

# A FAMÍLIA E AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS NO CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE

*José Sebastião de Oliveira\**

**SUMÁRIO:** 1- *Considerações iniciais.* 2- *Modalidades de famílias que ajudaram a consolidar a ocupação e o povoamento do Brasil.* 2.1- *Período histórico colonial* 2.2- *Período imperial.* 2.3- *Período Republicano.* 2.3.1- *Considerações sobre a família na incipiente sociedade imperial e na republicanas.* 3- *A família e sua proteção no Direito Constituição brasileiro.* 3.1- *A Constituição Imperial de 1824, primeira e única monárquica outorgada por Dom Pedro I em 25 de março de 1824.* 3.2- *A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil promulgada em 1891.* 3.3- *A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil promulgada em 1934.* 3.4- *A Constituição dos Estados Unidos do Brasil decretada em 10 de novembro de 1937.* 3.5- *A Constituição dos Estados Unidos do Brasil promulgada em 18 de setembro de 1946.* 3.6- *A Constituição do Brasil promulgada pelo Congresso Nacional em 24 de janeiro de 1967.* 3.7- *A Constituição da República Federativa do Brasil com origem na Emenda Constitucional nº 1, promulgada em 17 de outubro de 1969.* 3.7.1- *A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.* 3.7.2- *Os aspectos políticos que implicaram numa nova ordem constitucional.* 3.7.3- *A harmonização da norma aos fatos e valores de nossa sociedade.* 4- *A Família e os Direitos da Personalidade no contexto do Direito Comum e Constitucional.* 4.1- *A família no Código Civil de 1916 e os Direitos da Personalidade.* 4.2- *A família na Constituição de 1988; na perspectiva dos Direitos Fundamentais e dos Direitos da Personalidade.* 4.2.1- *Os Direitos Fundamentais, as suas espécies, e os seus encartes no Direito Constitucional brasileiro.* 4.2.2- *A distinção entre os Direitos Fundamentais e os Direitos da Personalidade.* 4.3- *A Família no Código Civil de 2002 e os Direitos da Personalidade.* 5- *Conclusões.* 6- *Referências.*

---

\* Professor aposentado de Direito Civil da Universidade Estadual de Maringá. Professor de Direito Civil do Centro Universitário de Maringá. Professor e Coordenador do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Consultor científico *ad hoc*, das Universidades Estaduais de Londrina e Maringá. Advogado na Comarca de Maringá-PR.

**RESUMO:** O nosso país, após a sua descoberta, pelo nosso povo colonizador do reino de Portugal, trouxe para a nova colônia a idéia de família que estava arraigada nos usos e costumes daquele povo, constituída pelo casamento dos maridos conhecidos e pelo casamento à porta da Igreja Católica. Tal situação perdurou durante o período imperial e boa parte do período republicano, quando restou apenas o casamento católico, de cunho indissolúvel. Nas duas primeiras constituições, não houve preocupação com a proteção da família no sentido exato dos termos que hoje a temos; o Direito Constitucional restringiu-se a proteger os direitos fundamentais de primeira geração. Apenas a partir da Carta Constitucional de 1934 é que houve uma real preocupação com os direitos sociais, e por extensão, com a família, e aí tivemos a proteção aos direitos fundamentais de segunda geração. A partir desse texto é que todas as demais constituições trouxeram um encarte visando proteger de forma clara a família e seus membros, atingindo um maior alcance com a Constituição de 1988, onde o legislador houve por bem substituir o vocábulo família por entidade familiar. Foi exatamente no texto de 1988 que se deu maior ênfase aos direitos fundamentais do homem, incorporando os direitos fundamentais de terceira e quarta gerações, onde se encontram os preceitos em defesa dos direitos da personalidade, os quais, entretanto, apresentam nítidas distinções entre si. A nova legislação civil de 2002 é que, efetivamente, veio a agasalhar o instituto dos Direitos da Personalidade, incorporando esse *nome iuris*, por definitivo, ao nosso direito positivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Família; Constituição; direitos fundamentais; direitos da personalidade.

## THE FAMILY AND THE BRAZILIAN CONSTITUTIONS IN THE CONTEXT OF THE FUNDAMENTAL PERSONALITY RIGHTS

**ABSTRACT:** Our Country, after its discovery by the colonizing people of Portugal, assumed the idea of family that was rooted in the use and custom of that people, brought to the new colony, constituted by the marriage of partners who knew each other and at the Catholic Church door. Such situation lasted during the imperial time and good part of the republican period, when just the catholic wedding remained, with an indissoluble aspect. In the first two constitutions, there were no concern with the protection of the family in the exact terms that we have today; the Constitutional Right was limited to protect the fundamental

rights of the first generation. Only after the Constitutional Letter of 1934 there was some real concern with social rights and, consequently, with the family, and then we had the protection of the fundamental rights of the second generation. From this text all the following constitutions brought an annex aiming at protecting the family and its members in a very clear way, reaching a greater range with the Constitution of 1988, in which the legislator decided to replace the word family by the expression family entity. It was exactly in the 1988's text that more emphasis to man's fundamental rights was given, incorporating the fundamental rights of the third and fourth generations, in which we find the precepts in defense of personality rights, which, however, present clear distinctions between them. The new civil legislation of 2002 is the one that, effectively, came to embrace the institution of Personality Rights, definitely incorporating the name *iuris* to our positive rights.

**KEYWORDS:** Family; Constitution; fundamental rights; personality rights.

## LA FAMILIA Y LAS CONSTRUCCIONES BRASILEÑAS EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LA PERSONALIDAD

**RESUMEN:** Nuestro país, tras su descubierta por los descubridores de Portugal, trajo para la nueva colonia la idea de familia que estaba arraigada en los usos y costumbres de aquella gente, constituida por el casamiento de parejas conocidas y por el casamiento a la puerta de la Iglesia Católica. Tal situación se extendió durante todo el período imperial y buena parte del período republicano, cuando apenas quedó el casamiento católico, de carácter indisoluble. En las dos primeras constituciones, no hubo preocupación con la protección de la familia en el sentido exato de los términos que hay hoy día; el Derecho Constitucional se restringió a proteger los derechos fundamentales de la primera generación. Solamente a partir de la Carta Constitucional de 1934 es que hubo una real preocupación con los derechos fundamentales de la segunda generación. A partir de ese texto todas las demás constituciones trajeron un aporte mayor con vistas a proteger de manera clara a la familia y a sus miembros, abrangeando con mayor alcance con la Constitución de 1988, en la cual el legislador, por bien, sustituyó el vocábulo familia por entidad familiar. Fue exactamente en el texto de 1988 que se dio

mayor énfasis a los derechos fundamentales del hombre, y se incorporó los derechos fundamentales de la tercera y la cuarta generación, en donde se encuentran los preceptos en defensa de los derechos de la personalidad, los cuales, por lo tanto, presentan claras distinciones entre si. En la nueva legislación civil de 2002 es que, efectivamente, ha acogido el instituto de los Derechos de la Personalidad y se incorporo ese nome iuris en definitivo, al nuestro derecho positivo.

**PALABRAS CLAVE:** Família; Constitución; derechos fundamentales; derechos de la personalidad.

## **1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A análise da instituição família e da proteção a ela dispensada pelo direito positivo em nosso país nos obriga, inexoravelmente, a fazer uma reflexão histórica do que seja família, desde os primórdios do período colonial, passando pelo período imperial e finalizando no período republicano.

Também não escapamos de um estudo verticalizado, tanto no direito comum, abrangendo este as Ordenações do Reino de Portugal (Manuelinas, Afonsinas e Filipinas), a legislação extravagante portuguesa, o antigo direito civil brasileiro não codificado, o Direito Civil codificado e a legislação esparsa, para, finalmente, analisar o nosso direito constitucional, desde a primeira constituição imperial, de 25 de março de 1.824, até a nossa última constituição, vigente desde 05 de outubro de 1988, a qual acabou optando também por continuar a tratar do tão importante tema família.

É justamente por intermédio de uma análise no contexto do direito comum e do Direito Constitucional brasileiros que vamos encontrar, em toda a sua amplitude, o verdadeiro sentido da evolução do conceito de família e a sua proteção no Brasil.

## **2. MODALIDADES DE FAMÍLIA QUE AJUDARAM A CONSOLIDAR A OCUPAÇÃO E O POVOAMENTO DO BRASIL NOS PERÍODOS HISTÓRICOS: COLONIAL, IMPERIAL E REPUBLICANO**

O Brasil, segundo a sua história, não foi ocupado de uma só vez, em termos de povoamento, como também não foi ocupado por um só povo, tendo sofrido uma colonização das mais diversificadas de que se tem conhecimento na história das nações. Para cá vieram não somente os colonizadores portugueses e espanhóis, mas também os invasores holandeses e franceses, os negros trazidos da

África como escravos e destinados ao desenvolvimento da agricultura na colônia; e posteriormente, aberta legalmente a imigração, acabou o nosso país recebendo pessoas de, praticamente, todas as partes do mundo, o que resultou na formação de um povo multirracial, não se podendo esquecer que a interação e miscigenação acabou acontecendo também com o gentio da terra.

## 2.1. DO PERÍODO COLONIAL

Quando em nosso país aportou a esquadra portuguesa de Pedro Álvares Cabral, em 22 de abril de 1500, na verdade os olhos e os interesses do rei de Portugal estavam voltados inteiramente para a cobiça das especiarias das Índias.

Assim, nas três primeiras décadas do período seiscentista, não tivemos a presença de famílias européias, pois aqui aportavam embarcações portuguesas, espanholas, de corsários franceses ou holandeses portando exclusivamente homens, e todas vinham com o mesmo objetivo: buscar o “pau corante” ou o pau-brasil, madeira muito cobiçada e de bom valor, utilizada pela indústria têxtil para tinturaria, na Europa.

Destarte, não havia ainda uma verdadeira intenção do Reino de Portugal de ocupar de forma definitiva as novas terras descobertas, e sim, apenas de mantê-las e evitar sua ocupação total ou parcial por outras potências. Nesse período foram apenas fundadas diversas feitorias ao longo do litoral, para carregamento de pau-brasil e contato com tribos indígenas, com as quais os portugueses já haviam estabelecido um certo grau de amizade.<sup>1</sup> Nelas eram deixados soldados da armada e degredados para cumprimento de penas.<sup>2</sup>

O que se pode afirmar, com fundamento nos registros históricos, é que dessa fase não há registros de constituições de famílias no território do Brasil. O que no máximo existiu foram contatos físicos entre homens europeus e as mulheres indígenas da terra, que, devido a sua ingenuidade, transformavam-se em presa fácil na conquista amorosa do homem europeu, facilmente atraídas pelos elementos curiosidade e novidade que lhes despertava o homem branco, o qual se apresentava com vestimentas diferentes das dos homens de suas tribos, que andavam nus ou seminus.

É de ressaltar que era vedado o casamento do gentio com pessoa da raça branca, fato que também impedia legalmente a existência de famílias regularmente constituídas através do vínculo do casamento entre os gentios e qualquer pes-

---

<sup>1</sup> MARTINS FILHO, Ives Gandra. *500 anos de Historia do Brasil*. São Paulo: LTr, 2000. p. 19.

<sup>2</sup> cf. GIUCCI, Guilherme. *Sem Fé, Lei ou Rei*. - Brasil 1500-1532. Rio de Janeiro: Rocco, 1993. p. 175-176.

soa de origem européia. Tal permissão somente veio a ocorrer por intermédio de uma lei do Marquês de Pombal, por Carta Régia de 04 de abril de 1758.

Na quarta década de nosso descobrimento, no período do rei D. João III, os governantes do reino foram obrigados a tomar uma decisão importante, ou seja, a ocupação do Brasil através do povoamento, pois já era tão intensa a pirataria em nossa costa que, se não houvesse uma intervenção decisiva nesse sentido, a perda seria inevitável e, quiçá, irreversível. Assim surgiu, de forma definitiva, a implantação do sistema colonial no Brasil.<sup>3</sup>

Dessa decisão é que surgiu a idéia de explorar a colônia, inicialmente, mediante a divisão do Brasil em 15 (quinze) capitanias hereditárias, cada uma com 50 (cinquenta) léguas de costa, e entregá-las às famílias da pequena nobreza de Portugal, constituídas especialmente de fidalgos. Esse sistema já havia sido adotado pelo Reino, com sucesso, nas ilhas da Madeira e Açores. Procurou-se reunir o útil ao agradável; o Reino ocupava as suas terras, eliminando o perigo iminente de apossamento por outra potência, e as famílias abastadas portuguesas entravam com o risco de vida de seus componentes e o risco do capital aplicado, para o qual o futuro demonstrou prejuízo certo.<sup>4</sup>

Dessa forma se pode afirmar, com base na história, que o aparecimento das primeiras famílias no Brasil inicia-se com a sua ocupação através da chegada dos primeiros donatários, que aqui aportavam com todos os membros de sua grande família, com as famílias de seus agregados, a quem se prometiam grandes quantidades de terras, e com as famílias de seus serviçais domésticos, o que foi considerado pelos historiadores como um verdadeiro ato de bravura.

Quando se chegou ao fim desse processo de colonização, aqui passaram a residir de forma definitiva aproximadamente 3.000 colonos. Pode-se afirmar que tivemos o início da formação do embrião da futura sociedade colonial brasileira com a fixação das primeiras famílias, algumas da pequena nobreza e a maioria, gente do povo comum de Portugal, que se dirigiu à esta colônia com o intuito de efetivamente aqui ficar, para se dedicar a alguma atividade econômica em que pudessem vislumbrar alguma posição melhor na estratificação social do mundo colonial português.

Em seguida, verificado que esse sistema não havia atingido o seu ponto ideal, que era a plena ocupação do litoral, como meio de consumir a posse completa do litoral e afugentar possíveis invasores, optou-se por um governo centralizado da coroa na colônia, ou seja, os Governos Gerais, de tal sorte que nesse novo período houve um novo surto de incentivo de povoamento em nosso litoral e um

<sup>3</sup> cf. LAPA, José Roberto do Amaral. *O Sistema Colonial*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994. p. 21.

<sup>4</sup> cf. LACERDA, Arthur Virmond de. *As Ouidorias do Brasil Colônia*. Curitiba: Juruá, 2000.

começo de ocupação do interior, com investimentos da coroa, com enfrentamento direto dos índios - hostis e até antropófagos. Nesse período ocorreu o início da pregação da fé cristã, com a chegada dos primeiros jesuítas. Estes buscavam converter os indígenas e tirá-los do estado de barbárie, colocando-os no estado da civilização européia. Procurava-se também combater a vida em comum dos brancos com as índias, que não só constituía pecado, mas também atentava contra a moral e os bons costumes na colônia.

No período do Primeiro Governo Geral, em 1549, em face das dificuldades no trato com o gentio da terra - tido como arredio e indolente sob a ótica dos colonos, - e diante da hostilidade do indígena e sua resistência ao trabalho, ao aprisionamento e à escravidão, optou o sistema colonial de governo pela abertura do processo de permissão da prática da escravidão negra no Brasil, fato que só veio a terminar em definitivo no final do século XIX, que coincidiu com o término do Segundo Império brasileiro.

A partir da chegada dos negros ao Brasil, em matéria de constituição de famílias na colônia, apareceu uma nova situação, ou seja, começaram os brancos também a se amasiar com mulheres negras, principalmente os senhores de terras e de engenho, que as tinham sob seu mais absoluto controle, tanto no aspecto psicológico quanto no econômico.

Destarte, no Brasil Colônia, claramente se percebia que a miscigenação das raças branca, negra e vermelha (ameríndia) acabaria acontecendo quase que por um processo natural, embora contasse com oposição ostensiva por parte da Igreja Católica, que via nisso um pecado e uma ilegalidade, pois não havia permissão do poder reinol para tais uniões. Apenas a título de ilustração, temos que a sociedade colonial tolerava a descendência dos brancos com as índias, pois ela não comprometia a transmissão do “sangue bom” dos reinóis, fato que não ocorria com a miscigenação dos brancos com os negros e destes com os indígenas.

Assim, tivemos nos dois primeiros séculos a consolidação da aristocracia rural colonial, quando “a riqueza, a pompa, a fartura da casa campestre contrastaram com a humildade da casa urbana. A arejada e orgulhosa vida da casa-grande, com a pobreza dos portos infestados de africanos do tráfico, pestilentos e mesquinhos. A cidade tinha uma aparência feia de feitoria d’Africa; o engenho, a vaidade aparatosa de pequenas cortes independentes e agrícolas”, segundo a visão do historiador Pedro Calmon.

As famílias aristocratas rurais, no período colonial, tinham internamente, na casa-grande, como poder, as características do sistema matriarcal, através do exercício da chefia pela mulher do proprietário do engenho ou do grande latifúndio. Era a senhora, ou para o grande contingente de escravos domésticos, as amas-de-leite e as mucamas, que os comandavam nos serviços caseiros, man-

dando, ensinando e castigando, quando fosse o caso: era a “sinhá”.

Cabia ao senhor colonial, dentro da família aristocrata, apenas a supervisão dos negócios familiares, nisso incluído o aspecto político, em que dava a última palavra. Cabia-lhe também ir até à vila ou cidade com os seus servos e escravos buscar produtos que não conseguia produzir em sua propriedade, e ainda, proteger a propriedade e a grande família contra possíveis ataques indígenas ou até mesmo de piratas do mar.

A família rural patriarcal colonial brasileira, como um todo, era geralmente amável, aberta e hospitaleira para quem a visitasse. Os proprietários de terras e os senhores de engenho gostavam de ostentar a sua opulência e riqueza para os visitantes, a ponto de o autor da obra “Diálogos das Grandezas do Brasil” escrever, em 1618: “E eu vi já afirmar a homens mui experimentados na corte de Madrid que se não traja melhor nela do que se trajam no Brasil os senhores de engenho, suas mulheres e filhas, e outros homens afazendados e mercadores”

Ao longo de toda a evolução familiar ocorrida no Brasil durante o período tido como colonial, as famílias que aqui vieram e aqui se multiplicaram, tanto as que se mantiveram dentro do padrão do elemento branco colonizador como as que se mestiçaram com os elementos indígena e negro, sempre tiveram de se comportar segundo os padrões fiscalizadores das normas das ordenações do Reino e da legislação extravagante da nação colonizadora, e também das normas moralizadas do Direito Canônico, impostas pela Igreja Católica.

Acerca do casamento como forma de constituição da família portuguesa, a regulamentação para a sua celebração válida competia ao Direito Canônico,<sup>5</sup> em que eram encontradas as hipóteses de impedimento matrimonial e a questão da posição dos nubentes quanto às relações de parentesco, cabendo às Ordenações do Reino de Portugal escassas normas para regular o matrimônio, podendo-se citar, a título de exemplificação, o regime de bens, que deveria prevalecer no matrimônio, consoante se verifica do Livro IV, Título XLVI. Destarte, em relação ao casamento, preponderava de forma absoluta o Direito Canônico, cuja força tinha origem nas próprias leis civis, a tal ponto que o jurista Coelho da Rocha, citado por Luiz da Cunha Gonçalves, viu-se obrigado, no início do séc. XIX, a justificar a razão por que se ocupava de “doutrinas que até então se julgavam mais próprias da teologia ou do Direito Canônico do que da jurisprudência civil,

---

<sup>5</sup> cf. GAMA, Manuel de Azevedo Araújo e. *Estudo sobre o casamento civil*, p. 153, que peremptoriamente afirma: “Desde 1651, ficou definitivamente constituída a legislação matrimonial do nosso país, e escasseiam os documentos relativos ao assunto do casamento. Apenas se encontram algumas referências à observância do Concílio Tridentino, como lei vigente. Assim se infere, por exemplo, do Alvará de 16 de junho de 1668, pelo qual D. Pedro II, fundando-se nas disposições do referido Concílio, agravou as penas cominadas aos que aceitam duelos”.

doutrinas que não se achavam nas lei e cujo conhecimento pertencia aos tribunais eclesiásticos”.<sup>6</sup>

É importante ainda anotar que a constituição das famílias portuguesas, além de obedecer aos ditames impostos pela legislação do Reino e do Direito Canônico, também seguia regras sociais que nem sempre se encontravam nas duas referências anteriores, e sim, em obras de tratadistas especializados que marcaram época em Portugal, conhecidas como “manuais de casamento”.<sup>7</sup>

A primeira obra que veio a lume acerca do tema casamento surgiu no ano de 1540, sob o título de Espelho de Casados, tendo como autor a pessoa do Doutor João de Barros, que era doutor em leis, e vivia no Norte de Portugal, homônimo do historiador da Corte de Avis. A segunda obra teve como ano de publicação 1630, sob o título Casamento Perfeito, e como autor, Diogo de Paiva de Andrada, que era homem bem-casado, com vida próxima à corte de Lisboa. Por último, merece destaque a obra Carta de Guia de Casados, publicada em 1650, tendo como autor a pessoa de D. Francisco Manuel de Melo, um cortesão solteirão e bem-vivido, de longa permanência nas cortes de nobres de Castela A obra retratou uma carta dirigida a um primo do autor que estava prestes a se casar.<sup>8</sup>

A historiadora Angela Mendes de Almeida,<sup>9</sup> ao analisar esses manuais, sustenta que eles

visam o comportamento masculino em sociedade, mesclando desde boas maneiras até ética, e os textos religiosos com prescrições, penitências e sanções (...). São três textos com mais ou menos a mesma estrutura, escritos por leigos e dirigidos aos homens, para indicar os defeitos femininos que devem ser evitados na escolha da esposa, ou reprimidos depois do casamento, e as situações que devem ser impedidas, bem como para exaltar a instituição matrimonial, desde que bem administrada. (...) Eles estão norteados pela mesma preocupação de fundo - convencer os homens de que, apesar de tudo, vale a pena casar-se.

---

<sup>6</sup> GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*, p. 84.

<sup>7</sup> cf. SILVA, Maria Beatriz Nizza da. *Cultura no Brasil colônia*. Petrópolis: Vozes Ltda., 1981. p. 12, que diz: “As normas sociais manifestam-se de uma maneira fragmentária e torna-se assim mais difícil de circunscrever a documentação a partir da qual possam ser inferidas. Não só essas normas variavam de acordo com os grupos sociais, mas ainda com as raças e o estatuto jurídico dos indivíduos ( livres ou escravos)”.

<sup>8</sup> FIGUEIREDO, Fidelino. *Prefácio e notas da obra casamento perfeito*. Lisboa: Livraria Sá da Costa Editora, 1944. p. V-XXX.

