguma vacilação da interpretação do § 3º do art. 226 reside na expressão final do texto que diz: 'devendo a lei facilitar sua conversão em casamento', então, quando o legislador constitucional fala em lei, parece para alguns intérpretes que a definição do que seja entidade familiar esteja a carecer também de uma lei regulamentadora. Mas na verdade o que a lei vai facilitar e regulamentar é a transformação da união estável em casamento. Disto sim, não se pode prescindir a lei. A CF tomou muito mais exíguos os prazos para conversão de separação em divórcio e para concessão de divórcio direto. Então, a meu juízo, não carece de nenhuma regulamentação o reconhecimento da

união estável e a extração dos respectivos direitos jurídicos.

"Aliás, desde antes do advento da Constituição, já pensava que essas ações chamadas na época de dissolução de sociedade de fato, deveriam ser apreciadas pelas Varas da Família, porque me deparei inúmeras vezes com essas ações sendo processadas e julgadas pelas Varas Cíveis da Capital e, em virtude de valor da causa, sendo da competência dos Pretores. E vi mais; vi ações cautelares de afastamento de um dos companheiros do Lar sendo decididas também por Pretores. Com isso, não há qualquer desprezo àqueles eminentes colegas, apenas a observação de que não possuem competência para a jurisdição da família.

"Sempre me pareceu que o substrato do concubinato, seja ele união estável ou mero concubinato eventual, não é uma sociedade com natureza patrimonial. A essência, o fundamento dessa sociedade é *afetivo*, um homem e uma mulher reúnem-se sob uma sociedade dessa natureza não com o objetivo de adquirir bens ou formar patrimônio, mas com o objetivo de se *inter-relacionarem como homem e mulher*, e, às vezes, de *constituírem família, com filhos*. Então, o substrato dessa sociedade é *afetivo* e não *patrimonial*. Pode haver patrimônio, eventualmente, e aí se deverá partilhá-lo, mas a essência é o afeto. Logo, não cabia, a meu juízo, nem antes da CF/88, essas questões estarem sendo decididas nas Varas Cíveis e muitíssimo menos por Pretores. De maneira que, com a Constituição, mais nenhuma dúvida tive a esse respeito, entendendo, também que é auto-aplicável o § 3º do art. 226, razão pela qual acompanho integralmente o voto do eminente relator" (fl. "Sociedade Familiar Interpretada pelos Tribunais" — Concubinato — Wilson Busada, Jurídica Brasileira, 1º vol, pág. 66).

Como bem enfatiza o eminente Des. Relator deste último aresto, Lio Cezar Schi-

midt, "...o reconhecimento da existência de uma entidade familiar afeta substancialmente o estado das pessoas. A Constituição da República, no art. 226, § 3º, reconheceu como entidade familiar a união estável. Parece-me que todas as questões que envolvam a entidade familiar, o relacionamento marido-mulher, companheiro-companheira, são relações jurídicas de natureza familiar e, onde a jurisdição se especializou, criando Vara da Família, o órgão jurisdicional específico, tornou-se competente para apreciar a matéria".

Trata-se de aplicação dos mesmos princípios do Direito de Família à Sociedade Concubinária, em face da conotação familiar e não mais contratual, que a novel Carta da República conferiu à relação primeira citada.

Na mesma linha decidiu o TJRS; "Concubinato — Desfazimento — Partilha de bens. A união concubinária, até bem pouco tempo, só gerava relações de caráter obrigacional e não familiar — Súmula 380 do STF, mas a nova carta política elevou-a à categoria de entidade familiar — art. 226, §§ 3º e 4º, da CF, cuja dissolução importa na partilha de bens. Por esta nova concepção a partilha não tem causa apenas no falor aquisição, mas também na tarefa de manutenção e conservação do patrimônio, pelo esforço comum. A vindicação recai nos bens em comum da sociedade familiar, excluídos os reservados. A relação jurídica não é de trabalho ou emprego, mas fundada nos requisitos permanentes da *affectio conjugalis intuitu familiae*. Recurso provido" (Ac. Un. da 8ª. CC, de 20/06/91 — Ap. nº 590.072.252 — Rel. Des. Carlindo Favretto, in Jurisp. ADV/COAD, 1991, verbete 56.371).

