



Revista Brasileira de Ciências Sociais

ISSN: 0102-6909

anpocs@anpocs.org.br

Associação Nacional de Pós-Graduação e
Pesquisa em Ciências Sociais
Brasil

Zarias, Alexandre

A família do direito e a família no direito: a legitimidade das relações sociais entre a lei e a Justiça

Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 25, núm. 74, outubro, 2010, pp. 61-76

Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais

São Paulo, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10717455004>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal

Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

A FAMÍLIA DO DIREITO E A FAMÍLIA NO DIREITO

A legitimidade das relações sociais entre a lei e a Justiça*

Alexandre Zarias

No direito brasileiro, a legitimidade de certos aspectos das relações de família deslocou-se da norma para o âmbito das decisões judiciais. Atualmente, as questões que cercam o casamento, a separação, o divórcio, os alimentos, entre tantas outras da mesma espécie, encontraram no sistema judiciário um espaço institucionalizado de definição do que é a família, com sentidos que vão muito além daqueles possíveis de serem deduzidos a partir do Código Civil. Tal fato fez com que a questão social, antes enraizada nos textos legais referentes à família, ga-

nhasse novos contornos em face da procura e da oferta de serviços na Justiça.

Historicamente, o direito de família, ao lado do direito das sucessões, teve como função principal regular a transmissão dos bens e do patrimônio das famílias daqueles que se uniam por meio do casamento civil. Atendia, pois, a uma minoria economicamente privilegiada da população. Nos países ocidentais, ainda no século XX, a lei de família foi se estendendo e incluindo em seu âmbito os grupos sociais que eram exclusivamente objeto de atenção da lei penal: os pobres. No Brasil, o marco dessa transformação é a Constituição Federal de 1988. Nosso Código Civil de 2002 adequou as antigas normas do direito de família, que estavam em vigência desde 1917, às atuais disposições constitucionais. Dessa maneira, a noção oficial de família, que antes dizia respeito tão somente à “família legítima”, constituída pelo casamento civil, também passou a abranger as unidades familiares formadas

* A versão preliminar deste artigo foi apresentada no 32º Encontro Anual da Anpocs, GT 37: “Sociologia e direito: explorando as interseções”, coordenado por Marcelo Pereira de Melo (UFF), a quem eu agradeço os comentários ao texto. A pesquisa de doutorado que deu origem a este artigo foi financiada pela Fapesp. Esta versão conta com o apoio do CNPq.

*Artigo recebido em março/2009
Aprovado em junho/2010*

pela união estável heterossexual e pelos grupos monoparentais.

Essas modificações possibilitaram a legitimação estatal, via tribunais, de novas demandas relativas ao direito de família por uma parcela da população que, devido às suas características socioeconômicas, via-se excluída do âmbito legal civil. Contudo, a ampliação da base de litigiosidade no direito de família não significou necessariamente o aumento do número de ações nos tribunais, já que existem barreiras que impedem o acesso à justiça e ao direito. Trata-se de um problema cujos aspectos técnico-legais vêm chamando a atenção de juristas e operadores do direito, mas cujo alcance social tem sido pouco explorado pelos cientistas sociais no campo dos estudos da Justiça.

Neste artigo, as consequências dessa transformação do direito de família serão analisadas sob dois aspectos. O primeiro diz respeito à estrutura de nosso direito civil no que concerne às normas que regem as relações de família. O segundo, que pode ser considerado uma de suas consequências, está relacionado com a organização social no campo da Justiça, ou seja, a configuração da demanda judicial, em função das características socioeconômicas do público que procura os tribunais para a resolução de conflitos familiares de natureza civil.

Segundo esse esquema analítico, serão consideradas as principais modificações do direito de família brasileiro, tendo-se como base o processo histórico nacional de codificação civil, que se iniciou em meados do século XIX. De elemento essencial para a construção de uma nação independente, a codificação das leis civis, num sistema único, cedeu espaço para a criação de estatutos autônomos, seguindo um movimento denominado descodificação civil (Varela, 1984). Com relação ao tema de análise deste artigo, um dos resultados desse movimento é o projeto de lei que propõe a criação do Estatuto das Famílias (PL 2.285/2007), um conjunto de leis independentes do atual direito de família, inscrito no Código Civil, que aguarda votação no Congresso Nacional. Para tratar das relações de família na ordem do sistema de justiça, utilizo os dados de uma pesquisa realizada nos tribunais de São Paulo (Zarias, 2008). Esses dados referem-se ao movimento processual de primeiro grau de

diferentes regiões do município, entre os anos de 2000 e 2005, os quais são confrontados com dados do “Censo demográfico 2000” (IBGE). Na capital, é possível identificar os tipos de processo judicial mais comuns a determinada classe de pessoas, em função de suas características socioeconômicas.

Para tornar essa abordagem mais precisa, recorro a uma útil distinção proposta por Fachin (2003), por meio da qual divido o objeto deste artigo em duas partes que se complementam: “a família do direito” e a “família no direito”. A família do direito é aquela que a lei determina, é a lei sistematizada e racionalmente organizada. No caso brasileiro, o conjunto de prescrições relativas à família encontra-se no atual Código Civil. A família no direito é a materialização do direito de família. Ela se realiza no conjunto de relações sociais em contato com a lei por intermédio da Justiça.

Do ponto de vista teórico, esse conjunto de análises segue a teoria weberiana do direito que, segundo Georges Gurvitch (*apud* Lascombes e Serverin, 1988), tem como objetivo estudar as diferentes sistematizações das regras de direito e, do mesmo modo, as diferentes representações de uma ordem legítima, a fim de verificar como esse conjunto de normas repercute nas condutas sociais. Para o autor, a proposta de Weber, à qual me alinho, é o estudo da medida da probabilidade, das possibilidades e das condutas sociais segundo o plano de um sistema coerente de regras, elaborado por uma dada sociedade.

A família do direito

A família do direito é a aquela que a lei prescreve. No Ocidente moderno, as formas sociais reconhecidas como pertencentes à ordem das relações familiares, variáveis no tempo e no espaço, constituíram-se objetos legais somente com a particularização crescente do direito. Isso aconteceu a partir do momento em que o casamento, a forma excelente de constituição da família, deixa de ser um instituto exclusivamente regulado por determinados grupos sociais, passa pelo domínio da Igreja e torna-se um objeto de competência do Estado.¹ A secularização do direito, pois, encontrou no casamento civil uma

das formas mais puras de sua expressão, no momento em que o Estado legitimamente constituído pôde estender tal prerrogativa a determinados aspectos da vida social reconhecidos por meios coercitivos especialmente previstos para esse fim, ou seja, por meio da coação jurídica (Weber, 2004). Assim, nasceu a concepção de família legítima, que excluiu do domínio legal um conjunto de práticas sociais reconhecido como da ordem familiar – tanto nas suas formas de constituição como nos seus efeitos, direitos e obrigações decorrentes.

Da passagem da ordem sacralizada para a ordem secular (Weber, 2004), no que diz respeito às regras de família, o Estado apropriou-se de todo aparato lógico e burocrático eclesial ao investir a família de um sentido político, como uma instituição essencial para a sua formação e, por que não utilizar uma expressão clássica, como a célula básica da sociedade.

A codificação civil e o direito de família brasileiro

A moderna história da família do direito começa com o casamento civil (Théry, 2001). Nos países de tradição legal latina, essa história está amarrada ao processo de codificação das leis civis. Foi por meio de projetos de códigos e de códigos promulgados que a noção legal de família se consolidou no ordenamento jurídico brasileiro; ora mediante definições legais expressas; ora subtendida dentro dos limites da norma, num vocabulário que liga prescrições relacionadas com ideias de legitimidade, parentesco, domicílio, filiação etc. Do ponto de vista normativo, o direito de família brasileiro teve alterados tanto a forma como o conteúdo. Ambos podem ser analisados segundo o longo processo histórico de organização de nossas leis civis, culminando com o atual Código Civil, que passou a vigor em 2003. Nesse percurso, destaca-se que, de uma posição central nos códigos civis, o direito de família está passando por um processo de expulsão do sistema que o conduz à categoria de estatuto autônomo.