<sup>9</sup> ALMEIDA, Angela Mendes. *Os manuais portugueses de casamento dos séculos XVI e XVII*. *Revista brasileira de historia*, v. 9, n. 17, São Paulo, set. 1988/fev. 1989, p. 191-207.

Assim, tanto na obra quinhentista como nas duas seiscentistas que a sucederam, percebe-se que tinham seus objetivos voltados para a realização do casamento como ato fundamental para a constituição da família e da geração humana e também essencial para que houvesse o engrandecimento da nação portuguesa. Assim sendo, era importante a escolha da esposa,<sup>10</sup> donde justificar-se a análise antecipada de seus predicados, defeitos,<sup>11</sup> qualidades, o comportamento que se deveria ter para com ela na constância do casamento, as conseqüências do adultério<sup>12</sup> e o pecado<sup>13</sup> sob o ponto de vista da moral e da religião.

O que prevalecia entre os colonizadores residentes no Brasil, em matéria de moral e ética familiar, era aquilo que eles haviam aprendido e trazido de Portugal, ou aquilo que seus ancestrais sabiam e lhes repassaram. As normas se baseavam

---

<sup>10</sup> cf. BARROS, João de. *Espelho de casados*. 2. ed. [s. l.]: Imprensa Portuguesa, 1874. p. XVIII, que dá os parâmetros da boa esposa: “Grande glória ao marido é ver sua mulher lhe tem governada a casa, e consertada, e regida, como lhe aparelha o comer, como lhe cria os filhos, como lhe aproveita a fazenda, como descarrega ao marido dos cuidados e os toma sobre si.”

<sup>11</sup> cf. MELO, D. Francisco Manuel de. *Carta de guia de casados*. Porto: Livraria Simões Lopes, 1949. p. 62-64, que ao combater o ócio como um dos defeitos da mulher, o contrapõe à boa administração da casa nos seguintes termos: “(...) trata de dar remédio à ociosidade, ocupando-a no honesto trabalho do governo de sua casa; e ao apetite, encaminhando-lho a outro emprego de mais honra, e proveito; (...) e é bom e necessário, não só para que ela viva ocupada, senão para que o marido tenha menos esse trabalho. Coisas tão miúdas não é bem que pejem o pensamento de um homem; e para os da mulher são muito convenientes (...). Diz bem por isso o rifão: do homem a praça, da mulher a casa.”

<sup>12</sup> cf. BARROS, João de. *Espelho*, p. XXVII, ao analisar a vida mundana para o homem solteiro, assim concluiu: “Mas de qualquer maneira que se conheça a mulher alheia é muito mau, porque se é virgem, rouba-lhe um grande dom que lhe deu a natureza. Se é solteira é pecado e a mulher vive torpemente. Se é casada comete erro e crueldade de maneira que por isso necessário é ao homem casar. Porque pela maior parte os homens não querer viver sem este vício. Donde dizem que o mancebo casto é mártir sem derramar sangue, porque é gran sofrimento a continência no homem mancebo.”

<sup>13</sup> cf. ANDRADA, Diogo de Paiva de. *Casamento perfeito*. Lisboa: Livraria Sá da Costa - Editora, 1944. p. 14-23, que ao analisar o amor no casamento, optou pelo o amor da razão, nos seguintes termos: “Onde ele falta, logo a vontade se desencaminha para seguir os vãos efeitos de qualquer paixão ou apetite: logo a firmeza corre perigo de se arruinar nas ocasiões de alguma afeição desordenada, ou violência mal resistida, (...) logo as inclinações e naturezas se rebelam contra a razão, e posto que ela resista por sua parte, não ponham elas deixar de seguir os ímpetus do desejo que naturalmente nos arrebatam para mudanças e novidades.(...) assim, os casados, que não tem amor, não podem ter gosto do bem, que possuem por mais suavidades, e glórias que tenha; (...) Da falta de amor pela maior parte, nascem as traições, e adultérios, nascem as destruições, e perdas de Reinos. (...) Mas pôsto que o muito amor é tão necessário, e a falta dele tão arriscada entre os casados, convém contudo, que não seja êle com tanto excesso, que exceda as leis de Deus, e as da razão: porque se o for, como o amor grande tem por ofício transformar-se todo nos gostos, e desejos da cousa amada, sem ter operação certa, nem vontade própria, se qualquer deles se deixa levar de alguma paixão mal ordenada, logo o outro se levará da mesma, e de comum consentimento virão a dar em algum pecado, ou desconcerto aquêles corações (...)”.

nas concepções do cristianismo medieval, e posteriormente foram enriquecidas sob a influência da normatização do Concílio de Trento, quando era pacífico se respeitar o homem como o chefe da família e a mulher como a eterna subalterna do marido e responsável direta e de fato pela guarda e criação dos filhos.<sup>14</sup>

Como bem coloca Mendes de Almeida,<sup>15</sup> no período colonial, para o homem, em especial para o colonizador português, no momento de constituir a sua família,

era preciso escolher bem, casar certo, já que o erro poderia levar a uma situação-limite insuportável, cuja solução - a separação - não era vista como solução, sobretudo para o homem. E não era solução porque implicava, ou na 'continência' - o abster-se de relações sexuais não sacramentadas, e portanto, pecaminosas - ou na 'desordem do pecado e da paixão'. Da mesma forma, o não casar-se colocava estas duas mesmas alternativas, ou outra pior, a do 'pecado nefando'. O casamento era, portanto, equivalente à ordem ... e, porque não? ao conforto e bem estar.

Assim, pode-se afirmar com serenidade que as regras reguladoras do comportamento humano, quer civis, quer religiosas, quer morais ou éticas, funcionavam como uma verdadeira pressão psicológica em face do homem para que ele se casasse e viesse a formar a sua família, tão necessária e tão desejada, tanto pela sede do Reino como pelo sistema colonizador do Brasil.

Finalmente, alerta Nizza da Silva<sup>16</sup> que

se as leis eclesiásticas e civis eram aproximadamente as mesmas para a colônia e a metrópole, as normas sociais não se enunciavam da mesma maneira no Brasil e em Portugal, e mesmo no território brasileiro se constata-  
vam variedades locais, conforme o que poderemos designar como grau de colonização das Capitânicas. O que se passava em matéria de casamento

---

<sup>14</sup> cf. ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. *Direito civil, família II*. São Paulo: Instituto Educacional Piracicabano-Gráfica, [s. d.]. p. 19, que doutrina: "No direito Romano havia inferioridade da mulher. O marido tinha grande poder sobre a mulher. (...) Pothier baseando-se sobretudo nos costumes franceses, nas Ordenanças (costumes de Paris, de Orleans etc.), mostra a situação de inferioridade da mulher em face do marido. (...) Em Portugal encontra-se a mesma coisa. As leis antigas repetiam inclusive uma frase bíblica: a mulher estará sob o poder do marido. E nos códigos antigos de Portugal está sempre sujeita aos varões. Nas Ordenanças do Reino, nossa lei anterior ao Código Civil, encontramos a mesma coisa. Lá vemos até o direito que tem o marido de corrigir a mulher, o *jus corrigendi*".

<sup>15</sup> ALMEIDA, Angela Mendes de. *Os manuais portugueses de casamento*, p. 197.

<sup>16</sup> SILVA, Maria Beatriz Nizza da. *Cultura no Brasil*, p. 12.

na Bahia e em São Paulo, por exemplo, apresenta ao historiador diferenças suficientes para que seja lícito falar do Brasil colonial como um todo homogêneo.

Se tivéssemos que responder a um questionamento do que tenha sido família no período colonial, certamente teríamos que dizer que o conceito de família era aquele que vinculava de forma ampla as pessoas, tanto sob o aspecto religioso como do ponto de vista civil

Podemos, assim, em face das considerações das relações familiares perante o direito comum português, prescrito nas Ordenações do Reino e legislações extravagantes combinadas com as normas de direito canônico, tendo por base o Concílio Tridentino e as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, considerar como membros integrantes da extensa Família: os parentes consangüíneos em linha reta de forma ilimitada, os consangüíneos na linha colateral até o décimo grau contado segundo o direito romano, a relação conjugal, os afins na linha reta de forma ilimitada e na colateral até o quarto grau, nos termos do prescrito no direito eclesiástico, o parentesco civil de forma ilimitada na linha reta e restrito o terceiro grau nos termos do Direito Romano na linha colateral, e o parentesco espiritual limitado à paternidade espiritual e à comaternidade, até considerar alguns poucos bem próximos, tanto no que diz respeito ao grau como aos consangüíneos no primeiro grau da linha reta e do primeiro grau deles na linha colateral, ao lado do cônjuge. Além disso, algumas famílias incluíam nos seus laços de afetividade os agregados da terra.<sup>17</sup>

É preciso ressaltar que nesse primeiro período não tivemos um direito constitucional, portanto não há que se falar em direitos fundamentais e muito menos em direitos da personalidade, considerando-se que o direito lusitano estava todo circunscrito às Ordenações do Reino de Portugal e que nesse período acabou abrangendo, desde o descobrimento até a nossa declaração de independência, as Afonsinas, as Manuelinas e as Filipinas.

## 2.2. DO PERÍODO IMPERIAL

A realidade é que, nos primeiros tempos, na passagem da sociedade colonial brasileira para a sociedade imperial muito pouco ou quase nada se percebeu em termos de alteração,<sup>18</sup> com relação à vida familiar. Não obstante ter ocorrido a

---

<sup>17</sup> SILVA, Maria Beatriz Nizza da (Coord.). *Nova História da Expansão Portuguesa*. São Paulo: Editorial Estampa, 1986.

<sup>18</sup> cf. ALENCASTRO, Luiz Felipe. *Vida privada e ordem privada no Império* In: "História da vida privada no Brasil, Império: a corte e a modernidade nacional"... op. cit., p. 16-17, que diz: "Como

declaração de independência e a instalação de um governo autônomo em relação a Portugal, tendo por sede a cidade do Rio de Janeiro, em nada foi modificado o processo de organização de nossa vida jurídica, política e social, tendo permanecido as pilastras básicas do governo anterior, ou seja, foi mantida a sociedade escravocrata, a legislação do Reino de Portugal e ainda continuava a fusão do poder temporal com o espiritual, ou seja, continuava a religião católica como a oficial país.

Com efeito, no começo do século XIX encontrava-se o Brasil ainda na completa dependência de uma economia agrária, cujo domínio político ainda estava centralizado nas mãos dos grandes produtores latifundiários, chefes das grandes famílias aristocratas rurais, que se impunham pela opulência e riqueza, e chefes também de sua força pessoal, geralmente reforçada por capangas. O domicílio rural desses aristocratas era tido como verdadeira fonte de prazer e satisfação.<sup>19</sup>

Assim, em plena sociedade imperial, percebe-se que a sua preferência já não residia só nos gostos da sociedade colonial do primeiro e segundo séculos, ou seja, no interesse primordial pelo luxo das sedas e dos salões de festas, mas também no prazer de possuir e desfrutar dos sobrados, estâncias e engenhos, com os serviços de seus escravos, cercados de grandes dimensões de terras, pois era exatamente aí que estava a identificação da riqueza e do poder político da grande família da aristocracia rural brasileira.<sup>20</sup>

Com a chegada da família real e da corte portuguesa e a pronta abertura do nosso comércio ao comércio mundial, uma nova situação desabrochou na antiga

---

na Colônia, a vida privada brasileira confunde-se, no Império, com a vida familiar. (...) Tributado, julgado, comprado, vendido, herdado, hipotecado, o escravo precisava ser capturado pela malha jurídica do Império. (...) Havia, portanto, uma ordem privada específica, escravista, que devia ser endossada nas diferentes etapas de institucionalização do Império. Os condicionantes históricos desse processo configuraram duradouramente o cotidiano, a sociabilidade, a vida familiar e a vida pública brasileira. (...) o escravismo não se apresenta como uma herança colonial, como um vínculo com o passado que o presente oitocentista se encarregaria de dissolver.”

<sup>19</sup> cf. VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Populações Meridionais do Brasil*, p. 34, que afirma: “Dissemos que no quarto século a população brasileira está completamente ruralizada. Realmente, essa necessidade forçada da presença permanente no latifúndio agrícola acaba mesmo gerando, no seio da sociedade colonial, um estado de espírito, em que o viver rural não é mais uma sorte de provação ou de exílio, para a alta classe, como outrora; mas um sinal mesmo de existência nobre, uma prova até de distinção e importância. O que nos primeiros séculos era aceito somente pela pressão invencível das circunstâncias, passa neste século a ser querido, procurado, estimado, como fonte de prazer e de encanto.”

<sup>20</sup> cf. ALENCASTRO, Luiz Felipe. *Vida privada e ordem privada no Império* In: “História da vida privada no Brasil, Império: a corte e a modernidade nacional...” p. 21, que pondera: “Após a Independência, os homens brasileiros maiores de 25 anos, com certa renda anual, podiam ser votantes, isto é, eleitores de segundo grau. Em geral trinta votantes escolhiam um eleitor de primeiro grau, o qual, dispondo do dobro da renda anual dos votantes, podia eleger e ser eleito

colônia, pois isso possibilitou a uma parcela de portugueses fazer o que de melhor sempre fizeram, ou seja, explorar o comércio, sediados no Brasil, como faziam na sua metrópole, e possibilitar uma presença mais constante de estrangeiros no Brasil.<sup>21</sup>

Assim, ao lado das grandes famílias patriarcais rurais, formou-se no período imperial, com a abertura dos portos e o desenvolvimento do comércio, também uma poderosa burguesia de grandes comerciantes, cujas posses acabavam equivalendo às daquelas, e as duas partes aqui mencionadas passaram a mandar seus filhos estudar na Europa,<sup>22</sup> donde voltavam graduados: “em cânones, em leis, em matemáticas, em ciências naturais e, ao retornarem à pátria, trazem à nossa aristocracia mental novos brilhos, novas idéias, novas capacidades”.<sup>23</sup>

Assim, coube à grande família patriarcal rural, constituída desde os primórdios da ocupação lusitana de sua colônia americana, no primeiro século, garantir a presença portuguesa, com o início das atividades pastoris e do plantio da cana-de-açúcar, como também a do tabaco, que futuramente se converteria na forte moeda de troca, na aquisição de escravos na costa da África. No segundo século

---

vereador, deputado ou senador.(...)Além disso, fraudes permitiam que indivíduos mais modestos fossem reconhecidos como votantes a fim de eleger os proprietários de suas terras no escrutínio de primeiro grau. Desse modo, os senhores de engenho e os fazendeiros mantinham um contingente mais ou menos constante de agregados - seu curral eleitoral particular - em suas propriedades.(...) ‘O que sustenta hoje a pequena agricultura é o nosso sistema eleitoral’. Os grandes possuidores do solo consentem ainda os agregados, porque o nosso sistema eleitoral assim o reclama. (...) dando lugar, mais tarde, ao tripleto: ‘coronelismo, enxada e voto’.”

<sup>21</sup> cf. VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Populações meridionais do Brasil*, p. 36, observa: “Esse temperamento fundamentalmente rural é de pura formação americana, oriundo da ação combinada de várias particularidades nossas. Os lusos, que nos colonizam, não os possuem - pelo menos, com a nítida e exclusiva feição que nos é própria. Sendo, a um tempo, uma raça duplamente dotada com aptidões para o comércio e para lavoura, isto é, sendo, a um tempo, comerciantes e colonos, não são nem uma, nem outra coisa - nem puros comerciantes, à maneira dos fenícios e judeus, nem puros colonos, à feição dos povos de formação particularista; o que faz com que a sua vida oscile entre uma dupla polaridade - a dos campos e a das cidades.

<sup>22</sup> cf. CALMON, Pedro. *História social do Brasil, Espírito da sociedade imperial*, p. 109-110, que afirma: “Rotos os laços portugueses, ainda desacreditadas as faculdades do país, o que lhes parecera mais próprio e digno fora mandar rapazes a Heidelberg e Berlin. Na década de 30-40, as universidades da Alemanha educam numerosos brasileiros, sobretudo baianos, pernambucanos e maranhenses. Regressando ao engenho, transportam consigo o ambiente moral da mocidade; exilam-se, no torrão natal; não se adaptam mais à brutalidade do trabalho servil e à melancolia da vida campesina; são, espiritualmente, outras tantas desenraizados. Mas fomentam a civilização, transplantando-se as comodidades: estudante que volta, transporta na bagagem a alfaiá, o utensílio, a indumentária, o livro, o sport, os vícios sociais, as aspirações políticas, o móvel doirado, os quadros célebres, os figurinos modernos, que compõe a Europa, o decoro aristocrático, ou da pretensiosa burguesia.”

<sup>23</sup> cf. VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Evolução do povo brasileiro*, p. 278 que diz: “Essa nobreza da terra, assim numerosa e ilustrada, com as idéias renovadas nos grandes centros da cultura europeia, quando a Corte portuguesa se transmigra e aqui se instala, ocorre para junto do Rei,

consumaram-se aquelas primeiras manifestações de exploração econômica e acrescentou-se a do algodão, e permitiu-se a constituição dos movimentos sertanistas pelo interior da colônia, consolidando a sua ocupação. No terceiro século, é ela que dá amplo apoio à consolidação do movimento minerador ocorrido nas Minas Gerais, Goiás e Mato Grosso.

Finalmente, no quarto século, é nela que se apóiam o movimento político que apressa a saída de D. João VI e dos principais colaboradores do Rei e o movimento do “Dia do Fico”, que redundou posteriormente na conquista da nossa independência. Com o decorrer do tempo, o exercício do poder da grande família rural aristocrata e escravagista se faz sentir politicamente em todos os pontos-chave da nossa Monarquia.<sup>24</sup>

Afirma Oliveira Vianna:<sup>25</sup>

Os hábitos próprios às populações sedentárias e agrícolas se consolidam nas tradições rurais: os sentimentos se abrandam, os hábitos agressivos e predatórios da fase conquistadora cedem lugar às afeições tranquilas e suaves, elaboradas no recesso do lares, pacíficos e estáveis. O longo período do Império, comparado com o período anterior, é, por isso, um remanso amorável e ameno, onde domina uma aristocracia rural, majestosa na sua grandeza moral, soberbamente assentada sobre bases econômicas de perfeita estabilidade: o criatório, a canna de assucar, o café.

É novamente ela que se beneficia do grande acontecimento da vida econômica do Império, que foi a consolidação do plantio e exploração da cultura do café, bebida de larga aceitação comercial no mundo, pelo agradável aroma e paladar que propicia aos seus usuários. A exploração dessa cultura teve o seu início no Rio de Janeiro, estendeu-se para Minas Gerais e posteriormente para São Paulo, onde atingiu o seu apogeu, permitindo largo aproveitamento dos escravos que se encontravam ociosos nas Minas Gerais, em decorrência da franca decadência da exploração aurífera, e posteriormente, daqueles dos engenhos.

---

domina no Paço e consegue, afinal, preponderar mesmo sobre a chusma dos emigrados, vindos, em tropel, na comitiva real. Quando, com a retirada de D. João VI para Portugal, fica na regência D. Pedro, este, dentro em pouco, está inteiramente dominado pelos elementos da aristocracia brasileira, que penetram as intimidades do Paço. (...) Estes são, afinal, os que dirigem e governam, mesmo antes de proclamada a independência.”

<sup>24</sup> cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, p. 73, que diz: “Na Monarquia eram ainda os fazendeiros escravocratas e eram os filhos de fazendeiros, educados nas profissões liberais, quem monopolizava a política, elegendo-se ou fazendo eleger seus candidatos, dominando os parlamentos, os ministérios, em geral todas as posições de mando, e fundando a estabilidade das instituições nesse incontestado domínio.”

<sup>25</sup> Cf. VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Evolução do povo brasileiro*, p. 117.

Esse fato da exploração das prósperas lavouras cafeeiras no Sul do Império propiciou a constituição de uma nova aristocracia rural,<sup>26</sup> denominada de “os barões do café”, em contraste com os senhores de engenho do Norte, cujo principal produto, o açúcar, infelizmente estava com os seus preços em franca decadência no mercado internacional, fato que os obrigava a desfazer-se dos seus contingentes de escravos para a nova aristocracia sulista,<sup>27</sup> caracterizando a decadência econômica daquelas famílias.

Finalmente, as famílias patriarcais rurais, tanto as antigas, oriundas e detentoras dos grandes currais estabelecidos nos sertões e dos engenhos, como as emergentes da riqueza do café, através de seus chefes, chegam ao centro do poder, primeiramente ajudando a fundar o Império em 1822, visando se livrar definitivamente dos últimos forasteiros portugueses, cabendo a elas, em seguida, o supremo encargo da organização e da direção geral da nacionalidade brasileira, fato que se confirmou pela manutenção do Império até o ano de 1889.<sup>28</sup>

As famílias patriarcais, mesmo tendo o exercício do poder ao longo do Segundo Império, assistiram paulatinamente à corrosão de grande parte do seu poder econômico e político, por intermédio de diversos fatos, entre os quais se podem citar, inicialmente a Lei do Ventre Livre, e posteriormente, a lei Áurea. Essas leis significaram primeiramente o enfraquecimento e posteriormente a definitiva extinção do regime de escravidão dos negros cativos no Brasil. Este último fato atingiu frontalmente a sociedade imperial escravocrata, pois de um só golpe modificou as relações econômicas familiares, pela perda de um considerável patrimônio sem qualquer indenização por parte do Governo Imperial, e provocou radicais mudanças nas relações de trabalho no final do século XIX, as quais exigiram novos esforços para regularização do sistema agrário, que constituía uma das principais fontes de riqueza do país.

O exercício do poder central político, tanto nos fins do período colonial como durante todo o período imperial, sempre visou, com suas medidas, enfraquecer o poder da aristocracia territorial, em especial a dos pampas e a dos sertões, que se

<sup>26</sup> cf. CALMON, Pedro. *História social do Brasil, Espírito da sociedade imperial*, p. 123, que assevera: “A próspera lavoura do café cria também a sua aristocracia, uma casta rural, uma civilização que reflete a proximidade da corte, o esplendor de que esta cercava a nobreza adventícia, as exigências sociais de uma época de amável e fidalga convivência.”.

<sup>27</sup> cf. CALMON, Pedro. *História social do Brasil, Espírito da sociedade imperial*, p. 121-122, que remarca: “Entre 1850 e 1870, do norte iam para São Paulo, em média 30 mil negros por ano. Sendo essa a quota africana para a população do Brasil no século XVIII, temos que a Bahia e o Maranhão substituíram, depois do tráfico(cessou em 1850), o Congo e Angola, relativamente as plantações paulistas. (...) O preço do açúcar continuaria baixo; mas o do escravo subia sem cessar.”.

