

Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões/Edições/6 - Out/Nov 2008 -  
Revista Magister de Direito das Famílias e Sucessões/Doutrina/Paradoxos do Direito da  
Filiação na Teoria e Prática do Novo Código Civil Brasileiro - Intermitências da Vida \*

## **Paradoxos do Direito da Filiação na Teoria e Prática do Novo Código Civil Brasileiro - Intermitências da Vida \***

Luiz Edson Fachin

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade  
de Direito da UFPR - Universidade Federal  
do Paraná e da PUC/PR; Doutor em Direito  
das Relações Sociais pela PUC/SP; Membro  
da International Society of Family Law e do  
IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família.

SUMÁRIO: 1 Introdução: Inovação e Tradição do Direito de Família Contemporâneo sob o Novo Código Civil Brasileiro; 2 Família e Famílias: Direito e Direitos; 3 Aspectos da Nova Codificação; 4 Sistematização de Itens Específicos que Serão Versados Sobre Filiação; 4.1 Princípios; 4.2 O que o Novo CCB Altera e Inclui; 4.3 O que o Novo CCB Altera e Exclui; 4.4 O que o Novo CCB Não Altera; 4.5 Inovações; 5 A Codificação da Família; 5.1 Altera - Inclui; 5.2 Altera - Exclui; 5.3 Altera - Inovações; 5.4 Altera - Controvérsias; 6 Atuação Jurídica nas Relações de Família; 6.1 Formação Interdisciplinar; 6.2 Quem Educa se Auto-Educa: Procedimento Dialógico; 6.3 Prevenção; 6.4 Dirimindo Conflitos: o Nó e o Ninho; 6.5 Os Pais se Separam, os Filhos Permanecem Filhos; 7 Escorço Histórico; 8 Conclusão.

### **1 Introdução: Inovação e Tradição do Direito de Família Contemporâneo sob o Novo Código Civil Brasileiro**

Sem pretender esgotar os temas e suas múltiplas possibilidades, eis síntese das linhas gerais e itens das idéias que estão expostas ao debate contemporâneo no Brasil, após a vigência do novo Código Civil.

O objetivo do presente texto é esquematizar, em resumo, aspectos e pontos que defluem do momento atual no Brasil em termos de Direito de Família.

6. Paradoxos do Direito da Filiação na Teoria e Prática do Novo Código Civil Brasileiro - Intermitências ... - Out-Nov/2008

Não se pode perder de vista, mesmo diante do fito almejado, que a família constituía um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica e cultural, espaço de poder, de laços e de liberdade. Começemos, então, por umas palavras mais amplas sobre a família e o Direito.

## **2 Família e Famílias: Direito e Direitos**

É a família uma forma de aliança composta para representar harmonia e paradoxos. Uma agremiação destinatária de projetos e de discursos, especialmente da alocação normativa, junção que encarna o elo entre o Direito, a família e a sociedade.

Por isso, "a família cuida, como uma das componentes educativas mais importantes, da reprodução dos caracteres humanos tal como os exige a vida social", como escreveu Horkheimer 1.

É uma arena na qual tudo está sempre para ser dito, o que reconstrói, no presente, os limites do passado sob as vestes da modernidade, e projeta para o futuro as interrogações próprias do destino que se quer ver prometido. Nela repousam a vida e a morte, o ser e o não-ser, a ambigüidade e a ambivalência que escrevem sobre os viventes todos os fatos, as coisas e os mitos.

Por conseguinte, oscilamos, entre hiatos e contradições, a fim de compreender o mundo da família e a família no mundo.

Duas miradas por meio do conceito de cidadania podem explicitar o que junta o corpo à família e a qual linhagem planta os semblantes da família na sociedade.

O indivíduo insular compõe o tempo em que cidadão era apenas considerado membro da sociedade nacional, como se afirmava no século XVII, ou aquele que tinha o direito de associação, como se reconheceu no século XVIII. O século pretérito chegou à proclamação formal dos direitos sociais, num belo ensaio que principia nos direitos políticos individuais, passa pelo reconhecimento dos direitos coletivos, até alcançar os direitos sociais, aptos a garantir uma proteção mínima e um padrão de vida decente. No entanto, a ponte entre o sujeito virtual de direitos e o sujeito-cidadão está para ser erguida.