O primeiro Código Civil Brasileiro foi aprovado em 1916, depois dos 27 anos da proclamação da República. Esse código, organizado por Clóvis Beviláqua, originou-se de um projeto apresentado por ele em 1899, sucedendo outro de autoria

de Antônio Coelho Rodrigues, redigido durante o governo Republicano Provisório, em meados de 1893. O Código de Beviláqua entrou em vigor em 1917, revogando as “Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil”, reguladas pelo Livro IV das “Ordenações Filipinas” desde 1603. Logo, as “Ordenações” sobreviveram por mais de três séculos, sendo aplicadas por mais tempo no Brasil do que em Portugal, cujo primeiro Código Civil é de 1867. Outros projetos de código civil haviam sido elaborados durante o regime imperial. Foram três os principais: o primeiro, conhecido como Esboço (1860), de Augusto Teixeira de Freitas, o apresentado por Felício dos Santos (1881) e, por fim, o elaborado pela Comissão Imperial (1889).²

O Código Civil de 1916 deve muito aos projetos precedentes. Sua estrutura segue a tradição jurídica fixada no Código Civil Alemão de 1896, embora tenham prevalecido em seu conteúdo as ideias francesas, com ênfase nos princípios modernos do Direito Romano. Segundo Halpérin (1992), dos mais de 1.800 artigos do Código Civil de 1916, quinhentos advinham das “Ordenações Filipinas”, duzentos tinham base legal-doutrinária, outros duzentos foram emprestados do Esboço de Teixeira de Freitas, obra fiel ao direito luso-brasileiro, e, entre setenta ou cem, tinham como fonte o Código Civil Francês de 1804.

Segundo Gomes, a fidelidade de Beviláqua à tradição legal vigente no país foi mais persistente no direito de família e no direito de sucessões do que em outras áreas. Para o autor, não obstante a inspiração em legislação estrangeira, no Brasil, desenvolveu-se “a propensão da elite letrada para elaborar um Código Civil à sua imagem e semelhança, isto é, de acordo com a representação que, no seu idealismo, fazia da sociedade” (Gomes, 2003, §18). O Código Civil, desse modo, refletia o ideal de justiça e os interesses de uma classe dirigente, europeia por sua origem e formação.

Mas o Código Civil de 2002 alterou significativamente os dispositivos relativos à família que estavam presentes no Código Civil de 1916, que viveu 86 anos. Em 1969, houve a primeira iniciativa para modificá-lo, com a criação da Comissão

Revisora e Elaboradora do Código Civil, presidida pelo jurista Miguel Reale. O anteprojeto elaborado pela comissão foi aprovado em 1975, levando dezesseis anos para dar origem à atual legislação. Durante esse período, o Brasil passou por grandes mudanças demográficas, sociais, econômicas e políticas. Enquanto o novo Código Civil representava apenas uma promessa de inovação e atualização legal, a legislação de família avançava aos poucos. Nesse sentido, podem ser citados como eventos importantes: a aprovação da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, o Estatuto da mulher casada, e da Lei 6.515/1977, a Lei do divórcio e a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Com a Constituição de 1988, o Código Civil perdeu a centralidade na regulação dos dispositivos referentes à família. Os princípios constitucionais, que já operavam como norma vinculante na vigência do Código Civil de 1916, tornaram-se ainda mais importantes na aplicação das leis constantes no Código Civil de 2002. Eles têm sido utilizados para a interpretação das normas de família até onde o legislador não previu o alcance de sua aplicação, notadamente quando novos tipos de litígio, anteriormente excluídos do âmbito do direito de família, chegam ao Judiciário ou aí esbarram. O exemplo mais atual e discutido, nesse sentido, diz respeito às uniões homoafetivas, aquelas entre pessoas do mesmo sexo, que, embora não tenham encontrado seu reconhecimento legal, nem mesmo em bases sólidas da jurisprudência, ao contrário do que ocorre em outros países, têm sido recepcionadas pelo direito, quando relacionadas com questões previdenciárias ou outros tipos de benefício. De todo modo, desafios como esse, apresentados pela sociedade ao Judiciário, encontram nas decisões judiciais um caminho para a consolidação de novos significados atribuídos à família, os quais acompanham as transformações sociais dado o caráter interpretativo que assumiu a nova legislação.

A partir da Constituição de 1988, e consolidada no Código Civil de 2002, a família assumiu um novo sentido na legislação, pois foram reconhecidas outras formas de constituição familiar, tais como a união estável e os grupos monoparentais. Além disso, homens e mulheres passaram a exercer os mesmos direitos e deveres no grupo familiar, assim

como foram equiparados os direitos dos filhos biológicos, tidos dentro ou fora do casamento, com o dos adotivos. A ordenação de matérias do Código Civil também se alterou. Na Parte Especial, o direito de família não mais aparece na abertura. Atualmente, ele é precedido, nessa ordem, do direito das obrigações, direito das empresas, direito das coisas e, por fim, seguido pelo direito das sucessões. Para Glendon (1989), em conjunto, tais transformações caracterizam o moderno direito de família em diferentes ordenamentos jurídicos.

Até a Constituição de 1988, era o casamento civil que legitimava, ou seja, trazia para o domínio da lei, as relações familiares. Tanto é que, por muito tempo, persistiram as distinções entre filhos legítimos e ilegítimos em nosso direito. No Ocidente, o conceito de legitimidade das relações de família está associado à transferência de bens, ou prestação de serviços, de um grupo para outro. Ao tratar de assunto, afirma Weber:

[...] linhagens respeitáveis não vendiam suas filhas como animais de trabalho, nem para a disposição arbitral de alguém, mas separavam-se delas somente quando eram garantidas sua segurança pessoal e a posição privilegiada de seus filhos, em relação aos filhos de outras mulheres e escravas. *Em troca, davam à filha um dote ao entregá-la ao marido: assim surgiram os papéis da mulher principal legítima e dos filhos legítimos, isto é, as características jurídicas do matrimônio legítimo.* O dote e o contrato escrito sobre o sustento permanente da mulher, a pensão de viuvez e a indenização em caso de repúdio, como também sobre a situação jurídica de seus filhos, tornaram-se características distintivas do matrimônio perfeitamente válido, em oposição a todas as demais uniões sexuais (2004, grifos meus).

Nesses termos, pode-se afirmar que a história do direito de família é a história dos modos de regulação da transmissão de bens e manutenção do *status* de determinado grupo social, evidentemente daquele que os detêm, ocupando o casamento civil um lugar central nesse processo. Mas esse é um fato pouco explorado quando se trata do desenvolvimento do direito no Brasil. Atualmente, e isso não

ocorre apenas aqui, as questões patrimoniais têm sido dissociadas das relações pessoais no direito de família (Glendon, 1989), ou seja, a noção de legitimidade está se afastando das relações sobre a posse e a administração de bens. A esse respeito, há um dado que talvez seja curioso se voltarmos à citação de Weber, mas que indica a direção das mudanças por que tem passado a legislação brasileira: o dote, bens trazidos pela mulher para a constituição do patrimônio do casal, desapareceu do Código Civil de 2002 juntamente com as designações “legítimo” e “ilegítimo”.³ Alguns podem alegar que a supressão do regime dotal tenha se dado pelo desuso, e que também a eliminação dos termos “legítimo” e “ilegítimo” segue a disposição constitucional que proíbe a utilização de termos discriminatórios acerca da filiação. São explicações fundamentadas, mas o que se perdeu foi justamente o laço histórico que une dois institutos de direito. Em relação à distância entre ambos, acrescenta-se o fato de que, na distribuição das matérias do Código Civil de 2002, houve a separação dos direitos pessoais dos patrimoniais, embora o casamento ocupe o centro de todo o *Livro do Direito de Família*.⁴ Além disso, há um fato ainda mais importante: no plano dos direitos pessoais, a maioria das conquistas deu-se por meio das reivindicações patrimoniais; isso aconteceu tanto em relação à figura da indenização moral (Tepedino, 2004) como à união estável, que é o resultado do desenvolvimento dos direitos relacionados com o concubinato. Entretanto, o que ontem era pensado segundo a lógica do patrimônio, hoje, reveste-se de um novo manto: o da afetividade ou o da lógica dos direitos pessoais vistos a partir de um conjunto de princípios de direito emanados da Constituição de 1988.

