

A REFORMA DO DIREITO DE FAMÍLIA

ORLANDO GOMES

SUMÁRIO: 1. A reforma em três espaços. 2. Três problemas importantes. 3. A crise. 4. O antigo modelo. 5. Novo modelo. 6. A família de fato. 7. A separação de fato. 8. Interferência do Estado. 9. A reforma no capítulo da filiação. 10. Reformas no Brasil e em Portugal. 11. Arremates.

1. *A Reforma em Três Espaços* — A reforma do Direito de Família pode ser encarada de ângulos diversos que permitem situá-la em três espaços distintos:

1.^o — o da política legislativa não dirigida a um sistema jurídico particular;

2.^o — o da política legislativa que reclama alterações no direito positivo de determinado país;

3.^o — o da dogmática entendida como adequação ao *mutatio spirito* da legislação.

A penetração no primeiro espaço para apurar se as suas sugestões devem ser colocadas *sub specie iuris* requer o conhecimento das relações da vida social, tal como se travam atualmente na contextura dos objetivos econômicos, políticos, éticos e sociais que a sociedade em conjunto se propõe a alcançar. É por meio da política legislativa que a vida social procria o Direito, carreando os impulsos que estimulam a formação do seu organismo. É nesses impulsos que o aspecto sociológico do Direito se revela orientando o ministério do jurista teórico para a sua interpretação política, a fim de que possa dar sincero contributo às reformas legislativas. Sob esse enfoque o tratamento do tema demanda logicamente a fixação desse aspecto das relações familiares nos dias correntes.

2. *Três Problemas Importantes* — O estudo da reforma tem de partir, assim, da noção de família projetada de setores meta-jurídicos que fornecem os dados para a sua qualificação jurídica e para a sua identificação como fonte de efeitos reconhecidos pelo Direito.

Há que ressaltar, em primeiro lugar, sua historicidade. Realmente, é válida a tese da impossibilidade de se atribuir ao con-

ceito de família um valor atemporal. Em termos simples: trata-se de um conceito que varia no tempo, refletindo as mudanças que atestam ou confirmam sua evolução no terreno jurídico. Livrar-se, por outras palavras, da tendência a hipostasiar como eterna uma formação social historicamente determinada.

Há que salientar, em seguida, sua relatividade. A idéia que se faz da família é condicionada à posição ideológica de observador e à dimensão que, para ele, tem sua problemática sob o aspecto moral e sociológico.

Da aceitação de sua historicidade resulta o afastamento da idéia de que, para defini-la, há que guardar fidelidade ideológica à doutrina do direito natural.

Da aceitação de sua relatividade, a necessidade de ir buscar na sociologia a significação dos fatos subjacentes, numa observação tanto quanto possível limpa de subjetivismos preconceituosos.

Três problemas atualmente atraem a atenção do jurista, mais do que outros:

- 1.º) o da legalização de situações congêneres à da família legítima;
- 2.º) o da intromissão do Estado nas relações familiares;
- 3.º) o da equiparação dos filhos de toda origem.

Em síntese, os problemas:

- 1.º) da família de fato e da separação de fato;
- 2.º) da autonomia da família;
- 3.º) da eliminação de qualquer diferença entre filhos legítimos e filhos extramatrimoniais.

3. *A Crise* — Antes de considerá-los é indispensável o registro de alguns aspectos da notória crise dessa instituição. Entendo que a sua decadência histórica não deve ser escondida por detrás de esquematização legal anacrônica, matreiramente posta em dia. Menos ainda contestada, a pretexto de que é imutável no tempo.

A crise é manifesta. Sua interpretação e superação provocam dissensões ainda hoje ásperas em consequência de uma radicalização que gera intolerância.

Nos seus primeiros sinais, o debate travou-se entre os que pensavam ser possível detê-la reforçando alicerces tradicionais da família sem lhes acrescentar outros, e os que postulavam sua modernização com a rejeição de alguns anacronismos evidentes.

Tanto uns quanto os outros, tanto os conservadores como os reformistas, racionalizavam-na sem compreenderem a sua dimensão histórica e sem atentarem para a sua natureza social. Só o seu aprofundamento permitiu que alguns sociólogos descrevessem-

-na, descortinando uma nova problemática da família, para a qual os juristas formais não prestam atenção.

É uma crise de regressão estampada na subversão de sua estrutura e nas distorções do seu funcionamento.

Para perceber a derrocada, basta breve confronto entre a sua aparência e a sua realidade, tomando-se como modelo para comparação a família que vive hoje nos centros urbanos dos países de nossa área cultural.

De certo não se pretende extrair daí um conceito geral da instituição, mas apenas apontar a transformação por que passa.

Fundada na relação sexual e no parentesco entre os que a constituem, a família tinha a sua coesão baseada juridicamente no poder marital e no pátrio poder, encontrando seus membros na autoridade do marido e na do pai a proteção contra o mundo exterior e contra a necessidade. Nesse clima autoritário, o filho personificava no pai a força, a justiça e a bondade, formando um espírito de disciplina, mas, também, de independência, no quadro da pequena família patriarcal que vai se privatizando e resguardando sua intimidade e se isolando uns dos outros e dos domésticos, como disse ADORNO. Estava a um passo de se tornar a família fundada voluntariamente por duas pessoas livres que querem constitui-la pelo casamento civil e pretendem que se conserve unida, até que a morte as separe, por efeito de duradouros laços de afeição, da permanente *affectio maritales*, de tal sorte que os três “momentos”, o caráter voluntário, a comunidade de afetos e a educação se articulam por forma a estabelecer uma intimidade que se realiza conforme suas próprias leis — na descrição de HABERMAS. Mas, como bem explica o insuspeito RHEINSTEIN,¹ a crise desse modelo de grupo familiar é uma consequência da revolução industrial da civilização ocidental, que reclamou a consolidação da autonomia privada no terreno das relações patrimoniais, transposta, sem maior efetividade, para a forma contratual do casamento. Prossegue na família a reificação do homem na economia na medida em que o chefe é quem ganha o dinheiro, a mulher é um objeto sexual ou uma escrava do lar e os filhos, ou os herdeiros dos bens paternos ou as garantias vivas do pagamento em trabalho daquilo que custaram, da trabalhadora que deram. Esse modelo conservou-se até os primórdios do século XX, subsistindo nos países atrasados.

