

CONSIDERAÇÕES SOBRE A MODERNA CONCEPÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA

THOUGHTS ON THE MODERN LEGAL CONCEPT OF FAMILY

TORQUATO DA SILVA CASTRO

Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito do Recife (atualmente vinculada à Universidade Federal de Pernambuco – UFPE). Advogado.

Transcrição, revisão e notas por:

DIOGO CAMBOIM PITTA

Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito (Largo de São Francisco) da Universidade de São Paulo – USP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – FDR/UFPE, com período de mobilidade acadêmica na Universidade de Tübingen Eberhard-Karls (Alemanha). Advogado. diogocpitta@yahoo.com

ÁREAS DO DIREITO: Família e Sucessões; Civil

Não^{1-NT} há assunto que tenha sido mais versado pelas doutrinas imaginosas de sociólogos improvisados que este da organização jurídico-social da família.

Espíritos revolucionários ou conservadores, romancistas, sociólogos, jornalistas, literatos e “amadores” têm sempre uma “opinião formada” sobre cada um dos assuntos sociais.

-
1. Manuscrito pertencente à Coleção Especial da Biblioteca do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Para sua publicação na seção de Memória do Direito Civil da *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, respeitou-se a estrutura original do texto, com os destaques e as notações bibliográficas originais, procedendo-se apenas a adequações mínimas de grafia à norma culta atual. Adicionaram-se também notas de rodapé inexistentes no texto original. As notas usam a abreviatura “N. T.” (= Nota do transcritor).

N. T.: Deixo estampado meu vivo agradecimento a Torquato da Silva Castro Júnior, mestre e amigo de todos que passaram pela Faculdade de Direito do Recife, por ter me autorizado a publicar a presente transcrição. Agradeço também à minha irmã, Juliana Camboim Pitta, e ao Prof. Daniel Amaral Carnáuba (UNIFESP) por terem me ajudado a revisar e traduzir os extensos trechos em língua francesa citados ao longo do texto.

Os “reformadores” de todos os tipos e matizes, de todas as classes e de todas as profissões, fervilham por toda parte neste infeliz “século das luzes” num afã mui lamentável de pregarem os seus princípios, os seus argumentos, as suas ideias sobre os assuntos de ordem jurídica, política ou econômica e – o que é extremamente mais grave – sobre os assuntos de ordem moral.

Anima-nos, apenas, neste trabalho um anseio de ordem para esse caos terrível.

Ouvimos de todos os lados, a jeito de crítica teatral, um elogio a Fulano, que é um escritor “evoluído” ou a Sicrano que é um estudioso dos “costumes avançados”, e já não são precisos grandes tratos de imaginação para descobrir que se trata de mais um “reformista dos preconceitos”, um desses “salvadores” inconscientes, cujas receitas sociais se caracterizam ora por um lirismo descabelado, todo construído em torno de uma ideia pura, tais como: a LIBERDADE, o AMOR, a FRATERNIDADE, numa mania terrível de otimismo falaz – ora por um rígido racionalismo, quanto mais *lógico* e *matemático*, tanto mais socialmente falho.

Doutrinadores que “algebrizam” os fenômenos morais; que põem em equação os sentimentos humanos, individuais ou coletivos; e quanto mais “psicológicos”, “psiquiátricos”, “pedólogos” ou “pedotécnicos” tanto mais obtusos à penetração espiritual, esquecidos daquela *razão* que a razão desconhece: a razão dos homens e da sociedade.

Há, em nossos tempos, uma adesão cada dia mais generalizada, ao princípio da liberdade de opiniões em matéria social. Entretanto, a pregação, o “*contagium*”, a disseminação do erro social é causa que, pela observação histórica de todos os tempos, maiores males têm acarretado às sociedades. O exercício da sociologia charlatã equipara-se ao exercício ilícito da medicina no que respeita à força de seus malefícios individuais. E, sob o ponto de vista coletivo, a representação otimista das coisas, a perspectiva agradável de um *progresso automático*, fatal e inabalável em sua ascensão, têm sido a causa espiritual dos desastres mais rudes, das experiências mais funestas das sociedades modernas.

É de Paul Bureau² a observação muito real de que atualmente todos os homens (e agora também as mulheres), pelo fato de exercerem aos 21 anos o direito do voto, julgam que a idade adulta lhes dá naturalmente competência para discernirem sobre as condições do bom funcionamento da sociedade...

Essa confusão de ideias, esse disparatamento de doutrinas exóticas e ridículas, de credos bizarros, os princípios litero-sociais, cheios de lirismo, tão bem estudados em suas tristes consequências por P. Bureau, têm também entre nós os seus apóstolos, propagandistas dedicados ou simplesmente amadores afeiçoados.

2. Paul Bureau, professor da Faculdade Livre de Direito de Paris: “*Introduction à la Méthode Sociologique*”, 1926.

“S’il s’agissait d’une question de chimie, de physique, de géologie, tout le monde serait d’accord pour reconnaître qu’il faut commencer par analyser méthodiquement, et que cette opération délicate ne peut être poursuivie que par certaines personnes compétentes, dûment préparées à cette tâche par leur culture antérieure et leurs travaux. Ici, rien de pareil, pose comme postulat que toutes les opinions sont libres...”^{N.T.1}

Mas por que a exceção inexplicável para a sociologia entre todas as disciplinas científicas?

Ela é a mais complicada de todas as ciências, disse o seu fundador; e seu método verdadeiro – que deve ser tão complicado quanto ela própria, sem abstrações vazias, buscando sempre as realidades concretas e as contingências humanas – exige, em sua prática, a especialização serena de uma técnica, a dedicação exclusiva, um longo tirocínio.

* * * * *

Na generalidade, essas doutrinas de “*M. Tout le Monde*” ora tendem a uma concepção rígida de família, em que o autoritarismo marital ou paterno se exerce sem controle e sem o respeito, sequer teórico, à individualidade humana – ou se inclinam a fazer *tábula rasa* de princípios que a própria natureza impõe à conjunção dos sexos para considerar a família como instituição decadente e fora de moda.³

Os primeiros mantêm-se empedernidos na defesa de um direito do marido ou do pai, espécie de poder absoluto, que não encontra explicação nas normas da solidariedade humana ou nos princípios mais evidentes da Justiça.

Aliam-se, como observa Bureau, a essa concepção tirânica da família, outras conclusões que autorizam a liberdade do macho em matéria sexual; o deboche acoberta-se aqui sob a feição de “privilégio masculino”, pois que “a moral é diferente para os dois sexos”.

A segunda corrente, a dos evolucionistas racionalistas, pretende a liberdade incontrollada nas relações de toda ordem econômica, moral e sexual. Entendem que a família se organizará, de modo duradouro e seguro, em torno de um critério – o AMOR – que

N. T.1: “Caso se tratasse de uma questão de química, de física, de geologia, todos seriam unânimes em reconhecer que é preciso começar por analisar metodicamente, e que essa tarefa delicada só pode ser empreendida por alguns indivíduos competentes, devidamente preparados para essa missão por seu conhecimento prévio e seus trabalhos. Aqui, ao contrário, parte-se do postulado que todas as opiniões são livres...”

3. Não é verdade que a família tenha sido criada pela natureza. “*C’est la voix de la langue qui la crée. Sans les mots qui fixent les degrés de parenté, il n’aurait pas de famille (sic) comme institution durable.*” (Kautsky) [N. T.: “Foi a voz da linguagem que a criou. Sem as palavras que fixam os graus de parentesco, não haveria família (sic) como uma instituição duradoura.”]

suas implicações exaltadas procuram *standardizar* na humanidade, em tipo emotivo superior, duradouro, sublime e eterno.

Para essa perfeição, dizem eles, é mister o desaparecimento de qualquer autoridade no seio da família.⁴ Todos mandam. Cada esposo dispõe livremente de sua vontade, de suas inclinações, de sua “personalidade insubmissa”, que os “evoluídos” particularmente endeusam.⁵

Enfim, não há assunto, idiotice, ou contrassenso que não tenha os seus partidários. Há partidários da abolição do casamento, defensores do direito à esterilidade sistemática, do aborto, e da homossexualidade.

* * * * *

Antes de entrarmos no estudo da concepção da família sob seus aspectos jurídico e social, ocupar-nos-emos da fixação de um critério normativo, em que se funda o

-
4. Esses líricos do “amor”, que resolvem assim em dois traços uma infinidade de problemas os mais graves que se encontram nos alicerces de toda estrutura social, devem ter a mesma classificação dos que querem organizar a sociedade à base da *Justiça Ideal*, abstração feita dos princípios da Segurança e Ordem. Lembramos a esses românticos da perfeição humana as seguintes amostras das mais tristes experiências históricas:

Em 1789, diz Bureau, op. cit., os franceses estavam possuídos do mais nobre sentimento de fraternidade humana, e refundiram revolucionariamente a sociedade sobre essa virtude ideal.

Meses depois, rebenta a guerra civil e em seguida a guerra externa, que durou vinte e dois anos. Internamente, para pôr cobro à desordem, instituíram-se tribunais especiais que ordenavam várias execuções capitais em um só dia...

Do mesmo modo, em nome da mesma “fraternidade” liberal, se tinha instituído a liberdade do trabalho; e, sob influxo desse individualismo fraternal, viu-se em pouco inaugurar-se um regime de trabalho nas manufaturas e nas usinas, “que conta entre os mais apavorantes que jamais a humanidade tem conhecido”.

Os fatos sociais têm sempre dessas ironias para os que legislam com “ideias puras” e para os “espíritos revolucionários” os mais bem intencionados.