Nesse sentido, a questão da legitimidade, que perpassava toda a legislação, fixando-se na norma, deslocou-se para a esfera judicial. O que antes a lei dispunha sobre as relações familiares civis, no sentido estrito do direito codificado, hoje está sujeito à atividade jurígena, ou seja, ao critério interpretativo do juiz, que é expresso em suas decisões, produzindo o direito concreto. O exemplo mais recente dessa transformação vem da Súmula 358 do Superior Tribunal de Justiça, de 18 de agosto de 2008, que trata do cancelamento da pensão alimentícia.

Segundo o texto legal, “o cancelamento da pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial”. Isso significa que a pensão alimentícia não está tacitamente ligada à noção de maioridade civil, sendo sujeita, portanto, ao cancelamento automático, como se supunha até a vigência da súmula.

Diretamente ligada ao casamento, outra mudança importante deu-se com o divórcio na sistematização do direito de família. As discussões sobre esse tema pautaram os debates em torno da codificação civil desde os trabalhos de Augusto Teixeira de Freitas no século XIX. Mais do que isso, a questão do divórcio foi decisiva na promulgação do Código Civil de 1916, depois de ter originado uma série de discussões acerca da natureza do casamento e da possibilidade de sua dissolução. Até a Constituição de 1988, com exceção da Constituição Federal de 1967, os textos constitucionais instituíam a indissolubilidade do casamento civil.

O divórcio ganhou diferentes significados ao longo da história da sistematização legal no Brasil. Durante o Império, o divórcio foi uma prerrogativa da Igreja Católica, mas produzia efeitos civis até mesmo entre aqueles que não professavam essa religião. Na República, significava somente a dissolução da sociedade conjugal e não de seu vínculo; era o desquite: casais separados dessa maneira não podiam contrair novo casamento civil. Essa figura legal perdurou até 1977, quando foi aprovado o divórcio a vínculo. Por meio dele, um novo casamento civil tornou-se possível.

No desenrolar dos debates a respeito do divórcio iniciados muito antes da aprovação do Código Civil de 1916, até a promulgação do Código Civil de 2002, a dissolução do vínculo conjugal deixou de ser considerada uma ameaça à instituição familiar para transformar-se num instrumento da realização pessoal, que beneficia a constituição de novas famílias: privilegia-se a unidade familiar como uma entidade que subsiste além do casamento ou vínculo matrimonial desfeitos, estabelecendo os deveres e os direitos de todos os seus membros. Contudo, na base dessa transformação, o divórcio ainda permanece suspeito não exatamente em relação ao destino do homem ou da mulher, mas nos seus efeitos em relação ao bem-estar dos filhos.

Acompanhando as discussões a respeito dos efeitos do divórcio sobre os filhos, pode-se afirmar que o casamento deixou de ser o único eixo que pautava as relações familiares a partir da lei. Desse modo, a família como um núcleo indissolúvel passou por um processo de individualização segundo a qual as relações entre os cônjuges e destes com os filhos passaram a ser mais importantes. Quanto a isso, o melhor exemplo vem do direito processual, com a Lei 11.441 de 4 de janeiro de 2007, a Lei dos Cartórios, que permite aos casais que não tenham filhos, ou que tenham filhos maiores e capazes civilmente, fazer a separação ou divórcio em cartórios notariais e de registro. Houve, portanto, a desjuridicalização de uma das formas de relação em família em nosso direito; em alguns casos, não é mais preciso recorrer à Justiça para a formalização de certos atos que dizem respeito ao casamento e ao seu desfazimento. Enfim, com as novas regras do divórcio, a família parental, que subsiste à conjugal, ganhou mais importância do ponto de vista da lei. Isso colocou um novo problema à Justiça. A questão atual dos debates relacionados com o direito de família não é mais avaliar se o divórcio consiste numa ameaça à família, mas sim discutir seus efeitos no que diz respeito à proteção dos filhos, o que está vinculado a dois outros institutos: a filiação e os alimentos.

As alterações trazidas pelo Código Civil de 2002, muito antes de sua promulgação, criaram um vasto campo de debates, com contribuições de especialistas de diversas áreas acerca dos efeitos e do alcance jurídico do atual direito de família. Nesses debates, enfatizam-se o esgotamento do processo histórico de codificação civil e o fato de que o direito de família, apesar de modificado recentemente, não dá conta de toda a diversidade social. Esse descompasso entre a lei e a pluralidade de experiências sociais de família tem mobilizado juristas em torno de um novo projeto de revisão do direito de família brasileiro. Trata-se da proposta de criação de um Estatuto das Famílias, Projeto de Lei 2.285/2007, sistematizado pelos juristas do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias.⁵ Sua elaboração visa ao reconhecimento de uma família plural, baseada nos princípios constitucionais de igualdade, dignidade e solidariedade familiar. As justificativas dessa pro-

posta de revisão do direito de família são as mesmas apresentadas antes da aprovação do Código Civil de 2002 e reavaliadas depois de sua promulgação: a lei vigente é ultrapassada e não dá conta dos novos arranjos familiares, ou seja, da pluralidade das formas de constituição das relações concebidas como pertencentes à esfera familiar.

Em relação à tradição codificadora nacional, as novidades introduzidas pelo Estatuto das Famílias, se aprovado, criarão enormes diferenças em relação à legislação atual. A começar pela natureza da nova lei. Fora do Código Civil, o Direito de Família tornar-se-ia maleável, podendo ser modificado com mais facilidade. Quanto à estrutura, há uma revisão geral na ordem das matérias, muito diferente da adotada nos códigos civis de 1916 e 2002, porém lembrando um pouco a tradição inaugurada por Teixeira de Freitas, pelo fato de incluir disposições gerais classificatórias, descritivas, prescritivas e processuais. O conteúdo também mudou, incluindo novas regras e excluindo itens constantes na legislação vigente.

A noção legal de família

No Código Civil de 1916, não há outra definição possível de família senão referindo-se ao casamento civil: “Art. 229 – Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns [...]”. Desse modo, outras formas de relações sociais, que também poderiam constituir relações de “família”, num sentido mais amplo, não seriam objetos legais; são “ilegítimas”. Mas, nessa fórmula prescritiva de se dizer o direito, há um sentido implícito de família cujas raízes podem ser buscadas nas tentativas de codificação civil precedentes que tinham um caráter descritivo.

Em seu Esboço, de 1860, Augusto Teixeira de Freitas apresentava duas definições de família: uma definida a partir dos laços sanguíneos e outra de base comunitária, tendo como referência a casa. A primeira seria o “complexo de indivíduos de um e outro sexo, que são considerados como parentes” (artigo 139 do Esboço). A segunda: “o complexo de indivíduos de um e outro sexo, que vivem na mesma casa, ou em diversa, sob a proteção de um pai de família, quando não se tratar de pessoas ou

de direitos em geral, mas de pessoas determinadas, ou seja, indivíduos” (artigo 140 do Esboço).

Essa definição é derivada do direito romano, e diz respeito a uma comunidade sob o domínio masculino, incluindo mulheres, filhos e escravos, com o homem possuindo o direito de vida e morte sobre todos (Engels, 2000). Todo o plano dos “direitos nas relações de família” de Teixeira Freitas é desenvolvido a partir dessa noção, que ultrapassa a “família biológica”, tendo sobrevivido por muito tempo em nossa legislação, alcançando o Código Civil de 1916.

A lei, em sua versão descritiva, também aparece no projeto de código civil elaborado por Antônio Coelho Rodrigues em 1893. Em seu artigo 121, a família é definida como: “uma sociedade natural e necessária, elementar da civil e independente dela nas suas relações morais; mas sujeita à lei positiva nas relações de direito, que a sua constituição estabelece entre seus membros, quer quanto às próprias pessoas, quer quanto aos respectivos bens”.

A distinção de Rodrigues é clara: famílias existem naturalmente, porém à lei só interessam suas relações civis, que são divididas em pessoais e patrimoniais. Importante notar que o autor exclui da esfera legal as relações morais entre os membros da família. Essas relações, tal como Rodrigues as compreende, serão objeto de discussão no direito de família somente a partir dos anos de 1980 (Théry, 2001). Hoje, no Brasil, é a noção de “afetividade” que melhor traduz as relações “morais”, que não fazem parte do direito positivo, mas que se pretende introduzir com o Estatuto das Famílias.

