

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A NOVA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DAS FAMÍLIAS –
DO CLÃ PRIMITIVO À (RE)CONSTRUÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES
CONTEMPORÂNEAS**

MILENA FURGHESTTI MACHADO

Itajaí/SC, fevereiro de 2012.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A NOVA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DAS FAMÍLIAS –
DO CLÃ PRIMITIVO À (RE)CONSTRUÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES
CONTEMPORÂNEAS**

MILENA FURGHESTTI MACHADO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do
Título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador[a]: Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa

Itajaí/SC, fevereiro de 2012.

AGRADECIMENTO

Agradeço àqueles que me incentivaram a fazer a seleção para o Mestrado, amigos, pais, professores, e, quem depois se tornaria o meu próprio orientador, prof. Alexandre Morais da Rosa, sempre demonstrando que é possível ir além do comum e de preferência, rápido!

A todos os colegas de carona, trabalhos, estudos, cafés, parcerias, professores do curso, funcionários, aqueles que fizeram a carga de dedicação para um Mestrado se tornar mais leve e prazerosa;

Aos médicos, enfermeiros e policiais rodoviários que prestaram socorro rápido e eficaz no acidente de automóvel que sofri a caminho de Itajaí/SC, para mais um dia de Mestrado. Cinco meses afastada, em recuperação, sendo impulsionada pela família e por grandes amigos a prosseguir; se algo maior existe entre nós, nesse dia possuí a nítida sensação que me protegeu;

Àqueles que me auxiliaram durante o processo de criação da presente dissertação, dos que muitos livros emprestaram aos que ofereceram apoio e até a pressão necessária para finalizar o trabalho, além de compreenderem as ausências intermináveis;

Enfim, sou grata, inteiramente grata, aos que apostaram (não citarei nomes para não ser injusta) que eu conseguiria vencer esta etapa profissional e pessoal, sinto-me realizada e mais capaz de exercer o magistério superior, profissão que abracei calorosamente!

DEDICATÓRIA

A presente dissertação é dedicada à professora Maria da Graça Santos Dias, uma graça de ser humano, que possuí o privilégio de conhecer no presente Mestrado, foi quem me apresentou à pós-modernidade, e, por fim, encontrei meu caminho no Direito!

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador, de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí/SC, fevereiro de 2012.

Milena Furghestti Machado

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C.	Antes de Cristo
Art.	Artigo
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
DNA	Ácido desoxirribonucléico
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CC	Código Civil
CP	Código Penal
d.C.	Depois de Cristo
ECA	Estatuto da Criança e Adolescente
Nº.	Número
PL	Projeto de Lei
PLC	Projeto de Lei Complementar
Séc.	Século
V.	Versículo

SUMÁRIO

RESUMO	IX
ABSTRACT	X
INTRODUÇÃO	XI
CAPÍTULO 1	4
A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA DA ENTIDADE FAMILIAR ..	4
1.1 TEORIAS SOBRE A ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DOS PRIMEIROS NÚCLEOS FAMILIARES	4
1.1.1 A EVOLUÇÃO NATURAL DA CÉLULA FAMILIAR PARA FRIEDRICH ENGELS	5
1.1.2 A FAMÍLIA E O VÍNCULO RELIGIOSO PARA FUSTEL DE COULANGES	10
1.1.3 AS FAMÍLIAS MATRILINEARES E PATRILINEARES - A ETNOLOGIA CLÂNICA DE JOHN GILISSEN.....	13
1.2 AS PRIMEIRAS CIVILIZAÇÕES DA ANTIGUIDADE E SUAS COMPOSIÇÕES FAMILIARES.....	16
1.2.1 ASPECTOS DESTACADOS DA MESOPOTÂMIA E DO EGITO.....	17
1.2.2 DIREITOS CUNEIFORMES E A NORMATIZAÇÃO FAMILIAR.....	20
1.2.3 O DIREITO HEBRAICO - LEI MOSAICA E A NORMATIZAÇÃO FAMILIAR.....	23
1.2.4 O DIREITO INDIANO - CÓDIGO DE MANU E A NORMATIZAÇÃO FAMILIAR - BREVES APONTAMENTOS SOBRE O ANTIGO DIREITO MUÇULMANO.....	26
1.2.5 O DIREITO GREGO E A NORMATIZAÇÃO FAMILIAR.....	32
1.2.6 O DIREITO ROMANO COMO GRANDE PREDECESSOR DAS NORMAS FAMILIARES OCIDENTAIS - BREVES APONTAMENTOS SOBRE O ANTIGO DIREITO GERMÂNICO.....	37
CAPÍTULO 2	46
O DESENVOLVIMENTO SÓCIO-NORMATIVO DA FAMÍLIA BRASILEIRA - DO PATRIARCALISMO À UNIÃO EUDEMONISTA	46
2.1 A INFLUÊNCIA DO DIREITO CANÔNICO NO FEUDALISMO.....	46

2.2 A COLONIZAÇÃO PORTUGUESA E O SEU DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO-LEGISLATIVO.....	52
2.2.1 A EVOLUÇÃO SÓCIO-NORMATIVA DA FAMÍLIA BRASILEIRA A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 1916	60
2.2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS NORMAS FAMILIARES E SUA EXTENSÃO ÀS LEIS INFRACONSTITUCIONAIS.....	63
2.3 A FAMÍLIA EUDEMONISTA NO ATUAL DIREITO DE FAMÍLIA.....	70
CAPÍTULO 3	81
A NOVA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DAS FAMÍLIAS.....	81
3.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA LIBERDADE.....	83
3.2 OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE ENTRE CÔNJUGES/COMPANHEIROS, IGUALDADE NA CHEFIA FAMILIAR E IGUALDADE ENTRE OS FILHOS (O MELHOR INTERESSE DO MENOR).....	88
3.3 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR.....	94
3.4 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	95
3.5 O PRINCÍPIO DO PLURALISMO FAMILIAR.....	100
3.6 O PRINCÍPIO DA MONOGAMIA.....	111
3.7 O PRINCÍPIO DA MÍNIMA INTERVENÇÃO DO ESTADO.....	115
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	119
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	128
ANEXOS	

RESUMO

A presente dissertação tratou de uma nova principiologia constitucional para o Direito das Famílias, perpassando sua transformação sócio-jurídica, a cultura do clã primitivo às grandes e antigas civilizações, que desenvolveram as primeiras normas para as relações familiares, a influência do Direito Canônico e do feudalismo nos países europeus, dentre eles, Portugal, que aportou no Brasil e trouxe seus costumes, crenças e legislação para as famílias brasileiras. De uma concepção familiar patriarcal, cristã, patrimonialista, monogâmica, numerosa, heterossexual e escravagista, ao longo dos séculos e de inúmeras modificações sociais e legais, a família chega ao estágio eudemonista, baseada na afetividade, solidariedade e isonomia entre seus membros. Para tal conquista, o fenômeno da Constitucionalização foi essencial na reestruturação familiar, originando novos princípios expressos e implícitos para o Direito das Famílias, dos quais foram abordados: os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade entre cônjuges/companheiros, da igualdade na chefia familiar, da igualdade entre filhos, do melhor interesse do menor, da solidariedade familiar, da afetividade, do pluralismo familiar, da monogamia e da mínima intervenção do Estado.

A respectiva Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa: Constitucionalismo e Produção do Direito.

Palavras-chave: Família, Direito das Famílias, eudemonismo, novos princípios constitucionais.

ABSTRACT

This dissertation treats will address to a new constitutional principiology applied to Family Law. To reach that proposal it will be necessary to cross its legal and socio-historical, through out the primitive clan culture, the great ancient civilizations – that developed the first standards for family relationships – until the influence of Canon Law and feudalism in European countries. It's worth noticing Portugal, whose customs, beliefs and legislation were brought to Brazil during its colonization. The concept of a patriarchal, Christian, patrimonial, monogamous, numerous, straight and slavery family suffered may social and legal changes over the centuries. The family reaches the stage eudaimonistic based on affection, solidarity and equality among its members. To reach this point, the phenomenon of constitutionalisation of the Family Law in Brazil, was essential to restructure the family, giving rise to new principles expressed and implied to the Family Law. To do so, this work will addressed: the principles of human dignity, freedom, equality between spouses and partners, equality in family leadership, equality between children, the best interest of the child, family solidarity, affectivity, family pluralism, monogamy and minimal state intervention.

The dissertation is embedded in the Research Area: Law Making and Law Enforcement.

Keywords: Family, Family Law, eudaemonism, new constitutional principles.

INTRODUÇÃO

O objeto da presente Dissertação consiste na análise da necessidade de uma nova principiologia constitucional para o Direito das Famílias, partindo do traço evolutivo do núcleo familiar primitivo e alcançando a estrutura familiar contemporânea e eudemonista, especialmente, após o fenômeno da constitucionalização do Direito das Famílias brasileiro.

O seu objetivo institucional é obter o título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo geral é pesquisar sobre uma nova principiologia constitucional para o Direito das Famílias, já que os princípios civilistas de outrora parecem insuficientes, optando-se pelo esboço de uma linha evolutiva desde os elos familiares primitivos às (re)construções familiares contemporâneas. Os seus objetivos específicos são: a) analisar a evolução histórico-jurídica da entidade familiar; b) identificar os pontos principais do desenvolvimento sócio-normativo da família brasileira; c) destacar uma nova principiologia constitucional indispensável para o Direito das Famílias, baseada no eudemonismo.

Assim, como primeira hipótese aborda-se o processo evolutivo das teorias sobre a família primitiva, dos costumes e normatizações das antigas civilizações, do nascimento do Direito Canônico durante o feudalismo europeu e da colonização portuguesa do Brasil, que instaurará, em regra, a família patriarcal, cristã, patrimonialista, numerosa, monogâmica, indissolúvel, hierárquica e heterossexual na colônia (com variações).

Como segunda hipótese se propõe que após a proclamação da República e um complexo desenvolvimento social, econômico, político e jurídico, a base do Direito das Famílias passa a ser tratada pela Constituição da República Federativa do Brasil, gerando o fenômeno da constitucionalização, que iniciará a materialização da ideia contemporânea de família eudemonista. Tal fenômeno alavancou uma série de alterações nas leis infraconstitucionais e proporcionou a criação de outras (mesmo que lentamente), já em consonância com os novos preceitos constitucionais, convergindo numa inovada visão doutrinária e

jurisprudencial para as relações familiares. Este desenrolar jurídico iniciou a materialização de um anseio familiar até então intrínseco nos lares brasileiros, o eudemonismo, que por hora se conceitua como a busca da felicidade pelos membros de uma mesma família.

E como terceira hipótese, analisa-se a necessidade de adequação e aplicação de uma nova principiologia constitucional para o Direito das Famílias, através da ideia contemporânea e eudemonista supracitada, baseada na dignidade humana, liberdade, igualdade, solidariedade, afetividade, pluralismo familiar, monogamia e intervenção mínima do Estado nas entidades familiares. Abandonando-se, assim, as severas características do sistema patriarcal de outrora, em prol de um amplo e completo desenvolvimento dos indivíduos que compõem a célula familiar, que, por conseguinte, constitui a base da sociedade brasileira.

Nesse ínterim, será abordada no Capítulo 1, a evolução histórico-jurídica da entidade familiar através das teorias sobre a origem e desenvolvimento dos primeiros núcleos familiares, embasadas nas disposições de Friedrich Engels, Fustel de Coulanges e John Gilissen, bem como as primeiras civilizações da Antiguidade e suas composições e normatizações familiares, notadamente, o antigo Egito e a Mesopotâmia, os povos hebreu, indiano, muçulmano, grego, romano e germânico.

O Capítulo 2 discorrerá sobre o desenvolvimento sócio-normativo da família brasileira, do patriarcalismo à união eudemonista, tratando das influências do Direito Canônico no sistema feudal dos países europeus, a colonização portuguesa do Brasil, a complexa evolução legislativa e social da referida sociedade, sobretudo, no que tange ao Código Civil de 1916, à Constituição da República Federativa do Brasil (e o elemento da Constitucionalização), ao Código Civil, além de vasta legislação infraconstitucional.