<sup>28</sup> cf. VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Populações meridionais do Brasil*, p. 45, que confirma: “Depois de três séculos de paciente elaboração, a nossa poderosa nobreza rural atinge, assim, a sua culminância: nas suas mãos está agora o governo do país. Ela é quem vai daqui por diante dirigi-lo.”.

caracterizavam pela dificuldade de diálogo e entendimento e pela característica de serem extremamente combativas, procurando sempre manter certa distância daquele poder centralizado.

Assim, buscou a política imperial montar um processo que foi caracterizado pela desintegração dos clãs rurais, no sentido de buscar a acomodação e paz social também com os nominados tipos de famílias patriarcais. Em 1841, foi aprovada a lei da reforma, que conferia aos delegados locais a atribuição de punir os culpados, formar a culpa e prender os delinquentes. A marinha e o exército nacionais passaram a praticar o recrutamento entre os elementos do sexo masculino mais problemáticos das províncias, e assim se praticava uma reeducação de tais indivíduos através da instrução militar.<sup>29</sup>

O Instituto dos Morgados e Bens Vinculados, além de vetusto, desumano e discriminador, era pomo de grandes discórdias familiares no Brasil. Por esse instituto, com respaldo das Ordenações Filipinas, o chefe da clã rural tinha por hábito transferir o melhor de seu patrimônio para um só dos filhos, quase sempre o mais velho ou algum dos seus descendentes que desfrutava de melhor proteção. Felizmente, tal instituto também foi eliminado do nosso direito, durante o Segundo Império, pela Lei nº 57, de 06 de outubro de 1835, durante o período regencial, chegando destarte ao fim mais uma das mazelas das grandes famílias aristocratas, existente desde os primeiros períodos de nossa colonização.

Outro fato que veio também a concorrer para o enfraquecimento das grandes famílias patriarcais representantes da aristocracia rural brasileira, este de ordem jurídica, foi o regime sucessório das partilhas<sup>30</sup> em decorrência do falecimento do chefe da família “*ab intestato*”. “Essa divisão forçada do patrimônio das grandes famílias as enfraquece, por outro lado, no seu poder econômico - porque as reduz, no fim da 3ª ou 4ª geração, à obscuridade e à pobreza”, fato que levava a

---

<sup>29</sup> VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Populações meridionais do Brasil*, p. 199-200, que diz em relação a lei da reforma 1841: “o que ela tem em vista é o cabra, o cangaceiro, o capoeira, o valente das aldeias, toda essa ralé mestiça, que jaz nas base da nacionalidade. O mesmo acontece quando põe nas mãos dessas mesmas autoridades o poder de fazer o recrutamento. Com o recrutamento, o poder central realiza uma obra admirável de prevenção policial. Elimina, pela drenagem sistemática para o exército e para a marinha, justamente os piores elementos de dissolvência social: os vagabundos e desordeiros rurais, o caboclo valente, o cabra subversivo, o cangaceiro temível (...).”

<sup>30</sup> cf. ORDENAÇÕES FILIPINAS; Ordenações e leis do Reino de Portugal, recompiladas por mandado d’el rei D. Philippe, o Primeiro, 12. ed. (segundo a nona), Coimbra: Imprensa da Universidade, 1858, t. III, livro IV, Título XCVI, que prescreve: “Como se hão de fazer as partilhas entre os herdeiros. Quando algum homem casado, ou sua mulher se finar, deve o que ficar vivo, dar partilha aos filhos do morto, se os tiver, quer sejam filhos dentre ambos, quer da parte do que se finou, se forem legítimos, ou taes, que per nossas Ordenações, ou Direito devam herdar seus bens. E não havendo hi filhos, dará partição aos netos, ou outros descendentes em desigual grão, herdará o ascendente mis chegando ao grão (...).”

família aristocrata a uma desintegração progressiva e paulatina, pois perdia um de seus principais sustentáculos, que era a riqueza, e como consequência, também desapareciam os laços poderosos da solidariedade parental.<sup>31</sup>

Assim, quando se chegou ao final da última década do século XIX, também se chegou ao final do domínio das grandes famílias patriarcais rurais, que haviam dado sustentação aos governantes do período imperial e receberam então o golpe de morte. Tal golpe decorreu da extinção do regime da escravidão negra no Brasil, em 13 de maio de 1888, ocorrida através da assinatura da Lei Áurea pela Princesa Isabel, fato que as levou a perder, na verdade, o seu maior patrimônio, ou seja, os seus escravos, fonte primordial de sua riqueza.

Durante o período que compreendeu o Primeiro e o Segundo Império no Brasil, tivemos a promulgação da Consolidação das Leis Civis, elaborada por Augusto Teixeira de Freitas a convite do Governo Imperial. Ela nada inovou em matéria de família, pois o seu trabalho se resumia em notas explicativas das vetustas Ordenações Filipinas. Posteriormente, foi o referido jurista recontratado para elaborar o que seria o anteprojeto do futuro Código Civil Brasileiro, ficando seu trabalho conhecido pela denominação de “Esboço”.

Teixeira de Freitas houve por bem, desde logo, apresentar a sua posição acerca da família, tendo manifestado, nos arts. 139 e 140,<sup>32</sup> a definição do que seria família. No primeiro dispositivo, conceituou-a no sentido amplo do termo, e no segundo, no sentido restrito.

No tocante às relações familiares, o Código estabeleceu o parentesco por consangüinidade e o parentesco por afinidade, regulados nos artigos. 141, 142, 143, 150, 151, 152. Distinguiu os dois tipos por intermédio das linhas reta e colateral, contando-os por graus, tendo sido adotado o sistema romano como

---

<sup>31</sup> cf. VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Populações meridionais do Brasil*, p. 202-203, pontifica: “(...) o regime sucessorial das partilhas, o principio do parcelamento patrimonial entra a agir de um modo desfavorável e prejudicial à perpetuidade das grandes famílias rurais. Como a nossa nobreza territorial não é de sangue, nem de títulos, mas agrícola, baseada no grande domínio, a divisão forçada das fazendas, a sua fragmentação obrigatória equivale destruir a classe aristocrática nas bases mesmas da sua existência.(...)O grande domínio agrícola só é grande na sua unidade; dividido, desaparece.”

<sup>32</sup> cf. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil, Esboço*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1860. v. I, que afirma: “Art. 139. Estender-se-há por Família (...) o complexo de indivíduos de um e outro sexo, que são neste Código considerados como parentes”. Nesse sentido, encontramos os seguintes dispositivos no Esboço: arts. 166, 234, 6º; 241, 5º; 335, 2º; 1.495, 1.631, 1683, 1.724, 2.387, 4.022, 4.023 e 4.718; “Art. 140. Quando não se tratar de pessoas ou de direitos em geral, mas de pessoas determinadas, estender-se-há por família o complexo de indivíduos de um ou outro sexo, que viverem na mesma casa, ou em diversas, sob a proteção de um pai de família”. Nesse sentido restritivo do círculo familiar, encontramos no Esboço as seguintes manifestações: arts. 176, 5º; 197, 2º; 1.300, 1.368, 3º; 1.412, 6º, 2.499, 10º; 2.550, 2º; 2.726, 4º e 5º; 3.448, 4.617, 1º; 4.617, 1º; 4.710, 3º e 4.713.

referência, admitindo-se apenas a aplicação do sistema do Direito Canônico para a hipótese dos impedimentos matrimoniais.

Tendo em vista sua formação religiosa católica, acabou o ilustre jurista optando por considerar família apenas a constituída através do parentesco legítimo, sendo que o Código Penal do Império de 1830 penalizava o concubinato em algumas hipóteses (art. 251). Regulou o casamento como forma de constituição de família legítima para as pessoas católicas (art. 1.261), o casamento entre católico e pessoa cristã não católica (arts. 1.273 e 1.274), e finalmente o casamento entre duas pessoas que não professassem a religião católica, incluindo os ateus (art.1.275), quando se teriam apenas os efeitos civis para o casamento, tudo em consonância com o direito eclesiástico, inspirado na religião oficial do país.

Teixeira de Freitas, não obstante ter-se conscientizado de que a família extensa colonial estava com seus dias contados em termos de modelo familiar, tendo demonstrado isso na elaboração do Esboço, ao manter a legislação canônica para efeitos de impedimento matrimonial, acabou por dar uma sobrevida àquele tipo de modelo familiar, que já poderia ter sido extirpado de nosso ordenamento jurídico desde longa data.

Nesse período, com a promulgação da nossa primeira carta constitucional, redigida na linha da teoria do liberalismo clássico, ou seja, visando apenas garantir a divisão dos poderes e os indivíduos em face da ação do Estado Imperial, os direitos fundamentais se restringiram na proteção ao indivíduo, isto é tivemos apenas os direitos fundamentais de primeira geração.

### 2.3. DO PERÍODO REPUBLICANO

Com a queda do Governo Imperial, em 15 de novembro de 1889, promovida com o apoio militar do marechal Deodoro da Fonseca, estava extinto o regime monárquico no Brasil e se iniciava um governo republicano.

Instalado o primeiro governo republicano, com a derrocada da Monarquia, o nosso país jamais optou por outro regime de governo, tendo inclusive a possibilidade de tê-lo trocado quando os cidadãos foram recentemente instados a se pronunciar em um plebiscito de caráter nacional: o resultado redundou permanecer do mesmo regime republicano de governo.

Assim, o período republicano perdura até os nossos dias e já conta com mais de 117 anos de existência, tendo presenciado as maiores transformações que a sociedade brasileira passou em todos os tempos e se estruturado com o auxílio das grandes famílias decadentes da aristocracia rural e das famílias burguesas urbanas em ascensão, ávidas de ocupar todos os espaços daquela primeira.

### 2.3.1. Considerações Sobre a Família na Incipiente Sociedade Republicana

A grande família aristocrática rural assistira aos sucessivos golpes que o Governo Imperial lhe fora aplicando, iniciando-se com a Lei do Ventre Livre e finalizando com a Lei Áurea. A ela somente restou devolver o mesmo tratamento ao regime que mantinha e ao qual dava o seu mais completo apoio,<sup>33</sup> e foi assim que ela se aliou aos demais interessados na derrocada do Império, visando pôr fim ao regime monárquico, fato que se consumou em 15 de novembro de 1889.

Nos últimos anos do Império e nas primeiras décadas da República a sociedade brasileira sofreu consideráveis alterações em sua estrutura, como decorrência direta das visíveis modificações introduzidas em sua organização econômica, política e social.

A abolição do trabalho escravo colocou em xeque todo o sistema de trabalho exercido pelo latifúndio agrícola no Brasil, desnordeando a grande família rural e abalando um dos seus principais alicerces. De uma só vez e de forma inesperada, a grande família patriarcal escravocrata rural perdeu o seu mais valioso patrimônio, ou seja, a mão-de-obra escrava, fonte de sua riqueza.

O Brasil, que era um país eminentemente rural, de uma hora para outra começou a assistir a uma mudança de comportamento, em que grandes quantidades de pessoas começaram a se deslocar dos sertões, dos campos e das fazendas, tomando o rumo das vilas, cidades e até mesmo capitais de província, tal era o estado de desolação que tomou conta dos grandes proprietários rurais. Por outro lado, esses locais também não estavam preparados para receber esse novo contingente de pessoas, uma vez que nosso processo de urbanização era um tanto incipiente.<sup>34</sup>

Esse movimento teve um lado positivo para o país: contribuiu para tirar da inércia o desenvolvimento das cidades, de tal sorte que se acabou assistindo à troca de uma economia agrícola por outra de cunho urbanístico, tudo, evidentemente, forçado pela abolição da escravatura, concedida de forma inesperada. A tônica era o abandono do campo e a busca dos vilarejos e das pequenas cidades

---

<sup>33</sup> VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Evolução do povo brasileiro*, p. 118, que diz: “Essa aristocracia rural é que fornece todos os elementos dirigentes da política no período imperial. Os cargos da administração local, nos municípios e nas províncias, são preenchidos por ella. Della saem a nobreza do Império e os chefes políticos, que fixam e arregimentam, nos municípios e nas províncias os elementos eleitorais e partidários locais”.

<sup>34</sup> VIANNA, Francisco José de Oliveira. *idem*, p. 121, que afirma: “Somos com efeito, até essa data uma população acentuadamente rural, como vimos, com o gosto e a tendência da vida do campo: as próprias capitais de província não passam então de aldeias grandes; e, no interior, as cidades e villas mostram um aspecto rudimentar, vivendo uma vida obscura e mortíça.”

em formação.

Cabia ao governo republicano tomar alguma atitude para buscar novos horizontes diante da situação caótica que se vislumbrava: de um lado havia o desmoronamento do sistema produtivo dos engenhos, que dependia da mão-de-obra escrava. e do outro tinha-se a fonte de renda advinda das grandes plantações de café, que igualmente dependiam da mão-de-obra escrava. Com a concessão da liberdade plena aos escravos, o sistema produtivo praticamente desmoronou. Ele estava alicerçado nas grandes famílias rurais, que, por sua vez, dependiam diretamente do sistema produtivo escravocrata.

A primeira medida encontrada pelo novo regime foi incentivar a industrialização do país, através de uma política de proteção industrial, a partir do ano de 1889. Tal política possibilitou a instalação de pequenas indústrias, de forma incipiente, mas essas indústrias, ao longo do tempo, foram de muita importância para a consolidação tanto do processo de urbanização como do de industrialização do nosso país.<sup>35</sup>

É de se destacar que as grandes famílias aristocráticas do café, chefiadas pelos “barões do café”, conseguiram sobreviver ao desastre da abolição da escravatura, pois, por um golpe de sorte, o mercado internacional passou a praticar preços inimagináveis, enriquecendo as mencionadas famílias de forma espantosa. Tal fato lhes possibilitou uma rápida recuperação financeira, com a contratação de ex-escravos a preços altíssimos e o pagamento de valores compensatórios a famílias de imigrantes que pouco tempo antes tinham começado a vir da Europa, em busca de riqueza em nosso país.

Com o advento da primeira constituição republicana, veio também o rompimento absoluto entre o poder temporal e o espiritual, conforme se verifica no seu texto:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:

§ 1º. ‘Omissis’

§2º. ‘Omissis’

§ 3º. Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens,

---

<sup>35</sup> cf. RAMOS, Duílio. *História da Civilização brasileira*, p. 185-186, que ressalta: “De fato, as fileiras liberais se engrossaram extraordinariamente com os industriais.” “(...) A integração da nova classe produtora no meio social e político e o regime federal regendo as antigas províncias, só se verificaram harmonicamente com a República. Eis porque a industrialização influi na constituição do novo regime.”

observadas as disposições do direito comum.

§4º. ‘Omissis’

§5º. ‘Omissis’

§ 6º. Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

§ 7º. Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou o dos Estados.

Os legisladores dessa mesma Constituição tomaram a cautela de inserir norma assegurando a competência privativa do Congresso Nacional para legislar sobre direito civil (art. 34, item 23).<sup>36</sup>

Assim, a instituição do casamento como fonte geradora da família, que fora objeto de nova regulamentação pela República, continuou sob a égide do direito civil em vigor no Império, ou seja, regulado pela Consolidação das Leis Civis, que teve como ordenamento básico as Ordenações Filipinas, Livro IV, e na legislação esparsa editada até àquela época.

O certo é que em 24 de janeiro de 1890 foi editado o Decreto 181, que implantou de forma definitiva o casamento civil no Brasil, em termos de direito comum, mantendo a indissolubilidade do vínculo matrimonial, de tal modo que a família patriarcal ficou ressaltada, tendo o homem como o chefe da família. Tal situação não se modificou com o advento do Código Civil oriundo de projeto de lei do eminente professor Clóvis Beviláqua, da Faculdade de Direito do Recife, o qual entrou em vigência em 01 de janeiro de 1917.

Nesse período, com a promulgação da nossa segunda constituição e primeira carta constitucional republicana, redigida ainda na linha da teoria do liberalismo clássico, também apenas visou garantir a divisão dos poderes e os direitos individuais em face da ação do Estado Republicano. Os direitos fundamentais se restringiram à proteção do indivíduo, ou seja, tivemos, novamente, apenas os direitos fundamentais de primeira geração.

### **3. A FAMÍLIA E A SUA PROTEÇÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

O assunto família, no Brasil, praticamente passou despercebido pelos responsáveis pela elaboração das duas primeiras constituições nacionais. A primeira, de 1824, nenhuma referência fazia à família em particular, e a segunda apenas passou a reconhecer o casamento civil como o único ato jurídico capaz de constituir a família; determinou que sua celebração fosse gratuita e nada mais disse sobre a

---

<sup>36</sup> “Compete privativamente ao Congresso Nacional: Legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal”.

constituição da família em nosso país.

A realidade é que as primeiras constituições surgidas no mundo tido como civilizado são tidas como fruto do constitucionalismo liberal clássico, o qual tinha como pensamento predominante serem elas um estatuto eminentemente político, onde imperava a hegemonia do individualismo; portanto, não há como condenar os responsáveis pela elaboração de nossas duas primeiras constituições pela ausência do título família, pois esse era o posicionamento predominante naquela época.

Nesse sentido é a lição do ilustre constitucionalista Resende de Barros, que sustenta:

A ordem política foi o conteúdo inicial das constituições escritas. Desde o final do século XVIII, foram elaboradas na Europa e na América, constituições políticas cujo conteúdo era a organização fundamental do Estado, mediante a separação dos poderes e a declaração dos direitos fundamentais do homem e do cidadão.

Afirma ainda o mesmo jurista:

...contendo nada além da separação de poderes e da declaração de direitos -, a ordem política foi a matéria contida nas constituições do século XIX. A ocupação<sup>37</sup> do direito constitucional eram as relações políticas, não só estritamente, mas também minimamente consideradas: apenas as relações essenciais para o exercício do poder, travadas entre governantes e governados. Este o conteúdo inicial do Direito Constitucional.

Não obstante, a Constituição de 1.934, na esteira da evolução do Direito Constitucional do século XX, que culminou por ampliar o seu nucleamento, incluindo outros tópicos, além do político, em especial o social, acabou por consagrar um capítulo inteiro ao do assunto, dispondo que a família ficava sob a proteção do Estado e que sua base estava no ato jurídico do casamento indissolúvel. A partir de desse primeiro marco, o direito constitucional brasileiro nunca mais deixou de regulamentar a constituição da família em nosso país, fato que por si só justifica uma análise do tema aqui abordado em todas as constituições brasileiras, iniciando-se com a outorgada pelo primeiro imperador, D. Pedro I.

---

<sup>37</sup> BARROS, Sérgio Resende de. O nucleamento do direito constitucional. *Revista de Ciências Sociais Impulso*, Piracicaba: Editora Unimep, v. 10, 1997, p. 108.

### 3.1. A CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824, PRIMEIRA E ÚNICA MONÁRQUICA OUTORGADA POR DOM PEDRO I EM 25 DE MARÇO DE 1824

A nossa primeira constituição foi elaborada por um Conselho de Estado, sob a forma de projeto. As perturbação política da época acabaram levando o imperador D. Pedro I a jurar o projeto como lhe fora apresentado, promulgando-o como Constituição em 25 de março de 1.824.

A realidade é que a organização política do período imperial era toda centrada nas mãos do Poder Moderador, e este era exercido exclusivamente pelo imperador.<sup>38</sup> A família que participou da composição política que elegeu os representantes do povo para a assembléia constituinte foi a patriarcal, daí ficar estabelecida a prevalência do homem e a exclusão da mulher do processo político nacional. A mulher não era detentora do direito de cidadania,<sup>39</sup> e essa situação se manteve na Constituição outorgada.<sup>40</sup>

Essa família patriarcal ainda participava do processo político de forma restrita, pois a participação no processo eleitoral era baseada na capacidade contributiva de cada um, o que caracterizava o sufrágio censitário, albergado inicialmente pela constituição francesa de 1791.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> cf. VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Evolução do Povo Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1956. p. 262, que afirma: “Realmente, criando o Poder Moderador, enfeixando na pessoa real, os estadistas do antigo regime armam o soberano de faculdades excepcionais. Como Poder Moderador, ele age sobre o Poder Legislativo pelo direito de dissolução da Câmara, pelo direito de adiamento e de convocação, pelo direito de escolha, na lista tríplice, dos senadores. Ele atua sobre o Poder Judiciário pelo direito de suspender os magistrados. Ele influi sobre o Poder Executivo pelo direito de escolher livremente os seus ministros de Estado e livremente demiti-los. Ele influi sobre a autonomia das províncias. E, como chefe do Poder Executivo, que exerce por meio dos seus ministros, dirige, por sua vez, todo o mecanismo administrativo do país.”

<sup>39</sup> Estabelecia a Instrução Normativa 57, do Reino, de 19 de junho de 1822, no seu Capítulo I, (Das Eleições), n. 7 o seguinte: “Têm direito a votar nas Eleições Paroquiais todo Cidadão casado e todo aquele que tiver de 20 anos para cima sendo solteiro, e não fôr filho.família. Devem, porém, todos os votantes ter pelo menos um ano de residêrcia na Freguesia onde derem o seu voto.”

<sup>40</sup> Estabeleceu posteriormente a Constituição de 1824, por intermédio no seus arts 90 “usque” 95, que somente poderiam integrar a massa de cidadãos ativos, condição esta para participarem das eleições paroquiais, aqueles nascidos no país ou estrangeiros naturalizados que estivessem no gozo de seus direitos políticos e que preenchessem as seguintes condições: a) fossem maiores de 25 anos, salvo se fossem casados e oficiais militares maiores de 21 anos, bacharéis formados e Clérigos de Ordens Sacras; tenham renda líquida anual de cem mil-réis por bens de raíz, indústria, comércio ou emprego; não sejam filhos-família que estejam em companhia de seus pais; salvo se servirem ofícios públicos; não sejam criados de servir; não sejam religiosos que vivam em Comunidade Claustral e para ainda se transformar em grande eleitor, ou seja, votar nas eleições para Deputados, Senadores e Membros dos Conselhos de Província, deveria ainda provar renda líquida anual de duzentos mil-réis por bens de raíz indústria, comércio ou emprego; não ser liberto, não ser criminoso pronunciado em querela ou devassa.

<sup>41</sup> DURVENGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. 11. ed. Barcelona:

Assim, somente aquelas pessoas do sexo masculino que mantivessem participação econômica no Estado é que detinham o direito de participar do processo eleitoral; e de acordo com um teto mínimo, a pessoa seria somente eleitora (capacidade para cidadania ativa), e de acordo com um outro teto mínimo, a pessoa também seria elegível (capacidade para a cidadania passiva).