A mesma reflexão pode, por analogia, se dirigir à família no terreno da cidadania. Progressivamente, com o surgimento do desenho de afeto no plano dos fatos, ela se inscreve numa trajetória de direitos subjetivos: de espaço de poder se abre para o terreno da liberdade: o direito de ser ou de estar, e como se quer ser ou estar.

## **7. DOUTRINA - Direito das Famílias e Sucessões Nº 6 - Out-Nov/2008**

Entre tornar-se conceitualmente família e realizar-se como tal, há uma fenomenal distância. A passagem do conceito de família-poder para a família-cidadã é também de um programa a se construir.

A compreensão do texto constitucional brasileiro vigente vai dando espaço para que a família, nessa concepção contemporânea do Direito, se inclua como ente aberto e plural. É desse degrau de efetivação da cidadania que reclama a pluralidade constitucional da família, não exclusivamente matrimonializada, diárquica, eudemonista e igualitária.

Eles foram felizes para sempre era o dístico que encimava o brasão dos enlaces. Mais tarde aprendia-se que fosse infinito enquanto durasse. E nos dias correntes assume-se que viveram felizes por certo tempo.

Sustenta-se uma concepção plural e aberta de família que, de algum modo, conforte, agasalhe e dê abrigo durante o trânsito da jornada de cada um e de todos coletivamente. Nela se ambiciona todo o desfrute possível sem perder a percepção poética da própria existência.

No tempo das fragmentações legislativas e da despatrimonialização do Direito privado, da constitucionalização do Direito de Família e da defesa principiológica e valorativa das relações de afeto, o que se viu produzir, no campo das representações políticas do Estado, foi o novo Código Civil brasileiro.

A pergunta é aquela que não encontra resposta afirmativa: qual é a contribuição da nova codificação para a superação dos dilemas que enfrenta a realização da cidadania no Brasil?

Pode-se dizer que debater por vinte e cinco anos um novo Código Civil faz parte do legado brasileiro, pois o projeto Beviláqua esteve em debate no Legislativo por dezesseis anos. Mas, o fundamental, no plano da cidadania, é questionar para quem se dirige o novo Código 2.

Tal interrogação compete ao exercício da cidadania, como a define o Código: todos aqueles capazes de adquirir direitos e contrair obrigações, como comprar, vender, trabalhar, constituir família, testar, herdar, possuir e ser proprietário, e assim por diante. Eles, os portadores de direitos civis, enfim, os cidadãos.

Todavia, o novo Código Civil nasce desatualizado e excludente, como quanto ao debate sobre a biogenética, as uniões estáveis em sentido amplo, a família fraterna (entre irmãos ou irmãs), a filiação sócio-afetiva, para dar alguns exemplos.

### **3 Aspectos da Nova Codificação**

Desde 11 de janeiro de 2003 está o Brasil sob a vigência da Lei nº 10.406. Com a introdução do novo Código Civil brasileiro, é legítimo indagar sobre os efeitos reais e possíveis de uma necessária hermenêutica construtiva das relações jurídicas na família, na propriedade e nos contratos para os velhos problemas enfrentados no país.

Como já afirmamos, e aqui reiteramos, é certo que a validade dos negócios e atos jurídicos constituídos antes da entrada em vigor do Código Civil fica submetida às leis anteriores, mas os efeitos se submetem, diante da incidência imediata e geral da nova lei, ao novo Código. Não há aí, de modo algum, afronta à Constituição, ao direito adquirido ou à coisa julgada.

A questão que se coloca é a de saber que mudanças práticas efetivas irão ser operadas na tríplice base que sustenta o Estado e a própria sociedade.

Sabe-se que quem contrata não apenas pactua com quem contrata, e que quem contrata não tão-só avença o que contrata; há uma transformação subjetiva e objetiva relevante nos negócios jurídicos. O novo Código traz a função social do contrato e os princípios de probidade e boa-fé. A jurisprudência e a doutrina futuras dirão se terão sido capazes de informar relações contratuais mais equânimes, justas e razoáveis, num país vincado por desigualdades materiais e concretas que arrostam qualquer intenção legislativa.

De igual modo, a observação social dos fatos nas relações familiares revela dados novos, como as famílias monoparentais, as uniões entre pessoas de mesmo sexo, a filiação sócio-afetiva, num horizonte que revalorize a família desatando alguns nós. Clama-se, e não é de agora, por um Direito de Família que veicula amor e solidariedade.

