

# A família como fonte do direito constitucional

## 1 POLÍTICA LEGISLATIVA

O estudo de qualquer problema ou instituição, no quadro do direito positivo, pressupõe o conhecimento, na diversidade de tempo e de lugar, da política legislativa dominante. Se não há ordem jurídica desvinculada de uma diretriz principal, cumpre pesquisar as vertentes do pensamento do legislador, constitucional ou ordinário, para que seja fixada seguramente, em cada ângulo de suas decisões, assim a origem como a extensão das normas criadas. Quanto maior a importância do fenômeno ou da instituição, tanto menos a investigação pode refugir a essa forma de apuração da verdade.

A questão foi analisada proficientemente por Marc Ancel, no exame específico da relação entre **Política Legislativa e Direito Comparado**, na obra coletiva publicada em homenagem a Jacques Maury. “Toda sociedade, ou mais precisamente todo Estado, — escreveu — possui, em cada época, uma política que lhe é própria, e que sempre exprime e determina a evolução de sua legislação interna”. Daí a necessidade de atenção ao “fato sociológico”, para que se possa “compreender e explicar”, sem risco de abstração, “o sentido profundo” das instituições (1).

Não se trata de descobrir a intenção do legislador. Esse critério conduz ao reconhecimento de propósitos subjetivos ou circunstanciais, que não oferecem, de ordinário, a dimensão exata dos institutos jurídicos. Mudam estes de fisionomia e de fins, mesmo quando permanecem inalteradas as regras segundo as quais foram definidos. De fato, não raro as transformações da sociedade renovam as criações do direito, diante de leis petrificadas. A questão metodológica real é mais ampla e penetrante, envolve a descoberta das raízes culturais, de caráter social, econômico, filosófico, em que se fundou o legislador, bem como a verificação da compatibilidade efetiva, ou não, do modelo normativo adotado com as exigências da vida coletiva.

## **2 POLÍTICA LEGISLATIVA E DIREITO CONSTITUCIONAL**

No direito constitucional legislado, especialmente, essa orientação é indissociável da pesquisa objetiva, porque nele se estabelecem regras fundamentais, em estilo de generalidade, vinculando, ou devendo vincular, governantes e governados. Assim também os mandamentos constitucionais predeterminam os caminhos do legislador comum e circunscrevem sua área de competência.

Cresce de relevo a conveniência da indagação meticulosa, porque o constituinte, ou o órgão que sua tarefa desempenha, nem sempre decide inspirado em motivações de ordem extensamente coletiva. O pluralismo da organização social é freqüentemente desconhecido ou desprezado, para que prevaleçam idéias, aspirações ou preconceitos de grupos sociais influentes. O legislador, constitucional ou ordinário, transforma em imperativo jurídico, muitas vezes, soluções vivamente controversas pleiteadas por parcialidade poderosa do corpo social. A multiplicação de regras dessa índole permitiu a Loewenstein caracterizar, inclusive nos Estados neopresidencialistas, uma "Constituição semântica", tendo como destinatários os detentores de fato do poder, e não o povo em sua composição diversificada (2).

Em conseqüência dessas decisões arbitrárias ou circunstanciais, há sempre nos textos constitucionais omissões, excessos, princípios polêmicos. É o problema constante do atraso ou do conflito entre a norma e a realidade.

## **3 INSTITUIÇÕES-FONTES DE DIREITO POSITIVO**

Há instituições marcadas pelo pensamento controverso, mas representativas, em seu destino histórico, de generalizada forma de vida na sociedade. Como símbolos do viver coletivo, essas entidades repercutem intensamente na construção do direito positivo. A diversidade de idéias em torno de sua formação, conquanto seja permanente, não obscurece a constância com que se refletem na existência dos grupos humanos e do direito por eles criado.

Se o legislador as disciplina, na verdade o faz em função da preexistência e da importância delas na sociedade. E se lhes imprime características novas, como ocorre com toda realidade ordenada, é por efeito da cultura e das peculiaridades de cada povo. A função educativa da lei, modificadora de tendências do meio social, justifica, em princípio, esse papel inovador e corretivo. A norma legislada, contudo, repousa, em sua gênese, nessas instituições, que configuram fontes reais ou materiais do direito.