A noção de família é central no projeto de Coelho Rodrigues. Ela é o elemento estruturante de seu projeto de código civil. Na parte geral da obra, no art. 1º lê-se: “Este código reconhece e regula: §1º os direitos e obrigações das pessoas naturais, entre si, como membros de uma mesma família”. Aqui, “família” pode ser entendida, para usar uma outra expressão da época, como “organismo social”. No início da República, atribuí-se à família um significado político maior na organização das leis civis do Estado. Essa fórmula foi repetida por Beviláqua em seu projeto, porém enunciada de outra maneira, também como disposição geral, no artigo 1º, §1º: “este código reconhece e regula os direitos e deve-

res das pessoas naturais, entre si, como membros de uma família”. Ao se referir a esse artigo do projeto de Beviláqua, Rui Barbosa (1968) afirma que tal enunciado derivava de um pensamento novo, cujo objetivo é “condensar inteiramente a substância imensa do Código Civil na síntese de um só artigo, para o qual, atenta a sua importância, se abriu um título especial, por ele só abrangido”. Segundo Beviláqua (*apud* Barbosa, 1968, p. 6), a intenção desse artigo era a de “apresentar em uma síntese, inscrita no pórtico do edifício, a indicação das matérias que constituem o objeto do Código Civil”. Para tanto, usa a família como uma metáfora da sociedade. Mas Barbosa considerava essa disposição geral desnecessária, contra-argumentando que, ao aplicador da lei, o edifício legislativo está demarcado pela extensão que ocupa: “não há que lhe inscrever na frontaria as confrontações” (1968, p. 8). E, mais adiante, cita Portalis, um dos autores do Código Civil Francês de 1804: “Tudo o que é definição, ensinamento, doutrina cai na jurisdição da ciência. Tudo quanto é mandamento, disposição propriamente dita, na das leis” (Portalis *apud* Barbosa, 1968, p. 43). E assim se procedeu, em parte, na elaboração do Código Civil de 1916, com a supressão de muitas definições, dentre elas, as de família.

Embora a disposição preliminar permanecesse no Projeto Revisto de Beviláqua, a palavra família fora suprimida do texto que, no código aprovado em 1916, ficou assim redigido: “Art. 1º – Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações”. Esse é um episódio da história da codificação civil brasileira ignorado pela maioria dos juristas que tratam do direito de família. O “frontispício” de nossa legislação civil atribuía à família, em seu sentido mais amplo, por que não dizer estatal, a condição na regulação dos direitos e obrigações de ordem privada. Mas a sua essência é a mesma da noção de família designada a partir do núcleo doméstico: um conjunto de pessoas em que o homem exerce seu domínio, subjugando mulher e filhos.

Dessa forma, o Código Civil de 1916 suprimiu as definições legais, restringindo-se às normas prescritivas. Essa ordem só foi alterada em 1988, com a Constituição Federal, que reconheceu a união estável e as famílias monoparentais como “entidades

familiares”. Tal entendimento foi incorporado ao Código Civil de 2002, que não especifica quais seriam essas “entidades”. Essa ausência das “famílias” no direito civil é um dos pontos que tem chamado atenção dos juristas mobilizados em torno do Estatuto das Famílias, que tem um caráter descritivo. Nesse projeto, a família compreende: “toda comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar, em qualquer de suas modalidades”. Além do casamento, essas modalidades podem ser constituídas pela união estável, pela união homoafetiva, e pelos agrupamentos mono ou pluriparentais, que são definidos em artigos específicos. Vejamos:

Art. 63. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

Art. 69. As famílias parentais se constituem entre pessoas com relação de parentesco entre si e decorrem da comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar.

§ 1º *Família monoparental* é a entidade formada por um ascendente e seus descendentes, qualquer que seja a natureza da filiação ou do parentesco.

§ 2º *Família pluriparental* é a constituída pela convivência entre irmãos, bem como as comunhões afetivas estáveis existentes entre parentes colaterais (grifos meus).

Sob o manto de um ideal democrático, que está longe de se realizar em nosso país, o Estatuto das Famílias pretende proclamar um novo direito, “um direito das famílias”, realizado no plural. Um de seus objetivos é emprestar uma atualidade e um alcance que o nosso direito civil nunca teve, a ponto de estender seus domínios para toda e qualquer forma de experiência social. Isso nos coloca diante de um paradoxo. Por mais que se modifique a lei e que se reconheçam diferentes formas de família, as questões litigiosas relacionadas com esse univer-

so serão submetidas, nos tribunais, a uma série de procedimentos que homogeneizam a diversidade, reduzindo-a a um conjunto de elementos discerníveis. Mais do que reconhecer a generalidade de um fenômeno, é preciso compreender as condições sociais de sua existência (Théry, 2001). E, nesse caso, a desigualdade social brasileira é um dos fatores determinantes do sentido que a família assume no direito quando tratamos do acesso à justiça.

A família no direito

A família no direito é a materialização do direito de família. É a ordem empírica das relações sociais que entram em contato com a lei. E a lei, quando passou a tutelar outras formas de família, além daquelas constituídas pelo casamento civil, abriu o sistema de justiça para as classes sociais anteriormente excluídas de seu âmbito de regulação. Se a leitura do Código Civil era o bastante para identificarmos essa exclusão, isso não é mais suficiente. Hoje, essa questão pode ser mais bem compreendida se considerarmos o acesso desigual à justiça e ao direito.

Para a delimitação desse problema, consideremos o significado de família num sentido amplo. Para Lévi-Strauss, a palavra família é de uso tão comum, e refere-se a um tipo de realidade tão ligado à experiência cotidiana, que poderia pensar-se que o estudo a respeito da família trata de uma questão simples e óbvia. Todavia, o que parece simples e óbvio ao leigo, não o é para o cientista. É por isso, segundo o autor, que nos estudos de família encontramos uma definição julgada ideal e utilizada para questionamentos mais profundos a respeito desse núcleo social aparentemente tão natural. Lévi-Strauss escreve que a palavra família é empregada para designar um grupo social que possui, pelo menos, as três características seguintes:

- 1) Tem a sua origem no casamento. 2) É formado pelo marido, pela esposa e pelos filhos nascidos do casamento, ainda que seja concebível que outros parentes encontrem o seu lugar junto do grupo nuclear. 3) Os membros da família estão unidos por a) laços legais, b)

direitos e obrigações econômicas, religiosas e de outro tipo c) uma rede precisa de direitos e proibições sexuais, além de uma quantidade variável e diversificada de sentimentos psicológicos tais como o amor, afeto, respeito, temor etc. (Lévi-Strauss, 1980, p. 6)

Ora, no âmbito das transformações do direito, os laços legais, ou melhor dizendo, a legitimidade das relações sociais, como uma das formas de reconhecimento social da família, passou a contemplar diferentes grupos sociais. Ainda mais se considerarmos que, às características apresentadas por Lévi-Strauss, é possível acrescentar a adoção civil que, no Brasil, tem sido deferida também em favor de casais homossexuais e pessoas solteiras e não necessariamente para “marido e esposa”. Mas, o que é importante deixar assinalado, é o fato de que a lei não só expandiu os significados de família, mas também fez com que tais significados pudessem ser legitimados por meio da Justiça. Até a vigência da Constituição Federal de 1988, a “família legítima” só poderia existir com o casamento civil, um ato extrajudicial. Mas depois dessa Constituição, além da família formada pelo casamento civil, passaram a ser reconhecidas as famílias monoparentais e as formadas pela união estável entre homem e mulher. Todavia, para que essas duas últimas sejam legalmente reconhecidas, é preciso recorrer à Justiça. Mas nem todos podem fazê-lo. Eis, portanto, o ponto de travessia da fronteira que separava a questão social presente na ordem constitutiva de nossa legislação da esfera da organização social da Justiça. É preciso deixar claro que o reconhecimento legal da família pela Justiça, considerados os núcleos monoparentais e as uniões estáveis, é somente uma das modalidades de sua institucionalização estatal. Existem outras formas para tanto. Elas podem ser procuradas em nosso direito previdenciário, nos programas de distribuição de renda, de acesso à terra e à saúde, por exemplo.

