

# Contribuição ao Estudo da Família

VALLE FERREIRA

Certas modificações na estrutura da sociedade, por fôrça, talvez, de inevitáveis mudanças políticas, ou de ordem econômica e moral, têm provocado um debate freqüente, embora de superfície, sôbre a realidade social da família, a existência histórica dêste grupo e, principalmente, acêrca de sua importância como instituição legal.

Ê um movimento que chega a sobressaltar, pelos rumos que vem tomando, pois a família, na qualidade de instituição básica do organismo social, sempre esteve ao abrigo das alterações mais exaltadas, mesmo na França, campo preferido das experiências renovadoras. Isso mesmo salientou, não faz muito, Jean Carbonnier, ao afirmar que as transformações sociais e ideológicas, tão contrárias à filosofia liberal e individualista do passado, embora violentas ao encontro das demais relações de ordem privada, não tiveram a mesma reação contra o Direito de Família, cuja fisionomia conservou, até há pouco, as mesmas linhas ainda traçadas no século anterior. Efetivamente, a ocorrência parece notável, levando a acreditar naquela espécie de acôrdo tácito, que os mestres admitiram, entre filósofos, juristas, economistas e políticos, todos interessados em resguardar as tradições familiares para maior segurança e prestígio das instituições, em geral.

A família, em nossos dias, não está prôpriamente em crise, mas é inegável que passa por uma evolução penosa. Não admira, nesta conjuntura, a natural apreensão, nem surpreende a resposta veemente dos velhos acadêmicos, dos grandes e lúcidos conservadores do vulto de Ripert. Entretanto, se considerarmos tais movimentos na França de hoje, vamos ver que

até mesmo Josserand, outrora tão resistente às manifestações individualistas, a ponto de construir um sistema para frear o exercício de poderes e direitos, — até Josserand entrou em recolhimento e já não pode esconder a sua inquietação, à vista do atual estatuto da família e das manifestações extremas e desentoadas dos tribunais francêses. Para afastar as dificuldades daí resultantes, não encontrou, mesmo, outra solução, a não ser a de convocar tôdas as fôrças sociais interessadas no trabalho de restabelecer os velhos caracteres do grupo familiar e, assim, — observe-se — reforçar o **princípio de autoridade**, que sempre foi a base desta «institution necessaire et sacrée» (Cours, I, nrs. 676 e 677). Considerando-a elemento de coesão, indispensável ao equilíbrio social, adverte:

«L'histoire enseigne que les peuples les plus forts ont toujours été ceux chez lesquels la famille était plus fortement constituée: Rome, l'Angleterre, la France, l'Allemagne; elle dénonce aussi le relâchement des liens familiaux au cours des périodes de décadence: c'est ordinairement dans la cellule familiale que les premiers symptômes du mal se manifestent avant d'éclater dans l'organisme plus vast et plus puissant de l'Etat.»

II. Embora o estabelecimento da sociedade conjugal decorra de exigências naturais e primordiais, não seria possível desconhecer que tôdas as instituições, inclusive a família, têm apenas uma razoável capacidade de resistência, de tal modo que não podem escapar, inteiramente, à influência das transformações políticas, econômicas, religiosas, enfim: ao choque e à pressão dos ruídos sociais. Assim, desde que o direito do Código revela a sua inaptidão para satisfazer às exigências do tempo, a prática judiciária tem de afeiçoar as velhas regras às eventualidades da época, até que se processe a intervenção legislativa para a reforma dos textos.

Entretanto, segundo observou Roger Nerson (Études à G. Ripert, pg. 404), se é fato que o progresso técnico impõe uma interpretação moderna da norma de direito, também a êle

pareceu irrecusável que as novas regras, quando necessárias, devem ser criadas sob a inspiração dos princípios tradicionais. Será um meio de fugirmos ao risco de cair na vulgaridade, esquecendo tôda a cultura escolar, construída pelo «bom varão», para acolher os sentimentos do «homem da praça». Assim, pareceu-nos não ser demais insistir na recordação de algumas idéias que particularizam a Família e o seu regulamento jurídico.