Para isso, o novo Código não nasce pronto; ao contrário, nessa matéria faz rebrotar estigmas, tais como a culpa na separação e nos alimentos. Em verdade, uma lei se faz código no cotidiano concreto da força construtiva dos fatos, à luz de uma interpretação conforme os princípios, ética e valores constitucionais. Será no porvir que a sociedade brasileira poderá nele ver uma família aberta e plural, até porque não pode haver família plenamente justa numa sociedade escancaradamente injusta.

O grande desafio é superar um velho problema, a clivagem abissal entre a proclamação discursiva das boas intenções e efetivação da experiência. Esse dilema, simploriamente

reduzido ao fosso entre a teoria e a prática, convive diuturnamente na educação jurídica. Compreendê-lo corresponde a fazer de uma lei instrumento de cidadania, quer na formação para o Direito, nas salas de aulas e de audiências, quer no acesso democrático ao Judiciário, quer ainda nos espaços públicos e privados que reclamam por justiça, igualdade e solidariedade.

Naquilo que apresenta de positivo, ainda que não seja tudo o que se almejava para a nova lei, queira a hermenêutica construtiva do novo Código Civil contribuir para que o Brasil não chegue ao final do século XXI com os pés atolados na Baixa Idade Média.

#### **4 Sistematização de Itens Específicos que Serão Versados Sobre Filiação**

Após palavras introdutórias sobre a família, no sentido plural, e o Direito respectivo, também em dimensão ampla, não excludente, cabe realizar o propósito do texto presente, qual seja, o de fornecer informações sobre o atual estado da arte, em linhas gerais, preliminares e parciais. Principiemos pela filiação.

O debate no Brasil presentemente, no que concerne à filiação, põe em cena as seguintes idéias:

##### **4.1 Princípios**

São colacionados diversos princípios, à luz da concepção codificada, da visão de mundo e de sistema tanto do Código novo quanto da Constituição, dentre eles:

a) Dissociação do estado da filiação com o estado civil dos pais (seguindo orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça); eis aí um dos elementos estruturantes da nova disciplina constitucional da filiação que se projetou sobre a jurisprudência e que, agora, vem recolhido pelo novo Código Civil brasileiro;

b) O direito à paternidade como direito fundamental da criança e do adolescente; deflui da dissociação anteriormente mencionada a ausência de óbice ao reconhecimento que antes se fundava no estado de casado do pai reconhecente;

c) A superação dos limites formais em matéria de prova na investigação de paternidade (no que também acolhe jurisprudência já dominante no país); supera-se aquele sistema de causas taxativas e prazos decadenciais exíguos, instalado com a visão exclusivamente matrimonializada, a qual se encontrava na codificação de 1916;

## 10. Paradoxos do Direito da Filiação na Teoria e Prática do Novo Código Civil Brasileiro - Intermitências ... - Out-Nov/2008

d) A dissociação entre paternidade e ascendência genética (consoante se infere do art. 1.593 do Código Civil de 2002, ao referir-se ao parentesco permite o reconhecimento - forçado, espontâneo ou voluntário - da paternidade sócio-afetiva); registre-se que mantém a distinção entre investigação e averiguação, logo se mantém o tripé: reconhecimento espontâneo (no registro, por escritura pública, por escrito particular, por testamento, por manifestação perante juiz), reconhecimento voluntário (na averiguação) e o forçado (na investigação);

e) Mantém, mesmo sob o princípio da igualdade, a diferença (que não se confunde com desigualdade, e sim materializa a igualdade substancial) entre filhos matrimoniais e filhos extramatrimoniais (prevê o novo Código Civil no art. 1.616 que o filho reconhecido na investigação pode ficar fora da companhia dos pais ou daquele que contestou a filiação).

### **4.2 O que o Novo CCB Altera e Inclui**

Nesse passo, impende indicar, também de modo sintético e informativo, o que se altera no novo Código Civil, com inclusões, as quais podem ser assim sistematizadas:

a) Princípio da igualdade material inserido expressamente no art. 1.596 (em verdade, cópia do teor contido no § 6º do art. 227 da Constituição Federal brasileira e do art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/90);

b) Reconhecimento (consoante o art. 1.609 do novo CCB) de filho extramatrimonial que se faz nos termos da Lei nº 8.560/92, cujo art. 2º foi apropriado pelo legislador da codificação de 2002;

c) Há no novo CCB, em alguns momentos, maior precisão conceitual, *verbi gratia*: diferencia nulidade de anulação, no inciso II do art. 1.597; ademais, promove distinção entre a impotência *coeundi* e a *generandi* (art. 1.599); substitui, ainda, *perempção* de instância (art. 351) por *extinção* do processo (art. 1.606, parágrafo único).

