

A SITUAÇÃO DA FAMÍLIA NO DIREITO (*)

JORGE S. ANTONI

I — *Introdução* — Nas Terceiras Jornadas de Direito Civil, realizadas em San Miguel de Tucumán, debateu-se sobre a conveniência da adoção ou não, como regime convencional, o da separação de bens. O Dr. ALBERTO G. SPOTA propunha o seguinte: “Ao contrair-se o casamento, ou antecipadamente, poder-se-á pactuar o regime de separação de bens” (1). O relato do Dr. ALBERTO D. MOLINÁRIO apresentava a seguinte proposição: “Não é justo, nem necessário, e tampouco conveniente, para a sociedade argentina atual, a adoção da separação de bens como regime convencional”. Outras teses, versando sobre Direito Sucessório, foram discutidas e aprovadas. Na reunião plenária, antes de ser tratado o ditame da Comissão da Maioria, uma moção de ordem impediu fôsse considerado o ponto relacionado com as sociedades de fato, intercaladas como variante às moções antes transcritas. Conseqüentemente, não foi possível levar a público os fundamentos levados em conta pela Comissão para aconselhar o enfoque dêsse problema e nem tiveram oportunidade, os outros membros, de opinar sobre os inconvenientes de ser tratado numa Jornada de Direito Civil, assuntos relacionados com o Direito de Família que, no entender dessas pessoas, embora a matéria conste do Código Civil, não é precisamente daquelas que entrem nessa esfera. Em moção posterior foi sugerida a idéia de que o tema podia ser enfocado nas Jornadas que iriam realizar-se em Córdoba, em 1969.

Últimamente, tem-se discutido se o Direito de Família e o Direito Sucessório são temas do Direito Privado; e ainda mais, se estando neste Direito devam ser incluídos no Civil (3). A prova de sua transcendência são os projetos e discussões havidos na França visando modificar o Código Civil, e especialmente na Alemanha onde se substituiu o Código Civil pelo Código Popular Alemão, onde o problema foi tratado com extensão e clareza. Acrescentemos a isto as diferenças existentes com respeito a inclusão na codificação civil americana o Direito de Família, nos trabalhos da Comissão designada em Bogotá, em 1948, e as declarações das autoridades eclesiásticas a respeito

(*) Extraído da *Revista Jurídica* (n.º 20, 1969, Tucumán, Argentina, páginas 17/33). Tradução de S. L. Turner Barros González.

(1) *Terceiras Jornadas de Derecho Civil. Boletín n.º 1*, p. 55.

(2) *Idem*, p. 57.

(3) Por ora tratamos o referente ao Direito Sucessório, que de um lado se vincula com a propriedade e do outro com a família. Oportunamente ampliaremos êste trabalho.

da incorporação do mesmo no Código-Mãe. Nas jornadas de Juristas realizadas em Lima, em dezembro de 1951, a iniciativa da Faculdade de Direito da Universidade Mayor de San Marcos, aprovou-se o seguinte: "O Direito Civil não integra o Direito Público, nem se constitui num ramo autônomo; integra o Direito Privado e dentro dêste o Direito Civil". Resulta fácil compreender a importância do tema e tentar enfocá-lo nas Jornadas de Direito Civil ou em publicações que se relacionem com elas.

II — *Situação da Família dentro dos Códigos e a Doutrina.* a) *Dentro do Direito Privado.* — Segundo a trajetória do Código Civil Francês, os diversos códigos que se inspiraram nêles seguiram êsse plano sem discussão.

Na Seção II, do Livro I, o Código Civil Argentino trata "Dos Direitos Pessoais nas relações de Família". No Título II, da Seção III, refere-se aos "Direitos Pessoais nas Relações Civis". A seguir apresenta normas sôbre o Direito Sucessório ao tratar o ponto "Da transmissão dos Direitos por morte das pessoas às quais correspondiam". Logo, quando regula diversas instituições, vincula-as com o estado de família. A única variante nos códigos que admitem pertencer ao Direito Privado o Direito de Família, é o lugar no qual se situará dentro da Codificação, dado que se se julgar ser uma consequência da personalidade, é lógico limitá-lo no livro dedicado às pessoas, no entanto, se se achar haver uma comunidade, o colocaremos na parte em que se regulamenta esta.

No Código Civil Alemão o assunto é tratado no Livro IV — "Direito de Família", arts. 1.297 e 1.921. O Código Civil Português, recentemente pôsto em vigência, situa o tópico no Livro IV, arts. 1.576 e seguintes. O Suíço, no Livro II, enquanto que o Francês e o Italiano o fazem no Livro I.

A doutrina, em geral, tem mantido-se fiel em considerar o Direito de Família dentro do Direito Privado. Além d'isso, grande número de autores o enquadram também dentro do Direito Civil, no caso em que êsse se situe como parte do Direito Privado.

HEINRICH LECHMANN (4), referindo-se à questão, diz: "É o Direito de Família uma parte do Direito Privado. Em harmonia com seus fundamentos acha-se o Direito Social. Só excepcionalmente têm suas normas caráter de Direito Público". Depois, ao fazer profunda análise dos Direitos Público e Privado, encontra normas que têm o caráter de Direito Público e salienta: "No Direito de Família do B.G.B. encontram-se também normas com tais características como ocorre em matéria de Direitos Reais".

OERTMANN (5) diz, referindo-se ao mesmo problema: "Dêste modo resulta como terceiro dos grandes ramos do Direito Privado junto às duas partes do Direito Patrimonial, o Direito de Família".