O Capítulo 3 tratará da análise do rol não taxativo dos novos princípios constitucionais aplicáveis ao Direito das Famílias, no escopo de corresponder à ideia contemporânea da família eudemonista, como: a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade entre cônjuges/companheiros, a igualdade na

chefia familiar, a igualdade entre os filhos, o melhor interesse do menor, a solidariedade familiar, a afetividade, o pluralismo familiar, a monogamia e a mínima intervenção do Estado.

A presente dissertação se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, as confirmações ou negativas das hipóteses apresentadas, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a aplicação dos novos princípios constitucionais do Direito das Famílias, iniciados pela Constituição, recentemente desenvolvidos pela doutrina e empregados pelo Poder Judiciário, de forma a coadunar uma visão contemporânea do núcleo familiar eudemonista.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação o método utilizado foi o indutivo e na dissertação é empregada a base indutiva. Foram acionadas as técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica (doutrina, artigos científicos e julgados) e do fichamento.

CAPÍTULO 1

A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA DA ENTIDADE FAMILIAR

A história é muitas vezes tratada com um condescendente desdém, por aqueles que entendem ocupar-se apenas do direito positivo. Os juristas que se interessam por ela, quase sempre à custa de investigações muito longas e muito laboriosas, são frequentemente acusados de pedantismo...Uma apreciação deste gênero não beneficia aqueles que a formulam. Quanto mais avançamos no direito civil, mais constatamos que a História, muito mais do que a Lógica ou a Teoria, é a *única* capaz de explicar o que as nossas instituições são as que e porque é que são as que existem¹. (grifo no original)

1.1 TEORIAS SOBRE A ORIGEM E O DESENVOLVIMENTO DOS PRIMEIROS NÚCLEOS FAMILIARES

Imperioso se faz um intróito sobre a origem histórica da família e, conseqüentemente, do próprio Direito de Família no intuito de compreender o atual cenário principiológico e os contornos sócio-jurídicos das relações familiares. Diversas e divergentes são as teorias sobre suas formas primitivas, que se confundem com o presságio das primeiras comunidades, aldeias, grupos de indivíduos, que em um dado momento apreenderam que a vida em companhia de seus semelhantes seria mais segura, farta e organizada.

Assim, o preâmbulo da civilização fundiu-se com o ponto de partida da célula familiar, atravessando diferentes estágios, do primitivo às grandes e antigas civilizações, que, por conseguinte, influenciaram os costumes e as normas familiares brasileiras pré-colonização, como se visualizará no presente Capítulo, de forma didática. Registra-se que não há o objetivo de esgotar conteúdo extremamente vasto, e, por vezes, diferenciado, quando deparado com as várias correntes, pesquisas, obras e áreas de estudo que tratam da referida matéria. Não há uma linha evolutiva uníssona quando se aborda a trajetória histórica familiar.

¹ PAGE, H. *apud* GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 13.

1.1.1 A evolução natural da célula familiar para Friedrich Engels

Baseando-se inicialmente na teoria de Engels, num primevo estágio histórico, depara-se com um homem primitivo, isolado, dependente dos frutos e fenômenos naturais para sua sobrevivência. Desta forma, suas “relações sociais” permaneciam no mesmo patamar, instintivas e bárbaras². Quando o indivíduo enceta a associação em grupos, desenvolvendo a linguagem comum e meios de produção que facilitavam a alimentação e moradia, é que se faculta a análise das afinidades entre seus membros. Engels afirma que tal relação consistia num estado de promiscuidade, comum à época, preliminar e necessário. Os grupos classificavam-se por gerações e mantinham conjunções carnavais entre si, ou seja, inexistia a percepção do aspecto consanguíneo, que ligaria parentalmente um ser a outro de sua família³.

Almada explicita que em remotíssimas eras, a família se firmava como grupo biológico e unidade de trabalho, e, sob controvérsias, num estado inicial de promiscuidade sexual, homens e mulheres pertenciam uns aos outros na horda (ensaio mal delineado de sociedade), fase sucedida pelo casamento em grupos, considerando os homens de uma família, maridos natos de todas as mulheres da outra família, e vice-versa⁴.

Numa segunda fase (punaluana), foram-se excluindo as relações carnavais entre pais e filhos ou irmãos colaterais, pois cada família primitiva foi obrigada a cindir-se em células menores, devido à economia doméstica do comunismo primitivo, que quando demasiada extensa, apresentava dificuldades de sobrevivência para o clã. Curiosamente, Engels propõe a ideia de que nesse período não havia conhecimento da real paternidade de uma criança, somente a certeza da maternidade, desta forma, a descendência familiar desses grupos conjugais estabelecia-se pela linhagem materna, inclusive para herança dos filhos comuns.

² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. p. 22.

³ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privado e do estado**. p. 23.

⁴ ALMADA, Ney de Mello. **Direito de família**. p. 45.

Se o primeiro progresso na organização da família consiste em excluir os pais e filhos das relações sexuais recíprocas, o segundo foi a exclusão dos irmãos. Esse processo foi infinitamente mais importante que o primeiro, e, também, mais difícil, dada a maior igualdade nas idades dos participantes. Foi ocorrendo pouco a pouco, provavelmente começando pela exclusão dos irmãos uterinos (isto é, irmãos por partes da mãe), a princípio em casos isolados e depois gradativamente, como regra geral (no Havaí ainda havia exceções no presente século) e acabando pela proibição do matrimônio até entre os irmãos colaterais (quer dizer, segundo os nossos atuais nomes de parentesco, entre primos carnais, primos em segundo e terceiro graus)⁵.

Batalha ao escrever sobre o matriarcado pondera que a incerteza da paternidade em virtude do relaxamento dos costumes sexuais poderia justificar sua existência, contudo, o culto dos ancestrais generalizado entre os antigos, aliado à hipoteticidade da fase promíscua dos sexos, leva à conclusão de que o matriarcalismo não constituiu um estágio necessário na evolução e, sim, mera presunção⁶.

Se houve a promiscuidade nas relações entre os indivíduos, uma predominância momentânea da atração, se tornaria difícil realmente estabelecer laços de parentesco entre os homens e seus filhos, e, por consequência, teria surgido a ginecocracia (subordinação dos filhos à mãe). Há também um outro sentido para o matriarcado: não estabelecida a instituição do matrimônio, pelo princípio do *pater incertus* (incerteza do pai), prevaleceria o parentesco pela linha feminina, mas o chefe da família era o tio materno⁷.

A promiscuidade sexual da horda primitiva, confusa e desorganizada, segundo Batalha, também foi defendida por nomes como Mac Lennan e Morgan, John Lubbock, Johann Jacob Bachofen, Giraud-Teulon, Ludwig Gumplowicz, Courcelle-Seneuil, baseando-se nas observações de escritores antigos e viajantes modernos que mencionam a presença de promiscuidade em povos ainda selvagens. Além da análise dos costumes que são interpretados como parte da sobrevivência de um estado primitivo onde o casamento não existia, o totemismo prevalecia, bem como os matrimônios comunitários, o *jus primae noctis*

⁵ ENGELS, Friedrich. A **origem da família, da propriedade privado e do estado**. p. 72.

⁶ BATALHA, Wilson de Souza Campos. et al. **Filosofia jurídica e história do direito**. p. 392.

⁷ BATALHA, Wilson de Souza Campos. et al. **Filosofia jurídica e história do direito**. p. 392.

(entrega das esposas aos visitantes, quase sempre reservada aos chefes, reis e sacerdotes), o infanticídio das crianças do sexo feminino, etc.⁸.

Darwin, admite a existência dos matrimônios comunitários, a que se refere Lubbock – todos os homens e todas as mulheres da tribo são reciprocamente maridos e mulheres; não acredita, porém, que a promiscuidade absoluta houvesse prevalecido em época muito distante, pois que, à semelhança do que se observa nos mamíferos, a promiscuidade seria extremamente improvável no estado de natureza. O mais provável [...] é que o homem tivesse vivido em pequenas comunidades, cada homem com uma só mulher, ou, se era poderoso e forte, com várias mulheres que defendia ciumentamente contra os demais [...]⁹.

Somente numa terceira fase (sindiásmica), onde as uniões por pares intensificaram-se, com duração mais longa e limites consanguíneos bem definidos, que se originou um contexto familiar similar ao vislumbrado atualmente. Imagine-se um funil, que em seu topo possui os primeiros agrupamentos humanos, com a exclusão progressiva das relações com parentes próximos, posteriormente com os mais distantes, diminuindo sequencialmente o número de pessoas num mesmo clã, e, que, no seu fim apresenta o núcleo entre um par de pessoas de sexo e grupos diferentes.

Nesse estágio, um homem vive com uma mulher, mas de maneira tal que a poligamia e a infidelidade ocasional continuam a ser um direito dos homens, embora a poligamia seja raramente observada, por causas econômicas; ao mesmo tempo exige-se a mais rigorosa fidelidade das mulheres, enquanto dure a vida em comum, sendo o adultério destas cruelmente castigado. O vínculo conjugal, todavia, dissolve-se com facilidade por uma ou por outra parte, e depois, como antes, os filhos pertencem exclusivamente à mãe¹⁰.

A família sindiásmica se desenvolveu no limite entre o estado selvagem e a barbárie, em sua maioria na fase superior do primeiro e apenas em certos lugares durante a fase inferior da segunda. É a forma característica da barbárie, como o matrimônio por grupos é a do estado selvagem e a monogamia é da civilização¹¹.

⁸ BATALHA, Wilson de Souza Campos. et al. **Filosofia jurídica e história do direito**. p. 388-389.

⁹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. et al. **Filosofia jurídica e história do direito**. p. 390.

¹⁰ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privado e do estado**. p. 75.

¹¹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privado e do estado**. p. 75.

Muitos escritores, como o antropólogo francês Lévi- Strauss¹² e o doutrinador Clóvis Beviláqua¹³, negam a possível promiscuidade ou o matriarcalismo no início das primeiras aglomerações humanas, como supramencionado. Alegam que tais argumentos basearam-se em pequenos clãs e aldeias, minoritários e excepcionais, onde as relações sexuais entre parentes eram permitidas e a mulher exercia algum papel de direção no grupo. Em sua maioria, e como uma lei implícita, natural, sagrada daqueles sujeitos, o incesto era proibido.

Pereira expressa que a primeira lei desses povos, segundo Freud, foi a chamada lei-do-pai, da figura paterna, consistente em proibições psíquicas da própria civilização antiga, na tentativa de reprimir as pulsões e o gozo por meio da supressão dos instintos, especialmente a interdição do incesto, com variações inexplicáveis. Ora a proibição do relacionamento sexual era entre pai e filha, ora entre genro e sogra, ou entre irmãos, situação diferente da teoria de Engels¹⁴.

Esta primeira Lei constitui o passo fundamental e fundante do sujeito. Isto acontece quando o pai, ou melhor, um pai já que o pai não é necessariamente biológico, intercepta o desejo da mãe, colocando-se entre ela e o filho, fazendo um corte naquela simbiótica relação. Com este interdito, ocorre a separação mãe-filho e surge a possibilidade de existir um “sujeito”, ou, em linguagem mais comum para o campo jurídico, a “pessoa”. Esta lei simbólica é o que Freud chamou de interdição do incesto, cujo representante é o pai e seus mecanismos e estruturação estão descritos em um de seus textos mais conhecidos, *Totem e tabu*¹⁵. (grifos no original)

Roudinesco complementa:

Construção mítica, a proibição está ligada a uma função simbólica. Ela é um fato de cultura e de linguagem que proíbe em graus diversos os atos incestuosos justamente por estes existirem na realidade. Permite igualmente diferenciar o mundo animal do mundo humano ao arrancar uma pequena parte do homem desse continuum biológico que caracteriza o destino dos mamíferos. Nessas condições a família pode ser considerada uma instituição humana duplamente universal, uma que associa um fato de cultura, construído pela sociedade, a um fato da natureza, inscrito nas leis da reprodução biológica [...].¹⁶

¹² Vide a obra ‘As estruturas elementares do parentesco’, de Claude Lévi Strauss.