III. Obedecendo a uma orientação generalizada, nosso legislador não fixou o conceito de família. Nem mesmo os civilistas costumam definí-la, porventura por tratar-se de uma instituição de tal modo natural e comum que passa despercebida à atenção de todos. De resto, conforme salientou Jacques Leclercq ao expôr os fundamentos de semelhante instituição, ainda podemos observar que mesmo os estudos sôbre a família permaneceram, por séculos, sem qualquer sistematização. Tudo isso, a bem dizer, se explica com a provável existência de uma concordância entre todos os homens sôbre o fenômeno familiar, pelo fato de ser a família das instituições mais próximas da natureza. Sociedade simples, que repousa de modo imediato nos instintos primordiais, a família nasce, naturalmente, do próprio desenvolvimento da vida humana, circunstância que dá àquêle grupo uma organização sensivelmente idêntica, assim entre os povos civilizados como nos mais primitivos. Por isso mesmo, esclarece o citado sociólogo e jurista, mais nos interessam as tradições familiares do que, pròpriamente, as doutrinas. (*Droit Nat.*, III, *La Famille*, pg. 13). Ainda na hipótese de consultarmos os estudos especializados, sequer os civilistas costumam definir a Família, acaso advertidos na lição de Henry Duméry. Êste, em suas pesquisas sôbre o método mais conveniente ao trato das ciências familiares, conclue que uma realidade tão complexa, qual a família, só ficaria bem definida depois do exame simultâneo dos diferentes aspectos biológico, moral e jurídico, por isso que: «... la famille n'est pas du biologique pur, plus du juridique pur, plus du moral pur». (*Recherche de la Famille*, pg. 15). Em outras palavras, quiz dizer que o verdadeiro conceito de família não estaria na

soma das deduções particulares; seria, antes, a resultante de uma conclusão comum, de modo que se pudesse assinalar (restaurar, como dizem alguns mestres) o caráter unitário do **sêr familiar**.

Com freqüência, os autores propõem uma definição provisória, e por isso incompleta, quando apresentam a família como «agrupamento natural e indispensável de pessoas em tôrno de um chefe para, em comum, cumprirem as diferentes finalidades da vida espiritual e material». Tal agrupamento existe, essencialmente e desde o princípio, como solução que a própria natureza inspirou para corrigir as imperfeições da espécie. Neste agregado originário, o indivíduo, além de encontrar «a outra metade do sexo» indispensável à multiplicação, organiza condições mais favoráveis à subsistência e modos mais completos de defesa. Obedecendo, porventura, a esta ordem de considerações, Cicu conclue ser a família um núcleo de solidariedade, cuja constituição se impõe por duas forças irresistíveis: pelo fato biológico e pelo fato econômico-social. Depois de alcançar neste agrupamento necessário, no seio desta sociedade simples, ambiente favorável à sua defesa e ao seu desenvolvimento, é nele que o homem ainda recebe a inspiração religiosa e encontra os afetos mais puros, instruindo-se, não só das primeiras idéias de obediência, senão, também, de dever e de direito.

A família constitue, por isso mesmo e nesta ocasião, vigoroso e primordial núcleo político, subjacente das organizações posteriores, preexistência que Bonfante, em acertada lição, tão bem assinalou. (Hist. du Dr. Romain, pag. 73).

Foi, dêsse modo, núcleo social que antecedeu ao Estado. Antes de representar uma figura jurídica, já existia **naturalmente** como organismo político, de composição e funcionamento tão perfeitos que podia prescrever as próprias leis, em lugar de recebê-las da **cidade**. Assim, realmente, se atendermos à natureza dos fatores que determinaram a sua fundação, se examinarmos a estrutura da família, poderemos considerá-la qual organismo aparelhado de poder político, cuja autoridade prevaleceu até que o grupo, mais tarde, depois de passar pela organização gentilícia, foi absorvido e **continuou na civitas**.

Então, por sua qualidade de primeiro e pequeno núcleo social, verdadeira célula elementar do consórcio humano, foi elevada por Cícero à categoria de «*principium urbis et quasi seminarium reipublicae*».

IV. Além daqueles debates no momento de assentar o conceito de família, a discussão é ainda mais viva quando os autores procuram fixar a sua natureza jurídica. O requisito indispensável ao funcionamento regular de qualquer grupo, em suas diferentes relações internas e externas, está na interdependência dos indivíduos que o compõem, e tal condição é assegurada na família pela autoridade marital e pelo pátrio poder. É inequívoca, assim, a existência de uma organização unitária, tão acentuada que os membros da família, até mesmo em seu comércio exterior, quase sempre comparecem reunidos. Esta coesão, assim observada dentro do grupo e fora dêle, e também a circunstância de certos direitos serem aparentemente atribuídos mais à família do que aos indivíduos que a compõem, são razões que levam alguns observadores à afirmativa de que a família muito se assemelha a uma pessoa jurídica, verdadeiro sujeito unitário de direitos, independente de seus membros.