Mas como descortinar o atual universo das formas de reconhecimento legal da família diante da diversidade de relações sociais que estão ao seu alcance? Para responder a essa pergunta é necessário considerar as formas de acesso à justiça, no senti-

do formal que essa expressão assume quando diz respeito à igualdade no acesso à representação judicial. Nas palavras de Cappelletti e Garth: o “acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido: ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística” (1988, p. 13). Sua expressão mais acabada é o processo judicial, meio pelo qual se unem as pessoas que buscam a solução de um litígio àquelas que estão autorizadas a apreciá-lo. O processo judicial é, portanto, uma das ferramentas de análise dos fatores que influenciam o nível e o tipo dos litígios apresentados aos tribunais. Para Santos *et al.* (1996), esses fatores estão relacionados com o grau de desenvolvimento econômico e social, a cultura jurídica e as transformações políticas, subentendidas, nesse nível, também as legislativas. Mas, segundo os autores, existem também os microfatores específicos, que dizem respeito às características de autores e réus nos processos, à forma pela qual ambos são afetados pelos custos judiciais e extrajudiciais do litígio e aos diversos tipos de racionalidade utilizados para que suas pretensões sejam atendidas. Todos esses fatores se entrecruzam no universo de relações potenciais que dão impulso ao acionamento da Justiça.

Dos macro aos microfatores, o grau de desenvolvimento econômico e social é um dos elementos mais explorados na análise do desempenho judicial como função política central do Estado contemporâneo, embora a procura pela Justiça não se esgote na racionalidade econômica (*Idem*). A partir dele, é possível medir o desempenho do Judiciário e estabelecer correlações com os dados da oferta e da procura dos serviços prestados nos tribunais, os quais são expressos em números da movimentação processual. O resultado dessa correlação aponta para aspectos intrinsecamente ligados, tanto para os que determinam a conduta dos acionadores do sistema de justiça como para os sistêmicos próprios da organização do Judiciário (*Idem*).

Quanto mais baixo o nível socioeconômico, menor é a chance de uma pessoa interpor uma ação judicial (Cappelletti e Garth, 1988; Santos *et al.*, 1996; Sadek, 2001). Isso produz efeitos não somente na quantidade de processos distribuídos. As diferenças socioeconômicas produzem também

diferenças qualitativas que se traduzem nos tipos de processos mais frequentes em função de determinadas características da população. A distribuição do direito e da justiça, portanto, tem estreita relação com a desigualdade socioeconômica.

Essa relação pode ser observada no município de São Paulo, que responde pela maioria dos processos distribuídos em todo o estado, somando quase o dobro de processos recebidos nas sedes das principais circunscrições judiciárias paulistas, tais como as de Santos, Campinas, Ribeirão Preto, São Bernardo do Campo, Santo André e Osasco. São Paulo é a unidade da federação que concentra mais de 45% do total de processos distribuídos no país. Entre 2000 e 2005, foram mais de 5 milhões de processos novos na área cível de primeira instância, que compreende os juizados especiais cíveis, as va-

ras cíveis comuns e as varas de família e sucessões, o que faz do Judiciário paulista o líder nacional em litigiosidade, considerados os processos recebidos pela Justiça em relação ao número de habitantes do estado.

Na capital, o volume de processos distribuídos nas varas de família e sucessões cresceu 19%, enquanto a população aumentou 5% entre 2000 e 2005.⁶ Contudo, essa relação não foi uniforme nas doze áreas abrangidas pelos doze foros regionais paulistanos que compunham a circunscrição judiciária da capital nesse período.⁷ Da análise do movimento processual de primeira instância nas varas de família e sucessões desses foros, é possível destacar alguns elementos que auxiliam diferenciar os contextos regionais nos quais as experiências de família ligam-se às práticas legais (Tabela 1).

Tabela 1

População, Crescimento Populacional, Número de Processos Distribuídos e Crescimento do Volume de Processos Distribuídos por Foro nas Varas de Família e Sucessões, São Paulo (2000 a 2005)

Foros	População		Crescimento Populacional (%)	Processos Distribuídos		Crescimento Processos Distribuídos
	2000	2005		2000	2005	
Sé	904.970	928.128	2,6	20.883	22.989	10,1
Ipiranga/Jabaquara*	760.932	774.690	1,8	8.391	11.374	35,5
Itaquera	1.201.161	1.305.677	8,7	10.857	15.565	43,4
Lapa	1.004.483	1.051.383	4,7	11.572	13.119	13,4
Penha	592.925	602.194	1,6	5.042	6.322	25,4
Pinheiros	527.298	539.868	2,4	5.684	6.982	22,8
Santana	1.147.068	1.176.471	2,6	14.642	16.375	11,8
Santo Amaro	2.400.831	2.618.004	9,0	20.333	25.506	25,4
São Miguel Paulista	942.650	985.261	4,5	10.324	12.398	20,1
Tatuapé	389.597	402.176	3,2	4.423	5.012	13,3
Vila Prudente	543.525	557.030	2,5	5.375	6.584	22,5
São Paulo	10.415.440	10.940.880	5,0	117.526	142.226	21,0

*Soma do número de processos distribuídos e da população referente às áreas de competência dos foros do Ipiranga e do Jabaquara. Os dados do movimento processual nessas áreas não puderam ser desagregados.

Fonte: IBGE (2000).

De 2000 a 2005, o crescimento intra-urbano de São Paulo reflete a tendência observada, nas duas últimas décadas, de aumento populacional nas regiões periféricas e de diminuição nas áreas do centro, as quais apresentaram taxas negativas de crescimento. Naquelas regiões, registrou-se a chegada de novos habitantes; nas centrais, de ocupação consolidada, houve perda da população residente. Assim, no período em análise, as regiões mais populosas distantes do centro do município, aquelas com quase um milhão de habitantes ou mais, apresentam o maior crescimento populacional: São Miguel Paulista registrou aumento de 4,5%, Lapa, 4,7%, Itaquera, 8,7%, e Santo Amaro, a região mais populosa, 9%. Entretanto, nas áreas do foro Central e de Santana – regiões centro-oeste, central e norte –, houve crescimento de 2,6% do número de habitantes, um pouco mais da metade do valor registrado para o município. Juntas, essas seis regiões respondem por mais de 73% da população paulistana, compondo o grupo de foros que mais recebem processos. Dentre esses foros, apenas os de Itaquera e de Santo Amaro destacam-se, pois tiveram aumento superior à média de processos distribuídos em São Paulo. O crescimento do número de processos distribuídos em Itaquera foi o mais alto, ultrapassando os 43%, e o de Santo Amaro ficou acima de 25%. Ipiranga e Jabaquara, áreas cujo crescimento populacional de 1,8% foi pequeno em relação às demais, tiveram aumentos de mais de 35% em distribuição de processos. Abaixo desse número e acima da média municipal, aparecem Penha e Santo Amaro, com um pouco mais de 25%, e Pinheiros, com aproximadamente 23% de elevação na distribuição processual.

Mas a medida da procura do Judiciário para a resolução de conflitos é mais bem compreendida se considerarmos a razão entre a participação do número de habitantes na população total do município e a participação do número de processos distribuídos no total recebido pelas varas de família e sucessões. Entre 2000 e 2005, destacam-se os foros Central, de Santana e da Lapa como aqueles em que a distribuição de processos nas varas de família e sucessões era maior do que seu peso populacional. Verifica-se uma participação equitativa nos foros do Tatuapé, Ipiranga/Jabaquara, São Miguel Paulista e Pinheiros. Nos foros de Vila Prudente, Itaquera, Penha e Santo Amaro, a

razão do número de processos distribuídos em função da população é baixa em relação aos demais.

Desse quadro analítico, conclui-se que, em determinadas regiões do município de São Paulo, a população utiliza mais a Justiça para a resolução de litígios de família do que em outras áreas. Por exemplo, na região Central, que tem população estimada em quase 930 mil pessoas, proporcionalmente, existem muitos mais processos distribuídos nas varas de família e sucessões do que no foro de Santo Amaro, cuja população soma mais de 2,5 milhões de habitantes em 2005.

O crescimento do número de processos distribuídos e a sua relação com o número de habitantes, ambos compondo um cenário desigual, podem ser explicados por diversos fatores. As características demográficas, sociais, econômicas, políticas e culturais das regiões de competência dos foros paulistanos determinam a forma pela qual a população residente nessas áreas estabelece contato com os tribunais. Nas regiões mais desenvolvidas do município há uma procura maior da Justiça para a resolução dos conflitos familiares.