¹³ BEVILÁQUA, Clovis. **Direito de família**. p. 18.

¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família, uma abordagem psicanalítica**. p. 17.

¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores do direito de família**. p. 41.

¹⁶ ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. p. 05.

Cada tribo possuía seu totem, peculiares leis de interdições sexuais, que até hoje são objeto de estudo em busca de uma razão biológica, racional ou cultural para sua existência. Tais relações fundaram o psiquismo e simbolizaram a inserção do ser humano no mundo da cultura, da não selvageria¹⁷. Batalha menciona:

[...] Como assinalou Westermarck, na obra célebre (*History of Human Marriage*), não obstante severamente criticada por Émile Durkheim (*Revue Philodophique*, dirigida por Th. Ribot, 1895, p. 606) e Paulhan (*Reue Scientifique*, p. 78), o mais provável é que não houve época no desenvolvimento da humanidade em que o matrimônio não houvesse existido e que o pai foi sempre, em geral, o protetor da família. Os fenômenos de promiscuidade e de poliandria não indicam, como pondera Pietro Cogliolo (*Filosofia del Diritto Privato*, 1912, p. 244 e ss.), um estágio necessário de evolução em todas as sociedades – explicam-se em povos corrompidos e em fase de decadência. Assim também pensa Letourneau (*L'Évolution du Mariage et de la Famille*, p. 171; *Annales*, cit., p. 114)¹⁸. (grifos no original)

Ao introduzirem a criação de gado, a elaboração de metais, a arte do tecido, a agricultura e a utilização de escravos de guerra na produção, surge a propriedade privada, e, com ela um dono, o homem. Com a união em pares, não mais pairava a incerteza da paternidade, aliada à ascensão material de quem detinha o poder dos utensílios e das terras, além da responsabilidade de alimentar o grupo desde a época das caças, impõe-se a figura masculina à família.

Esse foi o berço da chamada família patriarcal, comum à grande maioria dos historiadores, onde o homem apodera-se da coordenação da casa, aferindo à mulher e filhos papéis mais submissos, figurativos e reprodutivos, tornando a célula familiar num conjunto de indivíduos livres ou não, submetidos ao poder patriarcal e organizados para manter e aumentar a produção da propriedade rural, uma verdadeira unidade econômica. Como aponta Magalhães, a procriação era um dos grandes fatores que geravam a constituição do clã, uma vez que possuía ligação direta com a perpetuação dos bens, geração de força de trabalho e melhores condições de sobrevivência para a família¹⁹. Engels afirma:

¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família, uma abordagem psicanalítica**. p. 17. Nesse sentido, do mesmo autor: "Direito de família e psicanálise, rumo a uma nova epistemologia".

¹⁸ BATALHA, Wilson de Souza Campos. et al. **Filosofia jurídica e história do direito**. p. 390-391.

¹⁹ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Instituições de direito de família**. p. 18-19.

A monogamia não aparece na história, portanto, como uma reconciliação entre homem e mulher, e, menos ainda, como a forma mais elevada de matrimônio. Pelo contrário, ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre sexos, ignorada até então, na pré-história.²⁰

A divisão dos encargos se dava em função do sexo e da idade, cabendo assim, ao chefe da família, zelar e gerenciar a mesma, aos filhos o dever de obediência às ordens do patriarca, trabalhando na manutenção e no progresso da propriedade, e à mulher os afazeres domésticos, juntamente com as filhas²¹. Atenta-se para o severo grau de submissão feminino, primeiro, a mulher era propriedade de seu pai, depois de seu marido, e no fim da vida, de seus próprios filhos, considerada um ser incapaz. A partir dessa forma familiar, patrimonialista e aparentemente monogâmica, também se instituiu a união por conveniência. Nas palavras de Engels:

Em todas as classes históricas ativas, isto é, em todas as classes dominantes, o matrimônio continuou sendo o que tinha sido desde o matrimônio sindiástico, coisa de conveniência, arranjando pelos pais. A primeira forma de amor sexual, aparecido na história, o amor sexual com paixão [...] que é a forma de atração sexual (o que constitui precisamente seu caráter específico), essa primeira forma, o amor cavalheiresco da Idade Média, não foi, de modo algum, amor conjugal. Longe disso, na sua forma clássica, entre os provençais, voga a todo pano para o adultério [...]²².

Aparentemente lógica, a teoria de Engels sobre a evolução das relações familiares possui um caráter natural e racional, dividida em períodos com características pré-definidas, que fazem a arcaica associação primitiva dos indivíduos resultar num clã patriarcal e teoricamente monogâmico. Entretanto, este tema ainda é objeto de estudo de historiadores, antropólogos, arqueólogos, etc., uma vez que pairam inúmeras incertezas sobre a real formulação dos primeiros núcleos familiares. A seguir, explana-se uma visão histórica envolvendo a religiosidade na junção familiar, da conhecida obra 'A cidade antiga', de Fustel de Coulanges.

²⁰ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privado e do estado**. p. 75.

²¹ FACHIN, Edson Luiz. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. p. 278-279.

²² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. p. 75-76.

1.1.2 A família e o vínculo religioso para Fustel de Coulanges

Coulanges enfatizou sua teoria sobre a família antiga no vínculo religioso entre seus membros, a tradição do culto doméstico, de onde originariamente derivaria o poder paternal, pois ao homem era outorgada a chefia da religião familiar que determinava as cerimônias, ritos, fórmulas e as libações aos antepassados, tornando-se o sacerdote do lar, não reconhecendo domínio superior, e, portanto, comandando todos que participassem do mesmo fogo doméstico. Seria como uma perspectiva religiosa para a propagação do patriarcalismo, formada menos pelo afeto e mais pela fé no deus que os unia.²³

Era o homem o responsável pelo culto. Havia uma dependência entre mortos e vivos: “Os mortos dependiam dos rituais fúnebres que seus descendentes deveriam praticar, [...] estabelecendo-se laço que uniria todas as gerações de uma mesma família. A religião só podia propagar-se pela geração”²⁴. Deste rito dependia a felicidade, a tranquilidade dos antepassados e a vida próspera dos vivos.

Para Coulanges²⁵, o princípio da família na antiguidade não era apenas a geração de filhos, a reprodutividade, até mesmo porque a irmã não possuía a importância do irmão, uma vez que aquela ao se casar abandonava sua família e, conseqüentemente, a religião do pai, para cultuar a religião do marido.

O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Essa religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga é mais uma associação natural. Assim [...] a mulher será realmente levada em conta quando foi iniciada no culto, com a cerimônia sagrada do casamento; o filho não será mais considerado pela família se renunciar ao culto ou for emancipado; o filho adotivo, pelo contrário, será considerado filho verdadeiro, porque, se não possui vínculos de sangue, tem algo melhor, que é a comunhão do culto; [...] enfim, o parentesco e o direito à herança serão regulamentados, não pelo nascimento, mas pelo

²³ Nesse sentido, vide a obra “A cidade antiga”, de Fustel de Coulanges.

²⁴ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. p. 33.

²⁵ COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. p. 56.

direito de participação no culto, de acordo com o que a religião estabeleceu. Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas foi certamente a religião que lhe deu regras [...]²⁶.

Era a religião, embora não se atendo aos preceitos da caridade e do afeto, que insere no homem antigo seus deveres para com a família, tornando obrigatório o casamento, pois os filhos nascidos fora dele não possuiriam direito à herança religiosa nem à adoração do fogo doméstico. Tal era a importância dada a essa forma familiar, que o adultério era considerado um ato profano, pois dissolia a hereditariedade, tal crime poderia ser punido com a morte da mulher adúltera. Assim, as primeiras leis de moral doméstica foram criadas, juntamente com a fidelidade conjugal, os deveres de obediência ao marido, de manter acesa a chama do fogo sagrado e a obrigação de se respeitarem mutuamente²⁷.

Coulanges ressalta que o casamento era um contrato para perpetuar a família, havendo a possibilidade de ser anulado em caso de esterilidade da mulher, ao revés, na infecundidade masculina, a esposa deveria se entregar ao irmão ou parente do marido, na tentativa de gerar o herdeiro do culto doméstico. A admissão ou repúdio dos filhos também dependia de ato religioso, era preciso que fossem recebidos pelo pai, senhor e guarda vitalício do lar, além de representante dos ancestrais familiares. Tal formalidade esteve deveras presente tanto em Roma, como na Grécia e Índia²⁸.

Todos tinham, pois, enorme interesse em deixar um filho, convencidos de que, com isso, teriam uma imortalidade feliz, diziam as velhas leis hindus, que o pai pagava suas dívidas aos manes de seus antepassados com a vinda dos filhos, e conseqüentemente, assegurava para si próprio a imortalidade. Esses filhos para os gregos eram chamados de salvadores do lar paterno.²⁹

No que se refere aos filhos, tamanha era a autoridade paterna, que além de reconhecê-los ou repudiá-los, o pai também poderia vendê-los ou condená-los à morte. Entretanto, no culto doméstico, o filho era de grande importância e desempenhava funções nas cerimônias religiosas, havendo dias em que sua presença era indispensável, a tal ponto que, em Roma, se não existissem filhos naturais, era permitida a adoção. As crenças e costumes religiosos

²⁶ COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. p. 59.

²⁷ COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. p. 54.

²⁸ COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. p. 56-57.

²⁹ COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. p. 54.

forneciam a dimensão dos sentimentos e virtudes domésticas consagradas aos pais (*pietas erga parentes*)³⁰.

Destarte, percebe-se que Coulanges não chega a tratar dos primeiros alinhamentos familiares primitivos, sua obra se concentra já num sistema patriarcal, fortalecido pela crença religiosa de adoração aos antepassados, que ditava os contornos familiares de cada núcleo, diferente da perspectiva natural criada por Engels, até por versarem sobre períodos históricos distintos. Utiliza-se a teoria de Coulanges para justificar o início das famílias gregas e romanas. Realmente, o culto aos deuses e o patriarcalismo são encontrados nas mais diversas e antigas civilizações, como será expresso adiante. No intuito de obter uma terceira visão sobre o princípio das famílias primitivas, traz-se uma breve exposição de John Gilissen, mais complexa e crítica que as acima mencionadas.

1.1.3 As famílias matrilineares e patrilineares – a etnologia clânica de John Gilissen

Gilissen³¹ fez críticas aos modelos evolucionistas acima citados, como o de Engels, Charles Darwin, L. H. Morgan, dentre outros, que se basearam num sistema aparentemente lógico, partindo do nada social onde os homens não conviviam em sociedade; seguido de grupos humanos temporários dos dois sexos; passando pelo matriarcado com laços entre mãe, filhos, irmãs e irmãos uterinos; pelo patriarcado, com laços jurídicos entre pai, mãe e filhos; e, por fim, o clã, constituído por famílias que possuíam antepassados em comum e praticavam culto doméstico, nascendo as tribos.

Este esquema é demasiadamente simples e demasiadamente lógico para ser verdadeiro. Os dados fornecidos pela etnologia jurídica não permitem confirmar a tese evolucionista; não se encontraram sociedades primitivas nas quais os diversos estádios tivessem existido. Além disso, não é de modo algum certo que o patriarcado tenha sucedido ao matriarcado; a própria existência de um regime matriarcal foi posta em dúvida. A

³⁰ COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. p. 107.

³¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p 38.

existência de tribos é contestada; já não se fala senão em clãs e etnias³².