4. *O Antigo Modelo* — Não é difícil recompô-lo nos seus traços característicos refletidos na legislação. Basta uma vista

¹ *The Code and the family in The Code Napoleon and the common law world*, dirigido por SCHWART, p. 155.

d'olhos em nosso Código Civil, tal como saiu pronto e festejado no ano da graça de 1916, há pouco mais de cinquent'anos. Nesse Código retrógrado, a mulher casada é incluída entre as pessoas incapazes relativamente à prática de certos atos ou a maneira de exercê-los, ao lado dos menores púberes, dos pródigos e dos silvícolas; o marido era o chefe da sociedade conjugal e representante legal da família, cabendo-lhe administrar, não só os bens comuns, mas também os particulares da mulher, competindo-lhe fixar arbitrariamente o domicílio conjugal. Competia-lhe prover a manutenção da família. A mulher passava a usar obrigatoriamente seu sobrenome e estava proibida de praticar diversos atos sem a sua autorização, como, dentre outros, o de exercer profissão até de aceitar mandato. No desquite litigioso, o marido só estava adstrito a lhe prestar pensão alimentícia, se ela fosse inocente e pobre. Os filhos ficariam em seu poder, no caso de separação judicial, somente se não fosse culpada ou se ambos os cônjuges o fossem, ainda assim se na primeira infância estivessem. Se contraísse novas núpcias poderia perder o direito a ter consigo os filhos do leito anterior. Pelas dívidas contraídas pelo marido respondiam seus bens particulares, na falta de bens comuns, e assim por diante.

O pátrio poder era atribuído exclusivamente ao pai, como chefe da família, e dentre os direitos que compreendia encontrava-se o de exigir dos filhos que lhe prestassem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Podia o pai deserdá-los em certos casos e lhe era lícito gravar com as cláusulas de inalienabilidade e incomunicabilidade a respectiva legítima, que o próprio Código diz que a eles pertencia de pleno direito, como ainda prescreve o Código Civil.

Só aos vinte e um anos de idade o filho se tornava plenamente capaz. Dos 18 até a maioridade, precisava da assistência do pai para contrair qualquer obrigação. O consentimento paterno era indispensável se, tendo idade núbil, quisesse casar-se antes de alcançar a maioridade. Era terminante a proibição do reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos.

A mulher casada sob qualquer regime matrimonial ocupava o terceiro lugar na ordem da vocação hereditária, sendo totalmente preterida por qualquer ascendente, até mesmo um distante ancestral do marido — disposição que também o alcançava, mas sem a mesma eficácia prática. O filho natural herdaria metade do que coubesse ao filho legítimo, e assim por diante.

O Código refletia, ao tempo de sua elaboração, a imagem da família patriarcal entronizada num país essencialmente agrícola, com insignificantes deformações provenientes das disparidades da

estratificação social. Sob permanente vigilância da Igreja, estendida às mais íntimas relações conjugais e ao comportamento religioso, funcionava como um grupo altamente hierarquizado, no qual o chefe exercia os seus poderes sem qualquer objeção ou resistência, a tal extremo que se chegou a descrevê-la como a um agregado social constituído por um marido déspota, u'a mulher submissa e filhos aterrados.

Não era muito diferente a organização jurídica da família portuguesa.

Baseada no poder hierárquico do marido, obedecia, na vigência do Código Civil de 1867, ao modelo da família cristã-comunitária do período medieval,² modelo que só veio a ser substituído após a proclamação da República, em 1910, mas que manteve a incapacidade da mulher casada.

Só em 1966, com a promulgação do novo Código Civil, se melhorou a posição da mulher na sociedade conjugal permitindo-se que exercesse profissões liberais ou funções públicas sem precisar da autorização marital, que administrasse e dispusesse dos seus bens se casada em regime de separação, e tivesse a administração dos bens próprios quando o regime matrimonial fosse o da comunhão.

Estava obrigada a adotar a residência do marido; assim como seu nome, do qual podia ser privada pelo Juiz se pelo seu comportamento se mostrasse indigna dele; podia ser cassada do exercício de qualquer atividade lucrativa, compreendidas todas as que exercesse sem o seu consentimento e mediante contrato com terceiro (arts. 1.672, 1.675 e 1.676).

O poder marital era reconhecido e proclamado (art. 1.674), compreendendo o poder de decidir em todos os atos da vida conjugal comum como chefe da família e seu representante legal. A ele pertencia, nesta qualidade, a administração dos bens do casal, inclusive os próprios da mulher e os bens dotais. Podia o marido impedir, enfim, que a mulher exercesse o comércio (art. 1.386).

Quanto ao reconhecimento dos filhos ilegítimos, o Código manteve a exigência de pressupostos de admissibilidade e limitou o tempo em que podia ser proposta a ação, dispondo que só podia ser intentada durante a menoridade do investigante ou nos dois primeiros anos posteriores à sua emancipação ou maioridade (art. 1.859).

Em relação aos filhos incestuosos, o reconhecimento era permitido exclusivamente a um dos genitores, ou quanto a um deles (art. 1.809).

² ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, Lisboa, Livraria Petrony, 1982, p. 37.