Decerto, a doutrina salienta, preferentemente, as fontes formais de elaboração do direito. Autores sustentam, até, que apenas estas devem ser consideradas. É ilusório, entretanto, desconhecer fatos sociais como a economia, a religião, o desenvolvimento tecnológico, e outros, que se projetam no campo da ordem jurídica, inspirando e compondo a substância de suas normas.

#### **4 A FAMÍLIA COMO FONTE DO DIREITO POSITIVO**

A família é instituição dessa natureza na perspectiva geral do direito. Constituições e leis ordinárias, de origens políticas e filosóficas diversas, admitem-na em seus sistemas. Se adotam regras diferentes, também revelam traços comuns, indicativos de tendências predominantes.

Entende Pontes de Miranda que "não é a algo de concreto que se referem os textos constitucionais, e sim à instituição social da família, o que vale por uma diretriz programática". E ressalva que "pequenos princípios mais precisos", a exemplo do da indissolubilidade do vínculo matrimonial, é que são inscritos "como regras de direito cogente" (3). Se as Constituições, porém, na recepção do fato inserido na norma, consideram a família como "círculo" ou "instituição social", em realidade lhe imprimem contornos jurídicos, uma organização especial distinta de sua formação espontânea. Fixam princípios que se estendem a vários textos e que diversificam de importância no plano histórico, sobretudo por efeito das mudanças no processo da cultura universal e pelas singularidades da vida de cada povo. Distinguem-se, mesmo, normas de organização e regras de proteção da família.

#### **5 A FAMÍLIA NAS CONSTITUIÇÕES**

Assim, a Constituição da Austrália prevê que ao Parlamento cumpre legislar sobre casamento, divórcio e relações matrimoniais, e a respeito do poder paterno, da guarda e tutela de menores (art. 51, n.ºs. 21 e 22). A da Índia declara que o Estado se esforçará pela criação de meios de existência adequados para homens e mulheres, com salário igual por igual trabalho (art. 39), e, na pauta de competência concorrente entra a União e os Estados, inclui a faculdade de legislar sobre o direito de família em geral, compreendendo "casamento e divórcio" (Lista III, n.º 5). Segundo a Constituição do Japão, de 1946, o casamento

é fundado no consenso dos cônjuges e assegurado pela cooperação mútua, na base da igualdade de direitos do marido e da mulher. A disciplina do regime familiar e do divórcio será estabelecida na legislação, que considerará "a dignidade individual e a igualdade fundamental dos sexos" (art. 24).

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha preceitua que "o casamento e a família gozam da proteção especial da ordem política". Define os deveres de assistência e proteção à mãe e aos filhos. Destacadamente estipula que "a legislação deve assegurar aos filhos naturais as mesmas condições que aos legítimos, quanto a seu desenvolvimento físico e moral e a sua situação social" (art. 6º). Transfere, porém, à legislação de competência concorrente as particularidades do "direito civil", inclusive com referência ao "estado civil" (art. 74). Na França, a Constituição de 1958 prevê que "a lei, votada pelo Parlamento, fixa as regras pertinentes", entre outras matérias, ao estado e à capacidade das pessoas, aos regimes matrimoniais e à sucessão (art. 34). Nos termos da Constituição Italiana, "a República reconhece os direitos da família como sociedade natural fundada no casamento". Este, por sua vez, "repousa sobre a igualdade moral e jurídica dos cônjuges, dentro dos limites fixados pela lei para garantir a unidade familiar" (art. 29). Cabe aos pais, como "dever e direito", "manter, instruir e educar seus filhos", sem distinção entre os nascidos do casamento e os havidos fora dele. A estes últimos é estendida "toda a proteção jurídica e social compatível com os direitos da família legítima" (art. 30).

É de lembrar, ainda, que, embora a família, no conceito da Constituição, seja "fundada no casamento", o Parlamento italiano aprovou o texto convertido na Lei nº 898, de 1º de dezembro de 1970, instituindo o divórcio. Por essa lei, denominada *Lei Fortuna-Basilini* em razão da iniciativa de seus principais autores, o juiz decreta o divórcio — **lo scioglimento del matrimonio contratto a norma del codice civile** —, apurado que a comunhão espiritual e material entre os cônjuges não pode ser mantida ou reconstituída — **accerta che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita** (art. 1º). Nos casos de matrimônio religioso devidamente registrado, o juiz deve exaurir a tentativa de conciliação. Verificada a impossibilidade de ser mantida ou reconstituída a comunhão espiritual e material, declara a cessação dos efeitos civis do casamento, decorrentes do registro (art. 2º).