Gilissen, através da etnologia jurídica³³, preferiu reconstituir a estrutura familiar e social através dos tipos matrilineares e patrilineares. Nas sociedades matrilineares a família centrava-se na linhagem da mãe, filha e neta, os homens participavam da família de sua genitora, sendo que um deles exercia a autoridade de chefe, como o irmão da mãe. Por muitas vezes, tal grupo era matrilocal, com a mãe no centro do lar, onde seu marido morava, bem como os maridos de suas filhas e assim por diante (sistema adotado na antiguidade pré-helênica, África e Austrália).

No sistema patrilinear, a linhagem centrava-se no pai, filho e neto, as mulheres deixavam a família após o casamento, para adentrarem na de seu marido. Costumeiramente, tal grupo era patrilocal, onde a habitação do pai foi o centro da vida familiar, a sua esposa (ou esposas) vivia na sua casa, como as mulheres de seus filhos, netos, etc. (sistema adotado por gregos, romanos, Europa Ocidental medieval e moderna). Gilissen afirma que existiam números infinitos de combinações entre os dois sistemas, prevalecendo no modelo patrilinear os povos caçadores e nômades, enquanto nos matrilineares, povos agricultores³⁴.

Independente da linhagem, quase sempre se atingia à formação de grupos relativamente extensos, os clãs, também chamados de *gens* (origem romana), *sippe* (germânica), *douar* (árabe), reforçando os laços que os uniam e fazendo frente aos inimigos comuns. Com o tempo, o único vínculo entre seus membros foi justamente a descendência de um antepassado comum, reforçada pelo culto religioso.³⁵

O clã possuía um nome próprio, com seus mitos, rituais, interdições alimentares, coesão (todos ligados entre si por solidariedade ativa e passiva), formando uma comunidade de pessoas e bens. No estágio clânico apareceram várias instituições de direito privado, como o casamento, a sucessão da função de

³² GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, p. 38.

³³ Renúncia da formulação de hipóteses sobre as formas mais arcaicas da vida em comunidade, dedica-se a analisar os diferentes tipos de estrutura familiar e social que se podem reconstituir. Ciência das etnias ou povos. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, p. 39.

³⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, p. 39-41.

³⁵ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 42.

chefe, a adoção sob a forma de uma filiação fictícia e a emancipação sob a forma da expulsão das pessoas indesejáveis³⁶.

[...] Na organização dos povos sem escrita, a etnia constitui a estrutura sociopolítica superior, agrupando um número indeterminado de clãs. A etnia é uma comunidade que tem um nome comum, uma memória comum, uma consciência de grupo, expressão de uma certa comunidade cultural. A etnia tem também [...] uma língua comum, um território, costumes próprios; [...] A etnia identifica-se por vezes com a tribo, enquanto federação de clãs, mas a tribo é uma noção cuja existência certos estudos etnológicos recentes contestam. [...] Por outro lado a etnia pode identificar-se com o Estado, quando a sua estrutura política é suficientemente desenvolvida e soberana.³⁷

Os laços que uniam o indivíduo aos membros de seus clãs eram também religiosos e materiais, tudo o que era parte de seu corpo e que dele foi separado continua a se identificar com ele. Destarte, as formas de propriedade pessoal se apresentavam como pertenças de participação mística das coisas à linhagem, ao clã determinado cujo homem pertencia. Tal atribuição possuía um caráter sagrado, totêmico, era inviolável e inalienável, sob pena de sanções sobrenaturais³⁸.

Com a morte do chefe do clã, o que lhe pertencia era muitas vezes enterrado ou incinerado com ele [...] Mas as necessidades econômicas obrigavam [...] a deixar subsistir certos objetos, tais como armas, reservas de alimentos, etc., em favor dos sobreviventes, fazendo assim aparecer as primeiras formas de sucessão de bens³⁹.

Os clãs, no interior de suas etnias, as famílias no interior dos clãs, após períodos de nomadismo, se sedentarizam, criando assim a distinção entre terras comuns (cujo uso pertence à comunidade clânica ou étnica), e parcelas cultivadas pelas famílias, originando a noção de propriedade familiar, individualidade do solo, sucessão imobiliária e alienabilidade dos imóveis, antes sagrados. Tal apropriação do solo levou às desigualdades sociais e econômicas, e, por conseguinte, ao nascimento das classes sociais, ricos e pobres, servidões advindas da escravidão econômica, hierarquização, alcançando uma sociedade

³⁶ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 42.

³⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 42-43.

³⁸ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 40.

³⁹ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 40.

fortemente estruturada, de tipo feudal ou piramidal, com chefe, vassalos, servos e escravos, que originariam as primeiras cidades.⁴⁰

Desta forma, desagregou-se a solidariedade étnica e clânica nas comunidades, os bens móveis substituíram os imóveis na hierarquia dos valores econômicos, a propriedade imobiliária foi parcelada, as localidades possuíam dirigentes assistidos por funcionários, apareceram a fiscalidade, a escrita, o calendário, o comércio, o estado civil e a forma de recenseamento do ouro e dos campos⁴¹.

Percebe-se, assim, que a obra de Gilissen, através da etnologia jurídica, assume certa dificuldade e incerteza para traçar as características dos laços familiares extremamente primitivos, prefere sugerir a ideia de famílias matrilineares e patrilineares, que formariam os clãs e as etnias, cercadas pela religiosidade, até o início das primeiras comunidades urbanas. Abaixo, tratar-se-á das grandes e antigas civilizações, especialmente no que tange aos aspectos familiares, essas já contendo leis escritas e um sistema mais profundo de interações humanas.

1.2 AS PRIMEIRAS CIVILIZAÇÕES DA ANTIGUIDADE E SUAS COMPOSIÇÕES FAMILIARES

Existem indícios de existência de vida na Mesopotâmia e Egito já na Era Neolítica (7.000 a.C. e 5.500 a.C., respectivamente), sendo que no quarto milênio tais civilizações se urbanizaram e adotaram a escrita. Os mais antigos documentos jurídicos escritos surgiram por volta de 3.000 a.C., no Egito (textos em hieróglifos) e na Mesopotâmia (inscrições cuneiformes). No segundo milênio a.C. adentram no cenário da História o Direito dos Hititas, da Fenícia, de Israel, Creta e Grécia⁴². No primeiro milênio a.C., Grécia e Roma dominaram tais localidades até que quase todos esses países fossem reunidos no Império

⁴⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 45-46.

⁴¹ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 42.43.

⁴² WOLKMER, Antonio Carlos (organizador). **Fundamentos de história do direito**. p. 16-17.

Romano, nos cinco primeiros séculos d.C. O Oriente, Índia e China também produziram seus sistemas jurídicos nessa época⁴³.

A proximidade das datas de consolidação das civilizações mesopotâmica e egípcia não se trata de mera coincidência histórica, suas conformações de espaço são elementos vitais para a compreensão da durabilidade e do êxito de tais sociedades. Embora o sistema jurídico brasileiro tenha se inspirado originalmente no Direito Romano, se faz salutar conhecer outras civilizações que produziram regras e diversas peculiaridades no âmbito familiar e que influenciaram a própria legislação romana, numa ótica mais ampla, abrangendo não somente as fontes tradicionalmente conhecidas.

1.2.1 Aspectos destacados da Mesopotâmia e do Egito

As regiões da Mesopotâmia e do Egito, situadas no antigo Oriente Próximo, contavam com um elemento substancial em relação às outras localidades subjacentes, pois formaram seus povoados em torno dos rios Tigre, Eufrates e Nilo. Tal posição geográfica propiciou a agricultura, a navegação fluvial, essencial para o transporte de mercadorias e sofisticação do comércio, os diferentes modos de culto aos deuses, contribuindo para um crescimento acelerado da população, bem como um maior desenvolvimento cultural, político, jurídico e econômico⁴⁴.

No Egito, desde a unificação dos reinos do Sul e do Norte (3.100 a.C.) até o período de predomínio persa (525-404 e 343-332 a.C.) e início da dominação romana (30 a.C.), consolidou-se uma extraordinária monarquia unificada, titularizada pelo faraó, e com uma capital instalada em determinada cidade do reino. Enquanto as cidades da Mesopotâmia (cidades-estado) possuíam alto grau de independência, cada uma delas com seus órgãos políticos, governantes, e até exército, uma vez que guerreavam entre si⁴⁵.

⁴³ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 46.

⁴⁴ WOLKMER, Antonio Carlos (organizador). **Fundamentos de história do direito**. p. 18.

⁴⁵ WOLKMER, Antonio Carlos (organizador). **Fundamentos de história do direito**. p. 22-23.

Wolkmer propõe que pelo grau de complexidade dessas regiões, pelo caráter comercial e urbano, Egito e Mesopotâmia ansiavam por um direito mais abstrato e aberto do que o simples costume ou tradição religiosa. Fez-se necessário um conjunto de leis escritas que fornecesse previsibilidade às ações no campo privado, que estipulasse algum tipo de tribunal ou juiz para resolver controvérsias e que fosse inteiramente seguido na extensão do reino para o qual se destinava.⁴⁶ Contudo, a característica do direito arcaico produziu efeitos em tais normas, ainda pela justificação no princípio da revelação divina.

É lamentável que o historiador do direito não possua, no estudo do direito egípcio, a mesma riqueza de fontes de que dispõe no exame dos direitos das cidades da Mesopotâmia. Nenhum texto legal do período antigo do Egito chegou ao conhecimento do homem moderno. Há, contudo, excertos de contratos, testamentos, decisões judiciais e atos administrativos – além, é claro, de uma abundância de referências indiretas às normas jurídicas em textos sagrados e narrativas literárias – que permitem inferir alguns aspectos da experiência egípcia no campo do direito⁴⁷.

A história do Egito faraônico compreende três grandes épocas chamadas de Antigo Império (III à VI dinastia – séculos XXVIII-XXIII a.C.), Médio Império (XII dinastia – primeiro quarto do segundo milênio a.C.) e o Novo Império (XVIII-XX dinastias – séculos XVI-XI a.C.). Gilissen⁴⁸ afirma que o Direito do Antigo Império era individualista, todo o poder pertencia ao rei, que governava através de seus funcionários, um Conselho de Ministros presidido pelo vizir e departamentos sobre finanças, registros, domínios, obras públicas irrigação, culto, intendência militar, etc. Os tribunais eram presididos pelo rei e os processos parcialmente escritos, conservados por chancelarias.

Neste Direito os habitantes eram (teoricamente) iguais, nobreza, servos, escravos, prisioneiros de guerras, todos estavam submetidos à lei. Gilissen salienta que a célula social era a família em sentido estrito (pai, mãe e filhos menores). Marido e mulher gozavam de igualdade, as esposas possuíam patrimônio próprio por doação ou testamento, não havendo sinais de harém (exceto para o rei), ou seja, o casamento era monogâmico. Todos os filhos eram iguais, não existia direito à primogenitura ou privilégio à masculinidade. O filho

⁴⁶ WOLKMER, Antonio Carlos (organizador). **Fundamentos de história do direito**. p. 23.

⁴⁷ WOLKMER, Antonio Carlos (organizador). **Fundamentos de história do direito**. p. 29.

⁴⁸ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, p. 54.

maior conservava patrimônio próprio, que poderia dispor livremente, sendo que a liberdade de testar era completa, salvo alguma reserva hereditária.⁴⁹

A partir do fim da V dinastia, constatou-se uma evolução rápida para um regime senhorial, com a formação de uma oligarquia social baseada na nobreza sacerdotal e no desenvolvimento da hereditariedade dos cargos e formas de imunidade. Paralelamente, se reforça o direito privado, o poder paternal e marital, com desigualdades no domínio das sucessões pela introdução do direito à primogenitura e privilégios masculinos. As terras se tornam inalienáveis, a economia se fecha, as províncias se separam do poder central e o Egito instala-se num regime feudal⁵⁰.