LÓPEZ ORTIZ (6) coloca a Família no Direito Privado e em sua Nota n.º 19 refere-se ao Casamento: "O Matrimônio, segundo a jurisprudência muçulmana, é um contrato de mero Direito Civil, pelo qual um homem asse-

(4) LECHMANN, H., *Derecho de Familia*, Madrid, ed. 1953, pág. 12.

(5) OERTMANN, P., *Introducción del Derecho Civil*, pág. 29, Ed. Labor.

(6) LÓPEZ ORTIZ, J., *Derecho Mussulmán*, pág. 153.

gura o direito de desfrutar fisicamente de uma mulher, mediante o pagamento de uma quantia e com a obrigação de custear-lhe a alimentação". A Tutela a pressupõem e a apoiam na idéia da representação, estudando-a no Título "Dos Contratos", vinculando-a com o Contrato de Mandato" (7).

É o seguinte o pensamento de MOURLON (8) sôbre êste mesmo ponto: "Não obstante, há entre elas algumas que, por certa analogia, formam um direito público *sui-generis*: tais são as leis relativas à Família que constituem o pátrio-poder. Elas pertencem, evidentemente, ao Direito Privado, desde que abranjam relações privadas, quer dizer, de particular a particular. Sem dúvida, são também de Direito Público porque têm por objeto não só interesses pecuniários, como também a ordem geral do Estado, o interesse público".

SANCHEZ ROMÁN (9) nos dá uma noção do que é Direito Civil e de seu ponto de vista: "O Direito Civil é formado da reunião do Direito de Família e do Privado pròpriamente dito, o que dá ao Direito Civil um marcadíssimo caráter de interesse particular, restringindo-se o Direito de Família à assistência, autoridade e obediência entre seus diversos membros, enquanto o Direito Privado, restringido a disciplina das relações reciprocas entre os cidadãos, de modo a proteger os interesses particulares dos mesmos".

BARASSI (10) faz-nos notar em sua obra como o Direito de Família vai se impregnando de um sentido público, o que se nota de forma evidente no Código Civil Italiano. Vê no Direito de Família uma zona de Direito Público, mas lhe parece exagêro colocá-lo dentro dêle, já que na família há também princípios fundamentais de solidariedade afetiva que justificam a ação privada dentro da casa paterna.

No Direito Argentino, DÍAZ DE GUIJARRO (11) referindo-se à proposição que apresentou ao Congresso de Lima, intitulada: "O Direito de Família como parte integrante do Direito Civil, ante a tendência de unificação do Direito Privado", (pág. 283), depois de refutar a Cicú, salienta: "Se bem que nos apoiamos nas razões fundamentais, antes expostas, que afirma ser, por natureza, o Direito de Família parte integrante do Direito Privado." Todavia, um pouco antes (pág. 270) lê-se: "A conclusão prática que se extrai da renovação da técnica legislativa, é que agora o Direito de Família compõe-se de duas categorias de regras: umas orientadoras ou básicas — as constitucionais — e outras, reguladoras — as civis".

BORDA (12), referindo-se ao problema da situação, opina: "O Direito de Família constitui parte do Direito Privado, e mais precisamente, do Direito Civil. A nosso ver, a pretensão de desligar a família do Direito Privado importa num contra-senso".

(7) LÓPEZ ORTIZ, ob. cit., pág. 154.

(8) MOURLON, F., *Estudios sobre el Cód. Civil Francés*, Tomo I, págs. 16/17, ed. 1903.

(9) *Estudios del Derecho Civil*, Tomo I, pág. 68.

(10) BARASSI, L., *Istituzioni di Diritto Privato*, 2.^a ed., Giuffré, Milán, 1940, pág. 342.

(11) DÍAZ DE GUIJARRO, E., *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo I, página 271.

(12) BORDA, G., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Família, Tomo I, páginas 9 e 11.

HUGO FERRERA (13), na parte final de seu trabalho, expõe: "Em todo caso, sendo a zona do Direito que mais se relaciona com o sentimento humano, mais profundo e entranhável, não há dúvida de que é e deverá continuar sendo, em tal sentido, Direito Privado".

Na literatura jurídica argentina, há sobre o problema um grande número de trabalhos qualificados, mas não nos referimos a eles dada a sua quantidade, considerando que servem de exemplo os já citados, aos quais acrescentamos a opinião do Prof. LINARES QUINTANA, por tratar-se de uma obra de Direito Constitucional (14), o qual reconhece a íntima vinculação existente entre o Direito de Família e o Direito Constitucional (14). Por outro lado, a Côrte Suprema também tem feito notar esta vinculação (15), quando declara, referindo-se aos direitos de família: "Também estão implicitamente protegidos na Constituição de 1853".

Os que sustentam a tese precedente, aceitam a renovação que tanto na Legislação dos diferentes países, como na nossa, tem-se realizado com as novas leis que regulam as relações familiares.

Entre seus sustentadores há uma divergência a respeito do papel da vontade, e alguns aceitam, como certo, que é mais modesta na família do que em outras instituições, enquanto outros consideram que a vontade privada na relação familiar mantém sua eficácia plena.

Tem-se afirmado que não se pode aceitar a existência de uma vontade familiar diferente da de quem a expressa e exerce seu direito. Não cabe fazer distinção entre o indivíduo como membro da família, separadamente considerado. A finalidade da Família não estaria constituída pelos fins queridos pelas pessoas, mas pelo objetivo superior da sociedade, o que justifica a intervenção do Estado, mas na realidade, todo o Direito Privado está construído sobre preceitos limitativos da autonomia da vontade, como se pode ver nos Direitos Reais, nos atos em que se exige escritura pública, capacidade, etc.