5. Alexandra Kolontay é uma “reformadora” da família, à base de uma exaltação quase histérica da personalidade feminina. A autora sustenta que a época do capitalismo desenfreado deu origem a um tipo “célebre” de mulher superior, que se dirige na vida com aprumo, e cuja virtude faria inveja à maioria dos homens de todos os tempos, mormente aos que o próprio materialismo ensinou que o trabalho “é só um sacrifício necessário”, e não uma virtude. O amor do trabalho vai agora a ponto de constituir “*algo mucho más importante, mucho más sagrado, mucho más apreciado que todas las alegrías del amor y que todos los placeres de la passion*” (sic). “*Para la mujer nueva la maior desgracia és la perdida de su proprio ‘yo’ sacrificado al hombre amado, a la felicidad del amor*”. O grande defeito da mulher de “tipo antigo” é a renúncia de sua “personalidade”, ao passo que “*las aventuras amorosas de Mathilde no impidem que dejemos de respetar su personalidad integra*”. N’um diapasão romanesco, a autora persiste em uma série de fórmulas salvadoras. (Alejandra Kolontay, “*La mujer nueva y la moral sexual*”, 1931, ediciones Hoy; a título de credencial da escritora, os prefaciadores declaram que, desde muito jovem, ela se “*reunia a los criados de su casa para inculcarles la indisciplina*”).

princípio de autoridade, em todas as suas iniludíveis manifestações sociais, critério sob o qual se deve distinguir sua legitimidade ou ilegitimidade.

Assentamos, preliminarmente, com Le Fur,⁶ que toda síntese em terreno social, e sobretudo em matéria jurídica, é particularmente difícil, em razão de exigências contraditórias: de um lado, *autoridade, ordem, hierarquia e disciplina*; e de outro, *iniciativa e liberdade individuais*, – ambas igualmente necessárias, mas igualmente perigosas em seu abuso. “*Le but du Droit, nous le savons, c’est de réaliser le bien commun, l’intérêt générale – qui n’est pas uniquement, bien entendu, l’intérêt matériel.*”^{NT2}

Aquelas exigências que, à primeira vista, nos surgem em contradição – autoridade e liberdade – só o são realmente na aparência, pois elas se integram em equilíbrio, na realização do fim jurídico. Ambas são igualmente necessárias à realização desse fim.

Esses dois polos de atração – Direito Individual (liberdade de vontade e iniciativa individuais) e Direito Social (hierarquia, ordem e autoridade) – são o escolho em que têm naufragado muitas doutrinas sociais.

“Peut-être à un moment a-t-on pur espérer avoir enfin avec la Démocratie un droit antihiérarchique ou inordoné, le seul droit véritable, dans une certaine conception du droit social; sur ce point, les faits sont venus donner un cruel démenti à la théorie; la plupart des démocraties ont montré qu’avec elles, l’Etat restait comme auparavant un instrument de domination, condamné, par sa nature même, a tout voir sous l’angle politique.”^{NT3}

Os individualistas, que dão à livre vontade humana o papel de único elemento informador da vida jurídica, concebem o Direito como um todo *inorgânico*, um mero *acúmulo* de normas reguladoras dos interesses individuais em choque, em luta constante.

Kant foi bem o pai espiritual dessa coorte unilateralista. Para ele, o Direito é apenas: “o conjunto das condições sob as quais a liberdade de cada um pode coexistir com a liberdade dos demais.”

6. Louis Le Fur, “*Droit Individuel et Droit Social*”, publicado nos “*Archives de Philosophie du Droit et Sociologie Juridique*”, 1931.

N. T.2: “O objetivo do Direito, como sabemos, é o de realizar o bem comum, o interesse geral – que não é apenas, ressalte-se, o interesse material.”

N. T.3: “Talvez em algum momento chegou-se a aspirar a obtenção, com a Democracia, de um Direito anti-hierárquico ou não ordenado, o único Direito verdadeiro sob certa concepção do Direito social; nesse ponto, os fatos nos ofereceram uma cruel refutação da teoria; a maioria das democracias nos demonstraram que, com elas, o Estado continuava a ser, tal como outrora, um instrumento de dominação, condenado por sua própria natureza a ver tudo sob o ângulo político.”

Essa definição dá bem uma ideia *quantitativa, numérica, inorgânica*, do Direito, como uma soma de relações jurídicas mais ou menos justapostas entre si, resultantes da coexistência humana, num plano de liberdade.

A concepção darwinista fez entrar, no cenário jurídico assim esboçado, uma nota realista e inesperada: o egoísmo humano, o “*struggle*”.

E o Direito foi realmente, sob o influxo dessa filosofia *liberal* (a ironia dos fatos sociais...), um puro regime de *compressão* sem limites, triste paródia daquela definição de Kant: a *vontade livre*, o egoísmo humano se expande, e só encontra freios na expansão contrária do egoísmo dos demais. O egoísmo que cede, é o Direito que morre.⁷

Outra corrente, porém, na pressa de corrigir os males de semelhante regime, liga-se unilateralmente ao polo oposto: os socialistas extremados primam pelo aniquilamento do individual perante o social; o indivíduo, realidade física e concreta, anula-se perante a sociedade, realidade abstrata. É um esquecimento e uma abstração completa da essencial integração do indivíduo, com seus direitos próprios no campo jurídico. É um prolongamento apenas dos erros passados. Falta a este sistema a contemplação da personalidade individual humana, com suas exigências próprias, elemento primordial e razão de ser do próprio Direito.⁸

Modernamente os integralistas repudiam qualquer noção unilateral do Direito.

* * * * *

Pondo em choque as doutrinas individualistas e as doutrinas socialistas “*à outrance*”, a concepção moderna do Direito não mais se funda sobre a luta e o egoísmo humano, – quer para deixá-los livres “*à pleine nature*” (como no individualismo Kant-darwiniano) e muito menos para abafá-los sob um princípio de absoluta *autoridade* estadística, com a morte das liberdades, das aspirações, das iniciativas e da vontade individuais (como nas doutrinas socialistas).

7. As sociedades modernas sabem de perto a quanto lhes tem custado em sofrimento e injustiças esse liberalismo individualista em todos os aspectos sociais, mormente no econômico.

8. Morin, “*Vers la révision de la technique Juridique*”, firma de modo claro o papel real do indivíduo na sociedade. (*Archives cits.*, 1º vol., 1931).

Ninguém, entretanto, melhor poderia exprimir-se a respeito, que o positivista Duguit, em trecho que Renard invoca, na sua “*Formation du Sens Civique*”:

“*Par nature, l’homme est à la fois individuel et social; sa valeur est déterminée par sa plus ou moins grande participation à la vie sociale: plus il est individuel, pour être social, plus il a de valeur. La vie ne peut se développer que par l’activité individuelle, élément essentiel de la vie sociale.*” [N. T.: “Por natureza, o homem é tanto individual quanto social; seu valor é determinado por sua maior ou menor participação na vida social: quanto mais individual ele for, a fim de ser social, mais valioso ele será. A vida só pode se desenvolver por meio da atividade individual, o elemento essencial da vida social.”]

O Direito, longe de ser luta, é *harmonia e conciliação* de interesses em vista do bem-estar comum. Fora disso, poderá haver lei, mas não haverá *Direito*.

* * * * *

Aquela noção kantiana do Direito como pura coordenação de regras e princípios, à base da subordinação ao Estado, já deu os seus maus frutos. Aquele aspecto exclusivamente quantitativo do Direito Individual, a que já nos referimos, aquela *justiça comutativa* de regras coordenadoras da igualdade dos indivíduos, abre margem, sem se proscrever, à ideia de comunhão, de colaboração – de *integração* (Le Fur); e ao lado dessa justiça comutativa, há lugar para uma *justiça distributiva* que regula as relações entre a sociedade em geral e os indivíduos ou grupos sociais particulares, tendo por fim a realização, não da igualdade mecânica, que é própria à justiça comutativa, mas da igualdade orgânica, que é a justa proporcionalidade aos serviços e às necessidades.

O quadro jurídico-social se nos apresenta hoje em sua verdadeira feição de todos os tempos, – infelizmente nem sempre lembrada dos juristas e teóricos: as relações jurídicas não se limitam a se justaporem quantitativamente, como individualidades isoladas que, para maior facilidade de estudo, os teóricos ordenam e dividem em critérios puramente lógicos e mais ou menos arbitrários – como sejam as categorias clássicas de *Direito Público e Direito Privado, Direito Interno e Internacional, direitos reais e direitos pessoais*.

Mas os fatos sociais como as relações jurídicas se hierarquizam, se ordenam também sob um critério *orgânico*. Não há somente, no campo social, que constatar o indivíduo com sua vontade livre; é preciso ter na devida conta uma série infinita de *corpos sociais*, que também são *fatores* de regras e relações jurídico-sociais específicas.

Eis o problema moderno: o ser humano não é o único suporte de subjetividade jurídica sob um ponto de vista imediato; além dos homens, existem os seres sociais, que são entidades tão reais e verdadeiras quanto o próprio homem; exemplo: o Estado. “*Ce problème, vous comprenez bien qu'on ne le tranche pas en jetant en l'air le nom de l'Etat: car il se pose pour l'Etat comme pour tout autre sujet du droit, idéal ou collectif.*”^{9-NT4}

Renard argumenta: se o título de existência do Estado é ter sido fundado pelo homem em um dado momento da história, o mesmo direito de existência e atividade tem uma série de outras fundações humanas.

O Estado não é, na verdade, senão uma espécie de *fundação humana*, no meio de outras fundações humanas. Se ele contesta e põe em perigo a existência de outras

9. Georges Renard – “*La theorie de l'Institution – Essai d'ontologie juridique*”, p. 5 (1930).

N. T.4: “Este problema, como podem ver, não se resolve se simplesmente jogarmos de escanteio o nome do Estado; pois ele afeta o Estado assim como afeta qualquer outro sujeito de direito, ideal ou coletivo.”

fundações, que é a sua própria existência, como os seus próprios direitos, que ele contesta e põe em perigo. Há uma fundação que se estriba diretamente na natureza e que permanece à base de todas as instituições: a família.

Relações sociais de toda a ordem – política, jurídica, moral e econômica – se aglutinam em torno de cada um desses *seres sociais*, ou regulamentando a própria vida íntima de cada um deles, no funcionamento de seus órgãos vitais (Direito Estatutário ou Orgânico; proporcionalidade às necessidades de cada serviço ou função, ou “justiça distributiva”), ou regulamentando a sua vida externa, o seu contato com o *indivíduo* e com os demais seres sociais, um plano de igualdade mecânica (Direito Inorgânico, justiça comutativa, coordenação).