A Constituição Imperial deve ser analisada dentro do contexto mundial em que se achava inserida. A exemplo das constituições escritas já citadas, tratava-se de uma constituição liberal-clássica.

Essa constituição, em termos de família, efetivamente só se preocupou com a família do Imperador D. Pedro I, à qual, no Título 1º, art. 4º, garantiu, como dinastia imperante, a hereditariedade do trono imperial brasileiro. No Título 5º, Capítulo III, regulamentou-se a dotação da família Imperial; no Capítulo IV, regulamentou-se a sucessão do Império, e finalmente, no Capítulo V, tratou-se da regência da menoridade, ou impedimento do Imperador.<sup>42</sup>

É perfeitamente explicável o fato de a Constituição de 1824 ter tratado só da família imperial. Sua regulamentação não ocorreu enquanto estrutura familiar no sentido amplo ou restrito do núcleo familiar, mas sim, como forma de transmissão hereditária do Poder Imperial. Apesar de tratar dos direitos fundamentais de primeira geração, não tratou dos direitos da personalidade.

Assim, sobre a família comum brasileira, nessa constituição não se encontra sequer um parágrafo que tivesse por finalidade conceituá-la, dizer acerca de sua forma de constituição ou mesmo dispor sobre a sua proteção, fatos que não deixam nenhuma dúvida de que estava impregnada do pensamento individualista predominante da época, enquadrando-se perfeitamente no modelo do liberalismo clássico.<sup>43</sup>

---

Ariel, 1970. p. 142, argumenta de que: “o termo sufrágio censitário só designa uma das modalidades da restrição do sufrágio por meio da riqueza: a que consiste em conceder direito de voto nada mais do que aos indivíduos que pagam uma determinada cifra de contribuição direta, chamada ‘censo eleitoral’. O sufrágio censitário é o sufrágio dos contribuintes.”

<sup>42</sup> BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Brasília: Editora Universidade de Brasília; Senado Federal, 1978. p. 215, afirma que “Fixando a ordem da sucessão a lei fundamental do Estado deve ser clara e completa, é matéria tão importante que não tolera, sem grave perigo, dubiedade ou omissão alguma. Nossa constituição política preenche estas valiosas condições. Ela chama ao trono somente a descendência legítima do Sr. D. Pedro I, chama a sua descendência legítima segundo a ordem regular da primogenitura e representação, preferindo sempre a linha anterior, na mesma linha o grau próximo, no mesmo grau o sexo masculino, no mesmo sexo a maior idade”.

<sup>43</sup> NICZ, Alvacir Alfredo. *A liberdade da iniciativa na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 60, doutrina que “As regras constantes do Código Supremo monárquico eram meramente políticas. Não estava dentre as atribuições desse Estado Liberal a promoção do bem-estar dos cidadãos, porquanto cabia-lhe apenas a manutenção da ordem e da segurança como a melhor forma de garantir que cada um cuidasse de si e isto refletisse na melhoria do todo.”

### 3.2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL PROMULGADA EM 1891

Decorridos apenas dezoito dias da proclamação da República, o governo provisório, chefiado pelo Mal. Deodoro da Fonseca, tendo como seu vice Rui Barbosa, houve por bem baixar o Decreto de número 29, de 3 de dezembro de 1889, resolvendo logo dotar o país de uma constituição que espelhasse as aspirações do povo brasileiro. Para a sua concretização, nomeou uma comissão de cinco pessoas ilustres para elaboração do projeto, composta por Joaquim Saldanha Marinho, Américo Brasiliense, Francisco Rangel Pestana, Antônio Luís dos Santos Werneck e José Antônio Pedreira de Magalhães Castro, sob a presidência do primeiro e vice-presidência do segundo,<sup>44</sup> a qual ficou conhecida como a “Comissão de Petrópolis”.

Logo em seguida, munido de outro ato, por intermédio do Decreto 78 B, de 21 de dezembro do mesmo ano,<sup>45</sup> o governo republicano convocou a Assembléia Constituinte.<sup>46</sup>

Nota-se perfeitamente que a Constituição de 1891 seguiu as linhas-mestras da constituição liberal monárquica anterior, ignorando as questões sociais, como bem lembra Josaphat Marinho: “A Constituição de 1891 ignorou os problemas sociais e do trabalho. Verdade que esses fenômenos foram ignorados também pela generalidade das Constituições dos Estados liberais e burgueses da época. Curiosamente é que essa ignorância, esse desprezo, persistiu de 1891 a 1930”.<sup>47</sup>

Essa constituição republicana também não trouxe um capítulo específico dedicado à família. Apenas tomou-se o cuidado de inserir no parágrafo quarto do artigo 72 a afirmativa de que:

“A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”

O conteúdo de tal dispositivo foi uma forma de continuar a marcar uma posição firme e definitiva diante do direito canônico, no sentido de retirar da Igreja Católica o direito de fazer o controle do ato jurídico válido do casamento

---

<sup>44</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. *Constituição dos estados unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1952. v. I, p. 10, nota de rodapé n. 11.

<sup>45</sup> Estabeleciam os arts. 1º e 2º, respectivamente, do Decreto 78 B, de 15 de novembro de 1889 que: “No dia 15 de novembro de 1890 se celebrará em toda a República a eleição geral para a Assembléia Constituinte, a qual compor-se-á de uma só Câmara, cujos membros serão eleitos por escrutínio de lista em cada um dos Estados” e que “A Assembléia Constituinte reunir-se-á dois meses depois na Capital da República.”

<sup>46</sup> ROURE, Agenor. *A constituinte republicana*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1920. v. I. p. 5.

<sup>47</sup> MARINHO, Josaphat. *Análise da Constituição de 1891*. In: *O Pensamento constitucional brasileiro*. Brasília: Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, 1978. p. 63.

em nosso país e continuar a dar uma clara conotação de falta de conteúdo legal à cerimônia religiosa do casamento celebrado perante o credo religioso até então tido como religião oficial pelo direito constitucional imperial. Em decorrência de ser pomposa, a cerimônia do casamento se constituía num dos mais fortes instrumentos de influência do credo católico sobre a vida privada dos brasileiros.

Tal posicionamento constitucional já havia sido antecedido de igual procedimento no direito comum, via Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, que instaurou o casamento civil e o preceituou como o único reconhecido pelo Estado, e ainda estabeleceu que ele devia preceder a celebração religiosa. O Decreto nº 521 de 26 de junho daquele mesmo ano, determinou que o casamento civil precedesse sempre as cerimônias religiosas, sob pena de seis meses de prisão e multa, para o celebrante do acto religioso.<sup>48</sup>

O Código Penal de 11 de outubro, também de 1890, igualmente punia a inobservância dessa precedência (art. 284). Por final, também tentou-se impor essa precedência na Constituição, mas tal pretensão foi retirada pela Assembléia Constituinte, por proposta da sua comissão especial, que, no parecer, justificou o seu procedimento.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> cf. BARBOSA, Florentino. *A família, sua origem e evolução*. Petrópolis: Vozes Ltda., 1948. p. 175, que representando a voz da Igreja Católica, assim se expressa: “Mas o governo provisório foi incoerente, quando determinou que o ato civil devia proceder o religioso, sob pena de prisão e multa contra o ministro de qualquer culto que transgredisse aquele determinação. De fato, se o casamento religioso não era reconhecido para tal ou qual efeito, era como se não existisse; portanto, deste ponto de vista nenhuma razão lógica assistia ao governo para impor-lhe semelhante prescrição. Mas o decreto em apreço foi ab-rogado pela constituição de 24 de fevereiro de 1891 que, mantendo o casamento civil já aludido no decreto nº 181, mais coerentemente deixou o casamento religioso aos cuidados da consciência individual dos nubentes, sem mais se importar com a sua precedência ao ato civil.”

<sup>49</sup> cf. CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Rio de Janeiro: Tipografia da Companhia Lito-Tipografia, 1902. p. 309, diz que: “O projeto de constituição publicado pelo governo provisório com os Decretos nº, 510, de 22 de junho e nº. 914-A, de 23 de outubro de 1890, dizia em seu art. 72, par. 4º: A REPÚBLICA SÓ RECONHECE O CASAMENTO CIVIL, QUE PRECEDERÁ ÀS CEREMONIAS RELIGIOSAS DE QUALQUER TIPO, a comissão do congresso constituinte encarregada de dar parecer sobre a Constituição na forma do art. 57 do regimento, emitido quanto àquele art. e parágrafo, o seguinte juízo (Anais do congresso constituinte, v. 1, p. 64 e 8i): O art. 72 par. 4º. da Constituição, só reconhecendo o casamento civil, declara que este precederá sempre às cerimônias religiosas de qualquer culto. Esta exigência tem perfeita justificação na atualidade, visto como o casamento civil é um instituto novo entre nós e cumpre que a lei acautele interesses de terceiros e a boa fé dos próprios cônjuges. Como porém, essa medida é por sua natureza de caráter provisório e importa uma restrição à liberdade individual, deve cessar desde que tenha penetrado na consciência popular a convicção de que perante a lei só o casamento civil forma e legitima a família e confere direitos civis. Entende pois a comissão que a constituição deve simplesmente consagrar o principio de que a República só reconhece o casamento civil, ficando ao poder legislativo a faculdade de manter ou não a precedência a que alude o texto constitucional. A mesma comissão, acabou por emendar o projeto com a seguinte redação: par. 4º.

Novamente se verifica que, perante essa Constituição, o espírito da família que predomina ainda é o da patriarcal, e o direito à cidadania continua sendo concedido exclusivamente à pessoa do sexo masculino, mantendo-se a exclusão da mulher de tal direito.<sup>50</sup>

A realidade é que o espírito dessa Constituição optou por dar fim ao antigo Estado confessional ou religioso, quando ela se posicionou pelo casamento laico como o único legal, secularizou os cemitérios e os submeteu às autoridades públicas municipais a sua administração; e ainda proibiu expressamente subvenção oficial a cultos ou igrejas e as relações de dependência ou aliança do poder religioso com o governo da União, ou dos Estados.<sup>51</sup>

A bem da verdade, o fato de ter a Constituição de 1891 expurgado o casamento religioso católico do mundo do direito em um país onde, sabidamente, a grande maioria da população era de católicos, acabou por provocar uma divisão nítida de duas opiniões. Uns, com apoio do clero, sustentavam que a população deveria continuar a só se casar na Igreja; outros achavam que deveriam as pessoas pelo menos se casar perante a autoridade do Estado, tendo em vista que essa era a única maneira legal de se contrair casamento e constituir família regular em nosso país após o advento da vigência da primeira constituição republicana.<sup>52</sup>

---

Substitua-se: - A REPÚBLICA SÓ RECONHECE O CASAMENTO CIVIL, a qual consolidou-se como a redação definitiva da constituição.”

<sup>50</sup> Estabeleciam os arts. 69, 70 e seus parágrafos 1º e 2º, da Constituição Federal de 1891, que os eleitores fossem cidadãos brasileiros (sexo masculino), maiores de 21 anos, alfabetizados, e que não se encontrem na condição de mendigos, praças de pré; excetuando-se os alunos das escolas militares de ensino superior ou religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade individual.

<sup>51</sup> cf. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Constituição federal comentada*. Rio de Janeiro: José Konfino- Editor, 1949. v. IV. p. 76, sustenta: “que o casamento será civil, isto é, realizado nos termos da legislação civil e perante autoridade pública. Atendeu-se aqui a tradição republicana instituída pelo decreto 181 de 24 de janeiro de 1890, seguindo aliás, ao movimento que, desde o Império foi iniciado afim de atender a quantos não professassem a religião oficial. A instituição do casamento civil pela República teve, porém, outra significação qual a de dar ao ato um sentido leigo, fora da inspiração religiosa.”

<sup>52</sup> cf. MILTON, Aristides Augusto. *A constituição do Brasil - Notícia histórica, texto e comentário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898. p. 380, que já alertava: “A instituição do casamento civil, tem sido combatida veementemente, entre nós. Não falta quem a qualifique de manca, porque ela não apóia-se no divórcio, com dissolução do laço matrimonial. Outros há, porém, que repelem-na em absoluto, taxando-a de subversiva dos bons costumes por autorizar o concubinato e de inoportuna, ao mesmo tempo, por opor-se à índole e aos sentimentos do povo brasileiro. Exagerações ou temores que nada justifica. O pior é que existe um sem números de pessoas mal aconselhadas, que se tendo casado somente na igreja, não calculam a soma de surpresas cruéis e prejuízos irremediáveis, que destarte preparam para a família.”

Assim, a nossa segunda constituição, também marcadamente liberal e ainda defensora do individualismo como forma de realização pessoal, iniciou e terminou a sua vigência sem contemplar com um capítulo o social, e em especial, sem ter dedicado uma melhor proteção à família brasileira, limitando-se a tratar dos direitos fundamentais de primeira geração e ignorando os direitos da personalidade.

### 3.3. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL PROMULGADA EM 1934.

Desde as primeiras décadas do século XX assistimos a um mundo em verdadeira ebulição. Na primeira década eclodiu a revolução mexicana de 1910, que posteriormente deu origem à constituição mexicana de 1917, considerada a primeira elaborada e voltada à ordem econômica e social.<sup>53</sup> Logo após a primeira década, deflagrou-se a Primeira Grande Guerra Mundial, no período de 1914 a 1918, motivada pelo assassinato do príncipe herdeiro do Império Austro-Húngaro. Na Rússia, em 1917, caiu o despótico e autocrático governo czarista, tomando o seu lugar um governo comunista, tendo-se implantado um Estado socialista, sob o comando de Lenine. Este assumiu o poder do Conselho de Operários, sob a denominação de Congresso Nacional de Operários, Camponeses e Soldados, sendo o Poder Executivo exercido pelo Conselho de Comissários do Povo, que tinha como Presidente o próprio Lenine. Este fato passou a atemorizar os governantes dos Estados vizinhos.

Os EUA sofreram uma depressão econômica, com início em 1929, cujo marco fundamental foi o *crash* da Bolsa de Nova York. Seus reflexos imediatos foram o desemprego e a recessão, os quais foram enfrentados com a política do “*New Deal*”. Na Itália se consolidava um novo regime, posteriormente denominado fascista, sob a liderança de Mussolini. A República de Weimar, na Alemanha, já demonstrava sinal de enfraquecimento, e sua posterior sucumbência acabou dando origem ao regime nazista, liderado por Adolfo Hitler.<sup>54</sup>

Todas essas situações mencionadas no panorama da política mundial nada mais eram do que a prova de que já se delineava o fim do modelo do pacto

---

<sup>53</sup> cf. URBINA, Alberto Trueba. *La primera constitucion político-social del mundo*. México: Porrúa, 1971. p. 20, o qual sustenta que: “a princípios deste século, a primeira revolução no mundo que rompeu as fórmulas do passado foi a mexicana, cujos postulados de reformas sociais modelaram-se nas Constituições de 1917 que impôs ao Estado a obrigação de intervir na vida econômica do país e de tutelar e reivindicar aos grupos humanos de trabalhadores e camponeses.”

<sup>54</sup> cf. SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. *Direito constitucional do trabalho*. São Paulo: LTr., 1977. p. 79.

político, até então admitido como ideal, ou seja, o liberalismo clássico, a tal ponto que já se clamava por uma nova ordem política e econômico-social, que especialmente pudesse proteger os mais fracos dos seus algozes, constituídos por diminuta classe de privilegiados.<sup>55</sup>

O nosso país não ficava à margem da situação mundial, e da mesma forma, atravessava uma crise tanto política como econômica e social, com uma posição totalmente indefinida. Era a mais pura verdade que os governos anteriores, tanto os da Monarquia como os da Primeira República, pouco se haviam interessado em resolver os problemas econômico-sociais que afligiam o nosso país, o que fatalmente nos levaria para uma ruptura do vigente pacto político.

Assim irrompeu, em 03 de outubro de 1930, um movimento de cunho revolucionário, com apoio dos governos de Minas Gerais e Rio Grande do Sul e o concurso do governo da Paraíba.

Por intermédio do Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, foi expedida lei orgânica do governo provisório, a fim de organizar a Nova República.

A Revolução de 1930 colocou fim ao período da Primeira República, finalizando com o falido modelo liberal puro. A consciência nacional clamava por uma nova ordem política, econômica e social, logo, também por uma nova constituição.

O texto final dessa constituição acabou por representar a transição do liberalismo clássico capitalista para o intervencionismo do Estado. Pela primeira vez, normas relativas a alguns direitos sociais (v.g., salário-mínimo, jornada de trabalho de 8 horas, proibição de trabalho a menores de 14 anos, direito a férias, a assistência médica, etc.) apareceram no corpo de uma constituição nacional. Tais fatos demonstraram que a Revolução de 1930 buscava uma nova ordem social e “que definitivamente deixara de considerar, como ocorria na República Velha, a questão social como uma questão de política”.<sup>56</sup>

A nossa doutrina é quase uníssona ao sustentar que esta constituição albergou em seu texto toda a evolução mundial constitucional ocorrida nas três primeiras décadas do século XX, em especial, a apresentada pelas constituições da República de Weimar, alemã, e da Espanha de 1931, concernente à intervenção do Estado na economia e aos direitos sociais.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> cf. URBINA, Alberto Trueba. op. cit., p. 16, que doutrina: “O individualismo político robusteceu as Constituições políticas, a fim de garantir a liberdade do homem frente ao Estado; porém, ignorou que o homem não pode viver livre de vínculos sociais e também tem direito de ser livre frente ao homem e frente aos instrumentos da produção. Esta é a causa do fracasso do individualismo, como doutrina política, além de que não teve em conta as relações entre a sociedade e o Estado. A quebra do individualismo implicou a ruptura das Constituições Políticas.”

<sup>56</sup> cf. CARONE, Edgard. *A primeira república*. São Paulo: Difel, 1973. Consultar III, Classes Sociais, especialmente Getúlio Vargas, A Nova Política do Brasil, p. 334-335.

<sup>57</sup> cf. CASTRO, Raimundo Araujo, *A nova constituição brasileira*. 2. ed. rev. aum. Rio de Janeiro:

Quando da elaboração do anteprojeto da segunda constituição republicana, sob a responsabilidade de uma comissão da qual faziam partes todos os ministros do governo provisório; diversas constituições de países europeus, como também algumas sul-americanas, já traziam em seu corpo referências especiais à proteção da família,<sup>58</sup> fato que certamente não passou despercebido dos seus membros.

Ao analisar a Constituição de 1934 como um todo, Pontes de Miranda afirma que

ela possui elemento novo: é programática, em parte social-democrática, em parte ‘católica’; mais social-democrática e, pois, mais acorde com o intervencionismo do Estado e com a doutrina política católica, do que a de 1891, o que a faz católica nos pontos relativos à ordem moral, e social-democrática e católica nos pontos relativos à ordem econômica.<sup>59</sup>

Assim, dentro de um de seus núcleos, preocuparam-se os legisladores constitucionais de 1934 em inserir a temática: da família, da educação e da cultura.

Após a promulgação dessa carta constitucional, temos que o assunto Família foi tratado: a) no TÍTULO III, Capítulo II, DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, no art. 113 nº 34, assegurando a todos o direito de prover à própria subsistência e à da própria família, mediante trabalho honesto; b) no TÍTULO IV, DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL, no art. 134, estabelecendo regra de vocação para suceder em bens de estrangeiros residentes no Brasil mais

---

Livraria Freitas Bastos, 1936. p. 462, que afirma: “A inscrição de normas de caráter social e econômico com o fim de assegurar o interesse do Estado para melhor assegurar os interesses da coletividade, procurando, sobretudo, amparar as classes menos favorecidas da fortuna - constitui uma característica predominante das modernas Constituições.”

<sup>58</sup> cf. art. 119, da Constituição Alemã de 1919: “O casamento, como base da família, da conservação e do desenvolvimento da nação, é colocado sob a proteção particular da Constituição. Ele repousa sobre a igualdade dos direitos dos dois sexos. Os países e as comunas devem velar pela pureza, pela saúde e pelo melhoramento social da família. As famílias numerosas têm direito a auxílios que compensem seus encargos. A maternidade tem direito à proteção e à assistência do Estado.” cf. art. 43, da Constituição Espanhola de 1931: “A família está sob a proteção especial do Estado. O matrimônio se funda na igualdade de direitos para ambos os sexos e poderá dissolver-se por mútuo consentimento ou mediante petição de qualquer dos cônjuges, com alegação neste caso de justa causa. Os pais estão obrigados a alimentar, auxiliar, educar e instruir seus filhos. O Estado velará pelo cumprimento destes deveres, e obriga-se, subsidiariamente, a executá-los.” cf. parágrafo 126, da Constituição da Tcheco-Slováquia de 1920 que limitava-se a dizer: “O casamento, a família e a maternidade estão sob a proteção especial das leis.” cf. arts. 39-62, da Constituição da República Oriental do Uruguai, de 24 de março de 1934, que discorriam sobre a vida social e econômica, família, educação e ensino.

<sup>59</sup> cf. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à constituição da república dos estados unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936. p. 13.

favoráveis ao cônjuge brasileiro e a seus filhos, e no art. 138, alíneas b a f, incumbindo a União, os Estados e os Municípios de amparar a maternidade e a infância, socorrer as famílias de prole numerosa, proteger a juventude contra toda exploração e contra o abandono físico, moral e intelectual, e adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis; c) e finalmente, no Título V, sob a denominação DA FAMÍLIA, DA EDUCAÇÃO E DA CULTURA, inserido no Capítulo I, Da família, arts. 144 “usque” 147, prescreveu, *in verbis*:

Art. 144- A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a protecção especial do Estado.

Parágrafo único. A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação do casamento, havendo sempre recurso *ex-officio*, com efeito suspensivo.

Art. 145- O casamento regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do paiz.

Art. 146- O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa<sup>60</sup> cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da opposição, sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

Parágrafo único. Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os juizes criminais ou de menores nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas.

Art. 147. O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> cf. BARBOSA, Florentino. *A família, sua origem e evolução*. Petrópolis: Vozes Ltda., 1948. p. 175, observa que: “O casamento religioso, cujos dispositivos legais foram regulamentados pela lei nº 379, relativamente à Igreja Católica, entra a ocupar um posto análogo ao que mantinha no antigo direito, modificado pelas disposições que se encontram no art. 146 da nova Constituição. Esse posto ele o perdeu no primeiro governo provisório que, adotando o regime da separação entre a Igreja e o Estado, aboliu o casamento religioso vigente no Império, ou melhor, não lhe reconheceu os efeitos civis, quando decretou o casamento civil como o único válido para efeitos do foro civil.”