Eis como o legislador italiano procurou conciliar a disciplina da realidade social com o respeito aos princípios da Igreja romana e ao Pacto de Latrão, a que alude o art. 7º da Constituição. E a doutrina começa a proclamar a legitimidade constitucional do ato parlamentar. Lucio Grassi, em livro de 1971, analisando *La Legge sul Divorzio*, em sua elaboração e em seu contexto, opina nesse sentido, inclusive porque, assinala, a Constituição reconhece a família como sociedade fundada no casamento, e não no casamento indissolúvel (4).

Proveniente do século XIX, e vigente hoje com várias emendas, a Constituição da Bélgica, de 1831, firma a distinção entre o casamento civil e o religioso, estipulando que aquele deverá preceder sempre a este

(art. 16). Schoenfeld e Poitevin, em obra de 1971, observam que a legislação belga admite, há muito, o divórcio-sanção e o divórcio-remédio. Acrescentam que o legislador, diante da "chaga social que são os casamentos praticamente dissolvidos e, não obstante, sempre existentes aos olhos da lei", ampliou a área do divórcio-remédio. É que uma lei de 20 de julho de 1962 autorizou a conversão em divórcio da separação de corpos judicialmente declarada, desde que decorrido o prazo de três anos do registro do julgamento. Consideram os dois autores, entretanto, "tímido" esse primeiro passo, porque "a conversão não é automática", devendo o tribunal "examinar as circunstâncias" permissivas da medida. Informam, porém, que "transformação mais profunda está em curso", traduzida em projeto de lei que introduz "novo motivo de divórcio: a separação de fato tendo durado certo tempo", ainda variável na discussão entre cinco e dez anos (5).

A Constituição da Suíça, elaborada em 1848, largamente revista em 1874 e submetida a outras emendas, prescreve que a Confederação cuidará das "necessidades da família", cabendo-lhe, a par de outros encargos, criar o seguro-maternidade (art. 34, § 5º). Estabelece, também, que "o direito ao casamento é colocado sob o amparo da Confederação", nenhum impedimento podendo ser fundado em "motivos confessionais". E assegura, com o casamento, a legitimação dos filhos havidos antes dele (art. 54). Em face da generalidade desse texto, o Código Civil Suíço regula especificamente o divórcio, assim como a separação de corpos que o justifica, depois de três anos de judicialmente declarada (arts. 137 a 158).

Num título específico, a Constituição Política da República Portuguesa começa por destacar a "relevância da família". Na conformidade de seu art. 12, "o Estado assegura a constituição e defesa da família, como fonte de conservação e desenvolvimento do povo português, como base primária da educação, da disciplina e harmonia social e como fundamento da ordem política e administrativa, pela sua agregação e representação na freguesia e no município". Reconhece-lhe, assim, excepcional importância social e política. Estabelece, ainda, "princípios de organização" e de "proteção à família" (arts. 13 e 14). Distingue, porém, os "filhos legítimos" e os "ilegítimos perfilháveis". Aos primeiros confere "a plenitude dos direitos exigidos pela ordem e solidez da família". Aos últimos, abrangendo os nascituros, concede apenas "direitos convenientes à sua situação, em especial o de alimentos, mediante investigação acerca das pessoas a quem incumba a obrigação de os prestar" (art. 13, § 2º). A dureza da discriminação reflete a força de preconceitos remanescentes numa sociedade de vincos tradicionalistas.

As Constituições dos novos Estados africanos variam de configuração, segundo a influência francesa ou inglesa, já que foram eles antigas colônias. Diversas, no entanto, referem-se à família e, em regra, como "a base natural e moral da comunidade humana" (Rep. Centro-Africana, Preâmbulo; Camarão, Preâmbulo; Gabão, art. 1º § 9º; Malgache, Preâmbulo). A do Senegal, conceituando a família no mesmo sentido, destina-lhe um título, em que são também realçados os deveres dos pais, do Estado e das "coletividades públicas" (arts. 14 e 15).