Todavia, ainda que a família pudesse reunir todos os elementos necessários para existir como pessoa, é claro que não poderíamos questionar sobre tal qualidade, que não lhe foi atribuída por nosso ordenamento jurídico. Entretanto, para prevenir possíveis inclinações reformadoras, legislativas ou jurisprudenciais, não será fora de propósito tratarmos do assunto, principalmente se considerarmos que, com a exposição do mesmo, ainda pode ficar mais em relêvo um dos caracteres que singularizam a família entre as demais sociedades de pessoas.

A concepção da família como organismo unitário foi desenvolvida na Itália, desde uma lição de Fiorentino, citada por Ferrara (*Teor. delle Persone Giur.*, nr. 92). Também se encontra debatida na França, no magistério de professôres igualmente famosos.

Foi assim que Paul Roubier fêz uma exposição da idéia, em 1942, no Centre national de coordination des mouvements

familiaux; também René Savatier, em suas comunicações à Société d'études législatives e, depois, em trabalhos bem conhecidos, sublinhou certas categorias de direitos subjectivos que se destinavam à família, na qualidade de corporação. (Cours, I, nr. 219; Métamorphoses écon. et sociales, nrs. 110 e sgs.; Recherche de la famille, pgs. 63 e sgs; Du Dr. Civ. au Dr. Publique, pgs. 19 e sgs.).

Entre as relações patrimoniais, então apontadas por seus caracteres especiais, Savatier lembrou o direito aos objetos de família, ao túmulo, ao abono de família e, finalmente, à transmissão obrigatória da reserva hereditária, ocorrência que valeu para o douto civilista como expressão do direito virtual de toda a família sobre os bens de cada um de seus membros.

Relativamente aos direitos extrapatrimoniais, Savatier, depois de examinar os diferentes poderes domésticos, discorreu sobre a unidade do nome patronímico, analisando, ainda, e de modo especial, o fato de terem os parentes, em diversas ocasiões, a oportunidade de exercer certos direitos em defesa dos interesses do grupo.

Apesar dessas considerações e das eruditas discussões ali provocadas, na opinião preponderante a família melhor se define como agregado de pessoas do que como pessoa jurídica. (Ferrara, cit.; Gangi, Pers. Fis. e Pers. Giur., nr. 171; Messineo, Manuale, II, § 52; Coviello, Manuale, § 64, 4º; Barassi, La Fam. Legit. nr. 2; Cicu, II Dir. di Fam., cap. II, § 1º, nr. 5; Plan. Rip. Boul. Traité, I, 1656; Barbero, Ist. Dir. Priv. I, nr. 336, IV). É verdade que, se examinarmos a regulamentação legal da família nos diferentes sistemas legislativos, em todos vamos encontrar os traços, quase sempre bem marcados, de uma organização centralizada. Na linguagem de nosso Código, por exemplo, tal aspecto unitário pode ser observado nas referências ao bem de família (art. 70), à chefia e representação legal da família (art. 233, I) e, até mesmo, na prerrogativa, que têm os parentes e os afins, de opor impedimentos ao casamento (art. 190, I e II) para resguardar interesses da família. Nem por isso, entretanto, poderíamos afirmar ter o legislador atribuído personalidade jurídica ao grupo. Além do mais, embora naquele se encontre uma plura-

lidade de pessoas submetidas à autoridade do chefe, estreitamente ligadas pelo fato de visarem a interesses e finalidades quase sempre comuns, ali não se encontra um patrimônio independente, exclusivamente da família. Todos os bens, regra geral, pertencem aos cônjuges e, virtualmente, aos filhos por simples aplicação das normas comuns do direito sucessório.

Sá Pereira, ao examinar a posição do marido na representação legal da família, firmou uma lição que vem a propósito:

«A família não tem personalidade. Quando a analisamos, encontramos o marido, a mulher e os filhos, todos com a sua personalidade jurídica inconfundível, embora diminuída ou desintegrada. Mas, se pela síntese, os reintegramos nesse todo, que é a família, verificamos que êsse todo não tem personalidade própria». (Direito de Família, pg. 266).

