

- DIRETRIZES PARA UM CÓDIGO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA -

I. Introdução

O presente estudo se destina a traçar algumas diretrizes para o que podemos chamar de Código Brasileiro de Direito de Família.

Qualquer abordagem deste jaez não pode ter início, sem prévia análise da própria teoria da codificação. Não se pode defender um Código de Direito de Família, sem antes se indagar de sua propriedade histórica, de suas vantagens e desvantagens.

Estaria a sociedade atravessando momento adequado para a codificação? Quais os objetivos de um tal código ?

Para bem respondermos a essas e outras questões, que, de alguma forma, eventualmente, serão suscitadas, devemos ter bem claros os delineamentos e a evolução histórica do processo de surgimento e aperfeiçoamento dos modernos códigos do Ocidente.

II. Codificação

1. Definição de código

Do ponto de vista puramente etimológico, a palavra código vem do latim, *codex*. Para a maioria, *codex* era, para os romanos, toda tábua de madeira, recoberta com cera, na qual se inscreviam as leis. Segundo outros, *codex* eram os pergaminhos, utilizados para a escrita da lei, dentre outras coisas, por serem mais resistentes. Opondo-se a eles, havia o *liber*, escrito em papiro, material menos resistente. Com o passar dos anos, a palavra *codex* tomou o significado de conjunto de leis, exatamente por serem elas escritas em pergaminhos. ¹

Modernamente, código é todo corpo legislativo, cientificamente sistematizado e estruturado em torno de um único ramo das letras jurídicas.

Segundo Paulo Nader, “código é o conjunto orgânico e sistematizado de normas jurídicas escritas e relativas a um amplo ramo do Direito”. ²

Para que se tenha um código é absolutamente necessário que todas as normas se refiram a um único ramo do Direito, seja ele mais amplo (Código Civil), seja mais restrito (Código de Família, Código do Consumidor). Caso contrário, ter-se-ia uma grande compilação de leis variadas.

Além disso, os códigos devem retratar o pensamento jurídico mais moderno e consentâneo com a realidade, embora deva pretender à duração indeterminada.

¹ A.B. Alves da Silva. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1956. p. 311.

² NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 224.

A elaboração de um código não é trabalho de mera reunião de dispositivos já existentes esparsamente em fontes diversas. Não é tarefa somente de caráter pragmático. Importa sempre atualização científica do Direito. O legislador há de se fundamentar nos costumes, retendo as normas que julgar necessárias, mas agindo com liberdade para inovar, introduzir novos institutos ditados pelo avanço social.

A construção de um código pressupõe o conhecimento científico e filosófico do Direito e requer um apuro de técnica e beleza. Se a ciência fornece os princípios modernos, as novas concepções, a filosofia estabelece as estimativas, o sentido do justo, o critério da segurança. A elaboração de um código exige uma técnica legislativa mais qualificada e o sentido de arte se revela na beleza do estilo, pela *elegantia iuris*, pelo emprego da língua vernácula.³

2. Características

Da própria definição podem-se extrair os elementos que caracterizam um código, traçando-lhe, aliás, a diferença das meras compilações ou consolidações.

O código pressupõe trabalho de sistematização científica de normas, relativas a um ramo ou sub-ramo do Direito. Se o trabalho de reunião dessas normas não for cientificamente organizado, ter-se-á mera consolidação, resultado de um processo legisferante denominado “incorporação”.

O código deve retratar de algum modo os avanços da ciência do Direito. É lógico que deve espelhar as aspirações da sociedade, deve incorporar costumes e normas jurisprudenciais, mas, necessariamente, deve avançar, deve buscar algo mais.

Assim, basicamente, são características dos códigos a sistematização lógica e científica de normas relativas a um ramo do Direito; o retrato das aspirações sociais e a inovação científico-doutrinária.

3. Histórico

Antes de mais nada, é preciso que se esclareça que os chamados códigos da antigüidade não são códigos na acepção mais moderna. São, em verdade, compilações assistemáticas de normas, sem qualquer rigor científico, se comprados aos nossos grandes códigos.

Tendo isso em vista, o primeiro código de que se tem notícia é o Código de Ur-Namu, de aproximadamente 2.050 a.C. O código, também

³ NADER, Paulo. *Op. cit.*, p. 224.

conhecido por “Tabuinha de Istambul”, consagrou a pena de multa em dinheiro.