<sup>61</sup> cf. CASTRO, Raimundo Araújo. *A nova Constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1936. p. 488, sustenta que tal dispositivo tem origem, nas Constituições: alemã

Oportunas aqui as ponderações do ilustre constitucionalista Paulino Jacques, quando afirma:

foi a Constituição de Weimar (1919) que, reagindo às tendências socialistas de demolir a família, manifestadas nas Constituições mexicanas ( 1917) e russa ( 1919), que introduziu a ‘proteção da família’ no texto constitucional; até então, era matéria de lei ordinária, que muito deixava a desejar. Inspirada nela, a nossa Constituição de 1934 introduziu no seu texto um capítulo especial, ‘Da Família’ com quatro artigos. Finaliza esse mesmo jurista, que ‘ a Constituição de 1934’ preocupou-se mais com o ‘casamento’ origem da família, do que, como o devia, com a ‘família’ mesma; ateu-se à formalística e esqueceu-se a substancialidade da instituição.<sup>62</sup>

Assim, na referida carta, percebe-se que o Poder Constituinte não se interessou em apresentar um conceito formal do que seria uma família, limitando-se a especificar o ato pelo qual ela se constituía e estabelecer que o ato jurídico do casamento era indissolúvel, o que vale dizer, não se admitira o divórcio ao vínculo.

No que diz respeito aos direitos fundamentais do homem, constata-se que houve um progresso em relação ao direito constitucional anterior, pois nessa constituição foram acrescidos os direitos fundamentais de segunda geração, identificados pela proteção aos direitos sociais, que visavam não só dar proteção individual ao ser humano, mas também lhe oferecer segurança no que diz respeito à formação da família, ao sufrágio universal do voto para homens e mulheres, indistintamente, à proteção ao direito de trabalho, etc., enfim a ter liberdade de viver com qualidade de vida.

#### 3.4. A CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DECRE- TADA EM 10 DE NOVEMBRO DE 1937

Essa nova carta magna constituía a nossa quarta constituição e a terceira carta republicana, respectivamente, resultante de um golpe de Estado, promovido pelo então presidente da República, Getúlio Dornelles Vargas, em 10 de novembro de 1937, quando impôs um novo texto constitucional ao povo brasileiro,

---

(1919), art. 121 “A legislação deve assegurar aos filhos naturais, para seu desenvolvimento físico, intelectual e social, as mesmas condições que aos filhos legítimos” e na espanhola (1931), art. 43 “Os pais têm para com os filhos havidos fora do matrimônio os mesmos deveres que em relação aos nascidos nele.”

<sup>62</sup> JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro;São Paulo: Forense, 1962. p. 259-260.

colocando-se na condição de chefe supremo do Estado, sem qualquer respaldo da representação popular.

A carta em exame tratou do tema “DA FAMÍLIA”, do art. 124 “usque” 127 nos termos seguintes:

Art. 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

Art. 125. A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

Art. 126. Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

Art. 127. A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude constitui falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las de conforto e dos cuidados indispensáveis à sua preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

Levando-se em conta que esta carta fora outorgada pela mesma pessoa que chefiava o governo provisório, quando da elaboração da carta de 1934, efetivamente no tema “Família” pouca alteração de fundo deveria sofrer esse título, e efetivamente foi o que acabou ocorrendo.

Aqui também se verifica que não houve interesse, por parte de quem redigiu o texto constitucional outorgado - incumbência atribuída ao ideólogo e Ministro Francisco Campos<sup>63</sup> - em apresentar um conceito do que fosse uma família para

---

<sup>63</sup> cf. MERCADANTE, Paulo. *Uma introdução histórica*. In: MERCADANTE, Paulo (coord.). *Constituição de 1988: o avanço do retrocesso*. Rio de Janeiro: Rio Fundo Editora, 1990. p.7, afirma que: “Do ponto de vista jurídico, circunscreveu o constitucionalismo, de 1934 a 1945, a escritos formais sobre as Cartas de 1934 e 1937, as duas inspiradas no corporativismo de Mussolini, sendo a última redigida por Francisco Campos, legista erudito que desde moço se engajara ao positivismo jurídico italiano. Nele produzira-se o resultado de variadas idéias procedentes do começo

o direito constitucional, e apenas se constatou a ocorrência de alguns retoques que praticamente em nada alteraram a situação da constituição anterior acerca do instituto da família.<sup>64</sup>

A constituição de 1934 constituiu-se como precursora da defesa da instituição da família, consagrando-lhe um capítulo especial. Esse fato já havia ocorrido com as constituições alemã de 1919, da Tchecoslováquia de 1920 e a espanhola de 1931, situação que passou a ser acatada por praticamente todas as constituições promulgadas ou outorgadas pelos países considerados civilizados.

No título “Da Família” houve algumas alterações em relação à constituição anterior, pois procurou-se tratar da necessidade da educação da prole, com a promessa da colaboração estatal, de forma principal ou subsidiária; a questão da igualdade dos direitos dos filhos naturais em relação aos legítimos no que diz respeito à incumbência dos pais. Firmou-se ainda posicionamento no sentido de que deveriam ser objeto de cuidados e garantias especiais a infância e juventude, com o objetivo de que lhes fosse assegurada uma vida digna e proporcionado um desenvolvimento harmonioso das suas faculdades.<sup>65</sup> Consta-se que o Estado se posiciona na condição de tutor da infância e da juventude em substituição aos pais, na hipótese de caracterização do abandono.

---

do século. As raízes antiliberais de seu pensamento evidenciam-se desde o seu concurso à cátedra de Filosofia em Belo Horizonte. Na década de vinte já combate a autonomia dos municípios, também pedindo o fortalecimento do poder central. Opõe-se ao voto secreto, aos sistema de partidos, pleiteando sua substituição pela política e por um partido das realizações práticas e eficazes. Combate os parlamentos, reivindicando a iniciativa da legislação pelo executivo e reclamando a imprensa e os sindicatos como substitutos dos poderes legislativos. E, por fim, investe contra o Estado liberal e suas correspondentes instituições, que qualifica de superstição ou obsessão política.”

<sup>64</sup> cf. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*, arts. 163-175, Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947. v. IV. p. 87, doutrina de que “A Constituição de 1937 entendeu que seria impróprio de texto constitucional conter preceito processual de tal pormenor e riscou dos seus artigos o parágrafo único do art. 144 da carta anterior. Isso não quer dizer que revogado ficasse o direito correspondente, desde 10 de novembro de 1937. A regra continuou como de direito ordinário, suscetível, portanto, de derrogação e revogação pelos legisladores ordinários. O que lhe cessou foi a força de preceito constitucional.”

<sup>65</sup> cf. LINS, Augusto E. Estellita. *A nova constituição dos estados unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: José Konfino - Editor, 1938. p. 363-364, assevera que : “O art. 138 da Constituição de 1934 atribua à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas, deveres e serviços que a Constituição de 1937 considera, como melhor técnica, em dispositivos especiais. Por exemplo, em vez de dar àquelas entidades a incumbência de “socorrer as famílias de prole numerosas” diz o art. 124, 2ª parte: “As famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.” Em lugar de só, e abstratamente, “estimular a educação eugênica”, o art. 125 afirma que o Estado colaborará para facilitar a execução do dever dos pais ou suprir deficiências e lacunas da educação particular”; o art. 131 torna obrigatória em todas as escolas primárias, normais e secundárias a educação física. Em vez de prescrever vagamente “amparar a maternidade e a infância”, “proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual, estatue o art. 127, garantias especiais, por parte do Estado, em favor da

Neste ordenamento deixou de ser regulada por norma constitucional a questão de se estenderem os efeitos civis ao casamento religioso. Tal posicionamento veio a ocorrer em virtude da lei nº 379, de 16 de janeiro de 1937, que efetivamente regulou o casamento religioso para os efeitos civis, tornando-se este um assunto inerente ao direito comum.

Em termos de direitos fundamentais do homem, esta constituição impôs restrições aos de primeira geração, considerando-se que a própria constituição foi fruto de ato autoritário do chefe do poder na época e destinou-se a implantar, na verdade, uma ditadura, em que pese aos fatos de os direitos sociais terem sido até ampliados e de ter-se nesse período iniciado a vigência da Consolidação das Leis do Trabalho, visando a dar uma melhor proteção ao trabalhador brasileiro.

### 3.5- A CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL PROMULGADA EM 18 DE SETEMBRO DE 1946

Com o término da Segunda Guerra Mundial, a vitória das potências aliadas foi comemorada como a vitória das democracias, como vitória do pensamento democrático, que certamente deveria prevalecer como ponto de partida para uma nova história da humanidade.

O pensamento democrático se convertia na mais firme repulsa aos regimes políticos que não se fundassem em um sistema de garantias constitucionais capazes de assegurar a liberdade de pensamento, da palavra e da imprensa escrita e falada.

Uma das conseqüências imediatas da vitória dos aliados foi a desestabilização dos regimes totalitários ou autoritários em diversos países do mundo, da qual acabou não escapando o regime de governo implantado pelo presidente Getúlio Dornelles Vargas em nosso país, em 10 de novembro de 1937, regime que recebeu a denominação de Estado Novo e acabou por sucumbir ao término da Segunda Grande Guerra, ante os reclames políticos por imediata redemocratização.<sup>66</sup>

Na realidade, a Carta Magna elaborada pelo agente do Poder Constituinte de

---

infância e juventude, quanto as condições físicas e morais de vida são e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades, e ainda, dá o direito de invocarem os pais miseráveis, auxílio de proteção do Estado para a subsistência e educação de sua prole.”

<sup>66</sup> cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1972. v. I. p. 5, que afirma: “A Constituição promulgada a 18 de setembro de 1946, é fruto da 2ª guerra mundial. Formara nesta o Brasil, depois de algumas tergiversações de Vargas, entre as democracias em luta contra as ditaduras. Vitoriosas as primeiras, vitoriosa a causa da Democracia que os aliados tomaram por bandeira contra o totalitarismo nazi-facista, não pode mais Vargas sustentar sua ditadura paternalista contra a maré montante que os acontecimentos internacionais ensejavam.”

1946 tinha respaldo na Lei Constitucional nº 13, de 12 de novembro de 1945, editada no interregno do governo presidido pelo Ministro e Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares.<sup>67</sup> Era muito parecida com a elaborada pelo poder constituinte de 1934, em termos de posicionamento das linhas fundamentais do espírito político que as norteou, pois ambas as assembléias muito se preocuparam com o objetivo de impedir a predominância do poder executivo sobre os demais poderes, em especial sobre o legislativo, e para tanto, a nossa quinta constituição procurou dotar o judiciário de condições especiais para conter os excessos do executivo e conferir aos indivíduos e aos direitos individuais proteção contra os possíveis excessos do executivo.<sup>68</sup>

Enquanto carta política, a constituição de 1946, na lição do jurista Pinto Ferreira, “não aderiu ao socialismo nem tampouco se manteve na linha rígida do individualismo. Inspirou-se na técnica da democracia social weimariana”.<sup>69</sup>

Essa constituição é da modalidade das “que atendem, ao mesmo tempo, ao interesse da coletividade e ao do indivíduo, firmando os princípios básicos de certas instituições sociais como a família e a propriedade, ou regulando a ordem econômica e amparando os denominados direitos sociais”.<sup>70</sup>

No que diz respeito especificamente ao tratamento do instituto da família na nossa quarta constituição republicana, praticamente em nada ela inovou em relação à constituição de 1934, como, aliás, já se havia afirmado anteriormente em relação à carta como um todo, no que diz respeito à conquista de direitos sociais, em termos comparativos. Também quanto ao direito de cidadania e em relação à família ela se manteve inalterada.

O agente do Poder Constituinte houve por bem dedicar o capítulo I do Título VI ao tema família, abrangendo os arts. 163 “usque” 165, *in verbis*:

---

<sup>67</sup> Estabeleciam os arts. 1º e 2º da Lei Constitucional nº 13, de 12 de novembro de 1945, respectivamente: “que os representantes eleitos a 2 de dezembro de 1945 para a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão no Distrito Federal, sessenta dias após as eleições, em Assembléia Constituinte, para votar, com poderes ilimitados, a Constituição do Brasil” e que; “Promulgada a Constituição, a Câmara e o Senado Federal passarão a funcionar como Poder Legislativo ordinário.”

<sup>68</sup> cf. LIMA, Hermes. *Estudos sobre a constituição brasileira, Artigo sobre o espírito da constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1954. p. 14-16, o qual se posiciona que “É oportuno salientar nada haver mais parecido com a Constituição de 1934 que a Carta de 1946. Diz ainda, A Constituinte de 46 trabalhou com o mesmo espírito da de 34. Essencialmente nada inovou. Se cotejarmos as duas Cartas, verificaremos que, embora existam diferenças, a verdade é que a base da organização política, a base da organização institucional e o espírito dessa organização são idênticos, numa e noutra Constituição”.

<sup>69</sup> FERREIRA, Luis Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. I. p. 58.

<sup>70</sup> cf. ESPÍNOLA, Eduardo. *A Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v. I. p. 47.

Art. 163- A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

Parágrafo Primeiro - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no registro público.

Parágrafo Segundo - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

Art. 164 - É obrigatória, em todo território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo das famílias de prole numerosa.

Art. 165 - A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do *de cujus*.

De forma oportuna, doutrina Carlos Maximiliano que

outrora o indivíduo era considerado a célula do organismo social; hoje é à FAMÍLIA que se atribui tal importância; por isto, lhe dedicam um capítulo especial as Constituições modernas. Com estabelecer que a família se constitui por meio do casamento, o estatuto de 1946 assegura a união monogâmica e repele a formação e a dissolução do vínculo conjugal sem formalidades judiciárias.<sup>71</sup>

Observa Sampaio Dória que do art. 163 se podiam extrair as seguintes conclusões:

- 1ª) Somente o casamento de vínculo indissolúvel constitui a família;
- 2ª) O casamento religioso equivale ao civil, se inscrito no registro público;
- 3ª) A inscrição no registro público do casamento religioso poderá ser feita, seja a requerimento do celebrante ou de qualquer interessado, se o casamento tiver observado os impedimentos e as prescrições da lei, seja pelo próprio casal, mediante prévia habilitação perante a autoridade competen-

---

<sup>71</sup> MAMIMILIANO, Carlos. *Comentários à constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948. v. III. p. 211.

te; e

4ª) Será gratuita a celebração do casamento civil.<sup>72</sup>

Nesta constituição temos que fora mantida a tradição do nosso direito constitucional de ver reconhecido o casamento civil, ora também revestido de vínculo indissolúvel, como ato preponderante no sentido de constituir a sociedade conjugal ou familiar em nosso país.

Quanto à imposição da norma constitucional dispondo que somente o casamento com vínculo indissolúvel pudesse constituir a família em nosso país, a qual, no fundo, retratava o pensamento da cúpula da Igreja Católica no Brasil e era também o posicionamento da maioria do povo brasileiro,<sup>73</sup> manifestado naquela oportunidade pela maioria esmagadora dos legisladores constituintes, constatou-se que ela sofreu inúmeras críticas da nossa doutrina, por sua incoerência com os avanços já conquistados pelos povos de outras nações.<sup>74</sup>

E o legislador constituinte desta Carta Magna houve por bem garantir por norma constitucional a possibilidade de se estenderem os efeitos civis ao casamento religioso celebrado em nosso país, na verdade restabelecendo um direito

---

<sup>72</sup> DÓRIA, Antonio de Sampaio. *Direito constitucional, Comentários à constituição de 1946*, arts. 163-165. São Paulo: Max Limonad, 1960. v. IV. p. 759-760.

<sup>73</sup> cf. ESPÍNOLA, Eduardo. op. cit., v. II, p. 604, n. 1, o qual afirmou: “muito se discutiu na Assembléia Constituinte sobre uma disposição constitucional que determine ser indissolúvel o vínculo matrimonial, impedindo-se dessa forma que a questão do divórcio venha a ser ventilada pelo Poder Legislativo. A opinião dominante no país é, sem dúvida, contrária ao divórcio a vínculo, principalmente por considerações de ordem religiosa, inegável como é o prestígio e, digamos, a influência benéfica e altamente moralizadora, que tem o clero em todas as camadas da sociedade.”

<sup>74</sup> cf. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. op. cit., p. 87, afirma que “No garantir como instituição o texto caracterizou o casamento como indissolúvel. A grosseira feitura do preceito aponta-a como algo de incoerente. A família é protegida como instituição; mas a alusão a casamento poderia levar a pensar-se que só existe família onde houve casamento em que se fundasse e, ainda mais, que tal casamento há de ser indissolúvel. Seria absurdo ir-se até aí. O Estado protege a família, como instituição, e se a proteção, que se lhe recomenda no texto, só pudesse recair na família constituída pelo casamento indissolúvel, teríamos, que a Constituição de 1946, bem como a de 1934 e a de 1937, não quis proteger a família como instituição, mas apenas as famílias que tivessem por laço o casamento indissolúvel. Mas, país de imigração, o Brasil possui no seu território muitas famílias, com alguns ou quase todos membros brasileiros, oriundos de casamento não-indissolúvel (e.g., de casal inglês, alemão, francês, norte-americano, português), seguir-se-ia que tais famílias estariam fora da proteção do Estado. Não só a expressão ‘constituída pelo casamento indissolúvel’ está fora de lugar, como também só se pode referir ao casamento de brasileiro. Porque, sobre a extensão do casamento dos estrangeiros, o Brasil não tem competência legislativa. Ainda que adote a lei do domicílio como lei-conteúdo, não pode o Brasil deixar de reconhecer o casamento dissolúvel dos estrangeiros, nem conferir indissolubilidade a casamento de estrangeiros casados no estrangeiro que vêm domiciliar-se no Brasil. Não só. Se adota a lei de domicílio para os seus nacionais, esses, casando-se fora, se têm domicílio alhures, casados estão segundo a lei do domicílio; e a invocação de ordem pública pelo Brasil, somente pode ter eficácia no Brasil. O casamento foi realizado

constitucional previsto na constituição de 1934 que fora suprimido na carta de 1937.<sup>75</sup>

O poder constituinte praticamente em nada evoluiu em termos de conceito de família, em que pese a já haver naquela época pensamentos inovadores,<sup>76</sup> mantendo “in totum” o pensamento conservador de que família era só a legítima, ou seja, a constituída pelo casamento, impondo que esse fosse contraído com vínculo indissolúvel, de tal sorte que o posicionamento da constituição de 1946 era exatamente igual ao posicionamento de 12 anos atrás, ou seja, o mesmo inserido na constituição de 1934.

No aspecto dos direitos fundamentais do homem, temos que nessa constituição foram restabelecidos plenamente os direitos de primeira geração e mantidos os direitos sociais já inseridos no texto constitucional desde a constituição de 1934; no entanto, ela não tratou dos direitos da personalidade.

### 3.6. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL PROMULGADA PELO CONGRESSO NACIONAL EM 24 DE JANEIRO DE 1967

Inicialmente é de se salientar que todas as constituições brasileiras, tanto a monárquica como as republicanas, previam a modificação de seu texto originário

---

segundo lei-conteúdo competente e vale; e é eficaz onde foi celebrado e em todos os outros países que não tenham a indissolubilidade como ordem pública. Somente se tenham a indissolubilidade é que podem cortar-lhe efeitos em sua ambiência”. No mesmo sentido, manifesta DÓRIA, Antonio Sampaio (op. cit., p. 760), que o principio do caput do art. 163, “não corresponde à realidade. Na constituição da família dos estrangeiros, residentes no país, casados onde o divórcio é instituição legal, não há vínculo indissolúvel, sem que deixe de haver, entre nós a respeito deles, família reconhecida. Logo, não só constitui a família, o casamento de vínculo indissolúvel.”

<sup>75</sup> cf. DUARTE, José. *A Constituição brasileira de 1946*. v. III, Rio de Janeiro, 1947, p. 251, ressalta o relato parcial do anteprojeto, de Ataliba Nogueira nos termos seguintes: “parece-me que a divergência é apenas quanto aos motivos da fundamentação. Solicito que meditem sobre este ponto, e ponderem sobre a necessidade de possibilitarmos, de modo prático, o registro do casamento religioso. Não comprometeremos, de modo algum, a distinção dos dois poderes - a Igreja e o Estado. Da leitura do texto do dispositivo do art. 4º, depreende-se que não compromete o poder civil, que não se intrometerá no religioso, como a Igreja, do mesmo modo não se intrometerá na alçada daquele. Acredito que a formula mais feliz que a da Constituição de 1934, que, por impraticável, não foi além de algumas centenas de casos, se tanto.”

<sup>76</sup> cf. LAZCANO y MAZÓN. *Constituciones políticas de América*, v. 1, p. 150 e seguintes. A Constituição Cubana, de 1940 declarava: “Los tribunales determinarán los casos en que, por razón de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio será equiparada, por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil”. Essa mesma constituição, foi a que mais corajosamente tratou da filiação ilegítima, eliminando toda e qualquer distinção entre filhos legítimos e naturais, a partir do registro de nascimento, nos termos do art. 44, 3ª alínea, verbis: “Queda abolida toda toda calificación sobre la naturaleza e da filiación. No se consignará declaración civil de los padres, en las actas de inscripción de aquellos, ni en ningún atestado, partida de bautismo o certificación referente a la filiación”.

pelo poder legislativo competente. No entanto, o governo revolucionário, em vez de emendar a constituição de 1946, acabou optando pela elaboração de uma nova constituição, “pois considerou que a Constituição de 1946, com suas vinte e uma emendas constitucionais, não mais servia como norma superior da ordenação jurídica do país.”<sup>77</sup>

Assim, a constituição de 1946 sofreu, em 24 de janeiro de 1967, plena substituição, tendo origem uma nova constituição, ou seja, a edição da quinta constituição republicana. Esta foi considerada por alguns juristas como outorgada<sup>78</sup> e por outros como semi-outorgada,<sup>79</sup> tendo-se em vista a condição especial em que se deu sua elaboração, imposição e aprovação pelo Congresso Nacional, que se revestiu de Poder Constituinte, outorgado por um ato Institucional baixado pelo governo revolucionário militar.

Ao poder competente da época, no que dizia respeito ao tema família, coube apenas referendar o que constava do Título IV do anteprojeto, abrangendo o art. 167 e os seus quatro parágrafos, *in verbis*:

Art. 167. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

Parágrafo 1º. O Casamento é indissolúvel.