### **4.3 O que o Novo CCB Altera e Exclui**

O novo CCB operou exclusão de diversos tópicos e temas que eram destinatários de críticas no antigo Código, e dos quais se pode apontar, em síntese:

a) Supera o sistema de provas fundado em causas determinadas para a negatória (era o que continha o art. 340 do Código Civil anterior, o de 1916); agora, a regra é do art. 1.598 (que traduz uma presunção temporal);

b) A exclusiva legitimidade privativa do marido para a negatória (art. 344) é afastada pelo novo Código (art. 1.601);

c) Os prazos decadenciais da negatória (art. 178, §§ 3º e 4º da codificação anterior) desaparecem: é a negatória imprescritível diante do que contém o art. 1.601 do novo CCB, oscilando, nessa matéria, a nova codificação (em relação à anterior) entre dois extremos.

#### **4.4 O que o Novo CCB Não Altera**

Do mesmo modo, coerente com a metodologia proposta ao texto em curso, cumpre asseverar que o Código Civil de 2002 se mantém como estava no Código Civil revogado:

a) Denominação de "ação de contestação da paternidade", nos exatos termos do art. 1.600, deixando de adotar uma dicção mais moderna, e.g. impugnação da paternidade ou quando menos, pretensão negatória;

b) Ainda há referência preconceituosa à condição feminina, nos arts. 1.600 e 1.602, perdendo-se oportunidade de dar um passo à frente no reconhecimento da igualdade material entre o homem e a mulher, dentro ou fora das uniões matrimonializadas.

#### **4.5 Inovações**

Nesse passo, indicam-se o que, em nosso ver, podem ser inovações no texto legal da nova codificação em vigor desde 2003:

a) Abre espaço jurídico, sob a rubrica do parentesco de "outra origem", para o valor constitutivo da posse de estado, nos arts. 1.593 e 1.605, inciso II; a posse de estado de filho, com fulcro na tríade nomen, tractatio e fama, pode dar ensejo à base sócio-afetiva da filiação, em numerosos casos apreendidos e acolhidos pela jurisprudência movida pela força criativa dos fatos;

b) Estabelece presunção de paternidade na fecundação artificial (art. 1.597, incisos III e V), tanto homóloga quanto heteróloga, dando ensejo ao debate sobre a natureza (relativa ou absoluta) da presunção em tais hipóteses.

## **5 A Codificação da Família**

Em termos mais amplos, é possível, depois de passar pela filiação, sistematizar itens específicos versando sobre o Direito de Família no Código Civil de 2002, guardando harmonia com o proposto.

Far-se-á, então, tal explicitação do Direito Positivo de Família no novo CCB.

### **5.1 Altera - Inclui**

a) Separa as regras legais em dois conjuntos de regras: Direito Pessoal de Família (art. 1.511 e seguintes) e Direito Patrimonial de Família (art. 1.639 e seguintes);

b) Os então denominados "impedimentos matrimoniais proibitivos" se tornam causas suspensivas do casamento;

c) Explicita o casamento por procuração (nos diversos parágrafos do art. 1.542);

d) Insere o princípio da igualdade da filiação (art. 1.596);

Guarda e Convivência dos Filhos Após a Lei nº 11.698/2008 e) Introduce a presunção de paternidade e fecundação artificial (art. 1.597, III, V) assentada no consentimento do marido;

f) Prevê que adoção de maiores de 18 anos também deva se dar por sentença judicial (parágrafo único, art. 1.623);

g) Trata da união estável, no art. 1.723 e seguintes, como aquela convivência sem impedimentos, contínua e duradoura, passível de ser submetida a contrato escrito (art. 1.725), em cuja falta incidirá, para efeitos patrimoniais, o regime supletivo da comunhão parcial. Vê-se, pois, conceito restrito e reduzido de união estável acolhido pelo legislador.