A perspectiva social já é então completamente diferente daquela de Kant, que enxergava um verdadeiro mar de regras jurídicas e sociais justapostas.¹⁰

O que há é um *pluralismo* de planos, de *ordens sociais*, cada qual com o seu *domínio próprio*, e com *autonomia* respectiva, dentro desse domínio. “... *le pluralisme des ordres sociaux apparait ainsi comme la meilleure garantie contre les abus de chacun d’eux.*”^{NT5} (Le Fur, op. et loc. cit.).

Esses diversos planos, que correspondem aos diversos grupos sociais – fundados e perfeitamente desenvolvidos uns (a família, a nação, o Estado, as igrejas etc.), e outros em via de formação¹¹ – devem entre si, e em relação ao indivíduo isolado, coexistir num critério de *interdependência*, de relação *extrínseca*, resultante de seu idêntico ordenamento ao *bem-comum* (Le Fur) que, em última análise, é o fim de todos eles.

Mas não podem essas diversas ordens coexistir sob o critério de subordinação absoluta de umas às outras, ou como quer certa corrente, de subordinação de todas a uma só:

10. “*Kant faisait du Droit une représentation individuelle. ... Contrairement à Kant, nous nous faisons du Droit une représentation institutionnelle.*” (Renard, op. cit., “Les degrés de l’existence institutionnelle”, pg. 222). [N. T.: “Kant via o Direito como uma representação individual. ... Em contraste com Kant, vemos o Direito como uma representação institucional.”]

[N. T.5: “... o pluralismo das ordens sociais parece ser, portanto, a melhor garantia contra os abusos de cada uma delas.”]

11. Ao lado do Estado, surge modernamente uma outra “ordem” jurídica, a “ordem” econômica, que Le Fur afirma ser já uma realidade com a *Organização Internacional do Trabalho*, e internamente, com o sindicalismo ou corporativismo, “ordem” que tende, ela também, a tornar-se autônoma e “totalitária” no que respeita a sua competência. E porque ela se realiza num plano econômico, e não num plano político, “*l’apparition de ce troisième ordre est considéré par beaucoup de juristes et de publicistes comme le moyen le plus sûr de maintenir l’équilibre social – à condition, bien entendu, que le nouveau pouvoir ne soit pas confisqué par l’Etat, comme dans les organisations soviétiques et fascistes.*” (op. cit., pgs. 306-307). [N. T.: “o surgimento dessa terceira ordem é considerado por muitos juristas e publicistas como a maneira mais segura de manter o equilíbrio social – desde que, é claro, o novo poder não seja confiscado pelo Estado, como nas organizações soviéticas e fascistas.”]

o Estado; pois o limite entre elas é um limite de *competência* própria a cada uma, e a ordem que, exorbitando de suas próprias funções, invadissem as de outras ordens, falharia de certo à sua própria finalidade, ao seu próprio destino social.

Eis-nos enfim chegados a um ponto, em que podemos firmar aquele critério que buscávamos: o critério da *autoridade*.

Esse critério é simplesmente um *critério funcional*. Cada grupo social tem uma finalidade própria, na realização do bem-comum; e assim sendo, tem “*ipso facto*” sua competência específica, e exerce a sua autoridade, *dentro dos limites e em função* dessa competência.¹²

* * * * *

Do estudo particular da vida própria de cada um desses grupos ou *instituições* sociais a que aludimos, afere-se nitidamente o papel essencial que nessa vida desempenha o *princípio da autoridade*, que lhes orienta e preside a atividade e o funcionamento para o preenchimento de sua finalidade.

Neste ponto, a Renard cabe o mérito de um estudo minucioso, até hoje o mais completo e desenvolvido no assunto.¹³

A formação de cada grupo ou instituição é presidida por um movimento de *comunhão* dos indivíduos em torno de uma *ideia*; os membros se solidarizam na realização dessa ideia *mater*, e nos meios de consegui-la.

Os grupos são os mais vários; desde a família à nação, e desde a nação à humanidade, há uma infinidade de outras instituições; e cada instituição tem suas normas próprias de direito, que “regulam a adaptação do todo às partes, das partes ao todo, e das partes entre si, em relação ao todo”.

A instituição é, portanto, a sede de um sistema jurídico especial; ela engendra o Direito.¹⁴

Gurvitch prefere mesmo denominá-las de “fatos normativos”. Renard define-as como “a incorporação de uma *Ideia* a uma economia de vias e meios próprios a assegurar-lhes a duração”.

12. Outra não é a noção de Soberania do Estado em Hauriou. Observe-se, porém, que o Direito paira acima dessa multidão de soberanias. Mesmos os grupos que foram considerados em certo tempo como soberanos e transcendentais ao Direito – como o Estado e a Igreja – devem ser considerados como *totalidades immanentes* do Direito. (Le Fur).

13. “*Theorie de L’Institution*”, 1930.

14. “... *toute institution engendre une règle de droit; en revanche, toute règle de droit n’est pas institutionnelle; nous avons admis de règles de droit individuelles; il faut apporter cette correction à la conception institutionnelle du Droit.*” (Renard, op. cit., nota à pag. 221). [N. T.: “... toda instituição gera uma regra de Direito; por outro lado, nem toda regra de Direito é institucional; aceitamos regras de direito individuais; essa correção deve ser feita na concepção institucional do Direito.”]

A instituição não é pura ficção; é um ser social que tem vida; é um *Organismo*.

Não se pode falar em organismo, sem que haja *diferenciação de funções*; e a diferenciação de funções, dentro de um organismo, importa na *subordinação* de todas a um *Centro* – que é a *AUTORIDADE*.

Na instituição, ser orgânico, esse centro controlador é a *Ideia*. A vida, a existência mesma, a *duração* desse *ser*, é, em absoluto, dependente da força com que essa *Ideia* se impõe às suas partes constitutivas (maior ou menor *autoridade funcional*).¹⁵

Essa é a segunda das teses que sustentamos; a primeira, é aquela que já expusemos, de que, no corpo social, só há uma autoridade que se justifica: a *autoridade funcional*. Fora dela, só há o arbítrio.

A segunda é a de que essa autoridade, assim concebida, *garante* a existência e a persistência dos grupos sociais, inclusive da família.

Uma instituição, diz-nos Hauriou, é uma ideia em marcha. O que preside essa marcha (como na marcha dos exércitos) é a *Ordem*.

“Une organisation sociale devient durable, c’est à dire, conserve as forme spécifique, malgré le renouvellement continuel de la matière humaine qu’elle contient, lorsqu’elle est institué, c’est à dire, lorsque, d’une part, l’idée directrice, qui est en elle dès le moment de sa fondation, a pu se subordonner le pouvoir du gouvernement, grâce à des équilibres d’organes et de pouvoir...”^{16-NT6}

Mas não é tudo. A fundação ou a instituição é tanto mais *organizada*, terá tanto mais *vida*, quanto, em sua autoridade, mais de perto exerce a *Ideia* organizadora o controle ou a autoridade sobre cada um de seus membros ou partes constitutivas. “... *c’est l’intimité de l’emprise de l’idée sur la matière, qui caractérise, au sens biologique du mot, l’organisation.*”

“Et entre les vivants, la vie est d’autant plus riche, que l’idée informe d’avantage la matière. Plus l’idée informe les éléments, plus ils perdent leur individualité autonome, plus ils sont incapables de la retrouver plus il-y-a de vie dans l’organisme: vie minima au végétal, et subordination minima de l’organe à l’organisme...”

15. *Autoridade funcional*, dissemos. Ela não se confunde com a *Ideia* em si, mas é a manifestação de sua força informativa. A *Ideia* é a medida da *Autoridade*.

Do mesmo modo, a *Ideia do Direito* não se confunde com a coação.

16. Hauriou, “*Précis de Droit Constitutionnel*”, p. 73.

N. T.6: “Uma organização social se torna duradoura, isto é, conserva sua forma específica, a despeito da renovação contínua do componente humano que ela contém, quando ela é institucionalizada, isto é, quando, de um lado, o princípio norteador, que está nela desde o momento de sua fundação, pôde subordinar o poder do governo, graças a equilíbrios de órgãos e poderes...”

“A mesure que s’élève l’échelle de l’être, l’assujettissement de la matière à la forme est plus complet; à mesure que s’élève l’échelle des vivants, la vie organique s’accroît, et la vie cellulaire en devient plus étroitement tributaire.”^{NT17} (Renard, op. cit., pags. 225-226).

* * * * *

É sob esse aspecto funcional que uma corrente de modernos juristas e sociólogos, dia a dia mais generalizada, tem constatado a autoridade social, essência de toda a vida organizada. Negar esse princípio à família humana, é negar a sua existência biossocial.

Os erros individualistas da Revolução Francesa, teimando em só descobrir na vida social, em qualquer de suas manifestações – na família, na nação ou no Estado – a forma simplista de uma justaposição de indivíduos num plano de igualdade contratual,¹⁷ esses erros encontram, infelizmente, ainda hoje, os seus continuadores nos que desconhecem na família qualquer base de *autoridade orgânica*, no sentido que vimos expondo.

A natureza orgânica da família começa a ser sacrificada por uma ideologia estéril, e a confusão de ideias, a mixórdia da sociologia – literatura dos divulgadores, nos leva insensivelmente a uma codificação mal avisada, pernicioso, dessa instituição basilar. O mau exemplo nos vem de uma história próxima. Os princípios da Revolução Francesa, pregando a “imortal igualdade” em todos os domínios sociais, fizeram do laço da família um laço temporário e artificial, nascido e criado e mantido pela única autonomia da vontade do Homem Livre – mágico efeito de sua “personalidade sublime”. Também se invocou então, em êxtase, “o temperamento e a individualidade moral do homem novo”.