Parágrafo 2º. O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no registro público.

Parágrafo 3º. O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

Parágrafo 4º. A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

Como se vê, também neste novo texto constitucional em nada foi alterada a forma pela qual se admitia a constituição da família brasileira, de tal sorte que a

---

<sup>77</sup> CORRÊA, Oscar Dias. *A Constituição de 1967-Contribuição Crítica*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 16.

<sup>78</sup> cf. MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 4. ed. São Paulo: [s. n.], 1967. p. 219, que defende posição de que uma Constituição “pode ser outorgada pelo Parlamento ou Congresso Nacional, embora seja hipótese rara.” Sustenta ainda, que esse “é o caso da Carta Constitucional Brasileira de 1967, outorgada pelo Congresso Nacional, que não foi eleito para esse fim com poder constituinte.”

<sup>79</sup> cf. CERQUEIRA, Marcelo. *Cartas constitucionais, Império, República & Autoritarismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 95-98.

família merecedora de proteção jurídica continuava somente aquela constituída pelo casamento celebrado de acordo com a lei, e ainda indissolúvel, ou seja, a legítima, como também ainda não se estabelecia conceito de família.

Assim, a constituição de 1967 reduziu a um único artigo e quatro parágrafos o espaço dedicado à família, e por tal forma concisa, limitou-se a manter os direitos já conferidos pela carta anterior.

No que diz respeito aos direitos fundamentos do homem, no tocante aos direitos de primeira geração, novamente, constata-se a aplicação de restritivos, considerando-se que, ao lado da Carta Constitucional, vigiam os atos institucionais impostos pelos Governos Militares que tomaram o poder no Brasil, desde 31.03.1964. Esses atos procuravam controlar a ferro e fogo a vida social dos brasileiros, cerceando a liberdade de ir e vir e a de manifestação escrita, falada e televisiva, através de censor do governo.

### 3.7. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL COM ORIGEM NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, PROMULGADA EM 17 DE OUTUBRO DE 1969

O nosso país, em plena vigência do regime militar implantado a partir de 31 de março de 1964, diante de uma situação de exceção, acabou recebendo, para alguns constitucionalistas,<sup>80</sup> a outorga de uma nova constituição, através de uma emenda constitucional cujas alterações se resumiram na denominação de Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 24 de janeiro de 1967, promulgada em 17 de outubro de 1969, com data para entrar em vigência no dia 30 de outubro de 1969.

Como já havia ocorrido em situações anteriores, os responsáveis pela elaboração da reforma da constituição anterior (1967),<sup>81</sup> a qual veio a resultar na Emenda nº 1, promulgada a 17 de outubro de 1969, também se limitaram a manter o *status quo ante* em termos de fixar a forma da constituição da família em nosso país através do casamento civil, sem possibilidade de dissolução, como o ponto fun-

---

<sup>80</sup> cf. SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 80, que afirma: “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.”

<sup>81</sup> cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Idem, ibidem, que afirma: “Sabe-se que antes da doença do Pres. Costa e Silva, uma comissão presidida pelo Vice-Pres. Pedro Aleixo, com a assistência do então Chefe da Casa Civil, Rondon Pacheco, a colaboração do Prof. Miguel Reale e de outros, havia preparado uma nova redação da Constituição de 1967. Entretanto, o texto assim elaborado não veio a luz, de modo que é impossível, atualmente, discriminar entre o que foi sugerido por essa comissão e o que veio, posteriormente, de outras fontes.”

damental desse sistema, sem também se preocupar em conceituar de forma precisa o que fosse uma família para o nosso direito constitucional.

Com pequenas alterações de forma, e não de fundo (v.g., no parágrafo 3º, trocou-se a expressão “deste artigo” para “do parágrafo anterior, e no parágrafo 4º aditou-se “e sobre a educação de excepcionais”), o texto desta constituição limitou-se a repetir o que constava da anterior, e assim, prescreveu no Título IV, DA FAMÍLIA, DA EDUCAÇÃO E DA CULTURA, *in verbis*:

Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos poderes públicos.

Parágrafo 1º. O casamento é indissolúvel.

Parágrafo 2º. O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e prescrições da lei, o ato for inscrito no registro público, a requerimento do celebrante ou de qualquer interessado.

Parágrafo 3º. O casamento religioso celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

Parágrafo 4º. Lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação dos excepcionais.

Acerca da indissolubilidade do casamento, Pontes de Miranda, ao fazer comentários ao parágrafo primeiro do art. 175 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, manteve o seu posicionamento relativo à Carta de 1967, afirmando que “a interpretação que se há de dar ao art. 175, parágrafo 1º, da Constituição de 1967, no tocante à indissolubilidade do vínculo, depois de se haver recebido a lei do domicílio como lei pessoal, somente pode ser a de se considerar vedado ao juiz brasileiro decretar divórcios”.<sup>82</sup>

Assim, viu-se o nosso Direito Constitucional sofrer mais alteração, sem que se pudesse afirmar ter havido evolução na parte que dizia respeito ao tema família, a qual praticamente ficou inalterada, diante das alterações tão insignificantes ocorridas, as quais passaram totalmente despercebidas.

Os senadores Acioli Filho, do Paraná, e Nelson Carneiro, do Rio de Janeiro, apresentaram uma emenda constitucional, que recebeu o nº 09/77, a qual dava nova redação ao parágrafo 1º do art. 175, e não só suprimia o princípio da

---

<sup>82</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. Tomo VI (Arts. 160-200). Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 332.

indissolubilidade do vínculo matrimonial, mas também estabelecia os parâmetros da dissolução, que seria objeto de regulamentação via legislação ordinária. Houve um grande debate nacional acerca da tramitação de referida emenda constitucional, tendo esta recebido ferrenha oposição do clero nacional, que chegou a apregoar, pela imprensa escrita, falada e televisiva, que aquela emenda, caso fosse aprovada, significaria o fim da família brasileira. Essa posição também contou com o apoio de alguns juristas nacionais conservadores, que fizeram coro com a Igreja Católica. Mas mesmo assim, prevaleceu o bom senso, e a emenda acabou sendo aprovada e a família brasileira nenhum abalo veio a sofrer em função da sua aprovação, pelo que se sabe até hoje.

O dispositivo constitucional alterado foi objeto de regulamentação, através da lei ordinária federal nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, nominada no meio jurídico brasileiro como “Lei do Divórcio”.

Assim, o intento de legalizar o divórcio pleno<sup>83</sup> no país, ocorrido por iniciativa do senador Martinho Garcês, em 1900,<sup>84</sup> acabou se concretizando 77 (setenta e sete) anos depois, com a regulamentação da emenda nº 09/77 por intermédio da Lei nº 6.515/77, que passou a permitir o divórcio a vínculo. A citada lei, ante a dissolução do vínculo matrimonial, permite um novo casamento, admitindo o divórcio-conversão no art. 35 e o divórcio direto no art. 40. Permitiu também a normatização dos casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e deu outras providências.

Sem sombra de dúvida, a possibilidade da incorporação do instituto do divórcio ao nosso direito positivo, permitida pela Emenda Constitucional nº 9/77, foi um marco de fundamental importância para o início da modernização do nosso direito de família, que se encontrava um tanto desatualizado e arcaico. Este se tornou o único fato digno de registro, sob o aspecto do direito constitucional, embora direcionado tão-somente à família legítima, na vigência do texto constitucional de 1969.

Na vigência desta carta constitucional assistiu-se à reabertura política do Brasil, tendo o Poder Militar demonstrado interesse em devolver o controle da República Brasileira ao Poder Civil. Assim, paulatinamente, foram se extinguindo os

---

<sup>83</sup> cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2, afirma que: “O Decreto 181, de 1890, que instituiu o casamento civil no Brasil, previa o divórcio *a thoro et mensa*, que acarretava somente a separação de corpos, mas não rompia o vínculo matrimonial”.

<sup>84</sup> cf. GARCEZ FILHO, Martinho. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho (editor), 1932. v. II. p. 4, o qual menciona parte do discurso do seu genitor perante o Senado em favor do divórcio a vínculo afirmando que ele: “restitue a liberdade e tranqüilidade dos cônjuges, os quaes podem contrahir novas núpcias; diminue o perigo social das uniões ilegítimas e dos nascimentos clandestinos.”

atos institucionais da revolução de março de 1964, restabelecendo-se para o povo brasileiro, palmo a palmo, os direitos fundamentais de primeira geração.

### 3.8. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, PROMULGADA EM 05 DE OUTUBRO DE 1988

#### 3.8.2. Os Aspectos Políticos que Implicaram Numa Nova Ordem Constitucional

Fora enviada ao Congresso Nacional uma proposta de emenda constitucional que tinha por objeto a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, a qual foi aprovada sob o nº 26, vindo a ocorrer sua promulgação em 27 de novembro de 1985.

Através de referida emenda, ficaram convocados os membros da Câmara dos Deputados Federais e do Senado Federal que fossem eleitos em 15 de novembro de 1986 para se reunirem, de forma livre e soberana, como Assembléia Nacional Constituinte, cuja instalação se daria no dia primeiro de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, o qual dirigiria a sessão de eleição do presidente da referida Assembléia.

Conforme previsto, houve a instalação da Assembléia na data apazada, tendo sido eleito seu Presidente o deputado federal Ulisses Guimarães. Iniciaram-se, assim, os trabalhos da Assembléia Constituinte, cujo término ocorreu após 19 (dezenove) meses de intensos debates, em 1º de setembro de 1988.

Em 5 de outubro de 1988 era promulgada a nova Constituição Federal do Brasil.

#### 3.8.3. A Harmonização da Norma aos Fatos e Valores de Nossa Sociedade

O sistema jurídico,<sup>85</sup> em nosso entender, é dinâmico, incompleto, mutável e prospectivo. Constituído por normas, fatos e valores, mostra-se lacunoso<sup>86</sup> e em

---

<sup>85</sup> cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 25, que explica: “O conjunto ou sistema de normas jurídicas vigentes em determinada sociedade dá lugar ao ordenamento jurídico. Por sistema jurídico se entende um complexo normativo dinâmico, portador de coerência e unidade, ou, no dizer de Norberto Bobbio, ‘uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe certa ordem’”.

<sup>86</sup> cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 309, que conclui não existir “plenitude (fechamento)

constante tentativa de adaptação às vicissitudes pelas quais passa diariamente a sociedade.<sup>87</sup>

Como doutrina a professora Maria Helena Diniz,<sup>88</sup> com extrema propriedade, “a evolução da vida social traz em si novos fatos e conflitos, de maneira que os legisladores, diariamente, passam a elaborar novas leis; juízes e tribunais constantemente estabelecem novos precedentes e os próprios valores sofrem mutações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida”.

Há muito está superada a concepção de que o Direito seria constituído apenas de normas. Sua constituição é muito mais complexa do que simples conjunto normativo. Abrange diversas experiências (históricas, antropológicas, sociológicas, axiológicas), que se completam.<sup>89</sup>

Pois bem. Sem dúvida nenhuma, é no Direito de Família que se sentem mais facilmente as mudanças sociais e a dificuldade do ordenamento jurídico de, através de seu subsistema normativo, acompanhar e incorporar tais mudanças, adaptando-se à realidade social.

Não obstante essa dificuldade, a família passou, ao longo dos tempos, principalmente no final do século passado e durante todo o transcorrer desse século, pelas maiores mudanças jamais vistas, as quais acabaram por lhe conferir sua atual, constitucional e contemporânea estrutura.

A família conheceu, como nunca dantes, sensíveis modificações em sua composição: “As uniões ‘legais’ diminuem; a idade dos nubentes sobe; o número dos filhos decresce; as roturas do vínculo matrimonial elevam-se (...)”. “O pro-

---

da ordem jurídica que seja lógica e teórico-juridicamente necessária. Todavia, sempre é verdade que a plenitude da ordem jurídica pode ser mantida como uma idéia ‘regulativa’, como um ‘princípio da razão que, enquanto regra, postula o que da nossa parte... deve acontecer, e não aceita o que no objeto... nos é apresentado como um dado em si’”. “O que de nós se exige é que, segundo as nossas forças, a todas as questões jurídicas respondamos juridicamente, que colmatemos as lacunas no Direito positivo, na medida do possível, através de idéias jurídicas”. Nesse contexto, corretíssima a conclusão da Professora Maria Helena Diniz (*As lacunas no direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 299), de que o direito é lacunoso e, concomitantemente, sem lacunas, na medida em que é incompleto, mas, através dos meios de integração (art. 4º c.c 5º, LICC) que ele mesmo possui, procura colmatar as lacunas que forem constatadas. Em suas palavras: “O próprio direito supre seus espaços vazios, mediante aplicação e criação de normas. De forma que o sistema jurídico não é completo, mas completável”.

<sup>87</sup> cf. GOMES, Orlando. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 10, que doutrina, citando pensamento de Jean Cruet: “A sociedade refaz continuamente a lei, mas jamais se viu a lei refazer a sociedade”.

<sup>88</sup> DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*, p. 73. Da mesma autora, cf., *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 11 e ss., e *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 395 e ss. cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 292 e ss.

<sup>89</sup> cf. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*, op. cit., p. 73.

blema da família aparece, assim, no centro da questão social do século XX - causa e consequência dela, como tem sido contemporânea das alterações sociais dos dois últimos séculos”.<sup>90</sup>

O professor Orlando Gomes divide a evolução pela qual passou - e continua a passar - a família, em três fases bem distintas.

A primeira fase é a pré-industrial, em que imperava a atividade produtiva e a família consumia tudo o que produzia, sendo a casa um centro de produção doméstica. Imperava a chefia autocrática do marido, na proteção, assistência, educação e aprendizado da prole.

N segunda fase, a da revolução industrial, a família abandona a atividade produtiva, até então sua principal característica como fonte de produção,<sup>91</sup> sendo a atividade doméstica substituída pela produção fabril, com trabalho intenso das mulheres e crianças ao lado dos homens, fora do lar.<sup>92</sup>

Atualmente vige a terceira fase, a do capitalismo avançado, caracterizando-se a família pela busca intensa da satisfação das necessidades dos seus membros (alimentares, sanitárias, educacionais, de lazer etc.), tendo nítida função de consumo.<sup>93-94</sup>

“O objetivo do bem-estar social se converte em uma necessidade política, todos aspirando à saúde, alimentação, repouso, lazer, instrução, condições tolerá-

---

<sup>90</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da família e das sucessões*. Coimbra: Livraria Almedina, 1990. p. 45. Embora este trabalho se dirija ao estudo da família no Brasil, é inegável que a evolução do seu conceito e de sua estrutura é um fenômeno mundial. Assim, as lições dos autores estrangeiros também servirão de base para explicar as características da nova família, sem que se percam as diretrizes que norteiam este trabalho.

<sup>91</sup> cf. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família (direito matrimonial)*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990. p. 10.

<sup>92</sup> Anota o Professor Diogo Leite de Campos (*Lições de Direito de Família e das Sucessões*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 49), que com “a industrialização as funções de produção para o mercado foram em grande parte, retiradas às famílias. Assim, a família-unidade de produção tornou-se uma exceção, e os aprendizes ou oficiais desapareceram dos agregados familiares dos artesãos e dos comerciantes, em que representavam parte muito importante das ‘famílias’. Tão importante eram eles, que os vínculos do parentesco assumiam um papel secundário nas famílias dos artesãos e comerciantes, sendo a pertinência à família determinada pela função exercida.” “A perda de funções pela família determinou uma evolução marcada na sua composição. Deixou de ser necessário que o herdeiro se casasse ou que o viúvo chefe de família, homem ou mulher, contraísse novo matrimônio”.

<sup>93</sup> cf. GOMES, Orlando. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 21-22.

<sup>94</sup> cf. BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Novos rumos do direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 3, que averba: “Com a revolução industrial, na segunda metade do século XIX, o trabalho da mulher em fábricas e, posteriormente, em outras atividades econômicas deflagrou o processo crescente de desagregação familiar, acelerado com o êxodo rural que se lhe seguiu”.

veis de trabalho e de vida decente sem os controles sociais tradicionais”.<sup>95</sup>

Assim, a evolução econômica trouxe também a evolução social e, como consequência, a alteração na concepção de família.

Concentrações humanas em cidades: deslocamento da mulher para tarefas em fábricas; conseqüente afastamento diário dos filhos; êxodo rural e outros tantos fenômenos novos acabaram por influir no dimensionamento da família e em sua estruturação, dividindo-se então em diversos núcleos, a partir da assunção de responsabilidades próprias e o afastamento natural de parentes.<sup>96</sup>

Desenvolveu-se um novo Direito de Família à margem da sistematização do Código Civil, o qual conserva o padrão de uma estrutura hierarquizada, em que o marido é obrigado a sustentar a mulher e prover à manutenção da família, assisti-la, socorrê-la, arcar com todas as despesas de educação dos filhos, etc.<sup>97</sup>

A companheira surge neste cenário jurídico, atribuindo-se à união estável alguns efeitos semelhantes aos do casamento e reconhecendo-se a existência de uma família natural que o Código, hipocritamente, procura ignorar. Essa realidade estruturava-se à margem do Código Civil e do tranqüilo direito codificado.<sup>98</sup>

O Estado, aos poucos e a passos não muito acelerados, procurou disciplinar essas relações, constituídas ou não segundo o “modelo oficial”, porquanto não se poderia mais tolerar sua omissão e ignorância, não raras vezes propositais, que levavam “ao menosprezo esses novos aspectos das relações familiares, sob o falso fundamento de que constituem matéria estranha à sua órbita”.<sup>99</sup>

Como se nota, é impossível atribuir ao conceito de família um valor atemporal. Trata-se de conceito que varia no tempo e se amolda à realidade dos destinatários da lei. Ele reflete as mudanças que atestam ou infirmam sua evolução na seara jurídica.<sup>100</sup>

A relação conjugal deve se desenvolver em harmonia, ternura e respeito. Liberdade e igualdade garantem lares felizes. Assim, não havia mais justificativa para a manutenção de desigualdades baseadas puramente no fator sexo. Não se poderia mais aceitar o tratamento diferenciado conferido a filhos não advindos da relação conjugal.

<sup>95</sup> GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 166.

<sup>96</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Novos rumos do direito de família*, op. cit., p. 8.

<sup>97</sup> GOMES, Orlando. *O novo direito de família*, op. cit., p. 7.

<sup>98</sup> GOMES, Orlando. *idem*, p. 8.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>100</sup> cf. GOMES, Orlando. *idem*, p. 61.

A ausência de afetividade não poderia mais manter - leia-se impor - casamentos meramente formais, mas sem substrato psicoafetivo. Parte da sociedade desde muito tempo optava por um novo modelo de constituição familiar, que não o casamento. Buscava-se maior liberdade e fugia-se do formalismo próprio do matrimônio. Eram as uniões estáveis, uma realidade que, embora negada pelos setores conservadores da sociedade, ganhava a cada dia mais adeptos.

Outra realidade carente de regulamentação era a das comunidades familiares formadas por filhos e pais separados ou divorciados, que, por pura escolha, optavam por formar um núcleo familiar diferenciado do casamento.

Enfim, o modelo de família único previsto no Código Civil - constituído apenas pelo casamento - não atendia mais aos anseios de nossa sociedade e não encontrava respaldo no direito positivo.

O Direito é fenômeno cultural, formado por fatos, valores e normas. É uma realidade histórico-cultural inseparável do fator axiológico e da dimensão social, que, dialeticamente unidos, constituem diretrizes à produção normativa. Esta, por sua vez, num verdadeiro movimento pendular, é absolutamente incompreensível se não voltada ao binômio condicionante valorativo-social.<sup>101</sup>

A nova visão sobre as normas jurídicas reguladoras da família é harmônica com o avanço das concepções filosóficas em torno da essência do fenômeno jurídico. Não mais se admite o unilateralismo positivista, sendo que o Direito é visto como uma realidade histórico-cultural incidível do componente axiológico e da dimensão social, dialeticamente conectados na produção do momento normativo, este, por sua vez, incompreensível sem a incessante volta aos condicionantes valorativos-sociais.<sup>102</sup>

Pontes de Miranda<sup>103</sup> assim se manifesta:

A cada círculo social corresponde o seu *tipo de direito*, o seu sistema. Diante das convicções da ciência, que tanto nos mostram e comprovam explicação extrínseca dos fatos (isto é, dos fatos sociais por fatos sociais, objetivamente), o que se não pode pretender é reduzir o direito a simples produto do Estado. O direito é produto dos círculos sociais, é fórmula da

---

<sup>101</sup> cf. PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Tendências modernas do direito de família*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 628, fev. 1988, p. 19.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>103</sup> cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. Tomo 7. p. 170.

coexistência *dentro deles*.

A autoridade legislativa articula fatos e valores, relacionando-os e dando-lhes sentido. Em palavras diretas: a norma jurídica é um estado de síntese entre o fato e o valor.<sup>104</sup>

A norma jurídica deve estar em constante estado de aderência aos fatos e aos valores sociais, já que seu escopo é realizar fins úteis e justos.<sup>105</sup> Deve ser reflexo da realidade fática, evitando-se o hiato entre os comandos normativos e a ordem social.<sup>106</sup> É necessário que esteja numa relação viva com a vontade social,<sup>107</sup> não podendo estar desconectada da vontade popular.<sup>108</sup>

Diz-se que a norma constitucional é semanticamente eficaz quando está em compasso com os fatos sociais e os sentidos axiológicos conferidos pelos seus destinatários. A norma, nessas condições, é adequada à realidade e aos valores sociais. Essa adequação leva à obediência e ao cumprimento da norma, porque nela a sociedade reconhece efetiva correspondência com o querer coletivo.<sup>109</sup>

Pelo sentido cultural e tridimensional que o Direito representa, de nada valem para uma nação normas que contenham apenas eficácia jurídica,<sup>110</sup> vale dizer, que produzam efeitos meramente técnicos, do que é exemplo a revogação que prova o aporte de uma nova constituição numa ordem jurídica.<sup>111</sup>

As normas de uma Constituição - como produto da fusão entre os fatos e os valores considerados importantes por uma nação - devem ter efetividade semântica, ou seja, correspondência entre o sentido jurídico e técnico, que representam a aclamação social para a qual foram criadas. Devem ser adequadas à realidade.<sup>112</sup>

O segredo de constituições duradouras, como bem averba o professor Celso Ribeiro Bastos,<sup>113</sup> reside na sua acomodação aos anseios populares.