Sustenta-se que devemos ter em conta o sujeito da relação jurídica: se o sujeito é o particular, ou o Estado intervindo no caráter de simples pessoa jurídica, estamos diante de uma relação privada. Quando o Estado intervém como poder público, estamos diante de uma norma de Direito Público.

b) *Direito Autônomo* — Numerosos Códigos têm-se inspirado neste conceito, entre eles os da Rússia, Iugoslávia, Bulgária, Checoslováquia, aos quais devemos juntar os "Códigos do Menor", surgidos em vários países, nos quais é evidente a preocupação do Estado pela educação da família, impondo em tal sentido uma série de deveres aos pais e, ao mesmo tempo, assumindo o Estado responsabilidades em relação à família.

Em nosso país foram criadas algumas leis, como a de n.º 14.394 e a n.º 15.244, com modificações posteriores, para a proteção do menor, nas quais o Estado intervém diretamente na proteção à infância, e nelas vemos realçada a importância social da família.

(13) FERRERA, H., *El Derecho de Familia en la Sistemática Jurídica*, ano 1943.

(14) LINARES QUINTANA, S., *Derecho Constitucional*, Tomo I, pág. 372, n.º 486.

(15) *Fallos de la Corte*, Tomo I, pág. 770.

Dêste ponto de vista doutrinário, é evidente que os trabalhos do professor CÍCÚ (16) são os que têm tido maior repercussão, na questão de excluir o Direito de Família da esfera do Direito Privado e têm provocado a crise que já se vislumbrava nas opiniões de LORIA e PISANELLI. Aquêlê autor sustenta não se poder aplicar os princípios do Direito Privado ao Direito de Família, o que não significa tampouco incluí-lo no Direito Público, por não ser rigorosamente tal, apesar de dever ter um lugar autônomo entre o Direito Público e o Privado, criado autônomoamente.

O mestre de Bolonha entra na análise da relação privada e encontra elementos diferentes e opostos na mesma, enquanto que na relação familiar não existem senão vontades convergentes na satisfação de um interesse único. A relação própria do Direito de Família se dá, por certo, entre indivíduos, não como tal, mas como membros de um organismo familiar. O que se disciplina é o interesse unitário e superior que a família deve satisfazer, unificando-se as vontades em sua consecução.

A família não é um ente público, porquanto os interesses que deve cuidar não são, como os dos entes públicos, interesses da generalidade, pois não estão organizados como esta. A bi-partição do Direito em definitivo deve ser substituída pela tri-partição, dado os caracteres particulares que assume o agregado Família no quadro da sociedade. Esta característica particular é fácil de ser comprovada, pois se levarmos em conta que no sentido da palavra nada há de mais privado que os interesses e a vida conjugal, sem dúvida a lei não deixa aos esposos liberdade de constituir nem de regular, tampouco dissolver suas relações. Não há liberdade de constituição, porquanto é indispensável no casamento, no reconhecimento dos filhos, como na adoção, a intervenção de um funcionário civil. Não há liberdade de regulação, porquanto os deveres e direitos dos cônjuges estão predeterminados e os esposos não podem subtrair-se a êles mediante pactos, nem sequer podem regular as relações patrimoniais. Não há liberdade também para extingui-lo, pois as leis não admitem o divórcio, ou, quando o admitem, é sob certas condições especificamente determinadas.

DE RUGGIERO (17) analisa as características próprias do Direito de Família; a natureza específica da relação jurídica familiar e o conteúdo diverso dêste tipo de relações com o Direito Privado. Encontra no Direito de Família o predomínio do fator ético sôbre o estritamente jurídico, e, ao compará-lo com o Direito Privado, nota a limitada aplicação que tem naquele a autonomia da vontade.

A síntese dessas idéias é que, em virtude das singularidades do conteúdo, conduzem à conclusão de que o Direito de Família se destaca nitidamente das outras partes do Direito Privado, embora não se possa afirmar seja um Direito Público, sendo evidente as diferenças entre ambos.

(16) CÍCÚ, *El Derecho de Familia*. Tomo 1914. La Filiación; ed. Madrid, 1930.

(17) DE RUGGIERO, Roberto; *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, páginas 1 e 2.

Os irmãos HENRY e JEAN MAZZEAUD (18), ao falarem da natureza jurídica da família, na introdução, dizem: "A Família não tem, no Direito Francês, personalidade moral; seria de desejar que tal se lhe conferisse". Mais adiante acrescentam: "Os juristas compreenderam existir um direito familiar, ramo distinto do Direito Civil. A família conquistou direito de cidadania no âmbito jurídico". No entender destes autores, falta percorrer, todavia, um longo caminho, devendo ser incluída nesse Direito de Família as regras relativas aos regimes matrimoniais e o relacionado com liberalidades.

Sob êsse ponto de vista sustentam que, por terem ignorados os redatores do Código Civil Francês, a Família como tal, a coletividade constituída pela família não está beneficiada nesse direito com o reconhecimento de uma personalidade moral. Entendem ainda que a violação de alguns direitos que entram na esfera familiar deveriam dar origem a ações intentadas pelo representante da família, e não a ações propostas individualmente por cada um dos membros, como seja o direito ao nome, à honra ou à violação de afeições legítimas. Por fim, acham necessário um exame profundo do problema para dar-lhe regulamentação precisa, não se devendo, de forma alguma, fugir ao estudo do tema.

Nas páginas 17 e seguintes, tratam sôbre a obra de RENÉ SAVATIER, autor do projeto preparado pela sociedade de estudos legislativos sôbre a personalidade moral da família, e também sôbre a de JEAN DABIN, que contradiz os aspectos mais importantes desta teoria.