Em suma, o modelo adotado não se afastava muito do padrão tradicional.

5. *Novo Modelo* — Mudou muito o modelo da família.

Suas funções, a criação, a educação da prole, e o remédio ao apetite sexual, dantes unidos, separam-se em correspondência a uma diferenciação estrutural ainda “mascarada pela conservação de influente ideologia” que a controla, contendo ou repelindo inaceitáveis exigências extremistas.

Nem por isso pode esconder a perda de sua importância como instrumento de integração na sociedade principalmente em consequência do decréscimo de sua função social e da influência, nos hábitos familiares, dos “processos sociais coletivos”.

Por outro lado a liberação das relações pré-conjugais, “a passagem da ética do trabalho e do sacrifício para a ética do divertimento e do consumo” (RIESMAN), a facilidade do divórcio, a abolição do conceito de ilegitimidade desacreditam o casamento.

Nesse descrédito estará talvez o ponto focal das reflexões sobre a crise da família legal na perspectiva que interessa ao jurista.

Observa-se que há tão-só uma forma institucionalizada de relações familiares, rígida e excludente, a que está traçada na lei em disposições inderrogáveis pela vontade dos que a preferem. Outras formas para instituição da mesma relação intersubjetiva são deixadas à margem da lei, quando não privadas de efeitos jurídicos necessários. A reação a esse monolitismo é a proliferação de famílias de fato e de outros modos de convivência. Não têm, em princípio, proteção legal, mas coexistem na sociedade civil com a família reconhecida oficialmente pelo Estado, marginalizadas, toleradas, ou aprovadas pelo direito consuetudinário. São muitas as formas extramatrimoniais de convivência à frente das quais é de salientar a que se estabelece *more uxorio*, de casais que vivem juntos, ou não, há muitos anos, como se fossem marido e mulher, cumprindo estritamente os deveres de fidelidade recíproca, de mútua assistência e, quando os têm, de guarda e sustento dos filhos. Surgem, porém, e crescem, as famílias que consistem unicamente nas relações duradouras da mãe com os filhos de sucessivos pais, ausentes ou invisíveis, comuns nas camadas mais baixas da população de zonas pobres deste país de tão violentos contrastes, e também os que reúnem crianças sem pais, criadas e educadas “por genitores convencionais”, bem como comunidades familiares extensas e unificadas (J. MITCHELL) e o grupo estudado por JEMOLO,³ composto de velhas amigas aposentadas que, refugando

³ La c.d. famiglia di fatto in raccolta descritti in onore do ROSARIO NICOLÓ.

o pensionato ou o quarto mobiliado, formam uma quase-família, provendo juntas em conjunto as suas necessidades.

Quem observa a vida sentimental na sociedade civil das democracias ocidentais economicamente desenvolvidas apercebe-se, nas informações colhidas, que passa por desconcertante mudança, com repercussões consideráveis na família interpretadas em alguns setores como sinais da decadência dos costumes e em outros como consequência do novo estilo de vida e de uma nova mentalidade determinados pelas transformações sociais. Aceita que fosse a primeira explicação, tratar-se-ia de uma reincidência histórica, pelo menos em relação a alguns povos da Europa. Um historiador inglês contemporâneo⁴ escrevendo sobre os franceses, revela que, na França, a duração média dos casamentos no século XIX não passava de 15 anos e que um quarto dos casais era de solteiros que jamais se casaram, não sendo de espantar que atualmente haja quase três milhões de celibatários maiores de trint'anos, grande parte constituída de mulheres que, a se casarem, preferem empregar-se ou exercer a profissão liberal a que se habilitaram. Sabe-se que as demonstrações por meio de dados estatísticos são muitas vezes enganosas, mas não deixa de ser impressionante a percentagem de jovens que vivem juntos sem serem casados, na ordem de 45%, em coabitação que não é mais, como já foi, simples experiência pré-nupcial, mas rejeição definitiva do casamento.⁵ As famílias de fato formam-se principalmente entre os intelectuais, os artistas, e as pessoas de nível social diferente, mas, segundo o autor citado, a inovação fundamental é que os homens e as mulheres querem conservar a própria independência financeira, livrar-se dos hábitos matrimoniais rotineiros, estourar os tabus.

Com efeito, mudanças na vida dessa gente, que se exprimem em novas maneiras de ser e de sentir, em novos hábitos e em novas motivações, racionalizadas em valores sócio-culturais de caráter próprio e renovatório. Talvez manifestações daquele direito vivo, no sentido que à locução empresta ERLICH. Incabível que seja a extrapolação desse processo devido à radicalização de suas formas e metas, nem por isso se pode recusar a sua significação como prova ao vivo do malogro das tentativas de restauração da família patriarcal pré-capitalística, e da recusa dos modernos ao sofrimento gratuito⁶ como o padrão e a bitola da nova mentalidade.

⁴ THEODORE ZELDIN, *Les Français*, Editions Fayard — 1983.

⁵ Autor cit.

⁶ MAJELLO, in *Il Diritto di Famiglia* de BESSONE e ROPPO. Nesta obra, a seguinte observação de JEMOLO, famoso jurista católico: a característica fundamental da reforma do direito de família na Itália foi a recusa dos valores

6. *Família de Fato* — Das formações sociais parecentes com a família constituída pelo casamento a mais importante é o concubinato.

A conselheiro de STEFANO D'ERCOLE, abandono porém essa expressão clássica, indissolúvelmente ligada como está, no uso coerente, a um juízo depreciativo, já agora em contradição com os princípios do ordenamento jurídico. Tamanha é a sua semelhança com a família legal que, entre outras denominações, a que melhor assenta é sem dúvida família de fato, assim entendido aquele grupo familiar estável no qual a mulher assume a condição de companheira.