## 6 A FAMÍLIA NAS CONSTITUIÇÕES SOCIALISTAS

Também nas Constituições dos regimes socialistas, é patente a presença da família. Dir-se-á que nesses sistemas a ordem jurídica é condicionada ou submetida aos objetivos de transformação social e econômica, o que reduz o alcance de suas regras. A propósito, especificamente, da União Soviética, observa Henri Chambre que a Constituição "não é normativa, mas descritiva de um estado de fato". Este mesmo autor esclarece, porém, que ali a Constituição "é documento destinado à educação política das massas"(6), fenômeno constante e saliente nos regimes democráticos e proclamado até entre os povos cujos instrumentos legislativos não significam senão mera dissimulação de poder ilimitado. Demais, se os regimes socialistas timbram em organizar juridicamente a família reconhecem a importância dessa instituição social, donde a necessidade de exame dos textos elaborados.

A Constituição da URSS parte do princípio de igualdade entre o homem e a mulher, nos diferentes setores da vida. Para garantir essa igualdade, "assegura à mulher, entre outras vantagens, a proteção dos interesses da mãe e do filho pelo Estado" (art. 122). Mais explícita, a Constituição da Iugoslávia, além de proclamar a "igualdade ampla" entre o homem e a mulher (art. 33), declara que "a família está sob a salvaguarda especial da sociedade". "O casamento e as relações jurídicas a ele inerentes são regulados por lei", assegurados aos filhos, independentemente de sua origem, "os mesmos direitos e deveres" (art. 58). Na República Democrática Alemã, a Constituição, além do princípio geral de igualdade, preceitua que "o casamento, a família e a maternidade estão sob a proteção especial do Estado" (arts. 20 e 38). Segundo a Constituição da China Popular, a mulher goza dos mesmos direitos que o homem, inclusive na ordem familiar. "O Estado protege o casamento, a família, a mãe e o filho" (art. 96).

## 7 OMISSÕES EM CONSTITUIÇÕES AMERICANAS

No continente americano, as Constituições, a principiar pelo texto dos Estados Unidos, de 1787, nem sempre incluíram normas sobre a família. No Brasil, foi omissa nossa primeira lei fundamental, a Constituição Política do Império, de 1824. Só indiretamente se admitirá que abrangeu o problema, prevendo a feitura de "um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade" (art. 179, inc. 18). A Carta de 1891, que sobreveio com a mudança do regime, apenas estabeleceu: "A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita (art. 72, § 4º). E reservou ao Congresso Nacional legislar, entre outros assuntos, sobre "direito civil" (art. 34, inc. 23). Não inovou nesse ângulo a Reforma de 1926.

Talvez essas limitações fossem resultantes do individualismo exacerbado, que justificou atitude semelhante do constituinte francês, entre 1789 e 1830, segundo observação de Marcel Waline (7). Quanto ao constituinte brasileiro de 1891, comenta João Barbalho, a propósito do

art. 72, § 4º, que o projeto publicado pelo Governo Provisório restringia o reconhecimento ao ato civil e ordenava que este "precederia sempre às cerimônias religiosas de qualquer culto". A Comissão encarregada de emitir parecer sobre o projeto opinou pela supressão, conclusivamente aprovada, da cláusula final. Entendeu que "essa medida é por sua natureza de caráter provisório e importa uma restrição à liberdade individual", devendo ficar "ao poder legislativo a faculdade de manter ou não a precedência" (8). Reflete-se, portanto, a influência do individualismo na supressão feita, e não há, contradição entre esse fato e o "privativismo" herdado da sociedade portuguesa, que tanto prestígio transmitiu à família no Brasil. Se aqui, como assinala Nestor Duarte, a família representou, no meio colonial, "a única ordem perfeita e íntegra que essa sociedade conheceu", e se a "reunião de famílias"; "seria a classe política do Império" (9), também é certo que assim ocorreu pela amplitude de liberdade individual assegurada aos membros dos grupos dominantes. Não lhes interessava, nem à ordem familiar privilegiada por eles formada, a criação de normas superiores restritivas do poder pessoal de decisão, propiciador de prolongamento do domínio instituído.