No incidente de uniformização de jurisprudência nº 591038070, de 28 de junho de 1991, a Turma de Direito Privado do TJRS, por maioria de votos, editou a Súmula

14: "É da Vara de Família, onde houver a competência para as ações oriundas de união estável" (CF, art. 226, §3º).

O voto proferido por Caciado de Andrade Xavier reconheceu a divergência e admitiu que a competência para as chamadas ações de dissolução de sociedade de fato vinculada a concubinato é da Vara Cível, por se tratar de matéria estritamente obrigacional.

Invocando o voto proferido no Conflito de Competência e Atribuições, de 31 de outubro de 1989, disse que "...a circunstância de ter a Constituição Federal, no art. 226, § 3º, recomendado especial proteção do Estado para a união estável entre o homem e a mulher, dando-a como *entidade familiar*, não tem o condão de alterar a organização judiciária dos Estados federados, deslocando o julgamento das ações como a presente das eiveis para as Varas da Família..." (...) acresça-se a existência, *in casu*, de preceito advinda da aludida união a *crystalizar a sociedade de vez como família e não essencialmente patrimonial*.

2º) Quanto à não previsão no Código de Organização Judiciária do Estado.

Em geral, os que pensam diversamente do posicionamento agora desposado, aduzem ser a matéria de Competência dos Juízos não especializados, em razão das leis de organização judiciária reservarem às Varas de Família o mister de processar e julgar os feitos referentes ao estado e a capacidade das pessoas, não estando assim tais ações comportadas no referido rol.

Esse argumento, *venia concessa*, não deve prevalecer:

Primeiro porque o Código Judiciário Estadual, por ser anterior à Carta Magna promulgada em 1988, não teve como prever a situação ora em exame, e Segundo porque pelo princípio da hierarquia das leis, a norma estadual deve se adaptar à Lei Maior; eventual lei infraconstitucional que com ela

conilite. deve ser revogada ou deve ser considerada derogada.

Neste diapasão, a lição do mestre alemão Hans Kelsen;

"A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental — pressuposta. A norma fundamental — hipotética, nestes termos — é, portanto, o fundamento de validade de último que constitui a unidade desta interconexão criadora. Se começarmos por tomar em conta apenas a ordem jurídica estatal, a Constituição representa o escalão de Direito Positivo mais elevado" (*in* "Teoria Pura do Direito", Coimbra, Armênio Amado, edição 1979, pág. 310).

Completa, por fim, José Afonso da Silva:

"A inconstitucionalidade por ação ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da Constituição. O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da Constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem com-

patíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade venial resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores" (*in* Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Malheiros, 1992, pág. 48).

Tem-se, portanto, que enquanto o legislador não promulga o diploma legal, pertinente à questão, cabe ao Poder Judiciário resolver as lides que lhe são levadas, adaptando as leis à nova CF, que *in casu* de equiparação entre sociedade de fato e casamento, é peremptória, não sendo permitida a sua limitação por lei ordinária.

Diante do exposto, decide a Seção Civil, por votação unânime, reconhecer a divergência fixando que a competência para processar e julgar ações decorrentes da união estável entre o homem e a mulher é da Vara da Família.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exm<sup>os</sup> Srs. Des. Anselmo Cerello, Francisco Borges, Carlos Prudêncio, Pedro Manoel Abreu, Newton Trissoto, Vanderlei Römer, João José Schaefer, Eder Graf, Nestor Silveira, Alcides Aguiar e Amaral e Silva.

Florianópolis, 17 de outubro de 1994.

Rubem Córdova, *Presidente* com voto: Álvaro Wandelti. Relator: Osmar Peran. Procurador de Justiça.