Não morreu o assunto, antes foi avivado em 1942, pelo Código italiano, que trouxe uma inovação quando, ao organizar os diferentes regimes matrimoniais, referiu-se a um **patrimonio familiare** (arts. 167 a 176). É evidente a impropriedade da expressão, defeito logo observado pelos entendidos, desde a fase do projeto, tudo porque os bens que constituem o referido patrimônio não pertencem, propriamente, à família, uma vez que o Código não lhe confere personalidade. Ao contrário, na linguagem inequívoca do legislador italiano, os bens que compõem o **patrimonio familiare** são, sempre, da propriedade de ambos os cônjuges, de um deles, ou de um terceiro instituidor; simplesmente se destinam a servir aos interesses da família. Trata-se, na verdade, de um caso típico de **patrimonio separato**, em proveito da família, segundo observou Messineo (Manuale, I, § 26, nr. 2). Dêsse modo, são bens que apenas escapam à ação dos credores, por se encontrarem reservados a um fim especial, qual o de amparar a família.

Se atendermos, porém, ao desenvolvimento histórico da sociedade humana, não podemos recusar certa **personalidade natural** à família, na qualidade de primeiro agrupamento autô-

nomo, anterior a qualquer construção jurídica. Considerada em seu puro aspecto social, aí sim, a família se apresenta como um corpo unitário, independente de seus componentes. Por isso mesmo a lei, procurando dar, neste campo, maior relêvo à finalidade social de seus dispositivos, apenas por isso, prefere usar de tais expressões. Qualquer dúvida, acaso provocada pela exposição dos modernos autores italianos, estaria desfeita depois do seguinte esclarecimento, levado a tempo pelo governo fascista aos trabalhos de confecção do Código:

«Qualque delucidazione richiede la espressione **patrimonio familiare**. Tale denominazione, a stretto rigore, non è giuridicamente ineccepibile, dato che i beni, costituenti il patrimonio familiare, non appartengono, in realtà, alle famiglia, alla quale il nostro ordinamento non attribuisce personalità giuridica. Essa mi è sembrata, peraltro, utile allo scopo di mettere in rilievo la finalità sociale dell' istituto, creato, appunto, per assicurare la prosperità economica dell'organismo familiare, che costituisce un'unità etica, se non giuridica, ben definita». (Relaz. Guardasigili al Prog. definitivo, nr. 234).

È incontestável, portanto, que, apesar da tendência até aqui assinalada e de freqüentes manifestações jurisprudenciais, principalmente no estrangeiro, a verdade é que no estado atual da ciência, dificilmente poderíamos considerar a família sujeito independente de direitos.

Temos notícia de algumas tentativas, ao que parece malogradas, no sentido de levar o legislador a conferir personalidade jurídica à família. Está neste caso o projeto da Société d'études législatives, elaborado em 1942, proposição até hoje sem seguimento, segundo informam o próprio Savatier (*Métamorph. du Dr. Civ.* nr. 130), e, últimamente, Henri Mazeaud (*Cours*, 1952, pg. 278). Aliás, ainda não foi demonstrada a necessidade prática daquela medida, nem faltam objeções de juristas à projetada reforma, como, por exemplo, as formuladas pelo le-

gislador italiano ao recusar a inovação, com certeza inspirado nas conclusões de Cicu. Este, em velho e brilhante trabalho, examinou, demoradamente, tanto a estrutura da família quanto a segurança de sua organização interna, demonstrando, ao mesmo tempo, o perfeito funcionamento do grupo em suas diferentes relações. Chegou, assim, à conclusão de que a família era um organismo perfeito, em razão dos vínculos de interdependência pessoal de seus membros, todos sob a direção de um chefe, cujos poderes asseguravam, perfeitamente, a defesa dos interesses comuns. Negou-lhe, porém, a qualidade de pessoa jurídica, menos pelo fato de faltar àquêle grupo o requisito de um patrimônio, mas, principalmente, em atenção à sua natureza singular. (Ob. cit., 1ª parte, cap. II, § 1º, nr. 5).