## 8 A FAMÍLIA NAS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS

As transformações sociais atraíram, porém, o legislador constitucional, que passou, crescentemente, a disciplinar a instituição da família. Se o fenômeno não se observa nos Estados Unidos, dada a sobrevivência de sua Constituição do século XVIII e a cautela com que são admitidas emendas, diversa é a situação nos países latino-americanos. Nestes, embora os textos mudem ao impulso de movimentos ocasionais, ou sem programa definido, e constantemente sua vigência seja suspensa, no todo ou em parte, as Constituições atuais inscrevem, de regra, dispositivos sobre a família.

A Constituição do México, de 1917, além de recomendar que a educação deve contribuir para a "integridade da família" (art. 3º, I, c), protege a mulher pela proibição de "trabalhos físicos que exijam esforço material considerável", durante os três meses anteriores ao parto (art. 123, V), e proclama que "o casamento é um contrato civil" (art. 130). Na forma da Constituição do Peru, "o casamento, a família e a maternidade estão sob proteção da lei" (art. 51). Um capítulo específico encerra a Constituição da Venezuela a respeito "da família" (arts. 47 a 50). Aí, a par de outras normas, estipula que "a lei preverá a formação de patrimônio familiar insuscetível de gravame" (art. 48) e ordena a elaboração de um "Código especial" de proteção aos menores (art. 49). No Uruguai, a Constituição declara a família "base da sociedade", devendo o Estado velar "por sua estabilidade moral e material e pela formação dos filhos" (art. 40). Garante auxílio aos pais de prole numerosa (art. 41). Equipara os filhos havidos fora do matrimônio aos nascidos dele, quanto aos "deveres" paternos (art. 42). E assegura o direito de sucessão, nos limites estabelecidos em lei (art. 48).

## 9 CONTEÚDO DIVERSIFICADO DAS CONSTITUIÇÕES

Segundo o conteúdo desses preceitos, amplia-se ou restringe-se, evidentemente, o alcance dos instrumentos legislativos ordinários, quer no concernente à situação dos cônjuges, quer quanto à condição dos filhos, ou ao poder do Estado. Daí a diversificada importância social e política das cláusulas constitucionais e suas diferentes repercussões econômicas.

A presença da família no corpo das Constituições é, porém, uma constante.

## 10 A FAMÍLIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Na evolução do direito brasileiro, com a ressalva já feita sobre as Constituições de 1824 e 1891, os textos fundamentais compendiarão sempre normas reguladoras da instituição da família e determinantes de sua proteção. Assim dispuseram Constituições de origens, tendências e processos de elaboração diferentes: a de 1934 (arts. 113, inc. 34 e 144 a 147); a de 1937 (arts. 124 a 127) a de 1946 (arts. 157, I, IX e X, e 163 a 165); a de 1967 (arts. 158, I, II e XX, e 167). A Emenda nº 1, com cuja redação vigora hoje a Constituição de 1967, não a alterou substancialmente nesse ponto, apesar de modificada a numeração dos dispositivos (arts. 165, I, II e XIX, e 175). Num parágrafo preexistente (§ 4º do art. 167), qualificou de "especial" a lei prevista "sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência", e acrescentou, expletivamente, referência "sobre a educação de excepcionais" (§ 4º do art 175).

De modo geral, esses documentos constitucionais assemelham-se na forma de dar disciplina e proteção à família, bem como amparo especial à mulher e aos filhos. A diferença é mais de intensidade ou clareza do que de índole, na formulação dos preceitos. Repetem-se certos princípios, indicativos da cristalização de tendências, como a concessão de efeitos civis ao casamento religioso, cumpridas determinadas formalidades (Const. 1934, art. 146; Const. 1946, art. 163, §§ 1º e 2º; Const. 1967, art. 167, § 3º, Const. 1967, com Em. nº 1, art. 175, § 3º), ou a garantia de salário mínimo ao trabalhador, atendendo também às necessidades "de sua família" (Const. 1946, art. 157, I; Const. 1967, art. 158, I; Const. 1967 com Em. nº 1, art. 165, I).