É claro que, dentro em pouco, a Ordem natural rebentada se refazia nos pontos em que mais prementes eram as suas exigências e mais fortes os seus postulados.

Mas, não obstante, a confusão se refletiu diretamente na codificação Napoleônica de 1804, cujas incoerências e contradições, no que respeita à família, são apontadas e estudadas com minúcia por Julien Bonnecase.¹⁸

N. T.7: “... é a estreita influência da Ideia sobre a matéria que caracteriza, no sentido biológico do termo, a organização.”

“E, entre os seres vivos, a vida é tanto mais rica quanto mais a ideia conforma a matéria. Quanto mais a ideia conforma os elementos, tanto mais eles perdem sua individualidade autônoma, tanto mais eles são incapazes de reencontrá-la, tanto mais há vida no organismo...”

“À medida em que se sobe na escala do ser, a sujeição da matéria à forma é mais completa; à medida em que se sobe na escala dos seres vivos, a vida orgânica se recrudescer, e a vida celular dela se torna mais e mais tributária.”

17. A ficção do “Contrato Social”, de Rousseau, na explicação da existência do Estado, em todas as suas manifestações, é digna irmã gêmea da explicação *contratual* da família.
18. “*La Philosophie du Code Napoleon appliquée au Droit de Famille*”, in “*Rev. Generale de la Legislation et de la Jurisprudence, en France et a l’Etranger*”, (1921-1922). “*A force de se laisser hypnotiser par la vision de l’homme, puissance de volonté, la législation de mariage est apparue en dernière*

A ingerência do individualismo num assunto que ultrapassa o individualismo ou a concepção contratual daquilo que as leis biológicas indicam *diferenciado e organizado*,¹⁹ levou o Código Napoleão, modelo de todos os Códigos, a uma série de disposições atentatórias da unicidade e estabilidade da família. Erros de então, que são bem a base lógica de novos erros dos modernos improvisadores de sociologia.

“La famille est un organisme social d'ordre naturel, reposant sur la différenciation des sexes et la différenciation corrélative des fonctions, et ayant pour mission suprême d'assurer, non seulement la perpétuité de l'espèce humaine, mais aussi le mode d'existence qui seul convient à ses aspirations et à ses caractères spécifiques.”^{20-NT8}

Sob este título de *unidade organizada*, que lhe é próprio, e encarados os elementos naturais da família, a função da Moral e do Direito, no que lhe respeita, é a de vivificar esses elementos, arregimentando-os em princípios e regras que têm um caráter de necessidade, isto é, que escapam às raias do mero arbítrio humano.

Como organismo diferenciado, nele surge um centro controlador, impondo ao conjunto a sua *censura*, a sua *autoridade*, em função da própria existência do *todo*, e da finalidade a que se destina.

analyse, comme exclusivement bâtie sur la notion de contrat, accord de volontés étant vraiment constitutif du mariage et des multiples rapports en découlant. C'était déjà fort; mais on ne s'est pas arrêté en si bon chemin, et on a été jusqu'à soutenir que les règles de la paternité et de la filiation reposaient, elles aussi, sur cette idée...” [N. T.: “A força de se deixarem hipnotizar pela visão do homem como um poder de vontade, as leis matrimoniais pareciam, em última análise, ser construídas exclusivamente sobre a noção de contrato, sendo o acordo de vontades verdadeiramente constitutivo do casamento e das múltiplas relações dele decorrentes. Esse já era um argumento poderoso, mas não parou por aí, e chegou ao ponto de sustentar que as regras de paternidade e filiação também se baseavam nesta ideia...”]

E não há exagero nessa afirmativa de Bonnetcase; Collin et Capitant, ali citados, *Cours de Droit Civil*, t. 1, pg. 265, dão a filiação legítima como “ato de vontade do marido”, constituído por uma cláusula tácita do casamento.

19. “*Et c'est la grande distance de 'L'institutionnel au contractuel': le 'contractuel' est égalitaire; l'égalité est la grande règle des contrats, et, en dépit du sophisme de Rousseau, jamais du contract on ne fera sortir le principe de l'autorité.*” (G. Renard, op. cit., pg. 122). [N. T.: “E esta é a grande distância entre ‘O institucional e o contratual’: o ‘contratual’ é igualitário; a igualdade é a grande regra dos contratos, e, a despeito do sofisma de Rousseau, o princípio da autoridade nunca será derivado do contrato.”]
20. A definição é proposta por Bonnetcase, op. cit.; e colligida da “*La Biologie Humaine*” de Grasset, 1918.

N. T.8: “A família é um organismo social de ordem natural, que repousa sobre a diferenciação entre os sexos e a diferenciação correlativa das funções, e que tem por missão suprema assegurar, não somente a perpetuação da espécie humana, mas também o modo de existência que convém às suas aspirações e às suas características específicas.”

A família tem seus direitos que não são os direitos de seus membros, considerados individualmente. Ela tem, dentro de sua ideia, *poderes* sobre os seus membros, como o Estado, dentro de sua finalidade, tem *poderes* sobre os seus súditos.

Esses direitos e poderes são exercidos na família, do mesmo modo por que são exercidos no Estado: por via de *representação* e, como observa Renard, “*suivant la loi organique qui préside à sa constitution.*”^{21-NT9}

Esse é o poder marital ou o poder paterno.

* * * * *

Do que ficou dito sobre a autoridade da família, pode-se perceber quão afastada está a sua ideia funcional daquela corrente de *carrancismo marital*, tão ao gosto do soldado-padrinho do Código francês de 1804.²²

A autoridade na família, o marido não a exerce por suas prerrogativas de homem, egoísta e forte, e por seus direitos de proprietário do “corpo e alma” de sua mulher. Ele a exerce como uma função essencial a preencher, na direção da sociedade conjugal, que precisa de *unidade*; ele não a exerce nos seus interesses próprios de *homem individualmente livre*, e sim, *como membro* da sociedade conjugal, e no *interesse da família*.

Como membro do grupo, não há lugar para o homem *individualmente livre*, como entendiam os individualistas igualitários da Revolução Francesa; nem há lugar para a mulher *individualmente livre*, como pretende certo feminismo exaltado.

21. G. Renard, “*La Famille et le Suffrage Universel*”, conferência do curso de “*Introduction philosophique à l'étude du Droit*” da Universidade de Nancy, 1928-1929.

N. T.9: “de acordo com a lei orgânica que preside a sua constituição.”

22. Graças à influência de Bonaparte, instaurou-se no Código Napoleão um verdadeiro regime compressivo à mulher na sociedade conjugal. São célebres as mais cínicas “*boutades*” do primeiro Cônsul contra o feminismo: “*lles femmes ont nécessité d'être contenues dans ce temps-ci... Elles vont où elles veulent, elles sont ce qu'elles veulent, et c'est comme cela, dans toute la République. Ce qui n'est pas français, c'est de donner autorité aux femmes; elles en ont trop. Il y a plus de femmes qui outragent leurs maris, que des maris qui outragent leurs pour des clinquants, des vers, Apollon, les Muses*” ... “*L'adultère n'est pas un phénomène; c'est une affaire de canapé*” ... “*La nature a fait de nos femmes nos esclaves. Le mari a le droit de dire à sa femme: ... Madame, vous m'appartenez corps et âme*” (Thibaudeau, “*Memoires sur le Consulat*”, apud Bonnecase, op. cit., e Planiol – Ripert et Rouast, “*Traité de Droit Civil Français*”, vol. II). [N. T.: “as mulheres precisam ser contidas nestes tempos... Elas vão para onde querem, são o que querem, e é assim em toda a República. O que não é francês é dar autoridade às mulheres; elas têm demais. Há mais esposas que insultam seus maridos do que maridos que insultam suas esposas por causa de luzes piscantes, versos, Apolo, as Musas” ... “O adultério não é um fenômeno; é um caso de sofá” ... “A natureza fez de nossas esposas nossas escravas. O marido tem o direito de dizer à sua esposa: ... Senhora, você me pertence de corpo e alma.”]

Os interesses *vitais* da *instituição familiar* – base dos interesses vitais da sociedade – se sobrepõem aos interesses *individuais* de cada um de seus membros, por aquele mesmo critério de necessidade biológica por que os interesses do Estado se sobrepõem ao interesse individual de cada súdito, ou o interesse da *classe*, o do *sindicato*, ao de cada sindicalizado etc.

Para evitar a autoridade, o homem teria que evitar a sociedade. Fugindo à hierarquia, o homem russo hipertrofiou o Estado – sede de um Direito Orgânico cuja inerente autoridade, entre todas as dos demais grupos sociais, é a de que mais tem demonstrado, através dos tempos, fácil e perigosa inclinação ao arbítrio...

A introdução revolucionária do HOMEM LIVRE no recesso institucional da família só não foi a negação legal da própria família graças, em grande parte, à maldade bonapartizada da MULHER ESCRAVA.

O erro, porém, não justifica o erro; a atual praxe liberalista dos homens, em todas e nas mais degradantes manifestações, não autoriza idêntica teoria liberalista às mulheres.²³

“L’Autorité est le critère de l’institutionnel, comme l’égalité est le critère du contractuel.”

“L’Autorité est intrinsèque à l’institution, elle est la condition d’existence, elle est sa manière d’être, elle est son comportement...”

“L’Autorité est le relief d’institution : un relief qui se creuse, à mesure que l’institution se renforce...”^{NT10-24}

23. *“Il y a quelque chose de pire que l’impuissance du juge à faire respecter la loi: c’est la complaisance du législateur qui érige en État de droit la violation même de la Loi.”* (Durkheim). [N. T.: “Há algo pior do que a impotência do juiz para fazer cumprir a lei: é a complacência do legislador que estabelece como Estado de Direito a própria violação da lei.”]

N. T.10: “A autoridade é o critério do institucional assim como a igualdade é o critério do contratual.”

“A autoridade é intrínseca à instituição; ela é sua condição de existência, ela é sua maneira de ser, seu comportamento...”