C) *Direito Social* — Em algumas Constituições, como na reforma feita à Argentina em 1949, a família e os direitos que a esta eram reconhecidos, situavam-se dentro de um capítulo especial, conjuntamente com outros direitos denominados "Direitos Sociais", como os Direitos do Trabalhador, da Velhice, da Educação e da Cultura. O Art. 37, Título II, "Da Família", dispõe que, como núcleo primário e fundamental da sociedade, seria objeto de permanente proteção por parte do Estado, reconhecendo seus direitos no que respeita à sua constituição, defesa e cumprimento de seus fins. Mais adiante, refere-se a que o Estado protegerá o casamento, garantindo a igualdade jurídica do cônjuge, sendo o pátrio-poder formar a unidade econômica familiar, o bem de família, e velará pela atenção e assistência à mãe e ao filho. Franca-mente, esta modificação constitucional refere-se à família como núcleo e lhe reconhece direitos que têm caráter social, como os demais que se enumeram no Capítulo III. É certo que a propriedade privada também é protegida, mas, como se pode ver no art. 38 destas reformas, fala-se dela de maneira bem diversa da família e faz-se uma diferença na utilização do campo entre cada lavrador ou família de lavradores, no tocante à possibilidade de convertê-la em proprietária da terra que trabalha. Na reforma de 1957, depois de um longo debate, fêz-se um enunciado dos direitos sociais e, entre êles, a atual Constituição reconhece a proteção integral à família, a defesa do bem de família, a compensação econômica familiar e o acesso a uma moradia digna.

(18) MAZZEAUD, H. e J., *Derecho Civil*, Parte I, *La Familia*, págs. 2, 4 e 9. E. Jurídica Europa-América.

Na Conferência Interamericana da Guerra e da Paz, entre as resoluções adotadas no Palácio de Chapultepec, trata-se da preservação da vida da família conjuntamente com os demais direitos sociais, e ao fazer declarações no Ponto III, diz: "A família, como célula social, é instituição fundamental, recomendando-se que o Estado dite as medidas para assegurar sua estabilidade moral, seu melhoramento econômico e seu bem-estar social" (19).

Esta conceituação que considera o Direito de Família um verdadeiro direito social generalizou-se entre os tratadistas alemães ao discutir-se o projeto do Código do Povo. BINDER (20) sustentou esta posição, sustentando dever ser eliminados da codificação, que se projetava, o matrimônio e a família. NIPPERDEY (21) expressava seu ponto de vista da seguinte maneira: "Bem sei que os precedentes abonam a inclusão do Direito de Família na codificação privada; sem embargo, não é possível que o Direito de Família seja autêntico Direito Privado. É matéria que reclama, fora a codificação do Direito Privado, uma regulação unitária sobre a base do reconhecimento e amparo da personalidade e da família como célula originária que é do povo e da raça". Este autor não só considera, em sua obra, que o Direito de Família se encaixa no Direito Social, como também o Direito Sucessório, que deveria ser legislado conjuntamente com o de família. Juntemos esta opinião à de LECHMAN, já citado, o qual embora aceite seja a família situada no Direito Privado, reconhece que em harmonia com seus fundamentos, ela é Direito Social.

Apesar do Direito de Família ter sido inserto no Projeto do Código do Povo, de forma alguma poderemos supor que se mantenha o sentido privatista da instituição.

III — *Conceito de Direito Público, Privado e Direito Social* — Já no Direito Romano se distinguia o Direito Público do Privado, e ULPIANO assinalou sua diferenciação jurídica, dizendo (22): "Dois são os aspectos deste estudo — o público e o privado. O Direito Público refere-se ao estado da coisa romana; o Direito Privado, à utilidade de cada indivíduo, pois uma coisa são úteis públicos e outras, privadamente". "O Direito Público consiste nas coisas sagradas, as dos sacerdotes e as dos magistrados. O Direito Privado consta de três partes, pois compõe-se dos preceitos naturais das pessoas ou civis". Estes princípios de diferenciação completavam-se mais adiante e PAPIANO (23), nas questões do Livro II, dizia: "O Direito Público não pode ser alterado por pactos de particulares". Mais adiante concluía (24): "A convenção dos particulares não derroga o Direito Pú-

(19) Aprovada na Sessão Plenária de 7-3-1945. A Ata de Chapultepec foi ratificada pela Lei n.º 12.837.

(20) Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für die Erneuerung des Privatrechts, na obra coletiva intitulada Zur Erneuerung des Bürgerlichen Rechts. C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung-Munich e Berlin, 1938.

(21) Das System des bürgerlichen Rechts, ob. cit.

(22) *Digesto*, I-I — F.R. 1.º e P. 2.

(23) *Digesto*, II-XIV, F.R. 38.

(24) *Digesto*, L-XVII, F.R. 45, P. 1.

blico". As normas relativas à conservação dos bens dos menores e as ações contra os tutores e curadores também integravam o Direito Público (25).

A harmonia da distinção perdurou através dos séculos, mas foi quebrada na Idade Média pela ação de duas causas diversas: por um lado a Igreja, que por cima do Estado e de seus fins, afirmava propósitos espirituais e ultraterrenos, chamava o indivíduo à vida interior do espírito e à consciência de uma lei e de um direito anterior e superior à vontade e ao arbítrio dos homens; por outra parte foi a dissolução do Estado e seu ulterior ressurgimento, depois de um longo período de anarquia do Estado Feudal, com tendência abertamente absolutista, incompatível com a liberdade e aspirações do indivíduo, já consciente de sua individualidade como pessoa moral (26). O problema, através dos tempos, foi estudado e analisado exaustivamente por filósofos como HOBBS, que levou até suas últimas conseqüências o princípio do absolutismo, e GRÓCIO que coordena o Direito Privado com o Público, aos quais devem ser acrescentados outros, como PUFENDORF, LEIBNITZ, THOMASIIUS, MONTESQUIEU e ROUSSEAU.