Somente no Médio Império renasce a centralização do poder e o direito individualista, com a XVIII dinastia (séc. XVI a.C.) se reencontra um sistema jurídico semelhante ao do Antigo Império, com preponderância da lei, igualdade jurídica dos habitantes, desaparecimento da escravidão, igualdades entre os filhos, liberdade para testar, etc. Tal sistema novamente perde força a partir do século XII a.C., sob a influência do clero e em razão de novas invasões, parte-se para um outro período senhorial, de natureza teocrática. Já no Novo Império, por volta de 700 a.C., a escravidão por dívida é suprimida, a mulher adquire a completa capacidade jurídica e a igualdade dos filhos é assegurada na matéria de sucessão⁵¹.

Embora até o momento não se encontrem leis escritas claramente egípcias, Wolkmer afirma que uma das contribuições jurídicas mais interessantes que se pode auferir do antigo Egito é a consagração, na aplicação do direito, de um princípio de justiça, simbolizado pela figura de uma deusa, de nome *maat*. Os egípcios acreditavam numa lei reguladora e organizadora dos sistemas de coisas, numa noção de eterna ordem do Universo, um critério divino de justiça, elemento basilar do Estado. Ao faraó, que possuía atributos de divindade, incumbia o dever de velar pela justiça, como uma vertente ética, social e cósmica, na busca da paz, do equilíbrio, da solidariedade social e terrena⁵².

⁴⁹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 55.

⁵⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 56.

⁵¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 56.

⁵² WOLKMER, Antonio Carlos (organizador). **Fundamentos de história do direito**. p. 30.

Nota-se o elevado grau de desenvolvimento e organização desse povo, há milênios da presente sociedade, como outras civilizações que serão brevemente destacadas. Estes povos foram verdadeiramente significantes, ao ponto de ainda se empregar vários institutos jurídicos criados durante suas existências. Como o antigo direito mesopotâmico já possui vasta literatura e os famosos ‘códigos’ jurídicos, passa-se agora à análise dos mesmos quanto às normas familiares, em subcapítulo separado.

1.2.2 Direitos cuneiformes e a normatização familiar

Entende-se o Direito Cuneiforme como um conjunto de sistemas jurídicos de períodos e regiões diferentes que apresentavam certa unidade e forma escrita em cunha, como direitos das regiões da Suméria, Acádia, Babilônia, Assíria, Mitanni, Ururu, Alalakh, Ugarit, mais ao norte, na Turquia Atual, formou-se no segundo milênio a.C., o reino dos Hititas⁵³.

Limitando-se à região da Mesopotâmia, distinguem-se os seguintes grandes períodos: a) período sumério (fim do quarto milênio a.C.); b) período acádio-sumério (séc. XXIV-XX a.C.); c) dinastia de Akkad (Sargon); d) terceira dinastia de Ur (Ur-Nammu – 2111-2094 a.C.); e) período paleobabilônico (1900-1530 a.C.); f) dinastias de Eshnunna (1930 a.C.), de Isin (1934-1924 a.C.) e de Larsa; g) reino de Mari; h) dinastia Babilônica (Hammurabi, 1728-686 a.C.); i) período Kassite (séc. XVI e XII a.C.); j) império assírio (séc. XI a VII a. C.); k) dinastia neobabilônica (626-539 a.C.)⁵⁴.

Conforme Romão, dentre os períodos e textos jurídicos acima citados se destaca o Código de Ur-Nammu (produzido cerca de 2040 a.C.), o mais antigo que se tem conhecimento, que continha regras de Direito de Família, estabelecendo a autoridade do marido, a sociedade patriarcal e o divórcio. A mulher possuía um *status* diferenciado das demais legislações, pois lhe era

⁵³ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 46

⁵⁴ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 46.

permitido trabalhar fora do lar⁵⁵. O Código de Eshnunna (escrito cerca de 1930 a.C.) continha aproximadamente sessenta artigos e como as demais legislações, era mais um conjunto de decisões de casos concretos do que artigos hipotéticos. Quanto ao casamento, aludia:

Exigia-se um contrato escrito e o oferecimento de um banquete. Conforme as condições financeiras dos envolvidos, exigia-se um pagamento prévio pelo pai do noivo ao da noiva, por este fixado (dote), o qual passava a constituir patrimônio da mulher que, acaso saísse do lar ou dele fosse expulsa, conservava como sua propriedade, pois o marido apenas o administrava⁵⁶.

No esforço de reunir recolhas jurídicas após o desmembramento do reino de Ur, criou-se também o Código de Lipit-Istar (rei de Isin), por volta de 1.880 a.C, com trinta e sete artigos, destinado às regiões da Suméria e Acádia⁵⁷. Contudo, Castro explicita que o Código de Hamurabi (1726-1686 a.C.) foi o documento jurídico mais importante da Antiguidade antes de Roma, compreendendo duzentos e oitenta e dois artigos, suas regras são consideradas de origem divina, inspiradas pelo deus *Samas* e ditadas a Hamurabi, o rei babilônico. Na verdade, o referido Código utilizou-se de toda a legislação que o precedeu, empregando o Direito como ferramenta de controle e reorganizando a Justiça em moldes próximos ao que ainda hoje se utiliza⁵⁸.

O capítulo X, do Código de Hamurabi versava matéria sobre o matrimônio e a família, os delitos contra a ordem de família, as contribuições e dotações nupciais e a sucessão. O poder paternal era mais extenso do que no Egito, já que o pai insolvente poderia entregar sua mulher ou seus filhos ao credor para que trabalhassem a seu serviço, bem como exercer a poligamia, permitida ao marido cuja esposa fosse estéril⁵⁹.

O marido poderia repudiar a mulher nos casos de recusa ou negligência nos deveres de esposa e dona de casa, sendo que ambos poderiam rejeitar um ao outro por má conduta, mas nesse caso, a mulher deveria possuir comportamento ilibado, conforme Art. 117: “Se uma mulher tomou aversão a seu

⁵⁵ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 48.

⁵⁶ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 52.

⁵⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, p. 61.

⁵⁸ CASTRO, Flavia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 14.

⁵⁹ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 58.

esposo e disse-lhe: ‘Tu não terás relações comigo’, seu caso será examinado em seu distrito [...]”⁶⁰. Seguem demais artigos do Código de Hamurabi pertinentes ao tema:

Art. 128 – Se alguém toma uma mulher, mas não conclui contrato com ela, essa mulher não é esposa.

Art. 129 – Se a esposa de alguém é encontrada em contato sexual com um outro, deve-se amarrá-los e lançá-los n’água, salvo se o marido perdoar à sua mulher e o rei a seu escravo. [...]

Art. 138 – Se alguém repudia a mulher que não lhe deu filhos, deverá dar-lhe a importância do presente nupcial e restituir-lhe o donativo que ela trouxe consigo da casa de seu pai e assim mandá-la embora.

Art. 139 – Se não houve presente nupcial, ele deverá dar-lhe uma mina, como donativo de repúdio [...]

Art. 152 – Se depois que a mulher entra na casa do marido, ambos têm um débito, deverão ambos pagar ao credor [...]”⁶¹.

Severas também eram as regras de obediência dos filhos, revelando o forte sistema patriarcal presente na Babilônia, conforme o art. 195, do Código de Hamurabi: “Se um filho espanca seu pai, dever-se-lhe-á decepar as mãos” ⁶². A origem desse pátrio poder ligava-se ao culto doméstico, pois a autoridade paternal advinha da religião e atingia os demais membros da família sob tal domínio.

Em princípio, Castro alude que as pessoas livres casavam-se entre si de forma contratual e monogâmica (exceto se a mulher não gerasse filhos), embora os homens livres pudessem desposar escrava, bem como a mulher livre poderia se entregar ao escravo do palácio ou a um *muskênum* (homem livre, funcionário)⁶³. Também era permitido o concubinato, contudo, a concubina jamais teria os mesmos direitos de esposa, bem como o casamento entre indivíduos de camadas sociais diferentes e o regime de comunhão de bens⁶⁴.

Interessante mencionar que existiam normas de proteção à mulher e ao seu trabalho, concedendo direitos equiparados ao do homem e garantindo pleno exercício da capacidade jurídica. Altavila menciona que mesmo casada, a mulher poderia ter bens próprios e separados do marido, enquanto os bens comuns do

⁶⁰ CASTRO, Flavia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 21.

⁶¹ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. p. 50-51.

⁶² ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. p. 52.

⁶³ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 60-61.

⁶⁴ CASTRO, Flavia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 19-20.

casal não eram objetos de negócio sem a interferência da mulher, devendo figurar ao menos como testemunha da transação (ideia da outorga uxória do Direito brasileiro atual). A mulher possuía também a faculdade de exercer atividades no comércio, na indústria, agricultura, bem como funções de escriba, taberneira, sacerdotisa e profetisa⁶⁵.

No tocante à herança, a sociedade hammurabiana não previa a primogenitura, assim, os bens não pertenciam somente ao filho mais velho, mas este poderia ser o primeiro a escolher no momento da partilha. A tendência era dividir em partes iguais, independentemente de quem era a mãe da criança (inclusive as escravas), bastando o reconhecimento paterno.⁶⁶ As filhas estavam excluídas da herança se já casadas, devido ao recebimento do dote, as solteiras receberiam os dotes das mãos de seus irmãos, após o casamento.

1.2.3 O direito hebraico – Lei Mosaica e a normatização familiar

O chamado Direito dos Hebreus (Lei Mosaica, 1400-1300 a.C.) encontra-se na Bíblia e equivale ao Antigo Testamento, possuindo como parte principal o Torá (Pentateuco, lei escrita). A Lei de Moisés (líder do povo hebreu durante o êxodo) compreendia cinco livros: Gênese (a Criação, vida dos patriarcas), Êxodo (estadia no Egito e volta a Canaã), Levíticos (prescrições religiosas e culturais), Números (organização material) e Deuteronômio (complementação dos quatro primeiros livros), além dos Profetas (história) e os Hagiógrafos (costumes e instituições).⁶⁷

Tais livros continham normas judaicas legais e morais, assim como regras relativas ao culto, concebidas por origem divina e transmitidas primeiramente de forma oral, sendo transcritas durante longo período, num processo que se completou por volta de 400 a.C.⁶⁸. A base moral da legislação

⁶⁵ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 67.

⁶⁶ CASTRO, Flavia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 22.

⁶⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, p. 67.

⁶⁸ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 70-71.

mosaica é encontrada nos dez mandamentos, que teriam sido transmitidos por Deus a Moisés, no Monte Sinai, como forma de aliança entre Ele o povo escolhido.

Em 586 a.C., após um cerco que durou mais de um ano, o rei da Babilônia, Nabucodonosor, conquistou o reino dos hebreus, estes foram levados em número significativo, como escravos. Ao entrarem em contato com diversas culturas diferentes e fortes (persas, gregos, romanos), os hebreus cogitaram afirmar sua cultura e adaptá-la às influências que recebiam. A primeira codificação oral foi chamada de *Michná* (repetição ou ensino), feita pelo último dos *Tanaim*, em 192 a.C. (o terceiro livro ocupava-se do matrimônio e divórcio)⁶⁹. A *Michná* desenvolveu-se especialmente na época do Segundo Templo, entre a volta do cativeiro na Babilônia e a diáspora (70 d.C.).

Para guardar fidelidade à Legislação Mosaica no uso da codificação nova, os séculos seguintes produziram discussões, interpretações e aprofundamentos do texto da *Michná* que deram origem às *Guemaras* que juntamente com a *Michná* e a própria Tora constituem o *Talmud* (que significa estudo), que é o verdadeiro corpo da Legislação Hebraica⁷⁰. (grifos no original)

Gilissen destaca que o diferencial do povo hebreu era ímpar entre os antigos: acreditava-se num só deus (monoteísmo), que por vontade própria havia se revelado a um patriarca, Abraão, e escolhido aquele povo. Portanto, suas leis eram imutáveis, somente o próprio Deus poderia modificá-las, aos rabinos era incumbida a tarefa de interpretá-las e adaptá-las à evolução social⁷¹. Tal característica marcou toda e qualquer produção cultural ou jurídica que tenham realizado. Era Deus que comandava suas vidas, escolhia os líderes, o lugar onde permaneceriam, oferecia fartura ou não, a vitória ou a derrota nas guerras, conforme merecimento⁷².