Na definição de RESCIGNO, a família de fato é a convivência entre duas pessoas de sexo diferente que, na substância, tem o mesmo conteúdo da convivência que se origina do casamento.⁷ Falta-lhe apenas o ato jurídico que a estabelece como fonte de direitos e obrigações, de poderes e deveres, próprios do instituto. Na família de fato, o par estabelece as suas relações e as relações com os filhos tal como se estivesse unido pelos laços das justas núpcias, comportando-se social e juridicamente do mesmo modo que um casal legítimo, inclusivamente no cumprimento do dever, moral antes que jurídico, de assistência mútua.

Na família de fato distingue-se socialmente a que procede de um casamento religioso com efeitos civis do que resulta de pura e livre união entre pessoas que poderiam contrair matrimônio. Não há, do ponto de vista jurídico, diferença alguma entre uma e a outra. Muito embora a união livre somente tenha a aparência de família e mais amplos efeitos jurídicos quando os compartes sejam solteiros, viúvos ou divorciados, não deixa de ser uma família de fato a que instaura uma pessoa simplesmente separada, ou desquitada como se falava, e, até mesmo, quem esteja separado de fato, muito embora tais efeitos sejam, neste caso, minimizados.

Se bem que a Constituição preceitue (art. 175) que a família é constituída pelo casamento, nem por isso é aceitável a posição dos que sustentam não haver família sem a sua realização — posição que prejudicaria os que não casam civilmente por entenderem, na mesma linha legitimista, que só o matrimônio canônico é casamento. A interpretação do texto constitucional não pode levar à conclusão radical de que não há outra família além da que se constitui pelo matrimônio. Inspirada em idéias e sentimentos conservadores, essa interpretação agridiria a tradição do

⁷ *Manuale del Diritto Privato Italiano*, p. 352 da 3.ª edição.

crístãos a tal ponto que não se está mais disposto a aceitar o sofrimento como um desígnio inescrutável de Onipotente, p. 185.

ordenamento jurídico brasileiro, farta e avançada no reconhecimento de efeitos jurídicos à família de fato. Há, portanto, de prevalecer o entendimento de que o fim da norma constitucional “não foi impor a tese de que só de casamento pode nascer a família”, até porque não cabe ao legislador constituinte definir a sociedade familiar — como bem se manifestou ESPOSITO em relação à Constituição italiana, mas, sim, e apenas que a família legítima é constitucionalmente garantida e goza da proteção dos poderes públicos.

Admitida, como está, a família de fato produz efeitos pessoais e patrimoniais, mesmo quando se considere que são obrigações naturais algumas que, nas relações entre os cônjuges, são deveres, como é o caso do dever de mútua assistência exigível ao ponto de constituir crime o abandono material da família. Claro é que os deveres de fidelidade e de coabitação, indeclináveis na família de direito, podem ser inobservados na família de fato sem qualquer sanção jurídica, conquanto tal conduta repercute na continuação da união. Já na esfera patrimonial, a equiparação é mais livre. Como sabem os brasileiros, os tribunais têm decidido que a companheira faz jus, quando abandonada ou por morte do amásio, a uma parcela do patrimônio adquirido pelo esforço comum (Súmula 380), admitido que a sua contribuição pode ser mediante o trabalho doméstico. Para assegurá-la, recorrem a um de dois artificios técnicos: a existência entre eles de uma sociedade de fato ou de um presumido contrato de locação de serviços, ambos eficazes, sem dúvida, mas evidentemente temerários, porquanto para haver tal sociedade é preciso que existam requisitos (*a affecto societatis*, ingressos para a constituição de fundo comum, participação nos lucros e perdas) não necessariamente presentes ou presumíveis numa convivência *more uxurio*⁸ e, para haver a referida locação, seria necessário que o trabalho doméstico da mulher fosse objeto, que não é, de um contrato oneroso. A fundamentação fica por conta da névoa de hipocrisia que envolve ainda a aceitação de efeitos jurídicos provocados pela família de fato. Dissipada, que fosse, permitiria o acolhimento da sugestão que encaminhei no meu anteprojeto de Código Civil, artigo 784 — assim redigido: “a companheira do homem solteiro, desquitado ou viúvo que em sua companhia tenha estado nos cinco anos precedentes à sua morte, ou de quem tenha prole, participaria de sua sucessão nas seguintes condições: a) se concorresse com filhos comuns, teria direito a uma cota equivalente à de filho; b) se o concurso fosse com filhos unilaterais do amásio, ou com outros

⁸ STEFANO D'ERCOLE, estudo citado, p. 368.

parentes seus, reduzir-se-ia à metade a sua participação; c) se não houvesse concurso, caber-lhe-ia a totalidade da herança. A Comissão Revisora modificou o critério adotado no anteprojeto pelo da cooperação econômica, estabelecendo como condição necessária à participação a sua colaboração no aumento ou na conservação do patrimônio do extinto marido de fato. Como quer que seja era um passo à frente para pôr termo à ingênua simulação moralista, não se explicando por que desencadeou iras e fúrias se, na essência, chancelava maciça jurisprudência, mudando apenas a natureza do direito já então reconhecido, e, que afinal, afastava a idéia privativa de meação, objeto de norma editada para a família legítima, evitando uma aplicação analógica que, no entender de um escritor, unificaria a disciplina de duas realidades distintas.