Outro código da antigüidade foi o de Lipit-Istar de Isin. Mas o mais conhecido foi o de Hamurabi, datando de mais ou menos 2.000 a.C. Este código foi ordenado pelo rei Hamurabi da Mesopotâmia a seu povo, na tentativa de criar um Estado de Direito e “para que o forte não oprima o fraco, para fazer justiça ao órfão e à viúva, para proclamar o Direito do país em Babel...”.⁴ O Código de Hamurabi, diferentemente da Tábua de Ur-Namu, consagrou a lei de talião.⁵

O código mais importante da Antigüidade foi, porém, o Pentateuco, também chamado de Antigo Testamento, dividido em cinco livros: Gênese, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio. Seu núcleo é o Decálogo com os dez mandamentos, que Moisés teria recebido diretamente de Deus. É o mais importante dada sua grande influência no Ocidente e, por essa via, em todo o mundo. Por ser Moisés a grande figura, o grande condutor do povo hebreu, chama-se essa legislação de Lei Mosaica. Moisés teria vivido em, mais ou menos, 1.200 a.C.

No séc. V a.C., mais especificamente em 450, criação do genial espírito romano, foi promulgada a Lei das XII Tábuas.

Essa lei marca a grande evolução do Direito Romano, que deixava de ser empírico e pluralista, tornando-se mais científico e monista.

O último dos grandes códigos da Antigüidade foi o de Manu, elaborado na Índia, entre 200 a.C. e 200 d.C. Reunia princípios jurídicos, religiosos, morais e políticos. Favorecia abertamente a casta brâmane, formada pelos sacerdotes.

Na Idade Média, criaram-se dois grandes corpos legislativos. O primeiro, em 529, denominou-se *Corpus Iuris Civilis*. Mandado fazer pelo Imperador Romano Justiniano, foi a grande compilação do Direito Romano. Aplicado em todo o Ocidente, foi a base de nosso Direito.

Outro código medieval foi o Alcorão, o livro religioso dos muçulmanos, do séc. VII.

A era moderna da codificação teve início no final do séc. XVIII. O primeiro código na acepção atual do termo teve berço na Prússia. Foi o Código Civil, de 1794, no período de Frederico II, embora tenha sido encomendado por Frederico, o Grande. Largamente influenciado pela doutrina de Wolff, caracterizava-se esse código pela concisão e clareza.

⁴ BOUZON, E. *O Código de Hamurabi*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1976. p. 11.

⁵ A palavra “talião” deriva do advérbio latino “*talis*”. *Talis pro tale*, tal por tal, ou seja, para *tal* ofensa, *tal* pena proporcional. Dente por dente, olho por olho.

Embora o primeiro código moderno tenha nascido na Prússia, foi a França o país responsável pela onda codificadora que perdura até nossos dias.

Em 1804, foi promulgado o Código Civil, chamado de “*Code Napoléon*”, graças à influência exercida pelo Primeiro Cônsul. Esse código acha-se até hoje em vigor, com substanciosas alterações, como seria lógico. Diretamente inspirados no código francês, surgiram vários outros, sendo o primeiro, já em 1812, o Código Civil da Áustria.

Mas não só o Código Civil produziram os franceses. Logo em seguida, vieram a lume o Código Comercial e o Penal, o de Processo Civil e o de Processo Criminal, tendo início, pois, o grande processo de codificação do Ocidente.

4. Vantagens e desvantagens da codificação

As vantagens e desvantagens da codificação podem ser resumidas no debate travado entre Thibault e Savigny na Alemanha de 1814.

Thibault, professor em Heidelberg, escreveu pequena obra, intitulada “Sobre a necessidade de um direito comum para a Alemanha”, na qual defendia arduamente a codificação, apontando-lhe as vantagens. O Direito Positivo deve atender a duas exigências, uma de natureza formal e outra de natureza material. As normas devem ser objetivas e claras e devem retratar a vontade popular. Tais metas seriam alcançadas pelos códigos.