“A autoridade é a feição da instituição: uma feição que se torna mais nítida à medida que a instituição se fortalece...”

24. São de temer os excessos de uma má compreensão desta doutrina organicista em sociologia. Desde o início do presente estudo, temos rebatido nessa tecla verdadeira de que toda a vida social é ordenada, em última análise, à contemplação do *indivíduo*, ao desenvolvimento e perfeição do homem. O esquecimento dessa verdade essencial redundaria na equiparação da doutrina institucional àquelas outras inteiramente condenáveis do socialismo ou “sociologismo”, como prefere denominar Georges Renard.

É preciso sempre ter em vista que cada um desses corpos sociais é ordenado a um fim: o bem-comum dos homens.

Nenhum desses grupos, ou seres sociais pode alcançar o *grau de existência da personalidade humana*, em que mais perfeita se observa a integração da forma no todo. *“Le plan institutionnel*

Na sociedade conjugal, o marido não tira a sua autoridade da superioridade de sua força de homem, porque a força em si não se confunde com *autoridade*, e o Direito não é a Coação.

O marido não tem, em si e por si, essa autoridade sobre as pessoas e bens da família; porque “não há homem que tenha, em si e por si, a autoridade sobre a consciência e livre querer de seus semelhantes”.²⁵ Essa autoridade ele a retira, repitamos, da própria *Ideia* de família, ou melhor, da integração dessa *Ideia*, como finalidade biológica, moral e jurídica do grupo.

* * * * *

Traçamo-nos, no presente trabalho, o plano de estudar a moderna orientação doutrinária no que respeita à família, sob o aspecto especial de hierarquia que necessariamente preside à vida interna desse grupo. É a família como sede de uma autoridade, o que ora nos interessa.

De um ponto de vista doutrinário, esforçamo-nos por esboçar um conceito de *autoridade social*, sua necessidade, justificação e limites. O nosso empenho, a partir d’agora, será no sentido de uma aplicação mais particularizada dos princípios gerais deduzidos na matéria, à família, como grupo essencialmente moral e secundariamente jurídico.

est donc au-dessous du plan de la personnalité, au-dessous du plan de la vie; et pourtant, il reste au-dessus du plan de l’existence brute; il occupe ce que j’appelle, en m’inspirant en Neuman, le plan du développement” [N. T.: “O plano institucional está, portanto, abaixo do plano da personalidade, abaixo do plano da vida; e, ainda assim, permanece acima do plano da existência bruta; ele ocupa o que chamo, inspirado em Neuman, de plano de desenvolvimento”], diz Renard.

A teoria institucional, portanto, repele os extremos do sociologismo: a redução do homem à atividade *impessoal* do Órgão dentro de um Organismo. Efetivamente, o nome ali não é objeto de *propriedade* do organismo social. Ele não se integra a este do mesmo modo porque se integram as células no organismo vivo; ele existe na instituição. Dentro da instituição ele fica sujeito a *uma autoridade*, cujo limite é a própria finalidade institucional.

Por esse seu último aspecto, a doutrina institucional se opõe por sua vez ao individualismo, que tudo entrega aos azares do jogo da *liberdade* e do *contrato*. O contrato, diz-nos Renard, é a imobilidade estática, incapaz de imprimir às situações jurídicas o poder de adaptação e a força precisa para que perdurem.

“*Quant à la liberté, ou on l’entend d’une liberté sans loi, et c’est l’anarchie, ou on l’assujetti a quelque finalité ou les libertés individuelles se conjuguent entre elles, – et... on revient à l’institution.*” [N. T.: “Quanto à liberdade, ou a entendemos como liberdade sem lei, e isso é anarquia, ou a submetemos a algum propósito em que as liberdades individuais são combinadas, – e... voltamos à instituição.”]

É este o dualismo fundamental da doutrina da autoridade que vimos expondo. O Direito Orgânico ou o Direito Social, não repele o Direito Individual; ambos se harmonizam na realização do Bem-Comum.

25. Leão XIII, “*Encyclica Diuturnum*”.

Dispensem-nos, os fervorosos da evolução, de um esboço histórico da família humana, a partir do “homem da caverna”, com o infalível preâmbulo pela “origem das espécies”, até o “modernismo atual”. Ha uma coisa que se impõe com força de uma evidência, quaisquer que tenham sido as variações da família através dos tempos, e cuja constatação resulta da biologia humana; é que a família humana, como as famílias animais, tem por fim e como razão de ser a continuação e a perpetuidade da espécie; mas, além disso, é preciso ter-se na devida conta aquela característica que lhe é específica e permanente, e que, na expressão de Grasset, consiste no “dever de, não somente pôr filhos no mundo, mas de dar-lhes uma *formação*, educá-los de maneira a permitir-lhes que se transformem em *homens*, em toda a acepção da palavra...”²⁶

Por outro lado, não é somente pela constatação do instinto humano, ou ao sabor exclusivo desses dados experimentais, entregue à pura lei da natureza, que a família realizará seu objetivo normal. A família é também assunto *sociológico*, o que importa em afirmar que ela é objeto de uma regulamentação, de uma *disciplina* social.

O instinto humano não é seguro; a alma humana é um composto de boas e más tendências; e o equilíbrio social não pode ficar à mercê das paixões e dos apetites dos homens.

A razão, aqui, entra com o seu contingente valioso.

Quanto à organização social da união dos sexos, à Moral, sobretudo, e ao Direito, como disciplina, pertence a uma contribuição de ordem *racional*, vivificadora, segundo a expressão de Bonnacase, daqueles elementos de ordem *experimental*, colhidos da natureza permanente do homem.

No campo social, as duas disciplinas, Moral e Direito, se destinam a conduzir pela razão as aspirações biossociais dos homens. É fácil ver qual dessas disciplinas exerce a preponderância, como estatuto íntimo dos deveres familiares.

Do que há pouco ficou explanado sobre a vida dos grupos sociais, conclui-se que a realização do destino integral, ou Ideia da família, como instituição, está na dependência direta da identificação de cada um de seus elementos ou “órgãos essenciais”, com o seu papel, ou com a função que ali lhe é reservada. Essa compenetração de cada elemento com a atividade que lhe compete é a norma da vida sã.

É regra, portanto, que a vida de uma instituição será tanto mais perfeita, quanto com mais facilidade e espontaneidade se verifica a adesão de seus membros à sua Ideia finalista.

Ora, a família não escapa a esta regra institucional, e sua Ideia primária, o seu Ser, está numa dependência direta da *observância*, pelos seus membros, daqueles deveres

26. Seria escusado andarmos nós a repetir certas evidências, como a que vimos de deixar assento. Mas é o esquecimento dessa verdade essencial que tem levado alguns espiritos à negação de seus corolários principais.

essenciais que lhe constituem o objetivo e finalidade. E se o *Ideal* para sua vida é o assentimento fácil e espontâneo dos membros à Ideia, o Direito, a “disciplina da coação externa pelos Poderes Públicos”, por si, isoladamente, pouco colhe no sentido de sua vivificação.²⁷

Nesse sentido, o Direito é quase impotente como disciplina única, que conduza os homens à observância de seus deveres conjugais e paternos.

O sentimento do Direito, diz Bonnecase,²⁸ conduz ao *mínimo sacrifício* de cada um. Realmente, o justo é uma satisfação moral num plano de liberdade.

E pior será a solução, para a família, se na conceituação do Direito seguirmos em sua pureza aquela filosofia instaurada por Kant, que, prescrevendo a separação completa entre o Direito e a Moral, nega a existência de um *sentimento do Direito*, de uma aspiração moral do Justo, e nele só reconhece leis que impõem a sua obrigatoriedade em razão da força de quem as edita, em razão da *coação* que é a própria essência de uma disciplina que não obriga os homens em consciência. O Direito, como acumulação de leis “*mere peeneles*”, que não “*ad culpam*”, mas só “*ad poenam*”, se impõem ao respeito humano, é, quando mesmo alguma coisa *seja*, um Direito precário quanto à eficácia de seus postulados.

Ora, por qualquer aspecto que encarem os filósofos o Direito, afirmando com os metafísicos a sua Ideia, ou negando com os formalistas essa Ideia que é a sua própria realidade objetiva – certo é que a eficácia dessa disciplina social, no que respeita à observância dos deveres intrínsecos à vida da família, assume um plano secundário.

A disciplina, que ali encontra o seu habitat verdadeiro, é a disciplina íntima da perfectibilidade individual, aquela que tem a sanção na própria consciência dos homens: a Moral.

O sentimento do “*suum cuique tribuere*”, que é o sentimento do Justo, poderá trazer uma solução satisfatória a contenda de dois vizinhos sobre o seu muro divisório; mas, pondera Bonnecase, só o “sentimento do extremo sacrifício”, o sentimento do dever puro, que é o sentimento moral, dará ao marido e à mulher, aos pais e aos filhos, a energia de fazer face seriamente àquelas obrigações que constituem a vida da família.

É assim que os tratadistas mais modernos do Direito Civil declaram que, rigorosamente, os Códigos só podem comportar, em matéria de deveres de família, os que sejam passíveis de uma coercibilidade externa.²⁹

27. Não temos dúvida de que a chamada “crise da família” nos tempos atuais é a mesma crise moderna de incaracterização moral.

28. Julien Bonnecase, “*Supplement au Traité Theorique e Pratique de Droit Civil, par Baudry Lacantinerie*”, 4º volume, pag. 634.

29. Planiol-Ripert (Rovast), *Traité de Droit Civil*, 1926, vol. II, pag. 266. Os autores desse moderníssimo Tratado estão acordes com a orientação exposta. À pag. 7 desse tomo, lê-se a seguinte

Esses deveres são, no nosso Código: a fidelidade recíproca, vida em comum, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos (art. 231). É bem de ver, nessa matéria, a aparência de força do Direito é ilusória.³⁰

* * * * *

Feita essa rápida digressão sobre a natureza das relações de família, voltemos ao objetivo de nosso estudo.