Através da História têm-se esboçado inúmeros critérios para fazer a distinção entre as duas categorias de leis que devem pertencer a um ou outro ramo. Em primeiro lugar, com a teoria romana que surge dos textos e que dá a chave da distinção, que se encontra no interesse que predomina. Para outros, o que determina a distinção é o sujeito da relação (27); vimos diante de uma norma de Direito Público quando o Estado atua nesse caráter, quer dizer, como poder público; mas se o Estado intervém como pessoa jurídica na relação, ou são integrantes destas particulares, encontramos-nos frente ao Direito Privado. Outros nos falam de um conceito de subordinação; quando o indivíduo está sujeito ao Estado, as normas se enquadram dentro do Direito Público, enquanto que uns terceiros sustentam que, quando há coordenação, estando os sujeitos no mesmo pé de igualdade, penetramos na esfera do Direito Privado. Por outro lado, pode-se fazer distinções entre normas distributivas e adaptativas. Estas referem-se a normas que atingem a todos os integrantes da sociedade, enquanto que as primeiras visam a indivíduos ou particulares determinados.

Além dos defensores da necessidade da perdurabilidade da classificação, há os que não vêem possibilidade da mesma ser mantida. DUGUIT, após interessante estudo, que marca a diferenciação, afirma que mantê-lo é algo artificial, mas que, sem dúvida, existem razões metódicas que tornam conveniente a distinção tradicional. KELSEN a qualifica como funestíssima e salienta, por outro lado, que existe um verdadeiro caos de opiniões quanto à apreciação de qual é o conceito de um e de outro.

O mestre argentino BUNGE (28), referindo-se à distinção, expressa: "É só histórica, não responde a exigências universais e permanentes, não apresenta um critério acomodável a tôdas as circunstâncias, nem explica uma

(25) PLANAS Y CASALS, José, *Derecho Civil Español*, tomo I, pág. 2, n.º 3.

(26) SOLARI, G., *Filosofia del Derecho Privado*, tomo I, págs. 9 e 10.

(27) BORDA, G., *Derecho Civil, Parte General*, tomo I, pág. 24, n.º 15,

Ed. Perrot, 1953.

(28) BUNGE, O., *El Derecho*, págs. 331 a 339.

essencial diferenciação no conceito do Direito". SPOTA (29) nos faz notar sem identificar, que na atualidade chegou-se a negar a dualidade entre Direito Público e Privado e se disse que entre os mesmos só existe uma diferença de grau. Na nota das páginas 10, 11 e 12, fala-nos especialmente das teorias desenvolvidas na Alemanha, sobretudo as de NIPPERDEY e de HEDEMANN, para referir-se à opinião de KELSEN, exposta na obra "Teoria Geral do Estado".

Analisando esta distinção clássica, GIERKE estuda a onipotência do Estado Moderno preparado pelo Estado Absoluto por um lado e o individualismo pelo outro, e busca encontrar uma fórmula conciliadora que seria o organismo a cuja personalidade superior o indivíduo se incorpora como membro. A classificação bipartida acrescenta uma terceira categoria: O Direito Social, que tem por conteúdo a incorporação do indivíduo à comunidade organizada. O Direito Social se inspiraria tanto em valores individuais como em valores coletivos. GURVITH trata também separadamente o Direito Social, distinguindo-o do Direito Privado, onde se dão relação de coordenação, enquanto que no Direito Público o vínculo é o da subordinação. EHRLICH, fundador do espontaneísmo jurídico, faz também menção deste direito autônomo, criado por organismos intermediários entre o Estado e o povo. HAURIUO, refere-se ao Direito institucional e, embora não coincida com a idéia corporativa de GIERKE, é evidente que tem sua similitude, quanto ao conceito de comunidade como meio de realização.

ANTONI (30) situa também na divisão clássica o Direito Social e depois de fazer uma análise entre o Direito Público e o Privado, estima que se ambos interesses são limitados em seu exercício, a finalidade que perseguem, é evidente que as normas que servem a êsses efeitos, inspiradas na solidariedade que tem por sujeito aos entes coletivos, constituem um novo Direito: o Social. Mais adiante acrescenta que em seu entender a diferença substancial se encontra na forma da relação jurídica desde que em tôdas elas gravita a interdependência. A relação no Direito Público é entre o sujeito hierárquico e o sujeito secundário. No Direito Privado a relação não reconhece a existência de nenhum sujeito hierárquico e as obrigações e deveres nascem da vontade unilateral ou plurilateral. A relação no Direito Social é de pessoas beneficiárias ou não-beneficiárias, os contribuintes, e a sociedade que está representada por entes coletivos. Nos dois primeiros direitos existe um poder de exigibilidade unilateral, desde que a contra-prestação ainda nos contratos é obrigação e dever. No Direito Social, pela natureza da relação, quando se exercita um direito, cumpre-se com um dever e é recíproca a exigibilidade de quem está obrigado por seu exercício.

Sobre a existência do Direito Social alguns não têm dúvida, mas o evidente é a imprecisão referente a seus verdadeiros contornos jurídicos, pois alguns o reduzem ao Direito do Trabalho e ao Direito da Previdência Social, identificando-os assim êstes com aquêle, enquanto outros lhe dão muito maior

(29) SPOTA, A., *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, *Parte General*, vol. I, págs. 9-10.