### **5.2 Altera - Exclui**



- a) Elimina o inciso discriminatório do CCB de 1916 sobre a condição feminina e o defloramento (era o inciso IV do art. 219 do Código revogado);
  
- b) Suprime a chefia exclusiva da sociedade conjugal (que no CCB de 1916 estava no art. 233, já tacitamente revogado pela Constituição Federal de 1988, no § 5º do art. 226);
  
- c) Elide a exclusividade da ação que era privativa do marido, no art. 344 do CCB de 1916;
  
- d) Substitui a expressão "pátrio poder" por "poder familiar", no art. 1.630 e seguintes, apreendendo mais o sentido de autoridade parental e de feixe de direitos subjetivos e deveres jurídicos recíprocos em relações entre sujeitos coordenados (pais e filhos reciprocamente considerados titulares de tais posições jurídicas).

### **5.3 Altera - Inovações**

- a) Encaixa no texto legal princípio de vedação de interferência na vida familiar (art. 1.513);
  
- b) Prevê a idade núbil aos 16 anos, decorrente da maioridade agora estatuída aos 18 anos (nos termos dos arts. 5º e 1.517);
  
- c) Abre a possibilidade para qualquer nubente de acrescentar o sobrenome do outro (art. 1.565, § 1º);
  
- d) Admite o divórcio sem partilha (art. 1.581);
  
- e) Fixa a guarda para quem tenha melhores condições para exercê-la à luz do melhor interesse da criança (art. 1.584);
  
- f) Estatui o parentesco por afinidade entre companheiros (art. 1.595);
  
- g) Inaugura no Brasil a vigência legal do regime de participação final nos aquestos (art. 1.672) por pacto antenupcial (art. 1.656).

### **5.4 Altera - Controvérsias**

Em determinadas alterações, o novo texto codificado abre as portas para a controvérsia, do que se pode citar, *verbi gratia*:

a) Recoloca a possibilidade de chancelar a culpa na separação, consoante o previsto no art. 1.572, com graves e criticáveis repercussões quanto ao nome (art. 1.578) e aos alimentos (art. 1.694, § 2º);

b) Incorpora as denominadas cláusulas de "dureza" no parágrafo único do art. 1.574, permitindo ao juiz negar separação (mesmo consensual) se vier em prejuízo dos filhos ou do outro cônjuge;

c) Admite a alteração do regime de bens (art. 1.639, § 2º), cuja modificação, em nosso ver, à luz do art. 2.035 do novo CCB, abrange casamentos anteriores à vigência do novo Código;

d) Institui, sem prejuízo do bem legal de família, o bem de família por atribuição voluntária, no art. 1.711 (concernente a 1/3 do patrimônio líquido).

## **6 Atuação Jurídica nas Relações de Família**

Para melhor apreender esse novo cenário, desafios também são dirigidos aos operadores do Direito que atuam na esfera da família e suas interlocuções.

A atuação do profissional do Direito nas relações de família envolve complexas e intrincadas situações. Seja ele advogado, juiz ou membro do Ministério Público, o dia-a-dia desses afazeres reclama a presença de várias condições que nem sempre estão à disposição do profissional que deve estar apto a interagir no relacionamento entre pessoas casadas ou não.

14. Paradoxos do Direito da Filiação na Teoria e Prática do Novo Código Civil Brasileiro - Intermitências ... - Out-Nov/2008

Reconhecendo que não há critérios absolutos para indicar caminhos dessa atuação jurídica nas relações de família, incentivados a refletir sobre esse desafiador horizonte de exercício profissional, declinamos alguns pontos que, eventualmente, sem embargo de outros de igual importância, podem ter relevo:

## **6.1 Formação Interdisciplinar**

Os profissionais da área do Direito, advogados, juízes, membros do Ministério Público, entre outros, devem estar preparados para uma abordagem aberta e interdisciplinar. A família é, antes de tudo, uma realidade sociológica, daí porque a importância do estudo das disciplinas formadoras (História, Sociologia, Antropologia, Filosofia) ao início do curso de graduação em Direito.

Além disso, em três vertentes deve se assentar a formação jurídica: técnica (conhecer bem os instrumentos de trabalho), ética (apresentar uma percepção deontológica geral, no plano ético pessoal, profissional e coletivo), e humanista (compreender que o estudo não se resume à decoreção de procedimentos e técnicas, pois a vida não repete casos e situações, sendo ineliminável a complexidade das condições humanas subjetivas).

## **6.2 Quem Educa se Auto-Educa: Procedimento Dialógico**

Igualdade, liberdade e responsabilidade são três princípios que estão no capítulo da Constituição Federal sobre a família. No relacionamento entre pais e filhos, a ordem jurídica deve se inspirar em valores que fomentem um ambiente familiar sadio e equilibrado. O novo Código Civil, em vigor desde janeiro de 2003, ao tratar do poder familiar, acolhe essa ordem de pensamento, embora pudesse ter avançado mais no sentido de reconhecer, sempre, o melhor interesse da criança como núcleo central das preocupações do sistema jurídico.