A princípio, os hebreus se dividiam em tribos, conforme o número de filhos de Jacó (doze), as respectivas tribos se subdividiam em famílias, sendo que a organização política e social girava em torno desse *status quo*. Das doze tribos, onze laboravam na terra e no pastoreio e a última possuía funções sacerdotais.

⁶⁹ CASTRO, Flavia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 31-32.

⁷⁰ CASTRO, Flavia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 32.

⁷¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, p. 66.

⁷² CASTRO, Flavia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 27-28.

Havia também a camada de escravos hebreus e estrangeiros e dos próprios estrangeiros livres, que não gozavam do mesmo direito do povo judeu⁷³.

No judaísmo, a família desempenhava papel fundamental, o casamento era considerado o modo de vida ideal, instituído por Deus e o único tipo de coabitação permitido. Entretanto, durante um grande lapso temporal a poligamia (na forma de concubinato) representou a regra do regime matrimonial, bem como o levirato (dever do homem de contrair núpcias com a viúva do irmão que falecesse sem deixar filho varão). Somente depois do cativo a que foi submetido o povo hebreu pelos babilônicos (587-537 a.C.), a monogamia prevaleceu.⁷⁴ Dispõe Romão:

No que diz respeito à dissolução da sociedade conjugal, mister se faz ressaltar que, a não ser pela legislação babilônica, em que a quebra do vínculo podia partir de qualquer das partes, tal iniciativa era exclusiva do homem na legislação mosaica, cujo fato gerador, em regra era a falta de virgindade da noiva. [...] o conceito de divórcio tinha conotação diferente da atual, posto que era uma forma de repúdio do homem em relação à mulher. Contudo, o marido ficava obrigado a provar as razões que o levavam a repudiar [...]. Caso contrário, estaria sujeito a uma pena corporal (açoites) e a uma pena pecuniária [...].⁷⁵

Ainda com relação ao repúdio, espécie de divórcio para o povo hebreu, a legislação assim previa: “Quando um homem tomar uma mulher e, entrando a ela a aborrecer” (22, v. 13); “E ache imputar coisas escandalosas e contra ela divulgar má fama, dizendo: Tomei esta mulher e me cheguei a ela, porém não a achei virgem” (22, v.13); “Então o pai da moça e sua mãe tomarão os sinais da virgindade e levá-los-ão para fora aos anciãos da cidade à porta” (22, v. 15). Em outro trecho dispõe: “Quando um homem tomar uma mulher e se casar com ela, então será que, se não achar graça em seus olhos, *por nela achar coisa feia*, ele lhe fará escrito de repúdio e lho dará na sua mão e a despedirá de sua casa” (24, v.1).⁷⁶ A Lei Mosaica também não admitia remissão para os que praticavam o adultério, punindo o mesmo com extrema severidade:

⁷³ CASTRO, Flavia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 28-29.

⁷⁴ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 72.

⁷⁵ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 73.

⁷⁶ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. p. 31-32.

Quando um homem for achado deitado com mulher casada com marido, então, ambos morrerão, o homem que se deitou com a mulher e a mulher, assim tirarás o mal de Israel (22, v. 22).⁷⁷

Romão expõe que no sistema hebreu o pai possuía a faculdade de distribuir em vida o patrimônio entre seus herdeiros, todos os filhos nascidos de justas núpcias ou não eram considerados legítimos, contudo, somente os de sexo masculino participavam da herança normalmente, cabendo ao primogênito receber a sua parte em dobro. Na falta de filhos homens, as filhas que se beneficiavam com o dote e alimentos, afastavam do patrimônio hereditário qualquer outro descendente masculino.⁷⁸

1.2.4 O direito indiano – Código de Manu e a normatização familiar – breves apontamentos sobre o antigo direito muçulmano

O Código de Manu (1.000 a.C. – Manu era o Adão do paraíso indiano) foi um Direito revelado pelas divindades e escrito no livro sagrado, extremamente rigoroso, seu conteúdo se dividia em três partes: religioso, moral e as leis civis (*Maabárata, Romaiana, Purunas* e as Leis de Manu).⁷⁹ A Índia estruturou-se num sistema de gradação extrema de castas (os *brâmanes* ou sacerdotes, os *Ksatryas*, guerreiros componentes da escala militar, os *Varsyas*, que eram comerciantes, os *sudras*, que eram a mão-de-obra da Índia, e, por fim, os *Párias* ou *Chandalas*, também chamados de intocáveis ou sem casta).

Romão pondera que o Direito para os hindus possui significado distinto do ocidental, o que melhor corresponderia a essa noção é o *dharma*, o dever, o conjunto de regras que o homem hindu deve seguir em razão de sua condição na sociedade, das responsabilidades para com sua família e comunidade, adquiridas pelo seu nascimento em determinada casta, onde permaneceria até a morte. O membro de cada casta seguia regras diferentes das que regiam outra, não há um

⁷⁷ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. p. 32.

⁷⁸ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 81.

⁷⁹ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. p. 62.

princípio de isonomia, inclusive as penalidades eram diferenciadas, dependendo da casta a qual o indivíduo pertencia, com claro privilégio aos brâmanes.⁸⁰

No que tange à situação da mulher, eram elas frequentemente encaradas como propriedade do marido. Uma mulher solteira em geral tinha um status baixo, e uma mulher casada sem filhos poderia se encontrar em uma situação bem precária. [...] Nesse contexto, ser membro de uma casta pode constituir um fator decisivo na situação feminina. O culto das numerosas deusas também pode contribuir para elevar a posição das mulheres.⁸¹

O Código de Manu preceituava que a família perfeita seria aquela formada por pai, mãe e filhos, contudo, revestida da poligamia, amplamente aceita pelos hindus. Novamente, a prerrogativa da quebra do vínculo matrimonial (espécie de divórcio) era exclusiva do homem, que poderia repudiar sua mulher caso esta fosse estéril, se não procriasse filhos homens, se morressem os filhos, ainda nos casos de embriaguez, maus costumes, incompatibilidade de gênios e doença incurável.⁸²

Na sociedade hindu o casamento era comum entre mulheres muito jovens, prometidas a homens que não conheciam, escolhidos por sua família e pertencentes a mesma casta. Segundo indica o Código de Manu, Art. 505: “É a um mancebo distinto, de exterior agradável e da mesma classe, que um pai deve dar sua filha em casamento [...], embora ela não tenha chegado ainda à idade de oito anos em que a devam casar”; ou ainda, Art. 511: “Um homem de trinta anos deve desposar uma rapariga de doze que lhe agrade; um de vinte e quatro, uma de oito [...]”.⁸³

A separação somente ocorreria caso alguma espécie de deficiência fosse apresentada pela esposa. Se durante um ano inteiro, o marido suportasse a aversão de sua mulher, e, depois desse tempo ela continuasse a odiá-lo, que ele lhe dê somente o que subsistir e vestir e deixe de habitar com ela (Art. 494, do Código de Manu). O mesmo não aconteceria se esse marido era insensato, culpado de grandes crimes, eunuco, impotente, atormentado de elefantíase ou

⁸⁰ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 86.

⁸¹ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 87.

⁸² ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 88.

⁸³ CASTRO, Flavia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 51.

concussão pulmonar, situação em que a esposa não era abandonada ou privada de seus bens (art. 496). Seguem outros artigos interessantes:

Art. 498. Uma mulher estéril deve ser substituída no oitavo ano; aquela cujos filhos têm morrido, no décimo; aquela que só põe no mundo filhas, no undécimo; aquela que fala com azedumas, imediatamente.

Art. 499. Mas, aquela que, embora doente, é boa e de costumes virtuosos, não pode ser substituída por outra, senão por seu consentimento e não deve jamais ser tratada com desprezo.⁸⁴

Romão expõe que o primogênito era herdeiro e continuador dos hinos, o chefe religioso da família e dono do patrimônio em sua totalidade. Assim, os demais filhos, mesmo homens, deveriam viver sob sua tutela, como viviam sob a do pai, o que gerava a indivisão do patrimônio, da religião e da própria família. Diziam os sábios que o nascimento do primeiro filho trazia a imortalidade ao seu genitor, os demais eram frutos do amor.⁸⁵ Destarte, seguem alguns artigos do Código de Manu que corroboram o acima explicitado:

Art. 538 – Aquele que não tem filho macho pode encarregar sua filha da maneira seguinte, de lhe criar um filho, dizendo: que o filho macho que ela puser no mundo se torne meu e cumpra em minha honra a cerimônia fúnebre. [...]

Art. 548 – Por um filho, um homem ganha mundos celestes, pelo filho de um filho, ele obtém a imortalidade, pelo filho desse neto, ele se eleva à morada do sol.⁸⁶

Na falta de continuação para a linhagem paterna, fato funesto para os hindus, estes permitiam a adoção simples, bem como encarregavam a filha de procriar um macho em nome do pai e, inclusive, poderiam entregar a esposa ao cunhado ou outro parente com o único objetivo de gerar um filho macho, sem satisfação de desejos⁸⁷, o que contrariava as várias regras contra o adultério.

Altavila salienta que o capítulo mais minucioso do Código de Manu, entretanto, é justamente sobre o adultério, uma vez que este traz a mistura de classes, de castas, fato abominável para os indianos, como a destruição da raça humana. Desta forma, a fidelidade mútua se mantinha até à morte como principal dever entre marido e mulher. A própria sedução, sem necessariamente haver o

⁸⁴ CASTRO, Flavia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 62.

⁸⁵ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 88-89.

⁸⁶ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. p. 77.

⁸⁷ CASTRO, Flavia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 58.

cometimento de adultério, já era considerada crime, punida com mutilações infamantes.⁸⁸

No artigo 353, do Código de Manu é pronunciado: “Aquele que fala à mulher do outro em um lugar de peregrinação, em uma floresta ou em um bosque [...], isto é, em um lugar afastado, incorre na pena de adultério”. No artigo 354 é mencionado: “Ter pequenos cuidados com uma mulher, mandar-lhes flores e perfumes, gracejar com ela, tocar seus enfeites ou vestes, sentar-se com ela no mesmo leito – são provas de um amor adúltero”. Por conseguinte, o artigo 355 expunha: “Tocar o seio de uma mulher casada ou em outras partes de seu corpo, de uma maneira indecente, deixar-se tocar assim por ela, - são ações resultantes do adultério, com ‘mútuo consentimento’”.⁸⁹ A pena de morte era em geral aplicada aos referidos casos:

Art. 368. Se uma mulher, orgulhosa de sua família e de suas qualidades, é infiel ao seu esposo, que o rei a faça devorar por cães e um lugar bastante freqüentado.

Art. 369. Que ele condene o adúltero seu cúmplice a ser queimado sobre um leito de ferro aquecido ao rubro e que os executores alimentem incessantemente o fogo com lenha até que o perverso seja carbonizado.

Castro salienta que os deveres da mulher eram demasiados rigorosos no Código de Manu, se confrontados com outras legislações aqui mencionadas, como o Código de Hamurabi. Na Índia, a condição da mulher era de uma escrava, com certa propensão para o ‘mal’ ou más intenções, e por tal motivo deveria ser vigiada. Possuíam como tarefas cuidar das rendas e despesas da casa, purificar objetos e o corpo, preparar alimentos, conservar utensílios do lar, dar luz a filhos, criá-los, ocupar-se dos cuidados domésticos, etc.⁹⁰

Art. 419. Dia e noite, as mulheres devem ser mantidas num estado de dependência por seus protetores; e mesmo quando elas têm demasiada inclinação por prazeres inocentes e legítimos, devem ser submetidas por aqueles de quem dependem à sua autoridade.

Art. 420. Uma mulher está sob a guarda de seu pai, durante a infância, sob a guarda de seu marido durante a juventude, sob a guarda de seus filhos em sua velhice; ela não deve jamais conduzir-se a sua vontade.[...]