Quanto ao reconhecimento dos filhos naturais e à equiparação de seus direitos aos dos filhos legítimos, alguns textos foram explícitos (Const. 1934, art. 147; Const. 1937, art. 126). No silêncio de outros, reconheceu-se ao legislador comum o poder de dispor sobre a matéria. Assim, não obstante omissa a Constituição de 1946, a Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, permitiu o reconhecimento do filho adúltero, depois de dissolvida a sociedade conjugal, e lhe assegurou "o direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado" (art. 2º). E Pontes de Miranda sustenta, dentro de respeitável critério de justiça social, que esta Lei, estabelecendo "desi-

gualdade quanto ao direito à herança", infringe o princípio constitucional de isonomia (10). Contudo, assim não entendeu, até o presente, o Supremo Tribunal Federal, que tem aplicado a Lei sem vacilação.

Nesses textos básicos, há, também, outras variações, tendo sempre por alicerce a família. A Constituição de 1934 assegurava a redução de "cinquenta por cento" dos "impostos" que recaíssem "sobre imóvel rural, de área não superior a cinquenta hectares e de valor até dez contos de réis, instituído em bem de família" (art. 126). A de 1946 recomendou que se instituisse, por lei, "o amparo das famílias de prole numerosa" (art. 164). A Carta vigente estipula que "a lei federal disporá sobre as condições de legitimação da posse e de preferência para aquisição, até cem hectares, de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e o de sua família" (art. 171).

Vê-se, pois, que as Constituições brasileiras, como as de diversos países, num mesmo título ou em capítulos diferentes, encerram mandamentos múltiplos em torno da família, variáveis em função de circunstâncias históricas.

## 11 INDISSOLUBILIDADE DO VÍNCULO MATRIMONIAL

Não há, porém, discrepância entre nós a partir de 1934, sobre a formação propriamente dita da ordem familiar. Proclamam todos os textos, uniformemente, que a família se baseia no casamento de vínculo indissolúvel (Const. 1934, art. 144; Const. 1937, art. 124; Const. 1946, art. 163; Const. 1967, art. 167; Const. 1967, com Em. nº 1, art. 175). No particular, a orientação tem sido e permanece irreduzível, mantendo o sistema de preconceitos opostos ao divórcio.

Conquanto esse pormenor, ao lado de outros, deva ser estranho a uma Carta Magna, e em que pese à resistência oferecida desde a Constituinte de 1934, e renovada na de 1946 (11), como no Congresso de 1967 (12), institucionalizou-se, rigidamente, o sistema impeditivo da dissolução do vínculo conjugal, salvo pela morte. Diante desse radicalismo contrário à verdade, cabe lembrar hoje, como o fez Hermes Lima a respeito do regime de 1934, que "constitui exagero sectário lamentável subordinar a terminação do casamento unicamente a uma catástrofe: a morte. É não querer ver a vida, onde todos os dias verificamos que casamentos acabam sem que os cônjuges morram" (13).

O irrealismo do preceito dogmático haveria de conduzir o legislador maior, aliás, a contradição inevitável. Enquanto declara que a família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel, amplia a proteção do Estado em garantia de salário mínimo ao trabalhador e para aquisição de terras públicas, até cem hectares, tendo em conta o fator família, como visto. É notório, entretanto, que, nos grupos sociais e profissionais economicamente fracos, do tipo dos mencionados, não predomina a união obediente às formas legais, sobretudo no meio rural. A própria Constituição, pois, reconhecendo e amparando a família

organizada como instituição social, sem formalidade jurídica, nega o pressuposto da indissolubilidade do vínculo matrimonial erigido em requisito absoluto de criação da sociedade doméstica.

Demais, o reconhecimento de efeitos jurídicos ao concubinato, a proteção à companheira nas leis de previdência social e outras concessões da ordem jurídica a situações oriundas de convívio entre homem e mulher, em estado de casados, demonstram, como exemplos prestigiados pela jurisprudência, a superioridade da vida sobre a concepção parcial do direito impregnado de tradição.

## 12 ANTECEDENTE NO CÓDIGO CIVIL

Evidentemente, o conflito entre a norma e a realidade não proveio da Constituição atual, nem se reduz a seus termos. O direito de família, por seu objeto, é, todo ele, dos mais suscetíveis do jugo de preconceitos, principalmente nos países, como o Brasil, em que se manifesta vivamente a influência do pensamento da Igreja católica.