A base dessas idéias está em que quem educa, num procedimento dialógico, também se renova, reaviventando ideais e valores.

## **6.3 Prevenção**

Um dos aspectos mais relevantes da atuação dos operadores do Direito no campo das relações familiares pode ser o da prevenção, mediante orientação e aconselhamento que se fizerem necessários ou oportunos. A atuação preventiva é importante para evitar que problemas ou dúvidas, quanto a questões patrimoniais (bens, por exemplo) ou pessoais (educação dos filhos, guarda ou direito de visita), se agravem e acabem tornando a vida em comunhão insuportável.

#### **6.4 Dirimindo Conflitos: o Nó e o Ninho**

O que vai parar na Justiça podem ser os restos do amor, como já se escreveu, ou quando não o próprio ódio que ocupa, de modo cruel, os laços antes existentes. Tais conflitos são expostos nas separações ou divórcios, bem assim nas medidas preparatórias (separação de corpos, afastamento do lar conjugal) ou incidentais (busca e apreensão de filhos, por exemplo). Das desavenças se faz a exposição pública (embora os processos tramitem em segredo de justiça), tomada essa exposição no sentido de se estar diante do Estado-juiz.

Promover adequadamente a separação ou o divórcio contribui para desatar o nó de uma convivência que não mais se sustenta, mas deve também propiciar ambiente razoavelmente harmônico (o quanto possível) para evidenciar que o ninho (na conhecida expressão da historiadora Michelle Perrot) que se desfez não prossiga, pelo inverso, nas acusações recíprocas de culpas.

#### **6.5 Os Pais se Separam, os Filhos Permanecem Filhos**

Uma das grandes tarefas dos processos de terminação do vínculo, quer seja sócio-afetivo, quer seja apenas formal para as uniões matrimonializadas, é evidenciar que, se os pais se separam, os pais não devem se separar dos filhos. A guarda, tanto a unilateral quanto a compartilhada, deve espelhar um exercício diário de autocritica para não despejar sobre as crianças ou adolescentes a discórdia entre os pais.

Eis aí um breve olhar espontâneo e singelo sobre a atuação do profissional do Direito nas relações de família, no âmbito judicial ou extrajudicial. Advogados, juízes, promotores de Justiça, bem assim assistentes sociais, psicólogos e outros importantes profissionais da área, conhecem bem seu cotidiano nada bucólico.

Aqueles que estão afeitos às condições abstrusas desse cotidiano possivelmente sabem que tão-só o sereno forense com profusão de sensibilidade, conhecimento técnico e aprofundamento teórico dá alguns vestígios para empreender um belo sonho: granjear o sentido da justiça para o caso concreto.

### **7 Escorço Histórico**

Ao rumar para a finalização do presente texto, sistematizado com a finalidade de apresentar o Direito de Família no Brasil dos dias atuais, cumpre um sintético resgate das origens históricas para bem apreender a quadra vivenciada presentemente.

## 16. Paradoxos do Direito da Filiação na Teoria e Prática do Novo Código Civil Brasileiro - Intermitências ... - Out-Nov/2008

Do berço colonial vem ao código a família matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e transpessoal 3. Era, então, a família codificada, inserida num texto legal representativo da tríade formada pelo liberalismo, pelo individualismo e pelo patrimonialismo.

Não estava naquele espaço jurídico a construção plural do existir humano, fomento de aspirações, protagonista de um arranjo parental de esperança possível. Essa não era uma dimensão acentuada das uniões 4.

O casamento, no sistema clássico, chama para si a origem, porto de partida e ancoragem 5. A sua própria finalidade está na celebração como componente essencial da família. O sistema do Código se caracteriza pela estrutura do acesso ao casamento 6. Conjugam-se, de um lado esse estatuto, para o qual elaborou-se uma série de formalidades prévias, cerco de segurança jurídica ao ato que é objeto de realização, e ao mesmo tempo, de outro lado, esse mesmo sistema estatui a indissolubilidade do vínculo.

O Direito matrimonial se ocupa do casamento, quer do casamento civil 7, quer do religioso com efeitos civis 8. Pressupostos e requisitos são estabelecidos para essa formalização jurídica do vínculo. Um ato de autonomia privada sob as vestes de um rito de passagem.