⁸⁸ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. p. 54.

⁸⁹ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. p. 74.

⁹⁰ CASTRO, Flavia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 53-54.

Art. 422. Deve-se sobretudo cuidar e garantir as mulheres de más inclinações, mesmo as mais fracas; se as mulheres não fossem vigiadas, elas fariam a desgraça de sua família.⁹¹

No que tange ao Direito muçulmano, este compreendeu todos os adeptos da religião islâmica, como no direito hindu, consistia nas leis de um grupo religioso e não de um povo ou país. Até o século VII d.C., a religião islâmica constituiu um animismo politeísta (manifestação religiosa aos deuses do cosmos, da natureza, de todos os seres vivos e de fenômenos naturais), que passou para o monoteísmo, pela influência das religiões próximas, como o judaísmo e o cristianismo. O deus árabe por excelência é Alá, o guardião da ordem moral. Maomé (571-632) lutou ao seu lado contra o politeísmo e os velhos ídolos, como um profeta, que foi perseguido em Meca, reconquistando-a pela guerra santa e criando o Islão (submissão a Deus).⁹²

O Direito muçulmano nasceu como uma das faces da religião, compreendendo a teologia (fixava os dogmas) e a *Châr'ia* (lei revelada), que prescrevia aos crentes o que deviam ou não fazer, a punição é o estado de pecado, aplicada somente aos fiéis. O *Figh* era o conjunto de soluções preconizadas para obedecer a lei revelada, a ciência dos direitos e deveres dos homens, das recompensas e penas espirituais, a partir de quatro fontes: o Alcorão (livro sagrado desenvolvido por Maomé, com 114 capítulos e suratas), a *Sunna* (conjunto de atos, comportamentos e palavras de Maomé), o *Idjmã* (acordo unânime da comunidade muçulmana ou dos doutores da lei) e o raciocínio por analogia ao Alcorão e à *Sunna*, tendente a completar suas lacunas.⁹³

O Alcorão permitia a adoção, diferenciando os filhos consanguíneos dos adotivos, poderia o crente inclusive se casar com a mãe desse último. Já com relação ao adultério o livro sagrado prescrevia, segundo Altavila:

O conceito de honra entre os muçulmanos é de um rigor excessivo. A surata XVII impõe este princípio de moral que deveria estar contido antes da matéria tratada no capítulo IV, referente às mulheres: “34 – Evitai o adultério, porque é torpeza e mau caminho”. [...] “19 – Se vossas mulheres cometerem ação infame chamai quatro testemunhos. Se os seus testemunhos são acordes, fechai-as em casa até que a morte as leve ou que Deus lhes proporcione algum meio de salvação”. [...] “2 – Infligireis ao

⁹¹ CASTRO, Flavia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 53.

⁹² GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 118.

⁹³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 119-120.

homem e à mulher adúlteros com chicotadas cada um. Que a compaixão não vos impeça do cumprimento deste preceito, se credes em Deus e no derradeiro dia. Que este suplício se realize em presença de certo número de crentes”.⁹⁴

No Alcorão o casamento era misto, lícito ou ilícito, aos homens se permitia tomar as mulheres que desejassem até o limite de suas posses, porém, eram proibidos de trocá-las ou se casarem com as mulheres que tinham sido esposas de seus pais, filhas, irmãs, tias paternas e maternas, mulheres casadas, exceto as escravas. O divórcio foi matéria amplamente tratada no livro sagrado, conforme a surata II, versículo 227: “Se o divórcio está firmemente resolvido, Deus sabe e ouve tudo”.⁹⁵

Entende-se divórcio aqui como o repúdio da esposa pelo marido, com uma série de regras: a mulher repudiada só poderia casar novamente depois de três períodos menstruais, seria despedida pelo marido generosamente (sustento), somente voltaria à companhia do marido se houvesse casado com outro antes, as que eram mães poderiam amamentar os filhos por dois anos, etc.

A surata XXXIII, v. 48 prescreve não demorar ou reter uma mulher fiel e repudiada. A surata LVIII diz que, se um homem repudia uma mulher “com a fórmula de separação perpétua e volta atrás com suas palavras, dará a liberdade a um escravo, antes que se dê a nova coabitação” (v. 4) [...] O direito muçulmano estabelece a necessidade de o marido pronunciar a fórmula do repúdio, ou *atalque*, com solenidade. E o original é que o ato produz todos os seus efeitos, mesmo que, depois dele, o divorciado alegue que o pronunciara mentindo.⁹⁶ (grifos no original)

A situação da mulher na lei maometana foi deplorável, a menos que ela tivesse independência financeira (herança), fosse repudiada, viúva ou ‘parente inútil’, o homem a tratava como sua propriedade, uma coisa, se lhe dava felicidade era muito mais para alcançar graças divinas. O Alcorão chega a designar a supremacia masculina devido às qualidades pelas quais Deus elevou o homem acima da mulher e o motivo de os homens empregarem seus bens em dotar as esposas (v. 38).⁹⁷ Aos filhos cabia severo respeito aos pais, possuindo direito de herança duplo ao das filhas, a repartição dos bens incluía os pais do *de*

⁹⁴ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. p. 128.

⁹⁵ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. p. 133.

⁹⁶ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. p. 133-134.

⁹⁷ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. p. 137-138.

cujus, o cônjuge sobrevivente e demais parentes, dependendo dos descendentes vivos, nesse estágio também era permitido testar.

1.2.5 O direito grego e a normatização familiar

Aos autores de História do Direito é comum a utilização da obra de Fustel de Coulanges, 'A cidade antiga', para justificar o início das civilizações grega e romana, parte já tratada no subcapítulo 1.1.3, da presente dissertação. Normalmente divide-se a história grega em três grandes períodos: o arcaico (séc. VIII a.C. até 480 a.C.), ocasião das invasões persas; o período clássico (de 480 a.C. até 338 a.C.), até a submissão à Macedônia; e o período helenístico, (de Alexandre até 150 a.C.), data de subordinação aos romanos.⁹⁸ Os gregos, inicialmente, eram nômades de origem ariana, que estenderam suas pastagens na direção sul, penetrando a Península dos Bálcãs, entrando em conflito e misturando-se à civilização do Egeu.

As condições geográficas de uma região de vales e planícies separadas por cordilheiras, braços de mar e ilhas dispersas, propiciou um isolamento entre as comunidades gregas. Cada Estado grego geralmente não se compunha de mais de uma cidade e dos campos circundantes. Embora politicamente independentes, a interligação acontecia através de laços culturais, sentimentais, associações, língua, escrita, moeda, armamento naval e terrestre, manifestações religiosas, comércio e indústria, até mesmo os jogos olímpicos.⁹⁹ Segundo Romão:

Já no que concerne ao direito, não há propriamente que falar de Direito grego, mas de uma multidão de direitos gregos, porque não houve nunca unicidade política e jurídica na Grécia Antiga. Cada cidade-estado, que os gregos chamavam de *polis*, tinha o seu próprio Direito, tanto público como privado [...]. Nunca houve leis aplicáveis a todos os gregos; no máximo, alguns costumes comuns. Dentre as diversas *polis* existentes, como Mileto, Tebas, Corinto, Mitilene, Cálcis, Tróia, etc., destacaram-se Esparta e

⁹⁸ LOPES, José Reinaldo. **O direito na história**. p. 33

⁹⁹ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 107.

Atenas, como verdadeiros modelos da civilização helênica, e muito diferentes entre si.¹⁰⁰ (grifos no original)

Esparta e Atenas, pelo que desempenharam na civilização helênica, realmente merecem destaque, pois forneceram os mais valiosos e expressivos subsídios para sua projeção na história universal, verdadeiras matrizes da organização político-social da Grécia antiga. Esparta era uma cidade fechada, de difícil acesso e comunicação, conservadora, aristocrática e fundamentalmente militarista, os filhos eram entregues ao Estado para serem educados de forma severa, tanto no aspecto militar quanto físico. Já Atenas primava pela cultura e o trocar de ideias, sendo o berço do pensamento grego, onde surgiram expoentes como Sócrates, Platão, Aristóteles (na filosofia), Sófocles, Eurípedes, Ésquilo e Aristófanes (na dramaturgia), dentre outros.¹⁰¹

As fontes gregas escritas são raras. Os poucos textos que permitem o estudo do Direito grego – além das grandes epopéias de Homero para o período arcaico – são: a) alguns discursos de Demóstenes e de Iseu do fim da época clássica do Direito ateniense; b) documentos literários e filosóficos de Platão, Aristóteles e Plutarco; c) inscrições jurídicas; d) [...] *A Lei de Gortina* e *a Lei de Dura* (relativa às sucessões *ab intestato*).¹⁰² (grifos no original)

Gilissen aponta que a evolução no Direito grego também se dividiu em alguns períodos, primeiramente, o da civilização cretense (séc. XX ao XV a.C.) e micênica (séc. XVI e XII a.C.), entretanto, estas foram destruídas por invasores dórios e não há conhecimento de documentos jurídicos escritos; o dos clãs, que se desenvolveram em aldeias, assentados num parentesco real ou fictício, o chefe do clã era juiz e sacerdote, presidindo o culto familiar, havia forte solidariedade ativa e passiva de seus membros, descrita na *Odisséia* de Homero; o da formação das cidades e o da instalação da democracia (séculos VIII e VI a.C.), sendo a mais conhecida a de Atenas.¹⁰³

Wolkmer salienta fato importante, os gregos vislumbravam o direito não como de origem divina, e, sim, de proveniência humana, no objetivo de alcançar a

¹⁰⁰ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 106-107.

¹⁰¹ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 107-108.

¹⁰² ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 108-109.

¹⁰³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, p. 74.

justiça e passível de alteração pelos próprios homens¹⁰⁴. A fonte do direito era a lei que, na teoria, fora promulgada e imposta a todos os cidadãos, igual e uniformemente. O primeiro legislador que se possui conhecimento foi *Zaleuco* de Locros (650 a.C.), seguido de *Carondas* da Catânia (630 a.C.).¹⁰⁵

Na respectiva época, foram desenvolvidas normas inerentes à família, casamento, sucessão, herança, adoção, legitimidade de filhos, escravos, cidadania, comportamento das mulheres em público, divórcio, igualdade entre homens e mulheres, etc. Contudo, muito do seu conteúdo se perdeu ao longo dos séculos ou ainda não foi provado oficialmente.¹⁰⁶

Em Atenas, as *Leis de Drácon* (621 a.C.) puseram fim à solidariedade familiar, mantendo os privilégios e discriminações com base no nascimento e tornando obrigatório o recurso aos tribunais para solução de conflitos entre os clãs, em sua maioria, através da retórica e argumentação das próprias partes envolvidas ou de seus representantes legais.¹⁰⁷ Era comum a figura do *logógrafo*, redator de discursos pré-forenses, pedidos, defesas, que as partes decoravam posteriormente, tendo em vista que os julgadores também eram leigos.¹⁰⁸ Lopes expressa:

As de *Sólon*, de 594 a 593, instauraram a igualdade civil, suprimiram a propriedade coletiva dos clãs e a servidão por dívidas, limitaram o poder paternal, estabeleceram o testamento e a adoção. [...] Essa democracia levou o Direito ateniense ao auge de seu individualismo com *Clístenes* e *Péricles*. Na época clássica da democracia ateniense (entre 580 e 338 a.C.), os cidadãos governaram diretamente. No seio da sua assembléia, exprimiam a sua vontade votando a lei (nomos), em princípio igual para todos. A Assembléia tomava todas as decisões importantes, mesmo no domínio judiciário. A administração da cidade era assegurada pelo Conselho (Bulé) e pelos magistrados, quer eleitos, quer tirados à sorte.¹⁰⁹ (grifos no original)

Castro complementa que *Sólon* ainda reformou o regime político, instaurando uma democracia moderada, mantendo as distinções baseadas na riqueza do indivíduo, quanto maior as posses, maior a possibilidade de

¹⁰⁴ LOPES, José Reinaldo. **O direito na história**. p. 33

¹⁰⁵ WOLKMER, Antonio Carlos (organizador). **Fundamentos de história do direito**. p. 39.