Três elementos essenciais se revelam à análise, nessa instituição: a) uma finalidade biossocial, ou *Ideia institucional*, de que, há pouco, tratamos em traços gerais; b) uma *subordinação* da atividade de seus membros componentes a essa finalidade; c) uma especialização dessa força subordinativa, ou *princípio da representação*: poder marital ou paterno.

* * * * *

Vejamos “*de per se*” esses dois últimos elementos.

b) Quanto ao primeiro deles, ficou dito que a autoridade funcional é princípio de importância extrema à vida da instituição. Ela se verifica não somente em função do *exercício* mesmo de seu objetivo, mas também em função da defesa, persistência e duração do grupo, na sua marcha, no tempo – o que é dizer: em função da permanência de seu “*abstractum*”, “através da renovação da matéria humana que a compõe” (na expressão de Hauriou) e em contato com os dados variáveis do meio social.

Já aqui nos cabe pôr em maior relevo a eficácia do Direito, como disciplina *defensora* da Ideia da família. A Moral, é claro, por isso não perde o seu prestígio de disciplina primordial. Mas a lei, quer a civil, quer a penal, exerce uma função relevantíssima nessa *conservação*; a primeira, na fixação das bases essenciais do grupo (monogamia,

consideração: “*De fait... si la Révolution la sécularisée (à família francesa de preceitos canônicos) elle n'a pu en changer le caractère, et dans la mesure ou les lois révolutionnaires et les lois modernes se sont écartées des principes sur lesquelles la famille avait été établie, elles ont affaibli la solidité de l'institution.*” [N. T.: “De fato... se a Revolução a secularizou (a família francesa de preceitos canônicos), não pôde mudar seu caráter, e na medida em que as leis revolucionárias e as leis modernas se afastaram dos princípios sobre os quais a família havia sido estabelecida, elas enfraqueceram a solidez da instituição.”]

30. Já houve quem pretendesse “reformular” a família pelo Direito. Por ocasião da revisão do Código Civil francês, em 1904, época de seu centenário, na Comissão da Câmara, composta notadamente por literatos e autores dramáticos, Paul Hervieu propôs que se contemplasse o amor no Código Civil, entre os deveres recíprocos dos cônjuges, sob pretexto que “a palavra amor, base mesma da família, não estava escrita no Código”. “*On devine*”, diz Bonnacase, “*l'impression produite par cette déclaration sur les graves juristes de la commission; mais l'effet entrevue par M. Hervieu était acquis...*” (Supp. cit., vol. 2º, pag. 635). [N. T.: “É possível adivinhar”, diz Bonnacase, “a impressão causada por essa declaração nos juristas sérios do comitê; mas o efeito pretendido pelo Sr. Hervieu era uma conclusão precipitada...”]

indissolubilidade, parentesco, regime de bens, proteção aos filhos etc.); e a segunda, na defesa repressiva dos ataques à sua integridade (crimes contra a segurança da família e do estado civil).

Nesse ponto, a organização social da família pelo Direito não se distingue, sob o aspecto da técnica jurídica, da organização social das demais instituições.

Relativamente à estrutura social da família, as normas jurídicas assumem um *caráter de necessidade*.³¹ Vê-se agora que ela é, como havíamos feito sentir, a sede de um vasto sistema jurídico, no qual se reflete perfeitamente a sua natureza orgânica.

Ela tem, como todas as instituições (sedes de “Direito Social”), o seu Estatuto, ou seja, o seu *Direito Constitucional*.

Enfim podemos concluir neste capítulo que a integração da Ideia nas partes componentes da Instituição – ou seja, a *subordinação* da atividade dos indivíduos membros de uma família, àquele princípio da autoridade funcional, *começa a se realizar pelo Direito; é primariamente assunto de disciplina jurídica*.

E então é fácil ver como, ao ingressar na família, o *indivíduo livre* adere à sua finalidade ou Ideia essencial; subordina-se ao seu Estatuto Jurídico, e conseqüentemente suporta uma redução na sua liberdade pessoal, na medida do necessário à realização da autoridade funcional específica do grupo.³²

31. A expressão “caráter de necessidade”, que define a natureza das normas jurídicas reguladoras da estrutura básica da família, é copiada de Savigny: “*La matière des rapports de famille est donnée par la nature organique de l’homme, et porte l’empreinte de la nécessité*” (*Traité de Droit Romain*, trad. Guenoux, tomo I, pag. 333). [N. T.: “A questão das relações familiares é dada pela natureza orgânica do homem e tem a marca da necessidade.”] Preferimos essa expressão, empregada no que respeita ao Direito de Família, àquela outra expressão de “ordem pública”, muito usual; o abuso dessa última expressão, sob que às vezes se acobertam impelias injustificáveis aos direitos, tem-lhe emprestado nos últimos tempos uma acepção mais própria à caracterização das normas de *Direito Público*, num sentido especial de *Direito do Estado*. As duas instituições, porém, Estado e Família, não se confundem em suas finalidades imediatas. Há um Direito Constitucional do Estado, como há um Direito Constitucional da Família. A distinção entre *Direito Público* e *Direito Privado* está longe de corresponder à distinção, feita no texto, entre *Direito Social* (orgânico) e *Direito Individual* (inorgânico).

32. A personalidade humana assume aspectos diversos, quanto à sua liberdade, à medida que se a encara através dos múltiplos prismas institucionais. Fala-se no “dever moral” que tem o chefe de Estado de esquecer os seus interesses pessoais, sobrepondo-lhes os “interesses do Estado”; exige-se daquele gerente de uma sociedade anônima, que abstraia os seus próprios interesses, na atividade de seu cargo; diz-se que é “dever moral” daquele representante de um país na Liga das Nações, de pôr à margem os interesses seus e os do país que representa, para agir como uma “pessoa internacional”. Ora, diz Delos, esse “dever moral” ou é a expressão de uma *realidade sociológica*, ou não é nada. “*Nous ajoutons que nous ne comprendrions par, sans cela, qu’il put y avoir devoir moral*”. [N. T.: “Acrescentamos que, de outra forma, não entenderíamos que poderia ter

O terceiro e último dos aspectos, é o que denominamos de “especialização da força subordinativa”, ou princípio de representação de poder; correspondente essencialmente à necessidade de se dar à família uma unidade de direção.

Neste ponto, convém começar por afastar o erro de um certo “organismo” que empresta aos grupos ou instituições uma qualidade de *ser substancial*, munido de uma Razão ou “consciência coletiva” distinta das consciências individuais.

Essa famosa “consciência coletiva”, ser pensante, dotado de uma existência *independente, e fora* dos seres humanos que compõem o grupo, não cabe no âmbito dessa doutrina institucional que nos esforçamos por esboçar.³³

Não há, assim, na família, uma autoridade funcional que se exerça por força desse poder estranho, diferente dos poderes humanos das pessoas físicas que a compõem.

Autoridade é um poder humano: é a *vontade*.

Autoridade funcional ou institucional é o poder humano da vontade individual, a serviço ou em “função” da Ideia institucional. Nela, portanto, distingue-se um dado *material*, que é a vontade e um dado de *forma*, que é a Ideia.

A autoridade é primariamente vontade individual, e assim participa da natureza *una* desta última.

É sob esse último aspecto de *unidade*, que se deve frisar o erro lógico dos que combatem o princípio do mando ou da autoridade na família. O seu raciocínio simplista é o seguinte: a essência da família é o amor que é, em tudo e por tudo, a harmonia; ora, a harmonia exclui o mando.

Mas a família é o tipo de uma instituição notavelmente complexa, e a sua continuidade orgânica, sendo essencialmente sentimental e espiritual, é também, por uma

havido ‘dever moral’] Esta ação social dos membros de um grupo ou instituição não é mais que o exercício de uma das *funções vitais* do próprio grupo; é, em sua essência mesma, um *ato da Instituição* (J. Delos, “La Theorie de l’Institution”, in *Archives de Philosophie et Sociologie Juridique*, 1931). As restrições impostas à liberdade do homem por essas diversas situações que, na linguagem corrente, se dizem *morais*, e que preferimos denominar de “institucionais”, se realizam na medida de sua subordinação à finalidade ou à *Ideia* institucional como vimos denominando no texto.

33. Falamos, no correr do presente trabalho, em uma “vida orgânica” da instituição. Essa vida dos corpos sociais é real, como é *real e objetiva* a Ideia institucional, “fator de agregação societária”, na expressão de Delos. A realidade desses corpos sociais distintos é a afirmação fundamental da sociologia.

Cada um desses grupos tem um sistema próprio de vida; mas a *causa eficiente* de engrenagem e do funcionamento de todos eles e o indivíduo. A instituição age pelo esforço de seus membros. “Individual quanto à sua origem eficiente, ela é social quanto a seu fim e à sua forma”. O homem é a fonte única de todas as energias: individuais e sociais. Isso, porém, não impede que a vida social seja especificamente distinta da vida individual” (Delos, loc. et. op. cit.).

consequência fatal, como veremos adiante, uma continuidade jurídica e patrimonial. Há todo um tecido infinito de relações próprias de sua vida íntima, que, através de prismas diversos – morais, jurídicos, políticos e econômicos – realizam o seu “*abstractum*” finalista.

A Harmonia, ou seja, a convergência de esforços para uma finalidade única é o que substancialmente nos revela a família como corpo orgânico. Mas essa harmonia, na escala da complexidade crescente de seus fenômenos vitais, não exclui, antes acarreta consigo mesmo, a modo dos corpos animados, a necessidade progressiva de um controle consciente.

E acabamos de ver que nesse controle consciente, ou nessa *autoridade funcional* existem *dois* elementos que não podem ser esquecidos: um, a sua *matéria*, que o grupo não tirara de si, mas que toma por empréstimo dos seres humanos que o compõem: a *vontade*, outro, a sua *forma*, que é o destino que informa a matéria e que põe a vontade individual a serviço da Ideia ou finalidade do grupo.