Formalidades preliminares e solenidade concomitante à celebração se reúnem num ato que se consolida e se prova, prioritariamente pelo viés formal, secundariamente pela posse de estado de casados.

Localiza-se o plano do Código no contexto de sua época que define o casamento 9. Se se refere ao vínculo jurídico, a natureza dessa relação entre marido e mulher se estabelece à luz do padrão cultural dominante; se se reporta ao ato inicial que cria o vínculo, o espaço aberto pelo sistema jurídico aos que podem se "matrimonializar" determina sua natureza.

A moldura jurídica instaurada com a codificação civil foi sendo atropelada pela força construtiva dos fatos e encontrou rompimento no texto constitucional de 1988 10.

O desenho familiar não tem mais uma única configuração 11. A família se torna plural 12. Da superação do antigo modelo da grande-família, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a

família constitucional, com a progressiva eliminação da hierarquia 13, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos 14.

Na família constitucionalizada começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação 15. Proclama-se, com mais assento, a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade 16.

Anotem-se, à guisa de exemplo, os espaços que revelam o arco histórico que vai da família de fato à família de direito. Acrescentem-se, ainda, os aspectos relevantes e positivos do fenômeno da "constitucionalização" 17 do Direito de Família, dentro de certas possibilidades e alguns limites 18.

Patenteiam-se transformações que suscitaram rearticulações em diversos domínios do Direito de Família, crise e superação assinaladas e reconhecidas na jurisprudência 19. Apresenta-se, enfim, uma concepção sociológica plural.

Do ponto de vista das fontes formais, relevante foi a migração operada do Código Civil à Constituição. O sistema clássico originário do Código Civil brasileiro é uma página que na história antecede o Direito Constitucional da Família, um campo de saber que rompe as fronteiras tradicionais do público e do privado.

Apontando mudanças substanciais, é indisfarçavelmente reconhecida a relevância do texto constitucional no Direito de Família 20. Foi na Constituição que se venceu o "desvaler" dos filhos não matrimoniais sob a noção patriarcal que associava a legitimidade ao casamento, vínculo dissolúvel 21.

A filiação jurídica abandona o sistema de estabelecimento das "filiações fictícias". O legado do sistema clássico, fundado na lei de desigualdade, cede vez ao estatuto unitário da filiação e da não discriminação 22 entre as diversas espécies de filhos.

Para tanto, no texto há princípios constitucionais vinculantes 23, dentre eles o da igualdade, que faz emergir o da neutralidade e o da inocência. Na elasticidade que o espaço jurídico principiológico propicia, a jurisprudência reafirma seu papel de construção 24 e põe em relevo direito sumular.

Pode ser paradoxal apontar, nessa perspectiva aberta, plural e porosa, para a possibilidade de efetivação uma nova codificação que se proponha a governar juridicamente o que se apresenta na base organizativa da sociedade: as titularidades de apropriação, o projeto parental e o trânsito jurídico.

É certo que o Código Civil brasileiro de 1916, espelhado em suas raízes históricas e sociológicas 25, edificou um sistema de Direito privado não imune à idéia de reforma e em grande parte coerente com sua história. A norma civil codificada foi produto da sua época e sobre sua quadra também dialeticamente interagiu; o tempo e o lugar do Código foram também a estação europeia da modernidade, vivificada pela força dos fatos e das idéias que suplantaram a escola histórica.

O código patrimonial imobiliário, com imensas repercussões no Direito de Família, dava conta do individualismo oitocentista num modelo único de sociedade. Adotou, por essa mesma razão, um standard de família, de vínculo e de titularidade, e promoveu a exclusão legislativa das pessoas, bens, culturas e símbolos estrangeiros a sua definição 26.

Nada obstante, o sentido de permanência indefinida ou da vizinhança com a imutabilidade esteve mais em quem do Código se serviu e menos em quem o elaborou 27. Sem embargo de tratar-se, no plano axiológico, de um projeto do século XIX promulgado em 1916, fruto da belle époque do movimento codificador, o Código Civil brasileiro, a seu modo e a seu tempo, resultou numa grande projeção 28 dos interesses que alinhavaram esse corpo legislativo por mais de oitenta anos.

A historicidade da codificação ressalta o desenho jurídico de suas instituições de base que se alteram na medida em que vão se transformando 29 os valores que governam o projeto parental, as titularidades e os contratos.