Savigny, no mesmo ano, escreveu de sua cátedra em Berlim um livro que se denominou “Da vocação de nossa época para a legislação e a ciência do direito”. Nesse livro, Savigny combate as idéias de Thibault, defendendo os costumes como a fonte mais legítima do Direito. Os códigos, segundo ele, representariam uma ameaça à evolução da ciência do Direito.⁶

De fato, quanto a este último argumento, há mesmo certa tendência a restringir as investigações jurídicas aos lindes do código, haja vista o próprio Direito Civil brasileiro, cujos estudos em muito se limitam ao Código. Mas afirmar que o código é empecilho insuperável, seria menoscar a comunidade científica, que pensa e inova o Direito.

III. A experiência de outros países na codificação do Direito de Família

São poucos os países que, até hoje, codificaram o Direito de Família.

⁶ MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. *Elementos de teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Veja, 1981. p. 240/241.

Na Europa, por exemplo, até onde se saiba, um dos poucos países a proceder à codificação foi a Rússia Soviética. Influenciados por ela, há o código cubano e angolano. Na América Latina, o único país a codificar seu Direito de Família foi a Bolívia.

De todos esses, o mais importante seja talvez o russo.

A codificação do Direito de Família, começou na Rússia logo após a Revolução Socialista; fruto dela, aliás.

Na Rússia pós-revolucionária, houve três códigos de família (1918, 1926 e 1969). O código atual é o quarto da série de leis fundamentais, que têm por escopo a regulamentação da relações familiares. Consiste de 8 livros, 21 capítulos e 170 artigos. Com sua entrada em vigor, todos os institutos básicos do Direito de Família se adaptaram à nova Constituição Federal da Rússia, ao Código Civil e às normas de Direito Internacional recepcionadas pela Rússia. Nas normas do Código de Família, reforçaram-se os princípios democráticos na construção das relações familiares, bem como as garantias da defesa de direitos e interesses dos membros da família.

As medidas oficiais de defesa e manutenção da família se diferenciam já por seu conteúdo. São medidas de caráter sócio-econômico e também jurídico.

A regulamentação das relações familiares se baseia no princípio da autonomia da vontade dos nubentes, homem e mulher, para se unir em matrimônio, e no princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Um dos acréscimos ao Direito de Família foi a inclusão do princípio da prioridade da educação familiar das crianças, preocupação com seu bem-estar e desenvolvimento. Também é de grande importância, principalmente numa Rússia pós-soviética, a disposição que proíbe qualquer restrição aos direitos dos cidadãos dentro da família, a não ser por lei federal e desde que para evitar atentado à moral, à saúde, a direitos ou interesses legítimos de algum membro da família ou de terceiro.

O Código engloba enorme gama de relações familiares, reduzindo ao mínimo qualquer intervenção estatal e dando maior força ao aspecto contratual do casamento e demais relações familiares.

De importância fundamental foram as mudanças referentes às relações patrimoniais entre cônjuges. Diferentemente do anterior, o novo Código estabelece dois regimes de bens: o legal e o contratual. O legal se assemelha ao nosso regime de comunhão parcial de bens, para não dizer que é idêntico. O contratual é livremente pactuado entre os cônjuges, podendo, inclusive, substituir o legal, se por ele teve início o matrimônio. Daí se conclui com obviedade que o regime matrimonial pode ser modificado a qualquer momento, desde que estejam ambos os cônjuges de acordo. Admite-se a

alteração unilateral, mais ou menos nos mesmos casos em que se a admite nos contratos em geral. ⁷

Por fim, outras novidades são a convenção de alimentos entre cônjuges e entre pais e filhos, os direitos das crianças dentro da família, a família adotiva etc. Consagraram-se práticas judiciais e de órgãos como o Ministério Público, curadoria de menores e outros órgãos tutelares. ⁸

IV. Codificação do Direito de Família no Brasil

Estaria o Brasil preparado para um código de Direito de Família ?

Suas opções nesta esfera já teriam sido feitas ? Em outras palavras, o Brasil já traçou os caminhos por onde deve passar a família moderna ?

A idéia de família é um tanto quanto complexa, uma vez que variável no tempo e no espaço. Em outras palavras, cada povo tem sua idéia de família, dependendo do momento histórico vivenciado. ⁹

No Ocidente, a família e tudo o que gira em torno dela nem sempre foi como hoje. Para traçar parâmetro, devemos retroagir no tempo em busca de nossas raízes greco-romanas. Tanto na cultura grega, quanto em sua continuadora, a cultura romana, a idéia de família era bastante diferente da atual.