(30) ANTONI, N., *Mentalidad Jurídica Revolucionária*, pág. 95.

amplitude. Pode ver-se, para formar uma idéia concreta do conceito, as obras de CESARINO JÚNIOR (31), DEVEALI (32), PÉREZ BOTIJA (33), CASTÁN TOBEÑA (34) e outros.

IV — *Conceito de Direito Civil* — A palavra “civile” como adjetivo do Direito, encontra-se na terminologia jurídica romana, mas ela ainda neste Direito e através dos tempos, teve diversos significados e alcances. Nas “*Institutas*”, GAYO (35) referindo-se ao Direito Civil, disse: “O direito que um povo qualquer constitui para si mesmo, é próprio da mesma cidade e se denomina Direito Civil; mas o estabelecido pela razão natural entre todos os homens, igualmente observado por todos os povos, se denomina “Direito das Gentes”, porque dêste Direito usam todos os povos”.

O “*Jus Civile*” foi usado também em oposição ao Direito do Pretor (36) e segundo PAPINIANO o Direito Civil é o dos príncipes e autoridades dos jurisconsultos, enquanto o Direito Pretoriano é o que por razões de utilidade pública introduziram os pretores para ajudar, suprir ou corrigir o Direito Civil, o qual também se denomina honorário, tendo recebido esta denominação em favor dos Pretores.

Em ambos já se antevê o antagonismo com outros Direitos.

No século XIII, com o nascimento das Universidades, o termo “Direito Civil” referia-se também ao de cada cidade e assim se falava dêle para mencionar o Direito dos atenienses ou o Direito Romano. Também era usado em oposição ao Direito Canônico e nisto coincidia com a segunda interpretação do Direito Romano quanto ao “*Jus Civile*”, direito rígido, modernizado e temperado por aquêle Direito.

Em 1864, JUAN DONAT em “*As Leis Civis segundo a ordem natural*”, identifica o Direito Civil com o Direito Privado de cada país. No mesmo sentido POTHIER, que inspirou o Código Civil Francês. Êste identificou o Código Civil com o Direito Privado, excluindo dêste Direito, sem dúvida, o Direito Mercantil. Êste conceito, por sua vez, surge do informe de PORTALIS e é o que aceitou o Conselho de Estado e o Corpo Legislativo, bem assim todos os autores que comentam o Código Civil Francês. MOURLON (37), definindo o Direito Civil, diz: “É o conjunto de leis que são próprias dos membros da Nação que as tem feito; é o Direito da cidade, o *Jus cititatis*. Assim, nosso Direito Civil compreende tôdas as leis que são especiais aos franceses”. Na nota a êste parágrafo, completa: “Dou aqui ao termo *Direito Civil* seu sentido histórico e científico; mas devo esclarecer que hoje em dia, na ciência atual

(31) CESARINO JÚNIOR, *Direito Social Brasileiro*, tomo I, pág. 26 e segs.

(32) DEVEALI, *Lineamento del Derecho del Trabajo*, 1956, pág. 58 e segs.

(33) PÉREZ BOTIJA, *Curso del Derecho del Trabajo*, 1955, pág. 6 e segs.. em especial notas 11 a 14.

(34) CASTAN TOBEÑA, *El Derecho Social* (sobre critérios de definição e vinculação dêste direito), na *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1941, Madrid, pág. 503.

(35) GAYO, *Institutas*, I-II, pág. 2.

(36) Fragmento 7, t. I, L. I do *Digesto*.

(37) MOURLON, *Código Civil Francês*, 1903, tomo I, pág. 15, n.º 9 e nota 13.

do Direito, como na prática, os vocábulos *Direito Civil* se empregam por oposição aos termos do Direito Público. O Direito Civil é o Direito Privado. Algumas vêzes também é tomado por oposição ao Direito Comercial ou ainda por oposição ao Direito Criminal”.

ENNECCERUS, KIPP e WOLF expressam: “O Direito Civil é Direito Privado, é o reverso do Direito Público” (38). Êstes autores tomam o Direito Civil como o Direito Privado vigente na Alemanha para todos os cidadãos. Mais adiante deixam claro que não pertence ao Direito Civil estrito o Direito Mercantil, o Direito Industrial, o Direito do Trabalho e o Direito Sôbre Bens Imateriais.

BORDA (39), nos diz que o Direito Civil é Direito Privado. Dêle foram se desagregando os ramos restantes do Direito Privado. Mas essa separação não é total, porquanto tais ramos separados não possuem uma completa autonomia, não podem por si só resolver todos os problemas jurídicos que se apresentam aos comerciantes, operários e lavradores. Em outras palavras, carecem de integralidade. Para êste autor, o Direito Civil é fundamentalmente Direito Privado, tendo caráter de subsidiário para as divisões. Define-o assim: “Direito que rege o homem como tal, que rege suas relações com seus semelhantes e com o Estado, quando êste atua em seu caráter de pessoa jurídica, desde que estas relações tenham por objeto satisfazer necessidades de caráter humano”.

SALVAT (40) em sua obra, nos dá um duplo conceito: um analítico e outro sintético. Sôbre o primeiro nos diz: “Na atualidade o Direito Civil não compreende nem sequer a totalidade do Direito Privado, sòmente uma parte dêle; de direito geral que era o Direito Civil, converteu-se numa simples divisão do Direito Privado”. “Considera o homem em sua qualidade de tal, regulamenta a família, as obrigações, opõe-se nesse sentido às partes componentes do Direito Privado, quer dizer, ao Direito Comercial ou ao Direito Processual”. Ao dar um critério sintético, aduz: “Estabelece as regras gerais que regem as relações jurídicas dos particulares, já sejam entre si, já com o Estado, embora estas relações tenham por objeto satisfazer necessidades de caráter humano”. Êste autor faz interessantes citações dos trabalhos de GABBA e D'AGUANO.