Também no parecer de Barassi, a marca individualista até agora se conserva no ordenamento da família, por êle considerada um agregado de pessoas, e não pessoa jurídica. Barassi, embora recusando qualquer equiparação, tolera a hesitação apenas na hipótese de considerarmos a família em seu sentido mais estrito, porque neste caso, é inegável, a convivência cria uma forte coesão interna e externa (Ob. cit. nr. 2). Com efeito, é muito fácil admitir-se a comunhão completa entre pais e filhos, pessoas que, afinal, se encontram junto do mesmo fogo. Ao contrário, uma perfeita unidade não se poderia compor entre êstes e outros parentes, que são pessoas mais afastadas e, por isso mesmo, desprendidas dos vários fatos domésticos.

V. O direito de família sempre foi estudado como um dos ramos fundamentais do Direito Civil, até que alguns autores começaram a pôr em dúvida a natureza privada de tais relações. Pretendendo revelar maior afinidade entre o direito de família e o direito público, salientam que a sua marca publicística é particularmente observada em alguns institutos, como, por exemplo, a autoridade marital, o pátrio poder e, principalmente, no invulgar formalismo que se impõe à celebração do casamento.

Desde o século passado, Filomusi Guelfi (Enc. Giurid. § 81, pgs. 380-381), ao fixar o conceito racional da família,

observou que, por suas qualidades especiais, a respectiva regulamentação devia ser compreendida com maior acêrto no direito público. Antônio Cicu, mais tarde, depois de exaustivos estudos, reforçou a afirmativa. Assim, em várias oportunidades, o moderno autor italiano sustentou que o direito de família tem afinidades muito maiores com o direito público, de tal modo que devia escapar aos quadros tradicionais do Direito Civil. (Il dir. di famig.; Il dir. famig. nel Stato fasc., Jus, 1940; Lo spir. del dir. fam., Riv. D. Civ. 1939). Em suas diferentes considerações, Cicu observou que em direito privado as relações se estabelecem no interêsse individual. As partes procuram livremente uma vantagem particular e, assim, afirmam-se vontades livres e interêsses autônomos, que se opõem. Nas relações de direito público, ao contrário, há um só interêsse e tôdas as vontades devem concorrer no sentido de alcançá-lo. Veio, daí, a afirmativa principal de Cicu, ao notar que as relações de família apresentam a mesma estrutura das relações de direito público, porquanto nas duas categorias igualmente se observa a subordinação das vontades a um interêsse unitário e superior. Além destas, outras razões levaram o eminente professor à convicção de que o direito de família mais se avizinhava do direito público. Seus argumentos podem ser assim enumerados: I) a família tem um caráter político, pois, na qualidade de agrupamento **natural e necessário**, não é produto da livre decisão individual; II) nas relações de família, as pessoas sempre se encontram em situação de interdependência recíproca; III) o indivíduo não exerce pròpriamente direitos, mas tem deveres a cumprir; IV) o Estado intervém na formação das relações de família, cuja disciplina obedece a normas inderrogáveis, que anulam, ou reduzem ao mínimo, a autonomia dos indivíduos.

A tese de Cicu desde logo pareceu exagerada e sérias objeções lhe foram feitas, principalmente pelo fato de suas lições se fundarem na divisão do direito em público e privado. Ora, hoje em dia, quase ninguém admite uma fronteira tão nítida entre os dois campos; antes, o que se ensina é que o direito visa a um objetivo único, qual o de disciplinar a colaboração humana.

Ninguém negaria, é verdade, a existência de um certo conflito de interesses nas relações de direito privado; seria, igualmente, inútil contestar que nas relações de família o interesse unitário do grupo deve prevalecer sobre as conveniências individuais. Tal circunstância, entretanto, não exclue da órbita do Direito Civil a disciplina peculiar das relações familiares.

Duas razões importantes sempre se apresentam, quando os autores pretendem demonstrar maior afinidade entre o direito de família e o direito público: o fato de ser anulada, ou reduzida ao mínimo, a autonomia privada nas relações de família e o fato da subordinação de uma pessoa a outra. Ora, tais argumentos não parecem decisivos. Com efeito, depois das mais variadas controvérsias sobre o assunto, ficou demonstrado que, ao disciplinar as relações humanas, o legislador tudo dispõe, no sentido de impedir que a iniciativa individual possa desenvolver-se sem atender mais de perto aos interesses conexos da coletividade. Ainda acontece que, nesta hora, aquêle cuidado aparece de modo mais vivo. Pois, então, não é certo que até mesmo no campo dos direitos obrigacionais dificilmente poderia prevalecer o interesse puramente egoístico? A velha idéia de um natural antagonismo vem cedendo lugar ao propósito de cooperação; de várias outras relações jurídicas resultam verdadeiras situações de subordinação e de dependência entre as pessoas.