Outros efeitos se reconhecem na ordem patrimonial, como, por exemplo, o direito à indenização em caso de ato ilícito de que tenha resultado a morte do *partner* ou a substituição da posição contratual na locação residencial, na mesma circunstância, mas o que importa fundamentalmente é decidir se essa política legislativa se ajusta ou se contraria às aspirações dos que, em face dos costumes em mudança, querem afastar de sua união livre, de sua vida íntima, a disciplina jurídica que o casamento institui. Tais são aqueles que querem dar “forma espontânea à própria experiência afetiva” e que, “por vários motivos, vivem a sua vida sentimental, em paridade de fato, sem o suporte e sem as garantias da lei, responsáveis apenas pela criação dos filhos comuns. Para estes, tal política legislativa leva a conseqüências paradoxalmente contraditórias. Para os outros, a família de fato passa a ser uma família de segunda classe. As opiniões a respeito da orientação a ser tomada pelo legislador são naturalmente diversas, e a polêmica reflete, seguramente, divergências ou sugestões de natureza ideológica. Válida me parece a doutrina francesa, desse modo, quando acentua, na obra de escritores famosos, “o caráter essencialmente relativo, contingente e conforme às concretas opções ideológicas, políticas e sociais das categorias normativas utilizadas na faixa do direito da família”.

7. *Separação de Fato* — A rejeição da lei vem-se observando outrossim na dissolução do casamento sem embargo da liberalização que caracteriza os diplomas recentes do direito de família nos países ocidentais.⁹

⁹ ORLANDO GOMES, *O Novo Direito de Família, Cinco Estudos*, Bahia, 1979.

É interessante observar que a própria lei já lhe atribui alguns efeitos jurídicos,¹⁰ dentre outros o de ser causa da separação judicial e o de ter sido a do divórcio.

Os doutrinadores têm-se preocupado ultimamente com as situações de fato em conflito com as situações de direito, como se vê da produção bibliográfica na Alemanha e na França a seu propósito, recenseada em monografia de FRANCESCHELLI.

Trata-se de uma figura de traços imprecisos. Não se deve considerar separação de fato toda e qualquer interrupção da vida conjugal, mas somente a situação objetiva de rompimento da união matrimonial sem que o juiz haja interferido, seja por mútuo consentimento, seja contra a vontade do cônjuge abandonado,¹¹ nascimento dessa situação de fato ocorre, com efeito, por um desses dois modos, e embora nada tenha de comum o pacto amigável de separação e o simples repúdio, não se distinguem quanto aos efeitos que a lei reconhece à ruptura da vida em comum.

Claro é que, para haver separação de fato não se pode prescindir do elemento intencional. Há de ser, com efeito, o resultado da vontade comum dos cônjuges, ou da vontade de um deles, que corte a convivência conjugal privando-a de “toda relação sexual, de todo diálogo de estima, de confiança e de colaboração”, numa palavra, que corresponda à cessação da *affectio maritalis*, que represente “a definitiva e irreversível fratura da comunhão espiritual e material” que se espera do casamento. O consentimento do cônjuge abandonado pode ser tácito, ocorrendo quando não há reclamação formal facultado ao marido para se livrar do dever de sustentar a mulher (art. 234 do Cód. Civil) ou quando o cônjuge, perdendo a esperança de que o outro volte e até, não desejando mais a volta, aceita a situação convertendo-a em separação amigável.¹² Finalmente, é de ponderar que nem sempre o abandono é ilícito e que há, portanto, separações de fato que se justificam como no caso em que o comportamento de um dos cônjuges é tão insuportável que o outro se vê constrangido a afastar-se da residência da família para não sofrer grave dano. Se esse afastamento deixa de ser um remédio provisório e o outro cônjuge, ou ele próprio, se esquivava da separação judicial, a separação de fato se estabiliza por justa causa.

A separação de fato vem se insinuando progressivamente nas legislações, sobretudo como causa de divórcio. Na reforma da lei

¹⁰ Lei n.º 6.515, de 26.12.77, chamada Lei do divórcio, art. 5.º, § 1.º, art. 40.

¹¹ V. sobre o tema os *Travaux de L'Association Henri Capitant*, Tomo XI, e a tese de LAMAND, *Essai d'une théorie générale des situations de fait in Droit privé français*.

¹² A. SAVATIER, *Les conventions de séparations amiables*, p. 536.

francesa (lei n.º 75/617, de 11/7/75), a ruptura da vida comum sob a forma de separação de fato é considerada a inovação mais notável e mais controvertida, afirmando-se, porém, que a respectiva norma constitui sua consagração legal. Na lei *belga*, de 1974, introduziu-se uma nova causa de divórcio, independente da noção de culpa, o divórcio-remédio por separação de fato, se esta dura há mais de dez anos, é irremediável e não há razoável possibilidade de eventual reconciliação. No direito *inglês*, reformado em 1973 (*Matrimonial Cause Act*, que entrou em vigor em 1/1/74), a separação de fato (*separation Agreements*) foi reconhecida com efeitos jurídicos plenos, tendo sido assentado que não é ilegal por si um acordo entre cônjuges, para imediata separação. Esse acordo rege-se pelas normas aplicáveis aos contratos, de sorte que a sua inexecução dá lugar a procedimentos judiciais, dentre os quais a ação para ressarcimento de danos, valendo, também, como regulamento da situação dos filhos, se obviamente não os prejudica. Na maioria dos Estados *americanos*, também é admitida em termos análogos porque, como já se observou, os anglo-saxões não consideram a disciplina dos negócios de família sobre o pano de fundo de interesses de natureza publicística. A lei mais avançada no particular é a *alemã* por ter abolido o divórcio-sanção e ter construído o divórcio sobre o fracasso do casamento. No sistema germânico, a separação de fato por cinco anos consecutivos constitui presunção absoluta do malogro do matrimônio. O divórcio é, nesse caso, automático.