---

<sup>104</sup> Cf. DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 70-71.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 62-64.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 31: "A eficácia de uma norma (...) indica, em sentido técnico, que ela tem possibilidade de ser aplicada, de exercer, ou produzir, seus próprios efeitos jurídicos, porque se cumpriram as condições para isto exigidas (eficácia jurídica), sem que haja qualquer relação de dependência da sua observância, ou não, pelos seus destinatários."

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>113</sup> cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 83.

O Direito é uma realidade dinâmica, englobando experiências normativas, sociológicas e axiológicas que, reunidas, devem, obrigatoriamente, representar e refletir os sentidos que a sociedade reputa fundamentais.<sup>114</sup>

A quebra desta harmonia entre a tríade de elementos (fatos, valores e normas) gera lacunas, que podem ser de três espécies: normativas, axiológicas e ontológicas. Há a lacuna normativa diante da ausência de norma para uma hipótese concreta. Caracteriza-se a lacuna axiológica quando a aplicação da norma gere injustiça. Existe lacuna ontológica quando a norma jurídica não corresponde à realidade fático-social.<sup>115</sup>

Fato, valor e norma não são elementos justapostos de maneira estanque. A dialética com que são combinados exige eficácia social.<sup>116-117</sup>

O descompasso entre as normas e a dimensão axiológica-social gera um direito sem eficácia social - portanto, sem respaldo popular.

O Direito só possui sentido enquanto vocacionado a destinar suas normas a uma sociedade que nele vê refletida sua realidade.

Direito não efetivo gera infelicidade, angústia, sofrimento e violência (ranto física como moral). Essas cargas negativas acabam sendo destiladas na própria sociedade. Uma nação que vive em meio à ausência de respeito por parte do Estado às suas necessidades é uma nação atrasada sob todos os pontos de vista.

Nesse quadro, famílias que se formaram naturalmente e não se subsumem ao arquétipo normativo vigente ficam marginalizadas.

---

<sup>114</sup> cf. DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional...* op. cit., p. 73.

<sup>115</sup> cf. DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional...* op. cit., p. 73. Explica a eminente Professora (op. cit., p. 68), referindo-se à lacuna axiológica: “Estamos diante da *lacuna axiológica* que está ligada à questão da eficácia, uma vez que, embora as normas tenha eficácia sintática (jurídica ou técnica), são semanticamente ineficazes (ausência de eficácia social). Nelas há falta de correspondência ao fato ou à realidade social que lhe serve de conteúdo empírico, sendo, então, desobedecidas”.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 74.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 63: “Consiste a eficácia no fato real da aplicação da norma, tendo, portanto, um caráter experimental, por se referir ao cumprimento efetivo da norma por parte de uma sociedade, ao reconhecimento dela pela comunidade, no plano social, ou, mais particularizadamente, aos efeitos sociais que ela suscita pelo seu cumprimento pelos órgãos públicos. A eficácia social seria a efetiva correspondência da norma constitucional ao querer coletivo, ou dos comportamentos sociais ao seu conteúdo. Requisito essencial da eficácia social é a *efetividade* da aplicação jurídica, pois só a verificação na hipótese da norma com potencialidade para gerar certas relações, ser realmente aplicada a casos concretos. Logo, a norma constitucional eficaz, sob o ângulo semântico, seria a efetivamente obedecida”. Noutra passagem também explica (op. cit., p. 30): “A *eficácia* vem a ser a qualidade do texto normativo vigente de produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso”.

Infelizmente, em nosso país a adequação das normas às mudanças sociais e valorativas da família sempre ocorreu serodidamente.

O direito codificado anteriormente à Constituição Federal de 1988, incluindo a constituição revogada, levava à existência das três espécies de lacunas antes mencionadas: normativa, axiológica e ontológica.

A Constituição de 1967 (art. 175) só reconhecia a existência de uma única espécie de família, qual seja, a constituída pelo casamento. Essa era uma norma sem eficácia semântica, porque não encontrava respaldo na vida social. A sociedade brasileira, como era formada, além do casamento, também por uniões estáveis e por famílias monoparentais, não reconhecia efetividade à norma em questão, por isso a desrespeitava.

O casamento, até então, não era reconhecido como uma sociedade igualitária e não eram reconhecidas outras formas fáticas de união familiar (lacuna normativa). A existência de dispositivos legais que pregavam a discriminação entre marido e mulher desprezava os valores igualitários disseminados desde muito tempo entre os casais, o que prova a existência de lacuna ontológica e axiológica, respectivamente, pela falta de atualidade das normas e pela injustiça que gerava sua aplicação.

Uma legislação, não obstante ineficaz socialmente, pode ser utilizada por aqueles que pretendam se valer de normas presas a valores da época de sua edição. Transplantando esta realidade para as relações de família, é de fácil verificação quão perigoso isto pode ser. Embora inefetivas, as normas continuarão integradas ao direito positivo, porque, como têm eficácia técnica, podem ser utilizadas e aplicadas.<sup>118</sup> É por esta razão que alterações legislativas não podem demandar tanto tempo, como, infelizmente, ocorre, em nosso país.

Destarte, são de fácil verificação os nefastos efeitos da ausência de correspondência entre normas, fatos e valores, o que estava a exigir mudanças radicais em nível de Direito de Família.

Uma nova Constituição contribuiria para a construção de uma sociedade mais justa. A sociedade ganharia - como de fato ganhou - opções. De um modelo único, os destinatários das normas constitucionais ganhariam caminhos a serem seguidos com a mais ampla liberdade, segundo suas conveniências.

Assim, desde 05.10.88 - data da promulgação da Constituição Federal de 1988-, não podemos mais falar em uma única espécie de família.

---

<sup>118</sup> As conseqüências de uma legislação em descompasso com a realidade fática e axiológica foram muitíssimo bem ressaltadas por COSTA, Carlos Celso Orcesi (*Tratado do casamento e do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1987. v. I. p. 398), que referiu-se em especial à igualdade entre os cônjuges, inexistente no modelo de família previsto no Código Civil: "Se um dos cônjuges detiver, juridicamente, mais poder que o outro, a tendência nítida que se descortina consiste no fato de aquele abusar de seu

A Constituição Federal contemplou três diferentes formas de constituição familiar, colocando novamente o direito positivo em plena correspondência com a realidade social.

Com efeito, estabelece o art. 226, da Constituição Federal, “in verbis”:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Parágrafo 1º. O casamento é civil e gratuita a celebração.

Parágrafo 2º. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

Parágrafo 3º. Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Parágrafo 4º. Entende-se também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Parágrafo 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Parágrafo 6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Parágrafo 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Parágrafo 8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada

---

poder e de este conformar-se ou aceitar o abuso. O vácuo progressivo entre os extremos pode ocasionar ou uma submissão quase completa ou uma súbita explosão de sentimentos reprimidos, que conduz, por tardia, o casamento a seu termo. Em ambos os casos, nada pior. Esta é a racionalidade que merece a chancela do atual Direito Positivo. A regra geral, portanto, não há de ser uma ‘racionalidade’ abstratamente escolhida, nem possivelmente a força, a potência, mas o fato variável, a consciente influência, a ação ou omissão positiva, o entendimento harmônico, muitas vezes baseado nos usos e costumes sociais, mas não imperativo. Que cada um exerça sua personalidade, sua aptidão, possivelmente até sua maior autoridade num ou noutro âmbito. Até aí chegamos, na medida em que descremos da harmonia perfeita, da vida sem discordância, das discussões que muitas vezes podem trazer à tona demonstrações de força. Isso é real. O inadmissível para a Ciência do Direito é que subsista a força jurídica. Aceitável é a força racional de persuasão, de aptidão, de sentimento. Ao argumento de racionalidade some-se uma razão prática: o poder marital, ou de direção, é inteiramente supérfluo, desnecessário. Isso porque o fato social prevalece, na intimidade do relacionamento conjugal, por sobre a regra jurídica. Nem se diga que o argumento serviria para que se aceitasse o poder marital, que seria, afinal, ineficaz. Obviamente que semelhante argumentação seria, *data venia*, cínica. O que é incompatível, basicamente, é o exercício da autoridade com base na regra jurídica. O marido pode não exercer tal chefia, mas, se a exercitar, encontra-se amparado pela norma”.

um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Assim, a família constitucionalmente prevista no texto constitucional de 1988 é reconhecida sob três espécies: casamento, união estável e famílias monoparentais.

Reforçou-se a importância que ela desempenha para o Estado, que só intervirá o mínimo necessário para o pleno desenvolvimento das relações familiares, nunca, todavia, em assuntos de interesse pessoal entre os membros da família. Estas são relações “interna corporis”, que devem ser regidas pelo diálogo e afetividade entre seus membros.

É neste contexto que o conceito de família centrado apenas no casamento e nas relações dele decorrentes já não serve para explicar a “nova família”,<sup>119</sup> informada por princípios constitucionais que alteraram, drasticamente, a estrutura legal anterior à Constituição de 1988.

As normas relativas à família previstas na Constituição Federal de 1988 são eficazes semanticamente, porque encontram reconhecimento de sua legitimidade pelo corpo social.

A importância do estudo sobre a alteração do novo conceito de família foi destacada brilhantemente pela professora Maria Helena Diniz.<sup>120</sup> Ensina a eminente professora que não existe a propalada “crise” da família, como se tem sustentado. O que existe, inegavelmente, é uma mudança nos conceitos básicos, que imprimiram uma nova feição à família e que atendem às exigências da época atual, muito diferentes das exigências anteriores ao atual texto constitucional.

Realça a ilustre jurista:<sup>121</sup>

Deveras, a família está passando por profundas modificações, mas como organismo natural ela não se acaba e como organismo jurídico está sofrendo uma nova organização; logo não há desagregação ou crise.

Assim, é preciso que verticalizemos a análise da família contemporânea e a especial contribuição aportada pela Constituição Federal de 1988, para podermos estabelecer os princípios mais básicos em que ela está sedimentada, como forma de garantia de dignidade às gerações presente e futura.

---

<sup>119</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família (direito matrimonial)* op. cit., p. 10 e ss.

<sup>120</sup> Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 5. p. 18-19.

<sup>121</sup> Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso...* op. cit., p. 19.

Uma questão que devemos ter bastante clara na análise da Constituição Federal de 1988, no que se refere à família, é que ela apenas reconheceu uma evolução já latente na sociedade brasileira. Não foi a partir dela que toda a mudança na família brasileira ocorreu. Constitucionalizaram-se valores que impregnavam o seio da sociedade e nele estavam disseminados. Dos fatos e valores caminhou-se para as normas – tardiamente, é verdade. O Texto Constitucional de 1988 contemplou e abrigou uma evolução fática anterior da família e do Direito de Família que estava represado na doutrina e na jurisprudência. A Constituição de 1988, estimulada pela emenda Nelson Carneiro, mostrou que esses novos valores já conhecidos da sociedade não iriam causar trauma algum à nação. Albergou-se no plano constitucional o que já se tinha desenvolvido no plano sociológico da família.

É com essa consciência que devemos proceder a uma análise mais profunda da família na Constituição Federal de 1988, como fonte formal e primordial de evolução do conceito de família. É nesta carta constitucional que, precisamente, vamos encontrar os direitos fundamentais de primeira a quarta geração, e é ainda dentro desse contexto que encontramos os direitos da personalidade, encartados no seu art. 5º, Inc. X.

#### **4. A FAMÍLIA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CONTEXTO DO DIREITO COMUM E CONSTITUCIONAL.**

##### **4.1. A FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.**

Quando veio a lume a nossa primeira codificação civil, a de 1916, verificou-se que o legislador que redigiu o anteprojeto dessa codificação tinha sua mente voltada para o final século XIX, quando o modelo de família estava arraigado à concepção de família patriarcal romana, devendo ainda ser chefiada pelo elemento masculino, ou seja, pelo homem propriamente dito, com um aspecto prejudicial, pois não se permitia o divórcio a vínculo.

A mulher casada era pessoa que certamente devia obediência ao seu marido, assim como os filhos do casal e todas as demais pessoas que dependessem dele e vivessem em sua companhia.

Ao se deparar com os conteúdos dos artigos 6º e 233., nos seus originais, da codificação de 1916, não se tem nenhuma dúvida de que ali estava a imagem perfeita do Direito Romano acerca de sua família patriarcal. Na verdade, era essa a concepção de organização familiar que já havíamos recebido do período imperial e do período colonial, como modelo de família, e a grande família aristocrá-

tica rural era a sua mais lídima representante aqui em nosso país.

Dessa forma, a capacidade jurídica, em termos de garantia ao direito da personalidade estava dirigida apenas para quem detivesse *o status libertatis*, *o status civitatis* e *o status familiae*, ou seja, o homem (*sui iuris*). Todos os demais membros lhe eram subordinados, ou seja, pessoas dependentes, os *alieni iuris*; portanto, *mutatis mutandis*, era isso o que tínhamos.

É verdade que a legislação civil acabou por sofrer diversas alterações mediante legislações extravagantes, porém a personalidade plena sempre ficou assegurada ao chefe da família, pois após a edição da Lei 4.121/62, a mulher casada, em nosso país, no máximo, chegou à condição de sua colaboradora na administração da chefia familiar .

Tal situação perdurou até o advento da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, quando se teve uma reforma ampla nos princípios do Direito de Família, derogando, em grande parte, diversos institutos arcaicos do nosso direito privado.

## 4.2. A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988; NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

### 4.2.1. Os Direitos Fundamentais, as suas Espécies e os seus Encartes no Direito Constitucional Brasileiro.

Com o advento da Constituição Cidadã, em 1988, pode-se afirmar que uma nova fase de garantias constitucionais surgiu para os cidadãos da nação brasileira. Entre os direitos que foram fortemente robustecidos, podem-se citar os direitos fundamentais da pessoa.

No estudo da evolução histórica dos direitos fundamentais, na lição do eminente jurista Ricardo Luiz Lorenzetti,<sup>122</sup> temos que ela se processou em quatro fases distintas, nominadas de gerações de direitos.

A primeira delas surgiu a partir da Declaração dos Direitos do Homem (1789), com a Revolução Francesa, nominada de liberdade negativa, e foi consagrada na primeira constituição francesa. Como mera carta política, garantia a separação dos poderes e os direitos individuais do homem e do cidadão. Era a função do constitucionalismo liberal clássico.

---

<sup>122</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 153-155.

No que diz respeito à teoria do liberalismo clássico, “pregava o governo das leis em vez do governo dos reis” e assim contra

a vontade particular, pessoal, subjetiva, volúvel, imprevisível dos agentes reais, o liberal opunha a vontade geral, impessoal, objetiva, estável, previsível, das normas legais. Para evitar que alguma vontade se exercesse arbitrariamente sobre outras, todos obedeceriam as leis gerais que exprimissem a vontade geral, segundo a utilidade comum.<sup>123</sup>

A garantia da liberdade individual tem características negativas justamente por que impede a ação direta do Estado, por intermédio de seus agentes, sobre o indivíduo, ação que violaria os seus direitos fundamentais previstos na Constituição. No Brasil, a primeira geração ficou delineada nas duas primeiras constituições, ou seja, a de 1824 e a de 1891. Esses direitos foram novamente respaldados pela Declaração dos Direitos Universais do Homem, com origem na Assembleia Geral, por intermédio da Organização das Nações Unidas (ONU), manifestados por intermédio de uma resolução.

A segunda geração dos direitos fundamentais chegou como consequência dos grandes movimentos sociais ocorridos no mundo, como a Revolução Zapatista no México, em 1910, a Segunda Grande Guerra Mundial de 1914 a 1918, a revolução comunista na União Soviética, em 1917, que trouxeram a fome, as doenças e a miséria entre os povos, culminando com o abandono do liberalismo clássico e a busca de uma nova ordem social.

Surge assim um novo pensamento, em termos de ordem social, que foi nominado de *direitos sociais*, cujas primeiras manifestações foram estampadas nos textos da Constituição do México, em 1917, na Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, na Constituição Espanhola de 1931, etc. Na verdade, esse fato constitui uma evolução, passando-se da doutrina do *laissez fere, lesse passe*, para a doutrina da necessidade da intervenção estatal na economia do Estado, como forma de proteção individual dos seus súditos.

No Brasil, temos que a segunda geração dos direitos fundamentais surgiu com a vigência da Constituição de 16 de julho de 1934, quando, efetivamente, tivemos a garantia de direitos para o trabalho e para a família; permitiu-se o voto feminino e a intervenção na economia etc. Enfim, a Constituição mantinha a liberdade negativa, mas a partir de um contexto em que, para subsistir, ela dependia de um complemento de outros direitos, que eram justamente os direitos sociais.

---

<sup>123</sup> cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e contrato: a crise na licitação*. Piracicaba: [s. n.], 1995. p. 73-74.

Assim, o desenvolvimento humano chegara a um estágio universal em que aqueles dois primeiros direitos fundamentais já não eram suficientes para prestar uma garantia mais ampla ao indivíduo, e se iniciou uma nova busca na direção do que se chamou de “novos direitos”, os quais têm por fim último buscar a qualidade de vida e ficaram denominados pela doutrina constitucionalista como direitos de terceira geração. Esses direitos são os direitos difusos, que dizem respeito à sociedade como um todo, inexistindo uma titularidade determinada.

Por último, chegamos aos direitos fundamentais de quarta geração, cuja peculiaridade é a identificação, isto é, permitir que o indivíduo seja diferente.

Oportuna, aqui, a observação de Antonio Darienso Martins,<sup>124</sup> quando ressalta que a justificação dos direitos anteriores é a de que pertencem a todo indivíduo, constituindo um requisito para que ele seja considerado ser humano e social. Contudo, outros direitos existem, surgidos de um processo de diferenciação de um indivíduo em relação ao outro, como o direito à homossexualidade, à transexualidade, à troca de sexo, ao aborto, à recusa de tratamentos médicos visando abreviar o sofrimento da vida, entre outros. Em que pese a esses direitos constituírem derivações da liberdade, trata-se de aplicá-los a um campo em que, tradicionalmente, reinou o público, o homogêneo, e que se considerou vital para o funcionamento da sociedade.

Na verdade, esta última geração de direitos fundamentais tem por objetivo respeitar a individualidade na sua diversidade, o que, necessariamente, equivale a dizer que um indivíduo, para ser considerado normal, não tem que fazer exatamente o que fazem os outros, na sua grande maioria, razão pela qual isso é nominado de “direito de ser diferente” do padrão da sociedade.

Os direitos de terceira e quarta gerações estão garantidos, no Brasil, pela Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 e legislações extravagantes.

#### **4.2.2. A Distinção entre os Direitos Fundamentais e os Direitos da Personalidade**

Sob o prisma da Constituição, o que se constata é que a maioria dos preceitos que dizem respeito aos direitos da personalidade são tidos como direitos e garantias fundamentais, não obstante existirem entre eles diferenças marcantes.

Neste particular, André Ramos Tavares<sup>125</sup> faz uma observação interessante:

---

<sup>124</sup> MARTINS, Antonio Darienso. *Da antecipação dos Efeitos da Tutela nas Ações de Investigação de Paternidade sob a Perspectiva dos Direitos da Personalidade*. Dissertação de Mestrado defendida, visando a obtenção do Título Acadêmico de Mestre em Ciências Jurídicas, junto ao Centro Universitário de Maringá-CESUMAR, 2006, p.26.

<sup>125</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 410.

Nem todos os direitos fundamentais do homem, tais como são encontrados na Constituição Federal brasileira, especialmente, em seu extenso rol do art. 5., são direitos necessariamente oponíveis ao Estado. Muitos deles se reportam ao próprio particular em sua atividade como tal. Assim é que o conjunto de direitos que se costuma reconhecer como direitos da personalidade pode ser analisado sob esse dúplice ângulo.

Dessa forma, temos que os direitos da personalidade, na visão de Goffredo Telles Junior,<sup>126</sup> são aqueles que possibilitam aos seu titular, ou seja, à pessoa, promover a defesa do que lhe é próprio, isto é, a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a honra, a imagem, etc. Destarte, tais direitos são inerentes à pessoa humana, portanto, ligam-se à ela de modo permanente, perpétuo e definitivo.

Oportuno aqui lembrar o posicionamento de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda,<sup>127</sup> acerca das distinções:

Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relações de igualdade. Os direitos fundamentais têm uma incidência publicística imediata, quando ocorrem efeitos nas relações entre os particulares uma incidência privatística, ainda quando sobreposta ou subposta à dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais pertencem, ao domínio do Direito Constitucional, os direitos de personalidade ao do Direito Civil.

A doutrina, de forma geral, diz que

as diferenças entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, são inúmeras, porém, é certo os que os segundos encontram-se delimitados no âmbito do estritamente privado, enquanto que os primeiros, encontram-se no âmbito do Direito Público, visando a proteção do indivíduo em face dos poderes do Estado.<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> TELLES JR., Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, [s. d.] apud Gilberto Ronald Lopes Florêncio. *Direitos da Personalidade no Novo Código Civil*. São Paulo: Editora de Direito, 2005. p. 145.

<sup>127</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco José. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 2000. Tomo 7. p. 58.

<sup>128</sup> cf. MARTINS, Antonio Darienso. op. cit., p. 30.

Em primeiro lugar, temos que a nossa atual Constituição destaca proteção aos direitos da personalidade de forma genérica, por intermédio de cláusula aberta, quando trata do princípio fundamental da dignidade humana, no art. 1º, Inc. III, *in verbis*:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos;

Inc. I- omissis

Inc. II – omissis

Inc. III- a dignidade da pessoa humana.

Este dispositivo constitucional reafirma que o Estado se erige sobre a noção da dignidade da pessoa humana, o que equivale a dizer que essa dignidade é um dos fins do Estado, no sentido de possibilitar que os seus súditos ou cidadãos se desenvolvam em condições dignas.

Cada pessoa determina a sua função na vida terrena, cabendo apenas ao Estado lhe oferecer condições ter uma vida digna, no exercício de suas liberdades públicas ou privadas.

O eminente professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>129</sup> conclui:

Dignidade da pessoa humana, está aqui o reconhecimento de que, para o Direito Constitucional brasileiro, a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo, que não pode ser sacrificado a qualquer interesse coletivo.

Em segundo lugar, a Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988 trouxe os direitos e garantias fundamentais no Título II, Capítulo I, art. 5º., Incs. I *usque* LXVII, e os direitos da personalidade estão precisamente inseridos no art. 5º. Inc. X, *in verbis*:

Art. 5º.= - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Inc. X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das

---

<sup>129</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileiro de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1. p. 19.

peçoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A vida moderna e a evolução das tecnologias passaram a permitir que a vida íntima das pessoas estivesse sujeita a uma verdadeira devassa, tornando-se público aquilo que nunca deveria sê-lo. Foi em consideração a isto que o direito contemporâneo optou pela proteção específica da imagem das pessoas, da sua vida privada e da sua intimidade.