O que se vê, realmente, nos tempos que correm, é a preferência por uma nova direção, no sentido de quase completa mudança de todos os rumos. A autonomia privada, dominante na organização liberal, à medida que se desenvolvem novas concepções políticas e jurídicas, vai sendo reduzida a favor dos interesses sociais. Não bastaram as antigas restrições. Novas e grandes limitações, variando de intensidade segundo a natureza de certos direitos subjectivos, são impostas às relações de trabalho, às locações, aos empréstimos, ao uso e, até mesmo, à aquisição da propriedade. O poder político se inclina, cada vez mais, à tendência de acertar muitas outras relações, impondo a vontade da lei sobre a vontade privada, em nome do interesse público. Tais caracteres, dêsse modo, têm um sentido geral e não se consideram específicos do direito de família,

embora esta disciplina apresente, naturalmente, aspectos singulares. De fato, por circunstâncias que se prendem à indispensável unidade e à natural intimidade no meio dos componentes do grupo, o trato entre as pessoas deve observar um regime mais acentuado de autoridade e obediência.

Assim, por exemplo, as relações entre marido e mulher, entre pais e filhos, que se distinguem pelo desinterêsse patrimonial e, principalmente, pelo fato de atenderem, também, a razões afetivas e ao imperativo de solidariedade, — constituem uma fonte de direitos e deveres recíprocos, ocupando posição especial nos quadros do direito privado. Só por isso, entretanto, não seriam classificadas como pertencentes ao outro ramo. Ainda por sua composição especial, o direito de família apresenta particularidades notáveis. Além de visar a um fim que excede ao individual porque atende, simultaneamente, aos interesses da pessoa, do grupo e da sociedade, alí se encontram, ao mesmo tempo, um conteúdo pessoal e outro patrimonial. Nada mais seria preciso para justificar a diligência do Estado no sentido de proteger bem de perto a organização da família e de garantir, por força de normas especiais, o perfeito funcionamento de suas instituições. Todavia, aquelas regras de caráter impositivo, estabelecidas para proteger a pessoa, manter a unidade e a boa organização da família, são expressões diretas do direito privado, que não ultrapassam as fronteiras do Direito Civil.

A idéia de afastar a disciplina da família de seus quadros tradicionais, muito da preferência de todos os regimes totalitários, resultou de uma concepção menos acertada, qual a que considera o Direito Civil verdadeiro campo do arbítrio individual. A questão já foi apresentada e, parece, ficou reduzida com a indicação de muitas outras limitações, também impostas para condicionar a satisfação dos interesses privados aos deveres jurídicos públicos, ou a razões de utilidade geral.

Ficou explicado que, por força de uma evolução que se avoluma com o declínio da economia liberal, o poder político costuma fazer incursões no direito privado, às vêzes muito arrebatadas, mas o direito privado continua a distinguir-se pelo caráter dispositivo de suas normas. Também suporta as regras

impositivas, porque o caráter imperativo ou proibitivo de uma norma não é bastante para incluí-la entre as regras de direito público. O direito de família se acomoda muito bem no Código Civil. O fato de se apresentarem inderrogáveis a grande maioria de seus preceitos, apenas quer dizer que os mesmos formam um sistema de **ordem pública**, ou, como ensinou Giorgio de Semo, pertencem ao direito privado de ordem pública. (Ist. Dir. Priv. nrs. 36 e 349, 2).

Em confronto com os demais grupos de relações de direito privado, a regulamentação da família, ninguém poderia negar, destaca-se, realmente, por outras particularidades. Assim, não só a sua constituição, senão, ainda, o seu funcionamento, não obedecem apenas a inspirações puramente jurídicas. As relações que ali se desdobram atendem, também, às normas consuetudinárias e aos princípios religiosos. Não raro, essas regras de caráter moral e de fundo religioso transformam-se em normas jurídicas, circunstância que lhes dá um acentuado fundamento ético. Por isso mesmo, às vezes aparecem desprovidas de sanção, ou vêm dotadas de sanção imperfeita, certas normas jurídicas reguladoras da família.