O “Censo demográfico 2000” oferece um panorama dessa desigualdade. Os dados que dizem respeito ao estado conjugal da população paulistana de 15 anos ou mais de idade, num universo de mais de 10,5 milhões de pessoas, nos mostram que 31% nunca viveram algum tipo de união e que 69% viveram ou viviam algum tipo de união. Nessa modalidade, existiam 17,6% de uniões consensuais, 38,3% de casamentos na forma civil e religiosa, 12,1% da forma civil e 1% somente da forma religiosa. Esses números, quando correlacionados com o grau de desenvolvimento humano dos 96 distritos municipais de São Paulo (IDH-M),⁸ mostram que na região centro-oeste, onde se concentram os distritos de IDH alto e médio, áreas compreendidas pelos foros Central, Pinheiros e Lapa, é maior o número de pessoas que nunca viveram algum tipo de união e, entre aquelas que viveram ou viviam, é maior o número de casamentos na forma civil e religiosa. Diferentemente, na região periférica do município, principalmente nas porções leste e sul, áreas abrangidas pelos foros de Itaquera, Vila Prudente e Santo Amaro, que têm IDH baixo, a quantidade de pessoas unidas é maior, embora o número de casamentos

na forma civil e religiosa prevaleça sobre as demais; são mais frequentes as uniões consensuais e os casamentos exclusivamente na forma civil ou na forma religiosa do que nas demais partes do município. Já os dados censitários relativos às formas do estado civil reforçam essas diferenças. Em 2000, 43,6% pessoas com 15 anos ou mais de idade declararam-se casadas, 3% separadas ou desquitadas judicialmente, 2,8% divorciadas, 6,2% viúvas e 44,4% solteiras. Na região centro-oeste, há maior proporção de pessoas casadas, ou seja, de pessoas que optam pela formalização legal da união. Além disso, são regiões mais envelhecidas e onde as pessoas se casam mais tarde do que nas demais regiões da cidade. Essas características, somadas aos níveis de renda e escolaridade da população, bem como à presença mais efetiva dos aparelhos estatais na região central do município, facilitam o acesso à justiça. Por isso, nessa região, também é maior a proporção de pessoas separadas e divorciadas do que nas regiões periféricas de São Paulo. Nessas localidades empobrecidas, a população vive em condições que limitam o acesso à justiça. São áreas onde existe maior concentração de pessoas solteiras, mas isso não significa que não se unam. Ao contrário, fazem-no mais cedo e com mais frequência do que nas regiões desenvolvidas, porém sem a formalização legal. Também desfazem a união sem utilizar a Justiça, até mesmo entre os casados legalmente. Nas regiões leste e sul do município, que são mais jovens e, portanto, proporcionalmente, têm menos viúvos, encontramos baixos registros do estado civil de casados, separados e divorciados em relação a outras regiões da cidade. O casamento civil e religioso exige despesas com as quais muitos não podem arcar.

Essas diferenças quantitativas relativas ao número de processos distribuídos nas varas de família e sucessões também se expressam qualitativamente. Embora a formalização da união pressuponha um tipo específico de contato com a Justiça para o seu desfazimento, por meio da separação ou do divórcio, isso não significa que as pessoas que se unem consensualmente deixem de recorrer à Justiça para legitimarem suas relações de ordem familiar. Ao contrário: fazem-no, porém diferentemente.

Existem classes de processos que funcionam como indicadores das diferenças regionais de acesso à justiça

em São Paulo. Vimos que os estados civis de casado, solteiro, separado e divorciado distinguem uma parcela da população no que diz respeito à sua relação com a Justiça. Por isso, a proporção de processos de separações e divórcios nos foros regionais aponta para essa desigualdade entre os anos de 2000 a 2005.

Há, entretanto, uma classe processual especial, que expressa o modo pelo qual diferentes grupos sociais utilizam a Justiça para a resolução de conflitos familiares. Essa classe processual diz respeito aos processos de alimentos (Lei 5.478 de 25 de julho 1968). Em São Paulo, na prática forense, tais processos dizem respeito ao pedido de alimentos às pessoas com menos de 18 anos, cujos pais não oficializaram a união ou que, nos casos em que foi oficializada, a união não foi dissolvida judicialmente. Segundo a lei, tais processos seguem um rito especial, não dependem de prévia distribuição e gozam do benefício da gratuidade processual. Considerado o período de pesquisa, tais processos eram conhecidos como “alimentos de balcão”. Eram feitos diretamente ao juiz pela parte interessada, na maioria dos casos, a mãe do menor de idade.⁹

A qualidade explicativa dos “alimentos de balcão” reside no fato de que essa ação se destina a uma parcela específica da população, ou seja, aquela que não formalizou a união nem a desfz judicialmente, tampouco dispõe de recursos para tanto. Geralmente, os alimentos tanto para ex-cônjuges como para os filhos são fixados na separação ou no divórcio. Portanto, recorrer aos alimentos, segundo a Lei 5.478, é um dos meios de assegurar certos direitos decorrentes da união consensual. Logo, essa classe de processos é mais frequente nas regiões onde essa forma de união é mais comum.

Nas regiões sul e leste, nos foros de Santo Amaro, Itaquera e São Miguel, encontram-se as maiores porcentagens de pedidos de alimentos segundo a Lei 5.478/68, em relação ao total de processos distribuídos nas varas de família e sucessões. Respectivamente, os valores são de 31,4%, 37,1% e 28,5% em 2000. Nesse ano, essas regiões apresentavam a proporção média de 26,2% de pessoas que viveram ou viviam em união consensual; são as maiores concentrações no município.

Outro dado que complementa essa informação diz respeito ao tipo de arranjo familiar nos domi-

cílios paulistanos, segundo o “Censo demográfico 2000” (IBGE). Dos arranjos mais frequentes, cerca de 10% correspondiam a pessoas que viviam sós; 12,4% eram compostos por casais sem filhos; 13,5%, por pessoas que viviam com um ou mais filhos, mas sem o cônjuge ou companheiro; 45,2%, por casais com um ou mais filhos; 2,5%, por pessoas que viviam com um ou mais filhos e um ou mais parentes, porém sem o cônjuge ou companheiro; e 4,7%, por casais que moravam com um ou mais filhos e um ou mais parentes. A porcentagem dos arranjos familiares compostos por pessoas que viviam com um ou mais filhos, mas sem o cônjuge ou companheiro, tinha média superior a 15% – a maior de São Paulo – na maioria dos distritos dos extremos leste e sul do município.¹⁰ É exatamente a área dos foros onde é maior a demanda dos “alimentos de balcão”. Desse tipo de arranjo familiar, mais de 90% eram compostos pela mãe e um ou mais filhos.

O universo das varas de família e sucessões em São Paulo, além de abrigar um número considerável de ações, é bastante rico qualitativamente. Na diversidade dos tipos mais comuns de litígio, outras modalidades de ação judicial, e não somente os “alimentos de balcão”, podem ser utilizadas para descrever a desigualdade de acesso à justiça em função das características socioeconômicas da população que procura os tribunais. Ao lado dos “alimentos de balcão”, para reforçar as correlações descritas, também podem ser considerados os processos de reconhecimento da paternidade e maternidade. Ao lado dos processos de separação e divórcio, que são mais comuns nas áreas mais desenvolvidas do município, também é possível levar em conta os processos de arrolamento e inventário, ambos relativos à herança; portanto, ao direito das sucessões. Mas, de modo geral, são as ações de alimentos, sejam elas de “balcão”, ou aquelas julgadas em favor de menores de 18 anos, nas separações e nos divórcios, que, devido ao grande volume – chegando a um terço de todos os processos distribuídos em alguns foros – apontam a direção para a qual o direito de família tem caminhado: em favor das crianças, mediante o reconhecimento social das relações de família, o qual é alcançado graças aos meios de legitimação que acontecem dentro dos tribunais, através de audiências e sentenças judiciais.