Para nossos antepassados culturais, a família era corpo que ia muito além dos pais e dos filhos. Sob a liderança do pai, a família era conglomerado composto da esposa, dos filhos, das filhas solteiras, das noras, dos netos e demais descendentes, além dos escravos e clientes. ¹⁰ As filhas e netas que se casassem se transferiam para o poder do marido ou do sogro, se fosse vivo.

O *pater-familias* ¹¹ era, assim, senhor absoluto da *domus*. ¹² Era o sacerdote que presidia o culto aos antepassados; era o juiz que julgava seus subordinados; era o administrador que comandava os negócios da família.

Com o passar dos séculos, o poder desse *pater-familias* deixou de ser tão absoluto assim. Não obstante, a estrutura familiar continuou sendo extremamente patriarcal.

A adoção do catolicismo em nada mudou essa estrutura. Muito pelo contrário, adicionou a ela toda uma carga de patriarcalismo puritano, herança direta do judaísmo pauliano.

⁷ Ptchelintseff, L.M. *Semeinyi kodeks Rossiiskoi Federatsii*. Moskva: Infra- M – Norma, 1996. p. 5/8.

⁸ ANTOKOL'SKAYA, M.V. *et al. Kommentarii k semeinomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii*. Moskva: BEK, 1996. p. XV.

⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. *passim*.

¹⁰ A clientela era formada por homens livres, normalmente escravos libertos e estrangeiros, que se submetiam ao poder de um senhor, oferecendo-lhe seus préstimos e seu patrimônio, em troca de proteção. A clientela desapareceu em Roma no período republicano (510 a.C. - 27 a.C.).

¹¹ Pai de família. Era o pai, senhor absoluto de sua família.

¹² *Domus* significa casa, no sentido de célula familiar. *Household* em inglês.

Com o tempo, porém, o patriarcalismo ocidental vê suas estruturas se balançarem, principalmente após as revoluções modernas e a vitória do livre pensar nos países democráticos. O golpe fatal ocorre nos idos de 1960, com a chamada Revolução Sexual, em que a mulher reclama, de uma vez por todas, posição de igualdade perante o homem. Reclama, enfim, um lugar ao sol.

É também a Revolução Sexual que põe em cheque os padrões morais da sociedade ocidental.

Os gregos e, principalmente os romanos, berço de nossa civilização, podem, de um modo geral, denominar-se liberais relativamente aos costumes e à religião. Em poucas palavras, a cultura antiga praticava o ecumenismo religioso e era muito liberal em termos de costumes, isso se comparada à cultura puritana que prevaleceu desde a Idade Média, até a Revolução Sexual dos anos 60.

A adoção do catolicismo introduziu dois elementos estranhos: o puritanismo judaico e a ditadura religiosa.

O puritanismo judaico, fruto talvez da doutrina de São Paulo,¹³ censurou os costumes, procurando alinhar os homens dentro de estritos limites morais. O resultado, como podemos nós mesmos verificar, foi o império absoluto da hipocrisia.

O homem era e é instigado ao sexo, enquanto a mulher era instigada ao pudor. A contradição é óbvia. Como poderia o homem praticar o sexo em abundância, como era instigado desde a infância a fazer, se à mulher eram proibidos o prazer e o sexo fora do casamento? Com quem haveria o homem de se deitar? A resposta é evidente: com prostitutas ou com outros homens. Mas tanto a prostituição, quanto o homossexualismo eram severamente censurados. Quanta complicação, quanto tabu, quanto preconceito, quanta hipocrisia em torno de algo tão simples, natural e, acima de tudo, prazeroso: o sexo.

Foi somente após a Revolução Sexual dos anos 60, de nosso Século XX, que as coisas começaram a melhorar.

Em primeiro lugar, a Igreja Católica começa a rever sua doutrina, em busca do verdadeiro cristianismo; aquele do amor ao próximo e da responsabilidade. A única regra moral é a do amor ao próximo. Tudo o que não ferir esta norma é moral, é permitido ou, quando nada, tolerado. O ser humano é responsável por seus atos e por seu destino. Cada indivíduo tem livre arbítrio sobre sua vida e seus caminhos.