A autoridade funcional é, portanto, *una*, porque ela indica *uma* orientação de atividades para a *Ideia*, que é *una*. Ela é, essencialmente, *unidade volitiva*. Desse modo, a Autoridade poderá ser a *preponderância* da vontade de um elemento individual, sobre a vontade dos *demais* elementos individuais que compõem o grupo. Assim também, ela poderá deixar de ser essa *preponderância*, para ser uma *coincidência* de vontade de todos, que é a harmonia, ou a unanimidade.

Logo se vê que não são esses critérios de *preponderância* ou de *harmonia* de vontades individuais que caracterizam, intrinsecamente, a Autoridade funcional. Eles são critérios *acidentais*, e não *substanciais* do princípio de autoridade.

Poderá haver *preponderância*, e só haver *arbitrio*.

Poderá haver *harmonia* de vistas individuais fora da Ideia institucional, e não haverá *autoridade funcional*.

* * * * *

Outro aspecto, porém, da questão que estudamos, é o chamado princípio da representação de poder dentro da família.

Os legisladores de todos os tempos têm conferido ao homem esse mandato de “chefe da sociedade conjugal”, que certa corrente feminista interpreta como um poder de fato, que tende a desaparecer pela reivindicação progressiva dos direitos da mulher.

Não desejamos aqui indagar se o legislador tem razões e quais para conferir, em regra, ao homem, e não à mulher, esse poder de direção que se requer *uno*. A ele cabe, em princípio, o exercício cotidiano da autoridade sobre o grupo.

Também não vamos indagar, através dos tempos, o maior ou menor arbitrio com que o homem tem exercido essa representação necessária.

Constatada a verdade sobre os fatos institucionais, não há como negar a existência de uma hierarquia dentro da família, ligada à organicidade de sua natureza; e, em consequência dessa constatação básica, ninguém, do mesmo modo, negaria que, aqui, o princípio de representação se faz tão necessário como em qualquer outra instituição ou grupo social. A necessidade de ordem e unidade de direção impõem à família uma chefia especial.

O nosso legislador atribuiu-a ao homem. E assim dispõe o art. 233 do Código Civil:

“O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:

I – A representação legal da família.

II – A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou do pacto antenupcial.

III – O direito de fixar e mudar o domicílio da família.

IV – O direito de autorizar a profissão da mulher, e a sua residência fora do teto conjugal.

V – Prover a manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.”

Muito importa, porém, no ponto a que somos chegados, uma consideração de ordem geral e crítica da orientação que o nosso legislador imprimiu à questão da autoridade na família.

Parece ter sido preocupação exclusiva do legislador a situação do homem e da mulher num mesmo plano jurídico dentro da sociedade conjugal.

Pelo menos é o que reza a generalidade de seus comentadores, como Clóvis (Cod. Civ. Com.), Ferreira Coelho (Cod. Civ. Dos E. U. do Brasil, vol. XVIII), Conselheiro Cândido de Oliveira (Manual do Cod. Civ. Bras. “Paulo de Lacerda”, vol. V), etc.

Em todos, há vivos aplausos à “largueza das concessões (sic) feitas à cônjuge pelo direito novíssimo, nessa parte afastando-se enormemente das tradições nacionais, em que se infiltraram, com tanta profusão, as regras romanas” (Cândido de Oliveira, op. et loc. cit., § 139).

“A concepção da família não tem mais, hoje, por base a autoridade do homem, na suposição de ser o mais forte... A chefia da sociedade conjugal não é dada ao homem em atenção às suas qualidades naturais de força e inteligência”, diz-nos Clóvis, o elaborador do projeto do Código Civil.

Quer, porém, o marido exerça “*de facto*” aquele poder de direção que a lei lhe confere, quer a prática nos demonstre, em situações frequentes, como mero “*prête-nom*” desse poder, enquanto a mulher, ativa, inteligente, e expedita, o exerce na realidade – não somos nós dos que se voltam contra as “boas intenções” do Código e de seus comentadores.

Mas, se do espírito de nossa lei civil resulta que o marido exerce a sua autoridade *apenas* em função do interesse e manutenção da vida da própria família; se o nosso legislador erigiu a autoridade judiciária à categoria de *fiscal* das relações entre os cônjuges, impedindo o arbítrio e o abuso de poderes de qualquer deles (Cod. Civil, arts. 237 e 245): por que – quando o marido exerce de qualquer modo os direitos inerentes a seus poderes, quando demonstra sua inaptidão à atividade de administrador, ou pior, quando dissipa os proventos da família em prazeres e vícios pessoais – por que então o nosso Código Civil não lhe retira aquela chefia, para confiá-lo à mulher?

Se o marido falha à sua missão de chefe, e não obstante, a lei o mantém à testa da sociedade conjugal, é que a lei acoberta o arbítrio e justifica a violência.

A consequência natural e lógica, como se exprime Virgílio de Sá Pereira,³⁴ a se impor em todos os casos em que o marido se revela incapaz de manter o ônus dessa chefia, deveria ser a sua demissão do exercício dessa função essencial. Mas a nossa lei ficou muito aquém do reconhecimento dessa verdade. Pelo nosso Código, a mulher só assume a chefia da sociedade conjugal nos três casos previstos pelo art. 251: ausência, prisão por mais de dois anos e interdição do marido. Apenas, o Código estabelece que, nos casos extremos de não administrar o marido “os meios de subsistência à mulher e aos filhos”, a mulher possa obter o suprimento judicial afim de “exercer uma profissão” ou de “contrair obrigações que possam importar na alheiação dos bens do casal” (art. 245, no II).

Perante o Código, no ponto que discutimos, há uma incapacidade para a mulher casada, que só em razão do “sexo” pode ter fundamento. Em relação a ela, como diz Sá Pereira, o legislador não soube cumprir as suas promessas, e com as palavras do art. 240, dir-se-ia que lhe fez apenas “uma dessas lisonjas banais, um cumprimento de salão...”

* * * * *

O observador, que não pretenda manter-se alheio aos fatos, terá que ver na família, além de uma realidade sentimental e espiritual, uma realidade jurídica e *patrimonial*.

A “intimidade”³⁵ institucional, na família mais que em qualquer outro grupo, é presidida essencialmente pela *confiança*. Mais intensamente se faça sentir no seio da sociedade conjugal esse elemento entre os seus membros componentes, mais *unidade* ou organicidade terá o grupo e, conseqüentemente, maiores poderes são concedidos àquele que tem sobre os ombros a responsabilidade da direção e destino da família.

34. Virgílio de Sá Pereira, “Dir. de Família” (apud Ferreira Coelho, vol. XVIII, do Cod. Civ. Comm. p. 52 e segs.).

35. Hauriou designou com o termo “comunhão” o estado subjetivo dos membros de uma instituição, na adesão à Ideia institucional. Renard substitui essa expressão pela de *intimidade*, que Delos observa ser mais moral que filosófica.

A amizade, considerada em gênero, ou o “*socius*”, é sempre uma negação, em qualquer grau, da independência e da liberdade absoluta.

A associação profunda resultante da *união* sexual, no amor, organizada moralmente dentro da sociedade – isto é, no sentido do “melhor social” de permanência e estabilidade – reflete-se forçosamente na esfera dos bens, dos interesses materiais.

A *unidade econômica* na família, a identificação do destino material dos membros do grupo, é bem a consequência natural, o efeito normal de uma outra identificação *moral* de seus membros – identificação esta que a própria finalidade da família e a ordem social aspiram estável e duradoura.

Por outro lado, a observação histórica e, principalmente, este século de capitalismo, têm mostrado ao vivo que a desigualdade econômica entre os homens é motivo que, longe de levá-los à solidariedade e congraçamento, os arrasta dia a dia à desarmonia e à luta de morte. Chesterton marcou o perfil da sociedade industrial moderna, com esses dois traços simples e profundíssimos: “*elle concilie le maximum de congestion avec le minimum de communion.*”³⁶

O liberalismo econômico, mal de origem desse ambiente, pretende invadir um reduto que, por sua matéria institucional, tem-se lhe mostrado hostil. E a verdade é que a desigualdade no gozo e participação das vantagens materiais da vida é incompatível com o destino orgânico e essência mesma da família.

“Os bens que são ordenados à manutenção da vida, diz o Aquinado,^{NT11} devem racionalmente seguir o destino desta.”

É falsa, portanto, a tese³⁷ que nega a influência recíproca entre os elementos: *continuidade moral ou espiritual* e *continuidade econômica*, dentro da família.

Concluimos, no assunto:

Primo – É certo que a regulamentação dos bens na família deve seguir o destino do grupo e que, assim, deve ser o reflexo exato de sua organização estrutural íntima, d’aquela identificação moral que o cristianismo marcou com a forte expressão “*duo in carne una*”.

Secundo – Em sentido inverso, é certo que a regulamentação econômica da família *afeta diretamente* a própria identificação de seus elementos componentes, isto é, a própria razão de SER da instituição.

* * * * *

36. G. K. Chesterton, “*L’Homem Eternel*”, p. 123.

N. T.11: Referência a Tomás de Aquino (1225-1274).

37. A tese que inspirou o legislador da Rússia Soviética (art. 9, cap. III, da Disp. do Comité Executivo Central Pan Russo, apud. Ferreira Coelho, loc. cit., p. 219).

Em face de tais conclusões, podemos afirmar que nenhuma dúvida cabe sobre a procedência daquela presunção que o legislador estabeleceu no art. 258 do nosso Código. O regime de comunhão de bens é realmente o compatível com o caráter orgânico que vimos apontado na família humana. O legislador andaria errado, se, premido pela necessidade de um critério qualquer para a solução das relações jurídicas de natureza obrigacional dos membros da família entre si, ou entre estes e terceiros, optasse por qualquer outro que não fosse o da comunhão de bens, que é aquele que essencialmente traduz o plano psicológico de interpenetração de interesses, na intimidade institucional. Sob o ponto de vista que frisamos, de estabilidade e permanência da família, o que se nos afigura mais discutível, e onde talvez coubesse dúvida sobre a procedência da atitude do legislador, é quando este dá, como faz na generalidade das codificações e no art. 256 do nosso Código, essa ampla faculdade aos cônjuges de estipularem o que bem entenderem sobre os seus bens, sobre a sorte una ou díspar de suas atividades econômicas, no recesso da família.