Considerações finais

A história do desenvolvimento do direito de família é a história de um conjunto de forças e elementos em oposição. No Brasil, seu ponto de partida compreende o empenho para a codificação civil no final do século XIX, período em que prevalecia uma concepção de família como instituição essencial ao desenvolvimento do Estado. O ponto de chegada, ou seja, o momento atual, caracteriza-se por um movimento pela descodificação do direito civil, em geral, e do direito de família, em específico, e pela visão da família como um lugar privilegiado para o desenvolvimento pessoal. Nesse processo, ocupou um lugar central a tensão entre as relações sociais tuteladas legalmente e aquelas ignoradas pelo legislador, isto é, entre o que era considerado legítimo e ilegítimo; dito de outra maneira, entre o que pertencia à esfera do direito civil e o que era da ordem da natureza e dos costumes. O instrumento para diferenciar uma coisa da outra, para humanizar as relações naturais, foi o casamento: o único meio legal reconhecido, que dava à família os sinais políticos de sua existência ao Estado. Mas o casamento perdeu tal centralidade à medida que a lei passou a reconhecer outras formas de constituição familiar. Assim, a fórmula que distinguia o legítimo do ilegítimo deslocou-se do direito positivo para o universo das práticas judiciais. Hoje, a lei reconhece diferentes formas de família além daquela fundada no casamento, porém, em alguns casos, tais formas precisam dar-se a reconhecer por outras vias que não as dos cartórios, mas sim as dos tribunais.

Houve uma crescente demanda pelos tribunais entre os anos de 2000 e 2005 em São Paulo. Nesse período, o volume de processos distribuídos nas varas de família e sucessões cresceu 19%, porém de modo desigual nos distritos municipais. Houve um aumento expressivo nas regiões carentes da cidade, o que mostra um acesso diferencial dessa população aos tribunais. Quanto a esse aspecto, foi identificada uma demanda típica dessas localidades, que diz respeito aos pedidos de alimentos enviados ao tribunal. Na maior parte dos casos, esse pedido é formulado por casais que não formalizaram a união por meio do casamento

civil. Portanto, os alimentos são um modo indireto de legitimação de certas relações sociais de família que não encontrariam outra forma de serem reconhecidas pelo Estado senão por essa via. Daí a existência de acesso diferencial à justiça e ao direito que se entrecruza com o deslocamento da legitimidade, antes fixada pela lei, para a esfera da Justiça. E esse entrecruzamento, na rotina dos trabalhos judiciais, revela o direito como uma das ordens constitutivas da vida em família. Esse aspecto é destacado por Irène Théry para enfatizar o seguinte:

Diz-se com frequência que a evolução dos costumes é a causa das mudanças de nossas atitudes em relação ao direito. Com efeito, os costumes amorosos, isto é, do amor, são codificados em rituais, em práticas sociais, em representações e expressões coletivas, e também em normas explícitas ou implícitas que distinguem o bem e o mal, o autorizado e o interdito, modificando-se sem cessar. Somos tentados, assim, a opor os costumes ao direito. Contudo, o direito faz parte dessas normas que fazem os costumes amorosos, e a maneira pela qual uma sociedade não somente edita tal e tal regra jurídica da vida privada, mas também pensa a função do direito no seu domínio, está no coração de seus costumes. Nas reviravoltas contemporâneas, a questão do direito faz parte dessa mutação, ela lhe pode ser, talvez, a principal aposta (Théry, 2001, minha tradução).

Mas o direito como aposta continua sendo privilégio de poucos. O casamento permanece socialmente atraente, embora nem todos possam concretizá-lo. Por isso, o amor, o carinho, o afeto, os sentimentos em geral, tudo isso que se pretende garantir com o direito substantivo, quando ressoam nos tribunais, guiando os trabalhos da Justiça, não são problemas de indivíduos. Na verdade, em sua maioria, tocam uma questão social que não pode ser buscada somente nas leis, mas também nos fatores sociais, culturais, políticos e econômicos que determinam as formas de acesso ao direito e à justiça.

Notas

- 1 No Brasil, o casamento tornou-se objeto de competência estatal a partir da Constituição de 1891, cujo artigo 72, §4º prescrevia o seguinte: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.
- 2 Nesse período, fazem parte dessa história outros trabalhos inacabados, que tiveram o mesmo propósito e o mesmo destino: o plano Cardoso da Costa, o fragmento de código oferecido pelo Visconde de Seabra, jurista português, a Dom Pedro II, e o projeto do conselheiro de Estado José Tomás Nabuco de Araújo.
- 3 Do Esboço de Teixeira de Freitas ao Código Civil de 1916, o regime dotal era previsto na legislação brasileira. Além dele, o regime de separação de bens, o regime de comunhão parcial de bens e o regime da comunhão universal. O CC/2002 extinguiu o regime dotal. Além dos já citados, a nova lei adotou o regime de participação final nos aquestos, que consiste na divisão do patrimônio comum adquirido pelo casal a título oneroso, bem como os frutos desses bens, porém comunicáveis durante o casamento.
- 4 Clóvis Couto e Silva, responsável por esse sistema adotado no direito de família brasileiro, justifica a escolha por se tratar de dois tipos de relação jurídica diversos substancialmente no setor do direito privado. Segundo ele, na “Exposição de Motivos Complementar” ao Anteprojeto de Código Civil de 1973, esse sistema é original, pois não utilizou como base nenhum código estrangeiro. Ao plano elaborado por Clóvis Couto e Silva foi acrescentada uma parte dedicada exclusivamente à união estável, seguindo os preceitos constitucionais, adequando, portanto, o projeto original à legislação vigente depois de 1988.
- 5 Entre eles: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Luiz Edson Fachin, Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Netto Lôbo, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Rosana Fachin.
- 6 Em São Paulo, no período de pesquisa, os ofícios das varas de família e sucessões seguiam a lógica de divisão do Livro IV do Direito de Família, e do Livro V do Direito das Sucessões, no CC/2002. Dessa divisão, distinguem-se: 1) o direito matrimonial e convivencial, fundados no casamento legal e na união estável, divididos em direito pessoal e patrimonial; 2) o direito protetivo, que dispõe acerca da tutela e a curatela; e, 3) o direito sucessório, que trata da herança. No foro João Mendes Jr., na praça da Sé, onde foi realizada a maior parte do trabalho de campo, os ofícios

das varas de família e sucessões tinham uma seção exclusiva para os processos referentes à sucessão, uma para os processos relativos à tutela e à curatela e outra para os processos referentes ao casamento, à união estável e sua dissolução, à filiação etc. Nessa última, os processos mais comuns eram: separações e divórcios, no rito consensual ou litigioso; pedido de alimentos para filhos ou ex-esposas; pedido de guarda, ou sua modificação; reconhecimento e dissolução da sociedade de fato, ou da união estável; investigação de paternidade; oferta, execução e exoneração de alimentos; regulamentação de visitas aos filhos sob a guarda do ex-cônjuge etc.

- 7 No município de São Paulo, entre 2000 e 2005, estavam previstos legalmente um foro central, quinze foros regionais, entre os quais alguns compreendiam juizados especiais, e dois foros distritais. Desses, estavam em atividade: Foro central da Sé; Foro regional I – Santana; Foro regional II – Santo Amaro, cuja área de competência compreende o juizado especial cível do Jardim São Luís; Foro regional III – Jabaquara/Saúde; Foro regional IV – Lapa, onde funcionava o juizado especial cível de Parada de Taipas; Foro regional V – São Miguel Paulista, cuja área de competência abrange o juizado especial cível do Itaim; Foro regional VI – Penha de França; Foro regional VII – Itaquerá; Foro regional VIII – Tatuapé; Foro regional IX – Vila Prudente; Foro regional X – Ipiranga; Foro regional XI – Pinheiros. Nesse período, o foro distrital em atividade era o de Parelheiros. Já, em 2007, o Foro regional XII – Nossa Senhora do Ó exercia suas atividades. Nesse mesmo ano, não haviam entrado em operação os foros regionais do Butantã, Ermelino Matrazzo e São Mateus, e o foro distrital de Perus.
- 8 A metodologia utilizada para o cálculo do IDH-M para os 96 distritos do município de São Paulo é uma adaptação da fórmula adotada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento Humano (PNUD). As variáveis produto interno bruto (PIB) *per capita*, matrículas escolares e esperança de vida ao nascer, as quais não se encontravam desagregadas para os distritos administrativos do município, foram substituídas pelas variáveis relacionadas ao rendimento do chefe de família, aos anos de estudos e à taxa de mortalidade infantil. Sobre a construção do IDH paulistano, ver: Secretaria do Desenvolvimento, Trabalho e Solidariedade (2002).
- 9 Ao lado desses processos de alimentos previstos pela Lei 5.478/68, distinguiam-se outras classes de alimentos que seguiam o rito ordinário, dependendo de prévia distribuição – segundo a classificação do Tribunal

de Justiça do Estado de São Paulo: alimentos em rito ordinário, alimentos provisionais e investigação de maternidade e paternidade cumulada de alimentos.