Na lição dos eminentes juristas constitucionalistas Celso Ribeiro Bastos e Ives Grandra Martins,<sup>130</sup> temos que o Inciso X, do art. 5.:

Oferece guarida ao direito à reserva da intimidade assim como ao da vida privada. Consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim, como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.

Sobre este mesmo dispositivo, o ilustre professor José Afonso Silva<sup>131</sup> assim se manifesta:

A moral individual, a honra pessoal, o bom nome, a boa fama, a reputação integral à vida humana, como uma dimensão imaterial, são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação. Daí por que o respeito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental como uma das dimensões da vida da pessoa humana. Por isso é que o direito penal protege; tutela a honra contra a calúnia, a difamação e a injúria.

Tanto o direito à vida privada como o direito à intimidade, em decorrência dos direitos da personalidade, que de modo geral se integram ao direito à vida, constituem, sem sombra de dúvida, um direito fundamental, cuja proteção está inserida na Carta Constitucional. Caracterizam-se pelo direito à intimidade, à identidade pessoal do indivíduo, a uma identidade civil (nome); pelo direito autoral, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo da correspondência e ao segredo profissional.

---

<sup>130</sup> BASTOS, Celso Ribeiro et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2. p. 62.

<sup>131</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, [s. d.]. p. 431

Assim, a Carta Magna de 1988 consagra expressamente a inviolabilidade desses direitos, que, nas constituições anteriores só eram protegidos mediante uma interpretação extensiva.

### 4.3. A família no Código Civil de 2002 e os Direitos da Personalidade.

O novo Código Civil veio a lume por intermédio da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com uma *vacatio legis* de um ano, ou seja, somente entrando em vigência no dia 11 de janeiro de 2003.

Como bem ressaltou o professor doutor Miguel Reale,<sup>132</sup> eminente jurista encarregado da supervisão da elaboração do referido código,

A vigência de um Código Civil é fato de primordial relevância no ordenamento jurídico de um País, provocando alterações de sentido em todos os quadrantes do Direito, mesmo nos que têm menor vinculação com ele. É que constitui um valor fundamental, somente superado com ele. É que constitui um valor fundamental, somente superado pelo representado pela Constituição. Ao tratar dele, costumo qualificá-lo como 'a constituição do homem comum'.

A matéria pertinente ao Direito de Família foi tratada no Livro IV, nos Títulos I, II, III e IV, com as denominações de Do Direito Pessoal, Do Direito Patrimonial, Da União Estável e Da Tutela e da Curatela.

A família veio retratada no novo Código Civil com diversas inovações. Em especial, procurou o saudoso professor doutor Clóvis do Couto e Silva, em conjunto com o coordenador Miguel Reale, atualizar a legislação civil concernente ao Direito de Família, colocando-a no mesmo parâmetro do amparo concedido pelo Poder Constituinte, que se encarregou de redigir a Constituição Federal de 1988.

Com isso, tivemos a igualdade jurídica entre os cônjuges, a igualdade jurídica nas diversas formas de filiação, a proteção ao idoso, regulamentação da união estável no Código Civil, a possibilidade de, com autorização judicial, se alterar o regime de bens, a regulamentação da filiação homogênea e heterogênea, a inovação do Instituto do Poder Familiar, etc.

Assim, a Família, como entidade familiar, recebeu uma proteção ampliada, na linha da proteção constitucional, o que resultou na necessária modernização do Direito de Família, que se encontrava totalmente defasado no Código Civil anterior.

---

<sup>132</sup> REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 11.

Da mesma forma, a Parte Geral do novo Código Civil foi atualizada, em trabalho do qual se encarregou o eminente ministro do STF José Carlos Moreira Alves. Este houve por bem sugerir a incorporação de novos direitos, entre os quais incluiu os direitos da personalidade, que já se encontram garantidos pela legislação constitucional, com encarte nos direitos e garantias individuais, mas não tinham respaldo da legislação civil ou infraconstitucional.

Destarte, o nosso novo Código Civil entrou em vigência com um novo Instituto, ou seja, o dos Direitos da Personalidade, cuja matéria vem regulada no Livro I, sob o título DAS PESSOAS, no Capítulo II, do art. 11 *usque* 21.

Na lição lapidar do jusfilósofo Miguel Reale,<sup>133</sup> o encarte desses novos direitos é :

Ultrapassagem ou a transcendência do conceito individualista de direito subjetivo como 'a grande vedete' do sistema jurídico. Não mais o indivíduo como titular de regras positivas cerradas, mas, ao contrário, a pessoa humana, que representa a consciência do indivíduo em si mesmo e nas suas relações para com os outros. Direito de Personalidade, visto o indivíduo, em suma, no contexto de suas circunstâncias.

Pela simples leitura dos doze dispositivos que regulam os direitos da personalidade, não obstante estarem localizados na parte geral do novo Código Civil, temos que eles têm relação direta com o direito de família, a família e os seus membros.

Partindo-se do pressuposto de que é na família que o homem tem a sua origem, é evidente que pertence ao agrupamento familiar o exercício dos direitos da personalidade em relação ao corpo de um dos familiares que tenha perdido a sua vida (parágrafo único, do art. 12 do NCC). Cabe também às pessoas que chefiam a família, em primeiro lugar, registrar o seu descendente e lhe dar um prenome e sobrenome para a sua identificação civil, por toda a sua vida (art. 16 do NCC).

Da mesma forma, cabe aos membros da família de pessoa que precise se submeter a uma cirurgia com risco de vida, fornecer uma autorização para realização da cirurgia, principalmente quando o paciente ainda é pessoa dependente de sua família, em razão de idade ou de interdição (art. 15 do NCC).

Cabe ainda, à própria parte interessada ou aos membros de sua família, promover a defesa de sua honra, sua boa fama e a sua respeitabilidade perante quem quer que a prejudique, em termos de direitos de proteção de sua imagem, como pessoa de bem no seio da sociedade onde vive (art. 20 do NCC).

---

<sup>133</sup> REALE Miguel. op. cit., p. 57.

A vida privada da pessoa natural recebe a proteção contra atos de abuso tanto em face do poder público como do particular, pois ela é inviolável, assegurando a lei civil direito de se recorrer ao poder judiciário para que faça cessar ato violatório desse direito (art.21 do NCC).

Os direitos da personalidade são direitos novos, cuja construção doutrinária e jurisprudencial se encontra em formação, pois a sua especificidade, advinda da nova codificação, ainda está por receber muita contribuição por parte dos operadores do direito brasileiro. É certo, porém, que a incorporação desses direitos na nova codificação civil veio em boa hora, pois o Brasil já tinha incorporado ao seu direito positivo a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), por intermédio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, o qual determina, no plano internacional, que os Estados subscritores se comprometam a respeitar e garantir os direitos da personalidade.

## **5- CONCLUSÕES**

1. A família brasileira originou-se de um projeto de colonização europeu, tendo à sua frente o Reino Português, e contou com a miscigenação do branco, do ameríndio e do negro.

2. O poder reinol impôs a família-modelo, ou seja, a família constituída pelo casamento católico. O colonizador branco, o índio e o negro nem sempre respeitaram essas regras da colonização, fato que possibilitou formar um país com um dos maiores índices de miscigenação de que se tem conhecimento ao longo da história do nosso planeta. A realidade é que, ao lado do primeiro, sempre existiu outro ou outros modelos de família, a família que, além de não contar com o apoio do poder civil, era perseguida pela autoridade religiosa católica; a família em que a união do homem e da mulher se dava, na maioria das vezes, de forma clandestina, para se fugir da perseguição do clero, que, em última instância, era o substituto do poder civil em decorrência do padroado. Era tida como ilegal ou ilegítima, portanto, constituída fora dos padrões impostos pelos poderes civil e religioso coloniais.

3. A fusão das raças, representada pela fusão do branco europeu, do indígena e do negro, propiciou a formação de famílias dentro dos padrões legais (famílias legítimas), bem como de famílias à margem desses padrões (as ilegais ou ilegítimas), coexistindo as duas modalidades de família, sem que uma modalidade pudesse impor a extinção da outra, ao longo dos séculos.

4. Esse padrão social familiar, em nosso país, manteve-se praticamente inalterado nos períodos colonial e imperial e no início do republicano, de tal sorte que a codificação civil, em 1916, elaborada sob a égide da constituição republicana-

na de 1891, somente veio a tratar da primeira modalidade de família, ou seja, a constituída pelo casamento civil, tendo ignorado por completo a segunda modalidade familiar, a constituída pela informalidade e fundada na afetividade das pessoas, perfeitamente identificada na estratificação social, desde aquela época.

5. No plano do Direito Constitucional, as duas primeiras constituições, simplesmente, ignoraram o tema família, na acepção jurídica do termo, por se tratar de constituições liberais, onde prevalecia o individualismo. Eram constituições liberal-clássicas, em que o Estado cuidava apenas do governo e da ordem política. Aspectos econômicos, culturais e sociológicos eram estranhos à Constituição e dela não faziam parte. Neste aspecto, apenas estavam garantidos os direitos fundamentais de primeira geração, os direitos individuais.

6. A realidade a que se assistiu foi a harmonia entre a legislação constitucional e a infraconstitucional, em ambas prevalecia o casamento monogâmico, civil, e a indissolubilidade do vínculo matrimonial, marginalizando-se completamente a constituição de grupo familiar que não atendesse à exigência legal. No máximo, os tribunais permitiam que houvesse uma indenização por serviços prestados ao concubino, sendo raras as decisões concedendo parte do patrimônio do concubino à sua companheira, que na maioria dos casos acabava abandonada.

7. A primeira constituição republicana que se preocupou, de forma eficaz, com a proteção da família, foi a de 1934, na qual o Poder Constituinte, efetivamente, nos direitos sociais, houve por bem implantar pela primeira vez, a proteção direta para a célula básica da sociedade no Brasil, de tal modo que, posteriormente, as demais constituições sempre mantiveram em seus textos um capítulo dedicado à proteção da família, porém, direcionado somente à família legítima. É de se destacar que isso somente foi possível porque ela veio a incorporar os direitos fundamentais de segunda geração, ou seja, os direitos sociais.

8. As decisões pretorianas no sentido de criar uma forma alternativa de tutela às uniões não matrimonializadas nunca perderam o ponto de vista da legalidade, pois também serviam de proteção ao código civil vigente e aos seus dogmas (da legalidade, da completude e da abrangência), uma vez que não atacavam a estrutura fechada e estigmatizante das uniões informais, além do que o deferimento de direitos econômicos à companheira nunca teve por base o reconhecimento expresso de espécie de família não reconhecida pelo Código Civil. Concediam-se direitos à família ilegítima a título de compensação ou indenização, e não porque se reconhecesse nela uma constituição de família, ou porque se pretendesse proteger a família, no sentido constitucional.

9. No que diz respeito à terceira modalidade de entidade familiar, ou seja, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (denominada pela doutrina de família monoparental) sempre foi fruto da desintegração de uma

das duas primeiras modalidades de entidade familiar, ou seja, a constituída pelo casamento ou pelo companheirismo; e tal modalidade também sempre existiu em nosso meio social, e o que houve, na verdade, é que o Inc. III, do art. 226 da CF apenas positivou o que já era existente em nossa estratificação social.

10. Através de uma análise mais acurada de todas as constituições brasileiras que antecederam a promulgada em 05 de outubro de 1988, constata-se que elas sempre deram respaldo à inalterabilidade da legislação infraconstitucional, que reconhecia o casamento como única forma de entidade familiar, fato que nunca veio a permitir o reconhecimento explícito de outras formas de família em nosso país, dada a vedação constitucional, a partir de 1934, da indissolubilidade do vínculo matrimonial.

11. A Constituição Federal de 1988 simplesmente explicitou (reconhecendo expressamente) as três espécies de família que sempre existiram na sociedade brasileira desde a época colonial, ou seja, as famílias constituídas pelo casamento, pelas uniões estáveis e pelas famílias monoparentais. Toda esta realidade, represada há séculos, veio a se exteriorizar na Constituição de 1988. O conceito de família, antes restrito ao casamento, alarga-se para alcançar outras realidades fáticas, doravante juridicamente reconhecidas. Sobre estas três espécies está sedimentada a família contemporânea.

12. As normas sobre a família da Constituição Federal de 1988 têm eficácia jurídica e social, porque, além dos efeitos técnicos que produzem, encontram respaldo junto à Nação, que lhes confere legitimidade, eliminando de vez toda a sorte de discriminações injustificáveis da sociedade conjugal e igualando em direitos e obrigações os cônjuges, ou seja, estabelecendo a igualdade jurídica material entre eles.

13. A união estável deve ser compreendida como uma opção a mais colocada à disposição dos brasileiros. Trata-se do prestígio à liberdade e do respeito à opção. Não há concorrência com o casamento. Ambos são formas de constituição de família que atendem, pelas suas particularidades, às expectativas dos interessados e desempenham as mesmas funções.

14. O Poder Constituinte reconheceu também como forma de família a monoparental, ou seja, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Vários fatores contribuem para constituição desta espécie familiar: a liberdade como prestígio a mais uma opção colocada a critério dos interessados; a viuvez; a separação, o divórcio e a extinção das uniões estáveis, além de outros fatores, como é o caso das mães solteiras e do descrédito em relacionamentos.

15. Podem ser sistematizadas características comuns às três espécies de família reconhecidas constitucionalmente, porque são faces do mesmo movimento evolutivo e referem-se à dimensão da estrutura familiar contemporânea. São ca-

racterísticas comuns à família contemporânea: nuclearidade, afetividade, despatrimonialização, repersonalização, a igualdade dos filhos, respeito às crianças, aos adolescentes e aos idosos, e igualdade.

16. A família assume, após a Constituição Federal de 1988, novas funções: instrumental, servindo como meio de realização pessoal dos seus membros, potencializando o desenvolvimento deles; de assistência moral e psicológica, como apoio aos seus integrantes nos embates normais da vida cotidiana, no que se refere à formação pessoal dos filhos, intransferível a outros setores sociais.

17. Os princípios constitucionais do Direito de Família desempenham função prospectiva, servindo às gerações futuras como diretrizes e conquistas que não podem retroceder, sob pena de aniquilamento da própria noção de entidade familiar, tão bem colocada pelo legislador constituinte.

18. Podemos conceituar a família contemporânea (reunindo, portanto, num só conceito o casamento, a união estável e as famílias monoparentais, positivadas pela Constituição de 1988) como a união de pessoas, sob o pálio dos requisitos estabelecidos no direito positivo, a qual tem como única razão do seu início, de sua duração ou do seu fim o sucesso ou o fracasso, no cotidiano, do encontro, por parte de seus integrantes, da melhor maneira de aprimorar a afetividade recíproca, só podendo ser analisada e compreendida a família contemporânea dentro de um contexto sistêmico aberto.

19. Os direitos e garantias individuais trazem no seu bojo normas direcionadas para proteção do homem, ou seja, das pessoas; e como o ser humano, de modo geral, nasce e se forma no seio de uma família, temos que essas normas também são predestinadas a proteger todos os elementos integrantes da família contra eventuais ações do Estado.

20. No contexto dos direitos individuais exsurtem os direitos da personalidade, que em princípio parecem ter identidade, mas na verdade são direitos distintos, pois “os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relações de igualdade. Os direitos fundamentais têm uma incidência publicística imediata, quando ocorrem efeitos nas relações entre os particulares uma incidência privátisca., ainda quando sobreposta ou subposta à dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais pertencem, ao domínio do Direito Constitucional, os direitos de personalidade ao do Direito Civil”.

21. Os direitos da personalidade são direitos novos, incorporados à nossa recente Codificação Civil de 2002, cuja construção doutrinária e jurisprudencial se encontra em formação, pois a sua especificidade, advinda com a nova codificação, ainda está por receber muita contribuição por parte dos operadores do direito brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. Vida privada e ordem privada no Império. In: **História da vida privada no Brasil: Império: a corte e a modernidade nacional**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. v. 2.

ALMEIDA, Angela Mendes. Os manuais portugueses de casamento dos séculos XVI e XVII. **Revista brasileira de historia**, São Paulo, v. 9, n. 17, p.191-207, set. 1988/fev. 1989.

ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. **Direito civil, família II**. São Paulo: Instituto Educacional Piracicabano-Gráfica, [s. d.].

ANDRADA, Diogo de Paiva de. **Casamento perfeito**. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1944.

BARBOSA, Florentino. **A família, sua origem e evolução**. Petrópolis: Vozes, 1948.

BARROS, João de. **Espelho de casados**. 2. ed. [s. l.]: Imprensa Portuguesa, 1874.

BARROS, Sérgio Resende de. O nucleamento do direito constitucional. **Impulso - Revista de Ciências Sociais**, Piracicaba: Editora Unimep, v. 10, n. 21, out. 1997, p. 107-113.

\_\_\_\_\_. **Liberdade e contrato: a crise na licitação**. [s. l.]: Piracicaba, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BITTAR, Carlos Alberto. **Novos rumos do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da constituição do império**. Brasília: Universidade de Brasília; Senado Federal, 1978.

CALMON, Pedro. **História social do Brasil**. 3. ed. São Paulo: CEN, 1939. v. I. (O Espírito da sociedade imperial).

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito da família e das sucessões**. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.

CARONE, Edgard. **A primeira república**. São Paulo: Difel, 1973.

CASTRO, Raimundo Araújo. **A nova Constituição brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1936.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Rio de Janeiro: Tipografia da Companhia Lito-Tipografia, 1902.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **A Constituição federal comentada**. Rio de Janeiro: José Konfino-Editor, 1949. v. IV.

CERQUEIRA, Marcelo. **Cartas constitucionais, Império, República & Autoritarismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

CORRÊA, Oscar Dias. **A Constituição de 1967: Contribuição Crítica**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

COSTA, Carlos Celso Orcesi. **Tratado do casamento e do divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 1

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 5.

\_\_\_\_\_. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Conflito de normas.** São Paulo: Saraiva, 1987.

DÓRIA, Antonio de Sampaio. **Direito constitucional: Comentários à constituição de 1946.** São Paulo: Max Limonad, 1960. v. IV.

DUARTE, José. **A Constituição brasileira de 1946.** Rio de Janeiro: [s. n.], 1947. v. III.

DURVENGER, Maurice. **Instituciones políticas y derecho constitucional.** 11. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Tradução de J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ESPÍNOLA, Eduardo. **A Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v. I.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileiro de 1988.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição Brasileira.** São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1.

FERREIRA, Luis Pinto. **Curso de direito constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva 1974. v. I.

FIGUEIREDO, Fidelino. Prefácio e notas. In: ANDRADA, Diogo de Paiva de. **Casamento perfeito.** Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1944.

FLORENCIO, Gilberto Ronald Lopes. **Direitos da Personalidade no Novo Código Civil.** São Paulo: Editora de Direito, 2005.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil, Esboço.** Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1860. v. I.

GAMA, Manuel de Azevedo Araújo e. **Estudo sobre o casamento civil.** Coimbra: Imprensa Acadêmica, 1881.

GARCEZ FILHO, Martinho. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1932. v. II.

GIUCCI, Guilherme. **Sem Fé, Lei ou Rei: Brasil 1500 – 1532**. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

GOMES, Orlando. **O novo direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984.

\_\_\_\_\_. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil**. [s. l.]: [s. n.], [s. d.].

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JACQUES, Paulino. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1962.

LACERDA, Arthur Virmond de. **As Ouvidorias do Brasil Colônia**. Curitiba: Juruá, 2000.

LAPA, José Roberto do Amaral. **O Sistema Colonial**. 2.ed. São Paulo: Ática, 1994.

LAZCANO y MAZÓN, Andres Maria. **Constituciones políticas de América**. [s. l.]: Cultural, [s.d.]. v.1.

LIMA, Hermes. **Estudos sobre a constituição brasileira**. Artigo sobre o espírito da constituição de 1946. Rio de Janeiro: FGV, 1954.

LINS, Augusto E. Estellita. **A nova constituição dos estados unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1938.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. São Paulo: [s. n.], 1967.

MAMIMILIANO, Carlos. **Comentários à constituição brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948. v. III.

MARINHO, Josaphat. Análise da Constituição de 1891. In: **O Pensamento constitucional brasileiro**. Brasília: Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, 1978.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. **500 anos de Historia do Brasil**. São Paulo: LTr, 2000.

MARTINS, Antonio Darienso. **Da antecipação dos Efeitos da Tutela nas Ações de Investigação de Paternidade sob a Perspectiva dos Direitos da Personalidade**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas), 2006. Maringá: CESUMAR, 2006.

MELO, D. Francisco Manuel de. **Carta de guia de casados**. Porto: Livraria Simões Lopes, 1949.

MERCADANTE, Paulo. Uma introdução histórica. In: MERCADANTE, Paulo (coord.). **Constituição de 1988: o avanço do retrocesso**. Rio de Janeiro: Rio Fundo Editora, 1990.

MILTON, Aristides Augusto. **A constituição do Brasil**-Notícia histórica, texto e comentário. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 2000. Tomo 7.

\_\_\_\_\_. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Tomo VI.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. Tomo 7.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição de 1946.** Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor. 1947. v. IV.

\_\_\_\_\_. **Comentários à constituição da república dos estados unidos do Brasil.** Rio de Janeiro: Guanabara, 1936. Tomo I.

NICZ, Alvacir Alfredo. **A liberdade da iniciativa na Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família** - Direito matrimonial. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990.

**ORDENAÇÕES FILIPINAS:** Ordenações e leis do Reino de Portugal, recompiladas por mandado d'el rei D. Philippe, o Primeiro. 12. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1858. Tomo III. Livro IV. Título XCVI.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências modernas do direito de família. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 628, p. 19, fev. 1988.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro:** parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAMOS, Duilio. **História da Civilização brasileira.** [s. l.]: Saraiva, 1961.

REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Lições preliminares de direito.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROURE, Agenor. **A constituinte republicana.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1920. v. I.

SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. **Direito constitucional do trabalho**. São Paulo: LTR, 1977.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, [s. d.].

SILVA, Maria Beatriz Nizza da (coord.). **Nova História da Expansão Portuguesa**. São Paulo: Editorial Estampa, 1986.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Cultura no Brasil colônia**. Petrópolis: Vozes, 1981.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

TRUEBA, Urbina Alberto. **La primera constitucion político-social del mundo**. México: Porrúa, 1971.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. **Evolução do Povo Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1956.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. **Populações meridionais do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1973.