O Código Civil Argentino seguiu o enfoque romano e situou o casamento na Seção II, do Livro I, que compreende os Direitos Pessoais e as relações de Família.

Nossa opinião — Fácil é compreender que o que se debate não é apenas uma matiz do velho e do nôvo, é mais profundo. O velho não tem precisão conceitual como surge das citações que nos referimos na análise dos pontos para uma melhor compreensão. É exagerado manter fidelidade a uma classificação hermética de Direito Público e Privado que usa o sujeito, pessoa,

(38) ENNECCERUS, K. W., *Derecho Civil* (Parte General), tomo I, ns. 20 e 29.

(39) BORDA, G., *Derecho Civil* (Parte General), tomo I.

(40) SALVAT, R., *Tratado de Derecho Civil* (Parte General), 1950, n.º 57,

desconhecendo outros ou que seu conceito às vêzes só se funda sôbre a referência de um predomínio ou sôbre seus efeitos.

Ainda na época romana o direito de família não guardou simetria com a bi-partição; na atualidade, com maior razão, quando se encontra a orientação em Constituições e declarações internacionais com novas diretrizes, que têm relêvo singular e passaram a ter um valor extraordinário como bem jurídico supremo.

Se continuássemos apegados à idéia das *Institutas*, é evidente que o Direito de Família incluir-se-ia no Civil, mas neste caso talvez seja mais correto chamar aos Códigos Civis de Código do Povo, como fizeram os alemães da década de 30 a 40, dado que é o Direito que se consagra para um Estado de acôrdo com seus usos e costumes.

Se modificarmos a apreciação, considerando o Direito Civil como um Direito Privado e ao Direito de Família como um ramo ou apêndice dessa unidade, não podemos compartilhar o critério, porquanto há um duro choque conceitual com os princípios que informam a família, que impede a harmonia com aquêles e resistem a semelhante tratamento.

1) *Divisão do Direito* — A questão reside em saber se o Direito Social é um nôvo Direito que se distingue do Direito Público e do Direito Privado. Parece-nos clara a distinção.

O Direito Público tem como sujeito o Estado e existe uma relação de subordinação e dependência e interêsse de autoridade, na qual o poder é querer em função de dever entre o Estado e os demais integrantes da relação. Há um sujeito hierárquico e sujeitos secundários.

O Direito Privado tem como sujeito a pessoa ou ao Estado como particular, sua fonte normativa é a vontade. Só a ordem pública pode afetar a liberdade que é sua fonte impulsionadora e o querer é poder em função de dever. Não existe sujeito hierárquico e as obrigações e direitos correlativos nascem daquela vontade.

No Direito Social, o sujeito é a sociedade, representada pelos distintos entes coletivos com os quais opera, e o querer é poder em função de dever. Pela natureza da relação se está frente a uma reciprocidade e quando se exercita um direito se cumpre com um dever, sendo recíproca a exigibilidade.

Ao aceitar esta posição, o Direito de Família situar-se-á no âmbito do Direito Social, quer dizer, excluído do Direito Privado. Nas legislações anteriores via-se o indivíduo como sujeito da relação. Tal ocorria no matrimônio, na filiação ou no parentesco, sem se levar em conta que cada um dêles é parte integrante de um todo denominado família, com sua esfera de ação própria e que o Estado atua protegendo-a, não aos interêsses de cada um de seus membros, mas a função que a família tem na sociedade, com normas inspiradas nos princípios da solidariedade, que deve imperar entre seus membros, no benefício dela, tendo sempre ela por objetivo.

Quando se estabelece aos pais o dever de educar os filhos, não tem em mira apenas o interêsse dêstes, mas primordialmente o da sociedade, que necessita que cada um de seus componentes tenha uma certa instrução para compreender as leis ou o direito de uma nação. É evidente que tal norma

tem por objeto a família, que é também beneficiada, porquanto a maior educação ou preparação de seus membros robustecerá seu melhoramento.

Alguns autores argentinos (41) fazem um longo enunciado das leis nacionais, Constituições e normas orientadoras de declarações internacionais, sôbre a família, que a nosso ver tipificam a posição que sustentamos, pois tôdas elas se referem como tal à "persona família" a qual buscam preservar e fomentar seu bem-estar, sua estabilidade moral e seu melhoramento econômico. Constitucionalmente cremos, de acôrdo com a reforma de 1957, que incorporou o art. 14, inexistir dúvida quanto ao Direito de Família ser um Direito Social, pois claramente está enumerado entre êles.

Quando nas leis são reconhecidos certos direitos, como o salário-mínimo, tem-se em conta o operário como tal, mas quando êste tem família, o salário varia, sendo levadas em conta as necessidades desta, e não sòmente as do indivíduo. Em trabalhos iguais existem remunerações diferentes. Quando se adjudicam vivendas econômicas, as adjudicações não são em forma indiscriminada, mas é levada em conta a existência do grupo familiar para dar preferências, pois o indivíduo que carece de família, embora pertença à administração pública, ou ao grêmio que as construiu, não se lhes adjudica, porquanto o benefício é para a pessoa-família, salvo na hipótese de possuírem moradia todos os que têm família.

O Direito Social como se entende na atualidade, é um Direito amplo e GIERKE só não o percebeu porque êle nascia em sua época; é evidente que dentro dêste quadro, entre o Direito do Trabalho e o da Previdência Social, a família encontra-se formulada hoje com o mesmo critério dêsses direitos, basta uma simples confrontação para reparar na similitude de suas normas.