Afinal, convém ainda salientar que as regras do Direito de Família consistem, principalmente, em uma disciplina de **estados e condições pessoais**, segundo Ruggiero pôs em relêvo. (Ist. Dir. Civ., II, § 45). Isso quer dizer que os diferentes deveres e direitos sempre se encontram condicionados à posição ocupada pelos respectivos titulares na sociedade familiar. Ou, melhor: são deveres impostos, ou direitos atribuídos em razão de certas **qualidades da pessoa**, isto é, uma situação jurídica especial, como a de pai, ou de filho, situação jurídica que se traduz como **estado de pai e estado de filho**. É observação da maior importância, que pode ser assim esclarecida: se examinarmos, por exemplo, a obrigação do marido de sustentar a mulher; a obrigação dos pais relativa ao sustento, à guarda e educação dos filhos; o usufruto do pai sobre os bens do filho, — verificamos que tais deveres e direitos não têm caráter autônomo, mas são derivados e **inseparáveis** de certas situações pessoais, o que vale dizer: direitos e obrigações são atri-

buídos em consequência da **condição** de marido, do **estado** de pai e do **estado** de filho.

Ao chefe da família são conferidos certos poderes porque, na chefia, tem deveres a cumprir. Os deveres constituem a **causa** dos direitos e, por isso mesmo, as prerrogativas são **inseparáveis** dos encargos.

Tais considerações podem ficar mais claras se recordarmos a lição de Barbero (cit. nr. 337), quando ensina que no govêrno da família, antes de tudo, podemos destacar a figura do **ofício**, pois até mesmo o exercício dos poderes se encontra conexo ao desempenho de uma **função**.

VI. O Código Civil, ao disciplinar a celebração do casamento, além de outras formalidades, exige particular declaração de vontade de cada um dos nubentes e, para concluir, a declaração que deve ser pronunciada pela autoridade judiciária. Em razão disso, muito se questiona quanto ao elemento constitutivo essencial da celebração: se o consentimento dos nubentes, se a declaração da autoridade pública.

Segundo a opinião preferida, o casamento será definido de modo diferente: contrato, no primeiro caso; ato de poder do Estado, no segundo.

O caráter contratual do casamento, sustentado por muito tempo pela doutrina tradicional, pareceu contestável aos autores modernos. A tese da contratualidade sempre se fundou na consideração de que o vínculo criador da união, precisamente como nos demais negócios, resultava da declaração de vontade de duas pessoas, no sentido de estabelecer o vínculo. Era tranqüila e quase generalizada a afirmativa de que se tratava de um contrato de natureza singular, apenas especializado por circunstâncias conhecidas. A ninguém, é certo, passou despercebido que, sôbre as declarações do homem e da mulher ainda se tornava necessária a intervenção ativa do representante da autoridade pública, cuja declaração solene o Código trazia entre aspas. De outro modo, sempre foi destacada a particularidade expressiva de faltar aos nubentes qualquer autonomia para regular as consequências da situação jurídica criada pela vontade dos dois. Tantas limitações, entretanto,

apenas levavam a uma classificação do casamento como contrato *sui generis*, pelo fato de obedecer a regras especiais sobre as condições do consentimento, e ainda porque os contraentes não podiam decidir da dissolução do mesmo, nem pela inclusão de cláusulas acidentais em tal negócio. A semelhante relação, portanto, não se aplicariam os princípios do direito comum dos demais contratos. Assim, à maioria dos autores, sempre pareceu muito clara a exposição do conceito.

Estudos posteriores, entretanto, pretenderam criar uma construção mais técnica, que explicasse melhor a figura do casamento. Vem daí a opinião contrária à tese contratual, firmada, principalmente, na natureza intrínseca do ato e, ainda, na série de formalidades externas, que a lei exige para a sua celebração.

Uma vez que deixamos de lado o sistema publicístico exclusivo, que levaria ao extremo de incluir o casamento entre os atos administrativos, não há remédio senão examinar a tese contratual.