Examinando as “raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro”, Orlando Gomes salienta, objetivamente, que a classe média, detentora formal do poder político, processou “a racionalização dos interesses dos fazendeiros e comerciantes”, e “os matizou com os pigmentos de seus preconceitos”. Por isso, a codificação, “embora estivesse, por vezes, acima da realidade nacional, correspondia, em verdade, aos interesses a cuja guarda e desenvolvimento se devotava” (14). Tendo sido sancionado em 1916 e entrando em vigor a começar de 1º de janeiro de 1917, o Código somente admitiu como fundamentos de dissolução da sociedade conjugal a morte de um dos cônjuges, a nulidade ou anulação do casamento e o desquite, amigável ou judicial (art. 315). O parágrafo único desse dispositivo ainda acrescenta que “o casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges”, não prevalecendo, sequer, a “presunção” de ausência, estabelecida no art. 10. O Código, portanto, é rigoroso na enunciação dos motivos de dissolução da sociedade conjugal, e exclui a hipótese de divórcio, conquanto não a proibisse a Constituição vigente à época, a de 1891. Outros aspectos do direito de família mostram, igualmente, o dissídio entre o texto codificado e a expressão dos fatos. Ainda recentemente, a professora Anna Maria Villela, em tese apresentada à Faculdade de Direito de Paris, fixou que regras do Código Civil Brasileiro não têm aplicação efetiva na transmissão da herança, e advoga reforma “para que a lógica possa estar presente em nosso sistema jurídico” (15).

## 13 O CÓDIGO E AS CONSTITUIÇÕES: DUAS ÉPOCAS

Se concebível, porém, que o legislador ordinário de 1916 consagrasse idéias tão individualistas e tradicionais, nada justifica, senão a força de interesses e preconceitos, que o Constituinte, a partir de 1934 e até hoje, depois do reflexo intenso das transformações sociais originárias

de duas guerra de amplitude universal, não haja atualizado o sistema do direito de família, no seu cerne. A pertinência inovadora de parlamentares como, destacadamente, Nelson Carneiro, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (16), inteligentemente contorna dificuldades e abre fendas no maciço legislativo, mas a substância das regras mestras conservantistas subsiste íntegra.

É legítimo, portanto, que prossiga a luta pela crescente renovação e humanização do direito de família, na Constituição e nas leis. Cumpre abranger, nesse processo, a adoção do divórcio, que, ao contrário de "abrir as portas ao comunismo", como se afigurou à vigilante e dogmática fidelidade de idéias do deputado Monsenhor Arruda Câmara (17), permitirá maior prestígio da lei, pelo adequado ajustamento dela a fatos inevitáveis.

## 14 NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO

A própria recepção cada vez mais ampla do "círculo social" da família na contextura do direito legislado reclama essa atualização. É forma de preservar a ordem jurídica a eficácia real de seus comandos. Tanto mais deve ser entendido assim, quanto a legislação disciplina a instituição social da família e lhe confere, também, privilégios de organismo distinto de seus elementos componentes. Fazendo esta observação sobre o papel inovador da regra jurídica, Savatier nota que a lei considera a família, sob certos ângulos, "comme corps", e lhe dá, mesmo, especialmente no sistema francês, a categoria de "sujet de droit public", com poder de representação e de voto junto ao governo. A exemplo do que a família, como "pessoa moral", pode ou deve reivindicar, cita a transmissão descendente do nome de família, a sepultura familiar, a defesa da memória de um antepassado. E assevera que, vista "comme titulaire d'un droit familial", a família é, "comumente, a família legítima". Mas reconhece que os benefícios a esta deferidos já se atribuem, também, à "família adotiva", e direitos como o do nome patronímico e o da legítima (reserve successorale) se estendem à "família natural" (18).

O progresso das relações humanas vai vencendo, destarte, o espírito conservador do jurista e do legislador.

## 15 CONCLUSÕES

Em suma, a família, como instituição social, impõe-se ao cuidado do legislador constitucional e ordinário, em todos os regimes políticos e econômicos. Penetra o conteúdo dos textos normativos, ou os transpõe, por vezes contra o interesse e as convenções dos grupos dominantes. Em consequência, concorre para a supressão de preconceitos e injustiças. A diversidade dos sistemas jurídicos revela a diferenciação de cultura, de desenvolvimento econômico e social dos povos. Daí maior ou menor projeção da família no quadro da legislação, ou tratamento mais ou menos adequado.