Nas separações de fato consensualmente concertados, costumam os cônjuges estipular condições num regulamento contratual para regência de suas relações, particularmente de ordem patrimonial. O valor desse regulamento é objeto de controvérsias. Seria inaceitável nos dias de hoje a tese radical de sua completa nulidade. Se a separação de fato é afinal reconhecida, na lei, ainda que para determinados efeitos, a validade do acordo a propósito tem apenas como limite a indisponibilidade própria dos direitos de família, mas outras disposições não devem ser consideradas nulas. Em última análise: se o conteúdo de uma cláusula desse acordo, desse *pacte d'honneur* coincide com o interesse dos cônjuges, ou da prole, por que deve ser considerado inválido?

8. *Interferência do Estado* — A crescente interferência do Estado nas relações familiares pode ser encarada no quadro dos reflexos da concepção publicística da família ou no terreno da intervenção judicial no seu governo.

A um completo alheamento do Estado sucedeu, nos países totalitários, uma intervenção atrabiliária na vida e nos vínculos

familiares, também ocorrida, mas em termos moderados, em outros países.

As mesmas causas dessa mudança determinaram tentativas para transferir a disciplina da família para o campo do direito público prosperando também as tendências para qualificar o direito da família como uma espécie de direito social, para alertar que, embora seja direito privado, é denominado por normas de ordem pública, e a do direito semipúblico, para esclarecer que as suas normas, se bem que regulem relações particulares, são determinadas por condições de interesse superindividual.¹³ Não se contesta que, no seu esquema legal, é muito mais limitado o âmbito da autonomia dos particulares, que as normas constitutivas de sua disciplina são predominantemente públicas e que os poderes e faculdades dos indivíduos devem ser exercidos como o desempenho de uma função social, mas nenhum desses argumentos, como tem sido bem acentuado pela doutrina mais recente,¹⁴ em que esses aspectos se apresentam também em outros institutos de direito privado. De resto, não modificam a estrutura privatística da relação familiar caracterizada por direitos e deveres correspondentes a cada sujeito individualmente considerado, e, por outro lado, justificava a compreensão ainda maior de indivíduo pelo Estado no seu seio, conduzindo o legislador, além disso, à aceitação da subjetividade da família como se fosse uma pessoa jurídica.

Ao se defender a permanência do Direito da Família na categoria morfológica do direito privado, não se está postulando uma volta a KANT, para restauração de sua concepção individualista. Reage-se hoje, como ele reagiu em sua época ao movimento, intensificado contemporaneamente nos países de regime autoritário, que visou a atribuir ao Estado a função de protetor e dirigente da família plausível quando consiste em medidas do chamado direito administrativo da família,¹⁵ e inaceitável quando interfere em suas relações internas.

Na moderna literatura alemã, vem-se defendendo a necessidade de intervenção do Estado em função de freio ou em função promocional, em função de conservação ou em função de transformação, mas a política legislativa almejada não é expressão das tradicionais concepções da família, como a cristã e a liberal — individualística.¹⁶

13 S. PUGLIATTI *Diretto Pubblico e Privato*, verb. in *Enciclopedia del Diritto*, XII, p. 711.

14 BARCELLONA, *Famiglia*, verb. in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, p. 785.

15 W. FRIEDMANN, *El Derecho en una sociedad en transformación*, trad., p. 273.

16 BERNHUBER, apud BESSONE e ROPPO, *Il Diritto di Famiglia*, p. 63.

Consideradas, as inovações que alteram as relações externas da família, tais como a difusão de creches, os auxílios da previdência social, as pensões, o lazer organizado, bem certo é que tais relações entre a família e o Estado vão produzindo gradualmente um direito de família diferente daquele que está nos Códigos,¹⁷ mas que, conquanto reforce a coesão familiar, não mexe em suas bases psicológicas e morais. A intervenção do Estado é tida pelos privatistas como metódica, quando atinge, na conhecida expressão de JEMOLO “aquela ilha que o mar do direito pode apenas lambe — posição de que compartilham juristas conservadores e liberalizantes. Mas não é preciso chegar ao extremo do abstencionismo do citado autor, quando declama, em linguagem lírica que a “família é o penedo sobre a onda e o granito de que é composto pertence ao mundo dos afetos, aos primeiros instantes, à moral, à religião, não ao mundo do direito”. Não é isso; o que se quer é subtrair das regras impostas de fora relações que não comportem, nem paternalismo nem intervencionismo. É adotar medidas destinadas a preservá-la dos perigos a que está exposta por efeitos das transformações sociais.

Amplia-se, a olhos vistos, o raio da intervenção do Estado, principalmente através dos juízes.

Um nome de nossa legislação — para descer ao direito positivo — revela que essa intromissão se realiza mediante duas técnicas, a da sugestão e a da decisão.

A primeira deve ser empregada em caso de separação, quando a família está a pique de naufragar. Já antes de entrar em vigor o novo Código do Processo, fora introduzido no sistema legislativo do país, por lei especial, a obrigação do juiz de tentar a conciliação nos desquites. Cumpra-lhe, como lhe cumpre, aconselhar os cônjuges desavindos a se reconciliarem, dissuadindo-os do intento de se separarem. E assim, como disse muito bem um autor,¹⁸ coloca-se o juiz mais propriamente no plano ético fundado sobre a autoridade de quem aconselha e sobre a liberdade a quem o conselho é dado. A experiência não tem sido lisonjeira; em algumas situações o aconselhamento é simplesmente ridículo. Ao juiz não lhe assenta bem o papel, a pretender “criar um acordo que não existe”.