Ao considerar os requisitos estruturais do casamento, em qualquer tempo ou lugar, jamais alguém negou que a declaração livre dos nubentes representava o elemento principal na constituição do vínculo, precisamente como em todos os contratos. Entretanto, por simples abuso dos sentimentos individualistas, muitos autores, em visão parcial, encaram o casamento apenas como contrato, sem distinguir entre as formalidades necessárias à existência do casamento e consequências decorrentes do casamento celebrado. Vem daí a complicação desconcertante, pois, enquanto o contrato é simples ato criador de obrigações, a celebração do casamento cria uma **situação conjugal**.

Jacques Leclercq, no propósito de afastar as confusões inevitáveis neste particular, traz à lembrança o trabalho dos autores católicos, pois é certo que os canonistas distinguiram, com clareza, entre casamento *in fieri* e casamento *in facto* esse, termos cuja tradução pareceu difícil, mas que foram assim formulados por aquêle professor: **ato constitutivo** do casamento e **estado de casado**. (La famille, pg. 41).

O casamento, inegavelmente, se eleva a um plano bem acima das categorias jurídicas comuns, pois logo depois de sua

celebração, em vez de criar direitos e obrigações determinados, instaura, necessariamente, certos estados, ou situações, que se caracterizam pela duração e pela permanência. Não seria prudente definir o casamento com elementos tirados, de modo exclusivo, dos textos romanos, nem colhidos somente nos livros da Igreja. O Direito Canônico empresta maior importância ao ato criador da família e só a este se refere em suas definições (Can. 1081); ao contrário, as fórmulas do Direito Romano apenas se reportam ao estado conjugal (Dig. XXIII, 2; Inst., I, 9).

Os civilistas modernos puderam, então, esclarecer que casamento é palavra que, a um só tempo, designa o ato criador da união e o estado conjugal, isto é: o contrato e a união produzida pelo contrato. Assim, na qualidade de ato criador de um novo estado jurídico, o casamento é um contrato; como resultante deste contrato, nasce um regime estável com os caracteres de verdadeira instituição.

VII. Segundo observou De Page (cit. I, 567), o caráter institucional do casamento e a sua importância na organização da cidade explicam a intervenção do Estado no momento da celebração.

A contratualidade do casamento, ainda por isso, costuma ser posta em dúvida, pois alguns autores vêem na intervenção do Juiz o verdadeiro fato constitutivo da união, enquanto o consentimento dos nubentes não passaria de simples pressuposto para legitimidade e eficácia das palavras que a autoridade pronuncia. Outros, em uma construção também inaceitável, mas que a Barbero pareceu mais satisfatória, ensinam que a declaração do Juiz une-se à declaração de vontade dos cônjuges, formando, assim, um só todo constitutivo.

Conforme ficou explicado, é tão importante a fundação da família e de tal modo especial o seu regulamento que se torna muito natural a intervenção ativa do Estado no momento da formação do vínculo. Entretanto, a participação do poder público, embora necessária, não é bastante para degradar o consentimento dos nubentes, a ponto de considerá-lo simples pres-

suposto, como querem alguns autores mais achegados à opinião dos publicistas.

È certo que o Código Civil, no capítulo da celebração, refere-se a duas declarações de vontade, uma de cada contraente, seguidas de frases sacramentais que o Juiz deve pronunciar para cumprir uma formalidade do ofício. A declaração do Juiz, que é, assim, de outra natureza, não se incorpora às declarações dos nubentes para completar a **estrutura do contrato**. O certo é que o **fato constitutivo** já se encontra aperfeiçoado pelo **consentimento** dos noivos; o Juiz nada mais tem a criar e apenas intervém para decretar, em nome da lei, os efeitos do casamento.

Isso não quer dizer, é claro, que se possa negar uma indiscutível relevância na participação do Estado pois, ainda que o Juiz não intervenha **ad constituendum**, é precisamente de sua interferência **ad celebrandum** que vem a **eficácia** jurídica do negócio. Ao pronunciar as palavras da lei, o Juiz soleniza a existência do vínculo conjugal resultante de um consentimento anterior, então apurado por seu ministério. O casamento, note-se, deve ser **celebrado**. O título do Código, a bem dizer, sugere uma série de cerimônias, cuja obediência se impõe por exigência da lei.

A declaração que o Juiz publica para cumprir o ritualismo e arrematar a celebração, embora requisito extrínseco, é absolutamente indispensável à **eficácia** do casamento.