A instituição nascida e continuamente renascente no meio social, porém, fornece sempre subsídios ao político e ao jurista para revisão de fórmulas impróprias. Quando as leis se imobilizam em demasia, os fatos as ultrapassam e demonstram que a verdadeira fonte do direito positivo, como o afirmou Prélot (19), é a vida, e não o texto.

O direito brasileiro, embora admitindo regras corretivas e inovadoras, guarda, no conjunto, as linhas básicas do regime tradicional e individualista, como salientamos em visão global. Assim ocorre, apesar da verificação histórica das mudanças operadas na instituição da família. Um pensador católico da autoridade de Alceu Amoroso Lima assinalou, mesmo, que, dentre as transformações providas das três revoluções brasileiras de 1922 a 1930 — a Revolução Estética, ou o Modernismo, a Revolução Espiritual e a Revolução Política —, passamos “de uma família patriarcal a uma família em crise” (20). A Constituição, contudo, persevera no desconhecimento da realidade, particularmente quanto ao problema do divórcio.

A verdade, entretanto, é que os conflitos conjugais e a formação natural de novas famílias, admitidas pela sociedade não obstante a resistência cômoda do Estado, vão gerando um direito espontâneo, que acabará por ingressar no complexo da ordem jurídica oficial, para tomar forma definitiva. É o fato social — família — afirmando-se como fonte do direito, inclusive do direito constitucional.

JOSAPHAT MARINHO

1 Ancel, Marc. Politique législative et droit comparé. In: \_\_\_\_\_. *Mélanges offerts à Jacques Maury*. Paris, Dalloz Sirey, 1960. t. 2, p. 9-23.

2 Loewenstein, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. de A.G. Anabitarte. Barcelona, Ed. Ariel, 1965. p. 218-22.

3 Miranda, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. 2.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972. t.6, p. 316.

Grassi, Lucio. *La legge sul divorzio*. S.1.p.. Dott E. Jovene, 1971. p. 19-38, 368.

5 Schoenfeld, Robert Henry & Poitevin, Edmon. *Le droit et les problèmes conjugaux*. Bruxelles, Bruylant, 1971. p. 55-6.

6 Chambre, Henri. *L'Union Soviétique; introduction a l'étude de ses institutions*. 2.ed. Paris, 1966. p. 221.

7 Waline, Marcel. *L'individualisme et le droit*. 2.ed. Paris, Edit. Domat-Montchrétien, 1949. p. 377.

8 Barbalho, João. *Constituição Federal do Brasil; comentários*. Rio de Janeiro, 1902. p. 309-10.

9 Duarte, Nestor. *A ordem privada e a organização política nacional*. 2.ed. São Paulo, Nacional, 1966. p. 64,96. (Brasiliiana).

- 10 Miranda, op. cit., p. 331.
- 11 Duarte, José. *A constituição brasileira de 1946; exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembléia Constituinte*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1947. v. 3, p. 248-59.
- 12 Carneiro, Nelson. Emenda n. 131 ao projeto de Constituição de 1967. In: Brasil. Congresso. *Emendas apresentadas*. Brasília, 1967. p. 78.
- 13 Lima, Hermes. *Problemas de nosso tempo*. São Paulo, Nacional, 1935. p. 70.
- 14 Gomes, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. Bahia, Universidade da Bahia, 1958. p. 41. (Pub. Univ. da Bahia, II-8).
- 15 Villela, Anna Maria. *La transmission d'héritité en droit brésilien et en droit français*. Paris, Libs. Techniques, 1971. p. 91.
- 16 Carneiro, Nelson. *Seis projetos de anulação de casamento*, Brasília. 1971.
- 17 Câmara, Arruda. *A batalha do divórcio*. São Paulo, 1960. p. 13.
- 18 Savatier, Kené. *Les metamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*. Paris, Dalloz, 1964. p. 153-69.
- 19 Prélot, Marcel. Introduction a l'étude du droit constitutionne. In: *Introduction a l'étude du droit*. Paris, Edits. Rousseau, 1953. t. 2, p. 102.
- 20 Lima, Alceu Amoroso. *Companheiros de viagem*. Rio de Janeiro. José Olympio, s.d. p. 152.