Talvez por isso mesmo, por estar se voltando para o verdadeiro cristianismo, dando aos homens a oportunidade de se amarem livremente e atribuindo-lhes toda a responsabilidade por seu destino, talvez por isso, a

¹³ KERSTEN, Holger. *Jesus lebte in Indien*. München: Drömer/Knaur, 1983. p. 34/35.

Igreja Católica venha perdendo adeptos para igrejas de perfil medieval, como as que vemos proliferar a todo momento, em todo canto. Parece que as pessoas não conseguem viver livres, sem a sombra do pecado, sem os grilhões do demônio. Em certos cultos pretensamente cristãos, fala-se mais do diabo que de Deus.

Fato é, porém, que a família contemporânea mudou, apesar das forças reacionárias.

Embora continue patriarcal a sociedade, o homem, hoje, já não exerce mais a liderança absoluta em sua casa. O papel da mulher se torna cada vez mais ativo e importante. O sustento do lar é provido por ambos; os papéis ativo e passivo se revezam. Em outras palavras, hora manda o homem, hora manda a mulher. Depende do assunto e do momento.

Daí, pode-se muito bem conjecturar, que, na atualidade, masculino e feminino sejam talvez, antes de tudo, papéis exercidos por cada um de nós, em diferentes conjunturas. Na verdade, se levarmos em conta que masculino é o que manda, é o ativo e feminino o que obedece, o passivo, verificaremos que nem sempre será o homem a exercer o papel masculino e a mulher o feminino. Muitas das vezes, pode observar-se certo revezamento de papéis. Ora manda o homem, ora a mulher. Há também e ainda as distorções, ou seja, há casais em que o homem sempre manda e a mulher sempre obedece, ou vice-versa.

Com base nessa tese de que masculino e feminino, ativo e passivo respectivamente, são na verdade papéis exercidos por homens e mulheres de modo alternado, com base nisso, a concepção de família vem mudando. Há ordenamentos jurídicos que já reconhecem a união entre indivíduos do mesmo sexo como entidade familiar, conferindo-lhe proteção legal adequada. Devemos ter em mente que, se, por um lado o sexo genital é o mesmo, por outro lado os papéis desempenhados pelo casal são diferentes, ou seja, masculino e feminino, alternadamente, ora por um, ora por outro.¹⁴

No Brasil, muito já se avançou desde a laicização do Direito. A Constituição Federal de 1988 considerou célula familiar a união estável entre homem e mulher ou entre qualquer um dos pais e seus descendentes. Com isso, deu-se o pontapé inicial para nova visão de família. Em outras palavras, o primeiro passo foi dado: desvinculou-se família de casamento. Dado o primeiro passo, o terreno tornou-se fértil para novos avanços, e o legislador não perdeu tempo. Duas novas leis, uma em 1994 e outra em 1996, foram editadas para regulamentar e dar proteção ao concubinato puro, não

¹⁴ LACAN, Jacques. O seminário. Rio de Janeiro: Zahar, 1995. *passim*. ROUSTANG, François. *Lacan - do equívoco ao impasse*. Rio de Janeiro: Campus, 1988. *passim*.

adulterino. Outras ainda virão, em seu devido tempo, a despeito da ferrenha oposição de alguns retrógrados e de outros tantos falsos profetas.

Mas qual seria o futuro da família ocidental ?

Responder a essa pergunta é impossível. As injunções históricas são as mais sub-reptícias, mudando o curso de todas as previsões que se possa fazer. As inovações e descobertas médicas revolucionam o mundo moderno a cada instante.¹⁵ O tema deve ser analisado, porém, da forma mais aberta possível, sem preconceitos ou falsos critérios religiosos. O amor ao próximo deve ser a única regra a nos guiar nesses meandros tão conturbados.

À guisa de conclusão e diante de tudo o que se acaba de expender, pode-se afirmar que o Brasil já fez suas opções na esfera familiar. Já traçou seus caminhos. Está, em outras palavras, pronto para codificar o Direito de Família.

A codificação deve ser, porém, fruto de ampla discussão com toda a sociedade, exatamente para retratar seus anseios, suas aspirações. A lei não se pode divorciar do meio a que visa regular, há de ser produto dele, embora possa e deva inovar.

¹⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica. *In: O Sino do Samuel*. Belo Horizonte: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, março-97.