- 10 Destacam-se os seguintes distritos: Lajeado, Vila Curuçá, Itaim Paulista, Itaquerá, Cidade Ademar, Cidade Tiradentes, Guaianazes, São Miguel, José Bonifácio e Capão Redondo.

BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA, Rui. ([1905] 1968), Código Civil: parecer jurídico. Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura.
- BEVILÁQUA, Clóvis. ([1899] 2003), “Observações para esclarecimento do Código Civil Brasileiro”, in *Códigos Cíveis do Brasil: do Império à República – uma retrospectiva histórica*. CD ROM, Brasília, Senado Federal.
- BRASIL. (2004), Código Civil Brasileiro. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- _____. Câmara dos Deputados. Projeto de lei (PL) 2.285, de 2007. [Estatuto das famílias]. Revogam-se dispositivos das Leis n.s 10.406, de 2002; 5.869, de 1973; 5.478, de 1968; 6.015, de 1973; 6.515, de 1977 e 8.560, de 1992; além do -Lei n. 3.200, de 1941. Aplica dispositivos dos arts. 226 e 227 da Constituição Federal de 1988. Apresentado em 25/10/2007, Brasília.
- _____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>, consultado em 17 mar. 2008.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>, consultado em 17 mar. 2008.
- _____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Rio de Janeiro, 1ª de Janeiro de 1916. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>, consultado em 27 maio 2008.
- _____. Lei n. 5.478, de julho de 1968 [Lei dos Alimentos]. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Brasília, 25 de julho de 1968.
- _____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de

- janeiro de 2002. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> consultado em 27 maio 2008.
- _____. Lei n. 11.441 de 04 de janeiro de 2007 [Lei dos Cartórios]. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, 4 de janeiro de 2007. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>, consultado em 27 maio 2008.
- _____. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula n. 358. O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos. DJe 08.09.2008; REPDJe 24.09.2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>, consultado em 25 set 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. (1988), *Acesso à justiça*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris.
- ENGELS, Frederic. (2000), *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. ([1860] 2003), Esboço do Código Civil, in *Códigos Civis do Brasil: do Império à República – uma retrospectiva histórica*. CD ROM, Brasília, Senado Federal.
- FACHIN, Luiz Eduardo. (2003), *Direito de Família: elementos críticos a luz do novo Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro, Renovar.
- GLENDON, Mary Ann. (1989), *The transformation of family law: state, law, and family in the United States and Western Europe*. Chicago, University of Chicago.
- GOMES, Orlando. (2003), *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo, Martins Fontes.
- GURVITCH, Georges. (1940), *Éléments de sociologie juridique*. Paris, Aubier-Montaigne.
- Halpérin, Jean-Louis. (1992), *L'impossible Code Civil*. Paris, PUF.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. “Censo demográfico 2000”: documentação dos microdados da amostra. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/default_censo_2000.shtm>, consultado em 20 fev. 2006.
- LASCOUMES, Pierre & SERVERIN, Evelyne. (1988), “Le droit comme activité sociale: pour une approche wébérienne des activités juridiques”. *Droit et Société*, 9: 171-193.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. (1980), *A família: origem e evolução*. Porto Alegre, Villa Martha.
- ORDENAÇÕES FILIPINAS. “Ordenações Filipinas” *on-line*. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>, consultado em 27 jun 2009.
- RODRIGUES, Antônio Coelho. “Projeto de Código Civil”, in *Códigos Civis do Brasil: do Império à República – uma retrospectiva histórica*. CD ROM, Brasília, Senado Federal.
- SADEK, Maria Tereza (org). (2001), *Acesso à justiça*. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer.
- SÃO PAULO. (2002), “Desigualdade em São Paulo: o IDH”. Prefeitura do Município de São Paulo, Secretaria do Desenvolvimento, Trabalho e Solidariedade.
- SANTOS, Boaventura de Sousa *et. al.* (1996), *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. 2. ed. Porto, Centro de Estudos Judiciários/Afrontamento.
- TEPEDINO, Gustavo. (2004), “Normas constitucionais e direito civil”. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, V (5), 2004.
- THÉRY, Irène. (2001), *Le démariage: justice e vie privée*. Paris, Odile Jacob.
- VARELA, João de Matos Antunes. (1984), “O movimento pela descodificação de direito”, in *Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro, Forense.
- WEBER, Max. (2004), “Sociologia do direito”, in _____, *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, vol. 2. Brasília/São Paulo, Editora Universidade de Brasília/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo.
- ZARIAS, Alexandre. (2008), *Das leis ao avesso: desigualdade social, direito de família e intervenção judicial*. Tese de doutorado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-24072009-153717/>>, consultado em 27 jun 2009.

A FAMÍLIA DO DIREITO E A FAMÍLIA NO DIREITO: A LEGITIMIDADE DAS RELAÇÕES SOCIAIS ENTRE A LEI E A JUSTIÇA

Alexandre Zarias

Palavras-chave: Família; Legitimidade; Acesso à Justiça; Código Civil; São Paulo.

No direito de família brasileiro, a legitimidade de certos aspectos das relações de família deslocou-se da norma para o âmbito das decisões judiciais. Atualmente, as questões que cercam o casamento, a separação, o divórcio, a guarda dos filhos, entre tantas outras, antes prescritas pelo Código Civil, encontraram no Judiciário um espaço institucionalizado de definição do que é a família. Tal fato fez com que a questão social, antes enraizada nos textos legais referentes à família, ganhasse novos contornos em face da procura e da oferta de serviços na Justiça. Neste artigo, as consequências dessa transformação do direito de família serão analisadas sob dois ângulos. O primeiro diz respeito à estrutura de nosso direito civil no que concerne às normas que regem as relações de família. O segundo está relacionado com a organização social da justiça, ou seja, a configuração da demanda judicial no município de São Paulo, em função das características socioeconômicas do público que procura os tribunais para a resolução de conflitos familiares de natureza civil.

LAWFUL FAMILY AND FAMILY IN THE LAW: LEGITIMACY IN THE SOCIAL RELATION BETWEEN LAW AND JUSTICE

Alexandre Zarias

Keywords: Family; Legitimacy; Access to justice; The Civil Code; Sao Paulo.

In the Brazilian family law, the legitimacy of certain aspects on family relations has shifted towards the scope of judicial decisions. Currently, matters surrounding marriage, separation, divorce, child custody, among other issues previously prescribed by the Civil Code, have found in the judiciary an institutionalized space of what in fact is the definition of family. This fact has made the so-called social issue, which had before been engrained in legal texts referring to the family, to be given a new framing in face of the demand and supply of court services. In this article, the consequences of such transformation of the family law will be analyzed from two standpoints. The first one is about our civil law structure regarding the rules governing family relations. The second one is related to the social organization of justice, i.e., the configuration of lawsuit demand in the city of Sao Paulo according to the socioeconomic characteristics of the public seeking the courts to resolve family conflicts of a civil nature.

LA FAMILLE DU DROIT ET LA FAMILLE DANS LE DROIT: LA LÉGITIMITÉ DES RAPPORTS SOCIAUX ENTRE LA LOI ET LA JUSTICE

Alexandre Zarias

Mots-clés: Famille; Légitimité; Accès à la Justice; Code Civil; São Paulo.

Dans le droit brésilien de la famille, la légitimité de certains aspects des relations familiales s'est déplacé de la norme vers le cadre des décisions judiciaires. Actuellement, les questions à propos du mariage, de la séparation, du divorce, de la garde des enfants, parmi tant d'autres, antérieurement prescrites par le Code Civil, ont trouvé, dans le pouvoir Judiciaire, un espace institutionnalisé de définition de ce qu'est la famille. C'est pourquoi la question sociale, antérieurement enracinée dans les textes légaux relatifs à la famille, se bénéficie de nouveaux contours face à la demande et à l'offre de services au sein de la Justice. Dans cet article, les conséquences de cette transformation du droit de la famille seront analysés sous deux angles. Le premier concerne la structure de notre droit civil par rapport aux règles qui régissent les relations familiales. Le second est lié à l'organisation sociale de la justice, c'est-à-dire, à la configuration de la demande judiciaire dans la commune de São Paulo, suivant les caractéristiques socio-économiques du public qui saisit les tribunaux pour la résolution des conflits familiaux de nature civile.