A decisão acontece quando o desentendimento é quanto a uma deliberação que o princípio da paridade conjugal não permite que prevaleça a vontade de um dos cônjuges. Decide, então,

17 FRIEDMANN, *op. cit.*, p. 269.

18 G. BENEDETTI, *Il Giudice nel Governo della Famiglia in Sulla Riforma del Diritto de Famiglia*, coletânea de estudos dirigida por SANTORO PASSARELLI, p. 134.

o juiz. Conquanto se estenda a outras situações, o poder decisório do magistrado está expressamente conferido para resolver dissídio doméstico a respeito da fixação do domicílio conjugal. Assegura-se que, neste como em outros casos que, no fundo, visam a “favorecer a mulher na conquista da igualdade efetiva da posição na sociedade conjugal”, é um “remédio hipócrita” por evidente que um casamento chegado a esse ponto já é um “deboche burocrático”.

Por outro lado, observa-se que as funções do Estado na promoção e conservação da família estão se transferindo para órgãos parajudiciais e que, até mesmo quando são desempenhadas por juizes, a jurisdição tem antes um caráter administrativo e fiscalizador, como ressalta FRIEDMAN que inclui nessa atividade jurisdicional a autorização para que a mulher abandonada continue vivendo na casa do casal, a decisão sobre a guarda dos filhos em caso de separação, a aprovação de uma adoção especial, a nomeação de tutores e outras mais.

A intervenção do juiz na vida das famílias, quando exagerada, fere a autonomia do grupo, desacredita seu “valor comunitário”, e, como disse um escritor, burocratiza uma relação que se reencontra numa dimensão que a dispensa.

9. *A Reforma no Capítulo da Filiação* — Onde mais avançou a reforma do Direito da Família foi, sem dúvida, no capítulo da filiação. Em todas as legislações do Ocidente prospera a tendência para equiparar os filhos de toda condição, com tal ímpeto que já se fala na abolição da ilegitimidade, na consagração da regra de que todo filho é legítimo para seu pai, como na lei do Arizona.

A completa igualdade entre os filhos simplesmente naturais e os filhos legítimos tem sido aceita em condições que não suscitem problemas relevantes. Duas inovações se sugerem quanto ao reconhecimento: 1.^a) a de impedi-lo sempre que resulte de circunstâncias que levam o filho a ser prejudicado, em vez de ser beneficiado; 2.^a) a de que o reconhecimento pelo pai não possa ser feito sem o consentimento da mãe. Reivindica-se para esta, outrossim, o pátrio poder do filho natural, ainda que venha a ser reconhecida posteriormente pelo pai, como prescrevem o direito alemão e o direito francês.

Quanto à investigação de paternidade, duas lacunas precisam ser preenchidas. A primeira, em relação à mãe para obrigar o presumido pai a reembolsá-la das despesas da gravidez e do parto e a indenizá-la dos prejuízos que lhe tenham causado. A segunda,

19 Op. cit., p. 270.

a de inferir a paternidade do simples fato da coabitação, o qual induz *custódia "ventris"*.

Preconiza-se a abolição dos pressupostos de admissibilidade para a propositura da ação de investigação de paternidade, admitindo-se ao contrário, que pode ser intentada livremente. Tendese a aceitar, para propô-la, a legitimação *jure proprio* dos descendentes do filho que morreu sem instaurá-la.

A todo tempo o reconhecimento poderá vir a ser impugnado pelo conhecido se provar que é falso, e a todo tempo poderá ser anulado por vício da vontade. Finalmente, a ação é ajuizável pelo órgão do Ministério Público se o suposto pai negar a paternidade que lhe é atribuída pela mãe e houver indícios veementes de que a acusação é verossímil.

A respeito do sobrenome, a orientação dominante é no sentido de proceder como na filiação legítima se o reconhecimento é simultâneo. Se o reconhecimento do pai é ulterior, ao filho será consentido acrescentar o cognome do genitor ao de genitora, decisão que tomará ao completar 18 anos.

Nos efeitos patrimoniais e sucessórios, por fim, o tratamento é idêntico.

As modificações mais avançadas vêm acontecendo na filiação extramatrimonial, ou com maior rigor, na filiação de pessoas que não podem casar entre si. Os filhos nascidos dessas uniões proibidas são chamados, ainda, como se sabe, adulterinos ou incestuosos.

Aos primeiros vai se permitindo o reconhecimento sem limites, principalmente nos efeitos, tanto voluntário como judicial. Entende-se que se não deve fazer qualquer discriminação e portanto que as limitações ao reconhecimento se devem fundar unicamente na sua incompatibilidade com os direitos da família legítima, levados em tão alta conta que já se diz: a proibição de reconhecer filhos adulterinos em certas circunstâncias repousa antes sobre a proteção do cônjuge do que sobre a violação do dever de fidelidade consumado pelo adúltero (GIORGIANNI). Duas inovações abrem uma brecha considerável nesse muro de testa, 1.^a o reconhecimento por testamento na pendência da sociedade conjugal, mesmo quando o ato *mortis causa* não encerre disposições patrimoniais e seja qual for a forma usada; 2.^a o reconhecimento quando há separação de fato, isto é, a cessação da convivência entre os cônjuges. Facilita-se, por outro lado, a identificação da adulterinidade do filho tornando-a automática por efeito da sentença favorável na ação de contestação de paternidade e admitindo-se que, se os cônjuges estiverem separados de fato, bastará a mãe declarar no registro que o filho não é do marido.

Quanto aos filhos incestuosos a possibilidade de serem reconhecidos existe onde a filiação resulta juridicamente do nasci-

mento, provenha ou não de casamento, e onde, portanto, desaparece a categoria, e onde seja permitido o reconhecimento a apenas um dos genitores.

De observar, um arremate, que a política legislativa relativamente à filiação, dirige-se ao menor, deixando em segundo plano o filho. Predomina, em consequência o interesse social na legislação que o tem como destinatário e a preocupação passa a ser assegurar-lhe os direitos de personalidade e dar outra dimensão à função correcional.