Ao largo do Código, e mesmo contra o Código Civil, os fatos foram veiculando sua reforma que abriu portas na jurisprudência e na legislação esparsa. Daí emergiu uma dimensão renovada, florescida para dar espaços à igualdade e à direção diárquica, à não discriminação.

Acolhemos, para esse fim (apenas), a afirmação de Clovis Beviláqua segundo o qual "os Códigos são equiparáveis aos sistemas filosóficos. Cada sistema filosófico concretiza, em forte síntese, uma concepção de mundo" 30. E nessa acolhida segue, de um lado, o reconhecimento da proximidade entre os naufrágios e triunfos dos projetos codificadores no Brasil e as vicissitudes históricas e socioeconômicas, e de outra parte, a vinculação entre o elemento motor da decodificação com nuances de um tempo que aponta para o ocaso das codificações na crise do racionalismo e a retirada do Código Civil brasileiro do território central das relações privadas.

Daí porque, como temos sustentado, a dimensão propositiva da reforma não começa necessariamente na codificação, pode até passar por ela se a proposição chamar para si o compromisso com o futuro, e alinhavar um programa de repensar os alicerces e os fundamentos da ordenação social, do privado ao público, e do público ao social.

As dificuldades e obstáculos encontrados revelam que se inexitem aquelas condições para a plena realização das pessoas e da sociedade, na assim designada "liberté d'épanouissement", concorrem, de outro lado, elementos suficientes para compreender, na história, a era da decodificação, aliada aos movimentos de repersonalização e despatrimonialização do Direito privado.

Já defendemos que numa sociedade de identidades múltiplas, da fragmentação do corpo no limite entre o sujeito e o objeto, o reconhecimento da complexidade se abre para a idéia de reforma como processo incessante de construção e reconstrução do Direito.

## **8 Conclusão**

Para arrematar, permitimo-nos voltar à introdução e afirmar que não haverá cidadania na família sem a plena cidadania social.

Advogamos (aqui e em diversas oportunidades e afazeres junto ao Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM) a formação de conceitos sempre a posteriori, especialmente para não enjaular, em numerus clausus, a arquitetura que, com base no afeto, pode fazer emergir a família. A jurisprudência deve se abrir para compreender e empreender os novos desafios, sem preconceitos ou visões preconcebidas.

Resistir ao triunfo de uma superficial filosofia de vida que "entroniza o egoísmo como lei superior, porque é o instrumento da busca da ascensão social" e que "privilegia os meios materiais e se despreocupa com os aspectos finalistas da existência", como escreveu Milton Santos 31.

Comprendemo-nos como integrantes da cidade que forma a cidadania, mas sabemos que dessa urbe política há os que foram banidos e os que não foram incluídos. Aqueles que entre o princípio do prazer e o princípio da realidade foram remetidos ao desterro. Não apenas estão fora do Código, mas estão em outros códigos, e nesses mares a ordem da lei e o horizonte do desejo continuarão se enfrentando.

Para isso, a todos se apresenta uma tarefa educativa. "O verbo educar significa exatamente conduzir a algum lugar para o exterior, para fora deste mundo: aparelhar. Aqui, eu adormeço, neste mundo eu repouso. Aqui jaz", escreveu Michel Serres para afirmar que "às vezes, a separação é uma boa solução do amor" 32.

Nessa direção, cumpre decifrar que o corpo da família sem deixar de ser o que é, vive a paixão de ser outro. Sobrevive, pois, na razão jurídica e no espaço social, prefaciando o futuro com a afirmação de sua história em contínua reconstrução.



Uma via é o edificar da família-amizade como vínculo, cidadã pela ternura e pelo afeto. Abrir espaço para o reconhecimento da inclusão na cidadania da amizade, que é, quem sabe, o que mais nos resta no tempo da intolerância.

Quiçá na família se veja o que Cícero 33 viu na amizade:

"Quem olha para um amigo verdadeiro vê nele, por assim dizer, uma imagem (exempla) de si mesmo. É por isso que os amigos, ainda que ausentes, estão presentes; ainda que pobres, têm abundância, ainda que fracos, são fortes e, o que é mais difícil de dizer, ainda que mortos, estão vivos."

Estamos, como escreveu Edgar Morin 34, no começo do conhecimento. Partir para essa travessia mesmo com a consciência da incerteza e do acaso é a fonte que nos ilumina a matar a sede do que não tem nome e a saciar a fome da utopia que escreve o amanhã.