No Direito Trabalhista existe a vontade para contrair a relação, mas aí cessa a autonomia clássica para dar lugar às regulamentações estabelecidas, alheias à vontade individual, dado que as partes devem submeter-se à lei do descanso dominical, às jornadas de trabalho, acidentes, demissões e outras que integram êsse quadro trabalhista, que tendem a defender a produção. Nos aspectos mais evidentes, no Direito de Família ocorre o similar: o Estado, com seu poder defende a "pessoa família". A vontade é, em certas situações, limitada a certos requisitos; só existe para contrair matrimônio, adotar e reconhecer filhos extra-matrimoniais. Mais adiante, a família é regulamentada pela lei: os esposos têm obrigações entre si, para com seus filhos (adotados, legítimos ou extra-matrimoniais), ou seus parentes, sem que a vontade conte para nada em razão dos interesses da sociedade. Os princípios de solidariedade estão sempre latentes nas fórmulas regulamentadoras. O contrato de trabalho não pode ser dissolvido sem indenizações, quando não há motivos justificados, e as cláusulas estabelecidas pela vontade das partes carecem de efeito ante o imperativo legal. Um casamento tampouco pode ser dissolvido; a adoção de filhos ou o reconhecimento de extra-matrimoniais também não pode ser tornado sem efeito pela vontade das partes, porque isto produziria o debilitamento da célula-mater da sociedade, a família.

(41) DÍAZ DE GUIJARRO, *ob. cit.*

Idêntico a GIERKE, o Professor CICÚ, que escreveu sua tese em uma época em que o Direito Social não havia alcançado o desenvolvimento atual, não vislumbrou a possibilidade de situar o Direito de Família como um ramo daquele, pois o longo desenvolvimento de seus argumentos o colocam, sem dúvida, no conteúdo do Direito Social.

2) *A inaplicabilidade de princípios gerais* — SAVIGNY sustentava que no estudo do Direito Civil havia princípios básicos aplicáveis a todas as instituições, critério que, bem ou mal foi seguido em alguns códigos. Uma breve análise desses princípios nos leva à conclusão de que nenhum deles tem aplicação no âmbito da família.

O que caracteriza o Direito Civil é o predomínio do interesse material e todas as normas e princípios vinculam-se com eles. É ali que se fala de obrigações com um sentido de tipo econômico, enquanto que no Direito de Família regulam-se deveres de tipo moral, embora tenham repercussões econômicas, que algumas escolas, como a do materialismo histórico, consideram, por este fato, ter êle bases econômicas. Não compartimos esta idéia, porquanto o patrimonial no Direito de Família ceda sempre ao ético.

No Direito de Família há por outra parte situações igualitárias, ao inverso do que ocorre no Direito Civil, em que o forte, que é o credor, tem direitos sobre seu devedor, enquanto na família o forte ampara ao menos dotado.

Sendo diferente o conteúdo de ambos Direitos, facilmente se compreenderá que os princípios gerais do Direito Civil não podem ser aplicados, pois o princípio da autonomia da vontade contraria às necessidades do ente família, e nem ainda os princípios clássicos, como o da prescrição, ou as modalidades, podem ter cabimento no Direito de Família.

3) *Pontos de vista dos intérpretes* — Não é possível na atualidade fazer que um civilista trabalhe com êxito no campo da Família, como é inaceitável crer que possa fazê-lo em se tratando de problemas que se relacionam com o Direito Trabalhista, Salubridade ou Economia, situação distinta à de outras épocas em que o advogado se considerava habilitado para resolver problemas desta índole.

A ciência é uma unidade e ao estudar-se em especial o Direito Civil, recorre-se às conclusões a que chegaram a Antropologia, a Medicina, a Sociologia, a Filosofia, a Economia, etc. Em matéria de Direito de Família, esses elementos pesam, mas o que interessa são os princípios éticos que constituem a base da família. Desde logo êle não nos pode levar a sustentar que o Direito Canônico (42), por seus princípios éticos, seja a fonte do Direito Matrimonial, tanto nos países católicos como naqueles nos quais a maioria da população professa religiões reformadas ou dissidentes". Esta afirmação não é correta, dado que o Casamento e as demais relações que integram a Família existiam e foram estudadas muito antes de existir o Direito Canônico.

(42) MOLINARIO, A. D., J. Argentina, n.º 2.906, publicada em 2-10-1967.

Com toda razão se disse que são muito poucos os civilistas que conhecem o Direito de Família a fundo, e isto é lógico pela diferença dos elementos eidéticos que fundamentam um e outro Direito, pois o mesmo se poderia dizer com relação a outros Direitos, como o Trabalhista, o Econômico, o Administrativo, ou o Constitucional. É esta a razão porque cremos que seus temas não podem ser tratados em Jornadas de Direito Civil.

O conteúdo dos Códigos Civis como Direito Privado, é muito amplo e é lógico que se encontre sujeito a mudanças, de acordo com a evolução dos tempos, não sendo de estranhar o fato que instituições que no passado tiveram um sentido, hoje o perderam, adquirindo outro. Os Direitos que foram se afastando do Direito Civil de forma progressiva provam a afirmação. Quem sabe qual será a formulação definitiva da Família na classificação bi ou tri-partida do Direito, mas o que está em pleno amadurecimento é a idéia de que não são os mesmos princípios do Direito Civil os que informam o Direito de Família, circunstância não desconhecida mesmo pelos que sustentam dever manter-se dentro do Direito Privado.