10. *Reforma no Brasil e em Portugal* — Transformações essenciais aconteceram no direito da família das duas nações desde quando se deram, uma a reformar o seu Código Civil centenário, a outra a substituir o “aglomerado variável de leis, assentos, alvarás, resoluções e regulamentos que supriam e sustentavam as Ordenações do Reino “por uma codificação que tirava o pai de tão “mortificante balbúrdia” e era saudada como obra de fino labor literário e jurídico. O intervalo de tempo entre os momentos em que os dois Códigos vieram à tona não afasta, nas suas tendências, as reformas por que passaram. No Brasil, por efeito de leis especiais que se sucederam no tempo, distantes umas das outras. Em Portugal, por força de uma reforma do Código Civil para dar cumprimento a um imperativo constitucional (art. 293, n.º 3).

Há que compará-las, especialmente para averiguar se acertaram o passo com as reformas levadas a efeito nos países desenvolvidos da Europa e se aproveitaram as respectivas experiências jurídicas, quer dos germânicos, quer dos latinos, quer dos católicos, quer dos protestantes.

A reforma portuguesa acompanha a orientação dominante nessas legislações quanto a dois princípios atualmente fundamentais, o da completa paridade entre os cônjuges no direito matrimonial, e o da igualdade dos filhos que tenham nascido dentro ou fora do casamento.

É interessante recensar os pontos mais salientes nas opções lusitanas do Decreto-Lei n.º 496, de 25 de novembro de 1977.

A propósito dos vícios do consentimento como causa de anulação do casamento abandonou o sistema de tipicidade dos motivos que configurariam erro, e admitiu que o casamento simulado pode ser anulado a requerimento dos cônjuges.

O poder marital foi cancelado. Já o marido não tem o direito de fixar a residência do casal, nem seu consentimento é necessário para a mulher exercer qualquer profissão ou atividade. Perdeu igualmente o direito de administrar bens da mulher e foi privado da possibilidade, tanto de desfrutar os bens dotais, pela supressão

de tal regime, como de usufruir os bens dos filhos, acabado que foi o respectivo usufruto legal.

Liberalizou o divórcio. Admitiu a sua decretação por força de conversão da separação, passados dois anos, e introduziu algumas alterações no regime de divórcio amigável, aumentando para três meses o período de reflexão e impondo ao juiz o dever de tentar a conciliação dos cônjuges. Quanto ao divórcio litigioso acostou-se ao sistema francês, que é dualista, autorizando-o, não só se o outro cônjuge proceder com culpa, infringindo dever matrimonial, mas também permitindo-o quando há ruptura da vida em comum em três situações que enumera, dentre as quais a separação de fato por seis anos consecutivos, inclusivamente a que resulta de abandono do lar pelo requerente.

Inovações mais profundas foram introduzidas no capítulo da filiação. A começar pela adoção do princípio de que esta resulta do fato do nascimento, quer a mãe seja casada, quer não seja, dispensado o reconhecimento se o filho foi registrado. A mulher casada pode declarar, no registro, que o filho não é do marido, se estiver separada de fato. Na investigação de paternidade foram eliminados os pressupostos de admissibilidade da ação, e assim por diante.

De referência, por fim, ao poder paternal, registram-se três importantes novidades: 1) seu exercício conjunto; 2) sua prorrogação até que o filho complete, depois da maioridade, a formação profissional, restrita a esse dever; 3) o reconhecimento da maturidade do filho, devendo ter em conta sua opinião nos assuntos familiares e admitindo que organize a própria vida.

Já o direito brasileiro foi alterado por duas leis fundamentais, a Lei n.º 4.121, de 27/8/62 e a Lei n.º 6.515, de 26/12/77, conhecidas respectivamente como estatuto da mulher casada e lei do divórcio, a que se pode juntar o recente Código de Menores (Lei n.º 6.697, de 10/10/79) e acrescentar a Lei n.º 1.110, de 23/5/50 que atribui efeitos civis ao casamento religioso bem como a Lei n.º 883, que autorizou o reconhecimento dos filhos adulterinos.

Todos esses diplomas legais tiveram o propósito de atualizar o direito de família do país ajustando-o à nova realidade social surgida do seu desenvolvimento na segunda metade deste século. De um modo geral as modificações coincidem com a reforma desse direito nos países cuja legislação e experiência costumamos aproveitar para tirar o atraso. O elenco é copioso. Basta enumerar, no entanto, para se formar uma idéia da mudança, algumas alterações mais significativas. Aboliu-se a disposição respeitante à incapacidade relativa da mulher casada. Obrigou-se a mulher a contribuir para as despesas comuns se os bens do casal foram

insuficientes para atendê-los. Extinguiu-se a direção exclusiva da família pelo marido. Foi autorizada a praticar atos que dantes exigiam a autoridade marital. O pátrio poder passou a ser exercido com a sua colaboração. Atribuiu-se-lhe o direito de usufruto ou o de habitação na sucessão do marido, se o regime matrimonial não tiver sido o da comunhão universal de bens. Introduziu-se o divórcio a vínculo mediante conversão da separação judicial dos cônjuges existente há mais de três anos. Admitiu-se a separação judicial independente da culpa de um dos cônjuges. Substituiu-se o regime legal da comunhão universal de bens pelo da comunhão parcial. O reconhecimento do filho adulterino foi autorizado. Considerou-se irregular a situação do menor privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde, instrução em razão da omissão dos pais ou da sua impossibilidade de provê-las, para o fim de submeter esses menores a medidas de assistência e proteção, com delegação do pátrio poder e da guarda, além de outras intromissões em sua família.

11. *Arremate* — A dissertação sobre a reforma do direito da família que acaba de ser feita não pede conclusões. Foi antes uma descrição do que uma proposição, um registro antes que um juízo crítico. Enfim, um estudo comparativo.