Enfim, o nosso legislador estabeleceu o regime da comunhão de bens, como regime padrão da família, obedecendo naturalmente à realidade institucional do grupo, realidade que se impôs à evidência.

Mas, onde o legislador deixou, inconscientemente, em perigo a pureza dos princípios que em tão boa hora adotou, e onde parece que foi inspirado, até certo ponto, por uma ideologia inteiramente avessa àquela que lhe presidiu o espírito na regulamentação dos bens da família, foi no art. 246 do Cod. Civ., em que permitiu à mulher casada a faculdade de “dispor livremente dos produtos do seu trabalho”.

É certo que as codificações em geral contêm dispositivos idênticos e até algumas há³⁸ que ultrapassam de muito esse “liberalismo”, os limites que o nosso Código impõe a essa faculdade.

Duas razões principais nos apresentam os comentadores do Código Civil, em apoio do dispositivo referido:

- a) uma razão de Justiça Social. “Esta conquista feminina”, diz Sá Pereira, “é devida à mulher operária... Clamava aos céus que a mulher se extenuasse n’uma fábrica, para prover à própria subsistência e à dos filhinhos, e no fim da quinzena, ao marido, e não e ela, se pagasse o salário, que ela ganhou, e que o marido irá gastar nos seus vícios.” (Lição XL do cit. Dir. de Família).
- b) um princípio geral: “*Dignus est operarius mercede sua*”. Cada um deve apropriar-se dos frutos de seu trabalho.

38. A lei francesa de 13 de julho de 1907 permite à mulher casada a livre disposição dos produtos de seu trabalho, estendendo essa faculdade à alienação dos imóveis que, com esses produtos, ela tenha adquirido.

Esses fundamentos merecem reparos:

a) Quanto ao primeiro, é preciso fazer ressaltar uma evidência sobre a origem e natureza da injustiça que o art. 246 procura atender; e é que a mulher brasileira casada, tanto a que trabalha, como a que não trabalha, para o sustento de seus filhos, quando se vê inteiramente à mercê dos desvios, dos abusos, ou dos vícios de seu marido, deve-o, sobretudo, ao legislador, que não soube proteger convenientemente os seus interesses, quando eles se identificam com os interesses da instituição.

Resta-nos aqui uma pergunta: com o art. 246, teria o legislador solucionado em *favor da família*, a injustiça a que deu causa?

Ou, ao contrário, solucionou-a de preferência em favor da *mulher*, dando-lhe, pelo menos em tese, a oportunidade de seguir a senda de seu marido, descuidoso do interesse da família?

O Código não responde positivamente a essa questão essencial; mas aquela expressão de que usou o art. 246, para indicar o modo por que a mulher dispõe dos produtos de seu trabalho – LIVREMENTE – está a acenar-nos a fonte turva de uma ideologia liberal dissolvente.

O fato é que certos comentadores do nosso Código encontraram no art. 246 campo vasto para estiradas mais ou menos novicoweanas^{NT12} sobre “*a emancipação econômica da mulher casada*”.³⁹

É, portanto, essencial verificar-se que o art. 246 não resolveu o problema *em relação à mulher casada* considerada em si mesma, mas somente tendo em vista os *resultados de sua atividade profissional*.

Além disso, esse direito, conferido à mulher que trabalha, está *livre* da influência dos regimes de bens; qualquer que seja este, o princípio do livre salário, prevalece em sua plenitude.

N. T.12: Jacques Novicow (1849-1912) foi um sociólogo de origem greco-russa radicado na França, conhecido por sua oposição ao darwinismo social e por sua defesa da emancipação feminina, v. NOVICOW, Jacques. *L'affranchissement de la femme*. Paris: Félix Alcan, 1903 [ed. portuguesa: *A emancipação da mulher*. Tradução de Agostinho Fortes. Lisboa: José Bastos, 1910.]

39. Virgílio de Sá Pereira (apud Ferreira Coelho, loc. cit. pag. 236) diz, com reação ao art. 246 do nosso Código: “O fato de se atribuir à mulher casada livre disposição do produto de seu trabalho, cria evidentemente uma classe de bens que se não disciplinam pelas regras da comunhão, mas pelas da separação. Comentando o art. 1367 do Cod. Civ. Alemão, diziam os tradutores oficiais franceses: ‘... o art. 1367 serviria de base à emancipação econômica da mulher casada’”. “O princípio”, continua o prof. da Faculdade do Rio, “dominante no espírito do legislador ao tratar dessa matéria foi essa emancipação econômica. Só os escravos trabalham para outrem.”

Mas, a regra inversa não é verdadeira. A regra do livre salário afeta, de certa maneira, o quadro dos regimes legais estabelecidos pelo legislador na regulamentação dos bens, dentro da sociedade conjugal. E afeta de preferência aquele que o legislador houve por bem instituir como regime padrão: o regime da comunhão universal.

Não passa de uma observação superficial do assunto, aquela opinião de Clóvis Beviláqua:

“O direito que este artigo atribui à mulher casada não altera o regime de bens. Se for o da comunhão universal ou limitada, abre-se uma exceção apenas à administração do marido. Os valores adquiridos pela mulher são comuns, porém administrados por ela *como se estivesse separada*.”

É o que realmente parece à primeira vista, atenta a disposição do art. 271, no VI.

Mas, o fato é que o legislador não compreendeu todo o alcance do art. 246. E a verdade não passou despercebida ao espírito de Sá Pereira (Lic. cit. no Dir. de Família):

“Se a mulher pode dispor do produto do seu trabalho, é claro que se lhe abre, na constância do casamento, a possibilidade de constituir *um patrimônio imune à ação do marido*, e sobre cujos bens ele não tem *posse*, pois que os não administra, nem *domínio*, pois que é ela, e não ele, que dispõe desses bens.”

Praticamente o regime é o da *separação*; mormente se se atende que a lei do livre salário foi posta ao espírito do legislador como medida do benefício especial aos lares pobres. Não interessa, de certo, aos lares que, já ao se formarem, têm de si um considerável patrimônio constituído; mas, sim, aos lares pobres, às famílias operárias que vivem do trabalho diário.

E por mais que ao legislador se afigure *irrevogável* o regime de bens (art. 230), a verdade é que, com o trabalho da mulher e a lei do livre salário, o regime de bens transformar-se-á no de separação pela existência de dois patrimônios: um, constituído pelos produtos do trabalho da *mulher*, à frente de cuja administração está ela só; e outro, constituído pelo produto do trabalho do homem, e sob sua direção exclusiva. Ora, em tal regime, não me parece haver grande *identidade de interesses econômicos*.

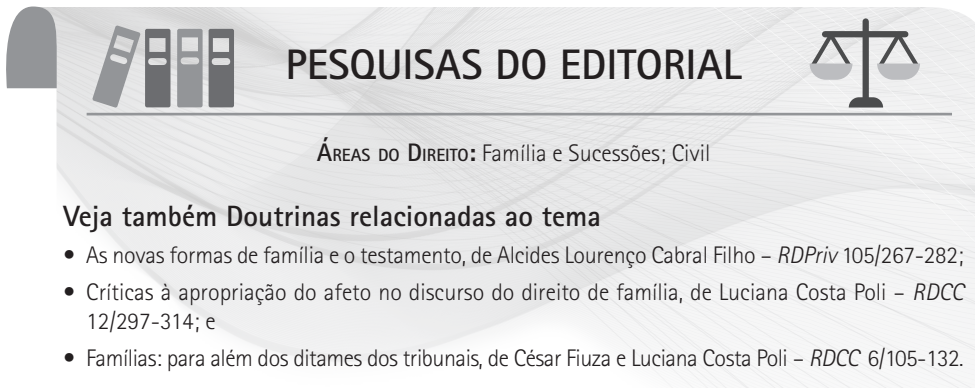
* * * * *

b) Quanto ao segundo fundamento invocado, isto é, o princípio: “*dignus est operarius mercede sua*”, é claro que, relativamente à matéria de regulamentação de bens, dentro da família, não há grande espaço para a sua aplicação, em todos os seus corolários.

O essencial é que se reconheça a verdade daquela lei institucional, pela qual a *atividade livre* dos indivíduos está, dentro dos grupos a que pertencem, subordinada aos imperativos de vida e duração desse grupo. Na família, onde nunca é demais encarecer o valor dessa lei, essa subordinação é a norma essencial do trabalho humano.

E não há escravidão⁴⁰ nessa hierarquia, porque, como diz Morin, “a família não existe senão para o indivíduo. E o poder paterno como o poder marital tem por missão, na família, assegurar aos seus membros, ao lado da proteção física, pleno rendimento intelectual e moral”.

O art. 246 se nos afigura, sob muitos aspectos, perigoso; sua interpretação carece de temperamentos que o legislador não teve o cuidado de fornecer com segurança. Ele foi proposto em vista da solução de um problema, para o qual ele não era indicado. A situação atual, no nosso Código, cria *um novo problema* muitíssimo mais sério: ele é uma brecha, no sistema de nossa codificação, propícia à invasão de um liberalismo econômico pernicioso.



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREAS DO DIREITO: Família e Sucessões; Civil

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- As novas formas de família e o testamento, de Alcides Lourenço Cabral Filho – *RDPriv* 105/267-282;
- Críticas à apropriação do afeto no discurso do direito de família, de Luciana Costa Poli – *RDCC* 12/297-314; e
- Famílias: para além dos ditames dos tribunais, de César Fiuza e Luciana Costa Poli – *RDCC* 6/105-132.

40. Não há escravidão dos indivíduos dentro da família – como não há escravidão dos cidadãos dentro do Estado; a não ser que, a este último, se lhe hipertrofie a força, já de si temível, e que se o lance de frente à poeira dos indivíduos, isolados pelo enfraquecimento dos grupos intermediários que os protegem contra sua onipotência.