¹⁰⁶ WOLKMER, Antonio Carlos (organizador). **Fundamentos de história do direito**. p. 51.

¹⁰⁷ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 111.

¹⁰⁸ LOPES, José Reinaldo. **O direito na história**. p. 34-35.

¹⁰⁹ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 112.

participação na vida pública. Também foi limitado o direito de herança aos primogênitos que, anteriormente, eram herdeiros universais. Somente os filhos homens recebiam herança, se houvesse apenas uma filha como herdeira, um parente próximo se tornava o herdeiro legítimo. Da mesma forma, *Sólon* introduziu o testamento na legislação ateniense, sendo a mulher proibida de testar.¹¹⁰

No tocante à estrutura familiar, o filho maior se tornava autônomo, as mulheres apesar de continuarem sob a tutela de seus pais ou maridos, possuíam liberdade de ir e vir, diferente da vida reclusa das mulheres orientais.¹¹¹ Quanto ao poder patriarcal grego, Gilissen explica:

O poder paternal, no seio da família, é limitado enquanto que em Roma permanece muito extenso. Pela maioridade, o filho escapa à autoridade do pai, o que nunca foi introduzido no direito romano. O poder paternal permanece todavia muito forte em Atenas em relação às filhas que não saem nunca da tutela, quer se trate do seu pai quer da do seu marido. A comparação aqui é favorável ao direito romano que se mostra mais favorável à mulher.¹¹²

Interessante expor que a sociedade espartana apresentava três camadas sociais, os *espartíatas* (eram os dórios, guerreiros com educação militar, que se casavam aos trinta anos), os *periecos* (possuíam boas condições materiais, mas nenhum direito político) e os *hilotas* (escravos de propriedade do Estado). Desde a primeira infância, o *espartíata* era educado para servir ao Estado, ainda recém-nascido, se julgado saudável por uma comissão de anciãos, estava imediatamente sob a supervisão pública. As crianças não aprovadas eram enjeitadas pelo governo e acabavam morrendo ou sendo acolhidas por algum *hilota*.¹¹³ Castro comenta:

Até os sete anos, a criança recebia cuidados de sua mãe e de amas especiais do governo. Aos sete anos, os meninos eram afastados de suas famílias e ingressavam em um grupo militar comandado por um jovem espartíata, onde marchavam, faziam muita ginástica e aprendiam alguma coisa de música e leitura. Dos doze aos dezessete anos, esses deviam ir para campo, onde deveriam sustentar-se somente com seu próprio esforço. [...] As meninas recebiam, praticamente, o mesmo treinamento físico dos meninos, mas para que pudessem ser boas mães de espartíatas.

¹¹⁰ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 75.

¹¹¹ LOPES, José Reinaldo. **O direito na história**. p. 41.

¹¹² GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, p. 78.

¹¹³ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 68.

Elas tinham mais liberdade que as mulheres de outras Cidades-Estado da Antiguidade. Podiam receber herança e poderiam enriquecer com o comércio, atividade vedada totalmente aos homens.¹¹⁴

Por fim, Alexandre unificou a Grécia, a Ásia Anterior e o Egito sob a sua autoridade, contudo, o império que fundou não conseguiu manter-se, sendo substituído por múltiplas monarquias, as quais, a partir do séc. III a.C., eram comandadas por reis absolutos. A sua vontade era a lei viva, fórmula que seria retomada pelos imperadores romanos¹¹⁵.

Lopes faz uma reflexão sobre o costume de se afirmar que a Grécia possuiu pouca tradição jurídica, o que não é de todo verdade. Primeiramente, pela grande produção filosófica que se debruçou também sobre o campo jurídico, moral, ética e lei. Segundo, pela reflexão sobre a natureza da lei e da justiça, os gregos descartaram a ideia de que as leis eram revelações divinas ou apenas tradições herdadas. O centro da vida se deslocou da família para a cidade, não eram mais suficientes as decisões de juízes de aldeia, dos velhos, sábios ou prudentes. A solidariedade cívica exigia regras universais, que valessem para todos os casos e que não fossem apenas aplicações de prudência ao caso concreto, como na solidariedade de sangue ou de tradição.¹¹⁶

O enorme esforço para superar a solidariedade familiar e transformar a cidade [...] no centro da vida social e política é refletido na literatura e na filosofia, além de ter sido objeto de leis específicas impondo o fim das vinganças familiares. Aristóteles [...] dirá que seu objetivo é criar a amizade entre os homens (os cidadãos): mostra que não são apenas as famílias o fundamento da vida social. É preciso criar uma amizade cívica, um espírito aberto aos outros fora das famílias. [...] Embora a tradição e os laços familiares ainda sejam determinantes na sociedade grega, a existência da cidade e a consciência de que ela é um artefato humano [...] são tematizadas de tal modo que até hoje somos contemporâneos de seu debate.¹¹⁷

Finalmente, adentra-se no desenvolvido contexto sócio-jurídico da antiga civilização romana, que inspirou os códigos jurídicos modernos, e, por conseguinte, a legislação que aportou no Brasil e os textos legais subsequentes,

¹¹⁴ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 68-69.

¹¹⁵ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, p. 74-75.

¹¹⁶ LOPES, José Reinaldo. **O direito na história**. p. 35-36.

¹¹⁷ LOPES, José Reinaldo. **O direito na história**. p. 36-37.

no que interessa ao presente trabalho, especificamente as normas que regem as relações familiares.

1.2.6 O direito romano como grande predecessor das normas familiares ocidentais – breves apontamentos sobre o antigo direito germânico

O Direito romano foi um complexo de normas vigentes em Roma desde a sua fundação num pequeno centro rural (séc. VIII a.C.) até a codificação de Justiniano (séc. VI d.C.). Divide-se politicamente o Direito romano pela época Régia (da fundação de Roma em 753 a.C. até a expulsão dos reis revelados pelos deuses no colégio de pontífices, em 510 a.C.); a época Republicana (de 27 a.C., do Principado até Diocleciano, que iniciou seu reinado em 284 d.C.); e o período do Alto e Baixo Império (monarquia absoluta, iniciada por Diocleciano e terminada com Justiniano, de 565 d.C. até a queda de Constantinopla).¹¹⁸

Durante o período arcaico, que inclui a Realeza e parte da República, Roma se caracterizava pelo formalismo, rigidez, solenidades e primitividade, o Estado possuía funções limitadas a questões essenciais de sobrevivência. Gilissen afirma que os cidadãos romanos eram considerados muito mais membros de uma comunidade familiar do que como indivíduos (solidariedade ativa e passiva), moravam em aldeias dentre famílias patriarcais, sendo a defesa privada utilizada em larga escala e o direito baseado pelo sentimento religioso. Os chefes de família, os *patres*, reuniam-se nas colinas arborizadas (formaram o berço do Senado) e local da futura e grandiosa Roma.¹¹⁹

As classes sociais se desenvolveram pelo nascimento, fortuna e domicílio da pessoa, através das categorias dos patrícios (cidadãos romanos, descendentes das antigas famílias fundadoras de Roma), clientes (estrangeiros que viviam às expensas dos patrícios), plebeus (pessoas provenientes de outras regiões, que se dedicavam ao comércio, agricultura e artesanato, sem quaisquer

¹¹⁸ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 118-119.

¹¹⁹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, p. 81.

direitos) e os escravos (verdadeiros objetos de seus senhores)¹²⁰. Explana Romão:

Cada família patrícia era indivisível e perpetuava-se através de seus membros. Seu chefe era o *pater familias*, que exercia amplos poderes, de vida ou morte, sobre os demais. [...] Conquanto não tivessem a cidadania romana, os clientes passaram a gozar de alguns benefícios legais, tais como: podiam se ligar à religião do patrício protetor e participar das mesmas festas, cultos e comemorações, sendo assim considerados membros de suas famílias. Em contrapartida, deviam-lhes obrigações e obediência.¹²¹ (grifos no original)

Nesse estágio antigo, o Direito romano nada mais era do que uma das faces da religião, os sacerdotes gozavam de extrema importância, eram os árbitros do divino e do homem, intervindo como intérpretes e conselheiros nos casos da vida civil, respondiam às consultas jurídicas dos patrícios, assessoravam-nos nos atos jurídicos particulares (direito de contrair matrimônio) e administravam fórmulas processuais, formando assim, uma verdadeira jurisprudência. Era o chamado *jus civile*, um misto de humano (*jus*) e divino (*fas*), moral e religião, não escrito, com formas sacramentais, fórmulas sagradas e gestos específicos.¹²²

Altavila menciona a possível existência da *Jus Papirianum*, legislação desenvolvida por um pontífice, que de certa forma inspirou os princípios da Lei das XII Tábuas, posteriormente. No referido texto, havia normas pertinentes à família, como segue:

[...]
 IX – Aquele que matar o pai ou a mãe, terá a cabeça cortada.
 X – Não se deve dizer coisas desonestas na presença de senhoras. [...]
 XV – Compartilhe a mulher, com o marido, das coisas existentes no seu lar.
 XVI – A filha não é somente herdeira do pai, mas também do marido.
 XVII – É lícito ao marido e aos irmãos castigar convenientemente a mulher adúltera.
 XVIII – Se uma mulher se embriaga em sua casa, será punida como se tivesse sido encontrada em adultério.

¹²⁰ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 119-120.

¹²¹ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 120-121.

¹²² ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 122.

XIX – Seja lícito ao pai e a mãe banir, vender e matar os próprios filhos.¹²³

Ao se ampliar o poder central do Estado e a criação de regras que reforçavam a autonomia do cidadão, houve um grande marco jurídico, a codificação do Direito vigente nas XII Tábuas (451-450 a.C.), por *decenviratos* (comissários). Continha regras costumeiras, primitivas e até mesmo cruéis, contudo, já representava um avanço na época, em parte resultado da luta dos plebeus em adquirirem direitos semelhantes aos patrícios.¹²⁴ Destaca Gilissen:

A lei das XII Tábuas não é um código, no sentido moderno do termo, não é talvez um conjunto de leis, antes uma redução a escrito de costumes, sob a forma de fórmulas lapidares. A sua redação tendeu a resolver um certo número de conflitos entre plebeus e patrícios, mas a sua interpretação permaneceu secreta, porque confiado aos pontífices. No Conjunto, a Lei das XII Tábuas revela um estágio da evolução do direito público e privado comparável ao que é conhecido em Atenas pelas leis de Drácon e de Sólon. A solidariedade familiar é abolida, mas a autoridade quase ilimitada do chefe de família é mantida; a igualdade jurídica é reconhecida teoricamente, são proibidas as guerras privadas [...]; a terra, mesmo a das *gentes*, tornou-se alienável; é reconhecido o direito de testar.¹²⁵

As tábuas IV e V tratavam do pátrio poder, tutela hereditária e outras matérias referentes à família, algumas muito severas, como as seguintes: o filho nascido deficiente deveria ser morto de imediato; o pai possuía sobre o filho direito de vida e morte, flagelo, aprisionamento, obrigação ao trabalho, venda, etc.; se o filho fosse vendido pelo pai por três vezes estaria emancipado; a viúva poderia gerar um filho legalmente até o décimo mês da morte do marido; as mulheres estavam sob tutela perpétua, era proibido o casamento entre patrícios e plebeus, etc.¹²⁶

Por volta de 500 a.C., período pré-clássico, os romanos já haviam conquistado a Península Itálica e Roma se tornara a *Urbes*, o regime monárquico foi substituído pela República, devido ao descontentamento do patriarcado aos

¹²³ ALTAVILA, Jayme de. **Origens dos direitos dos povos**. p. 87.

¹²⁴ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 124.

¹²⁵ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, p. 87.

¹²⁶ ALTAVILA, Jayme de. **Origens dos direitos dos povos**. p. 94-95.

desmandos dos reis, muitos em prol dos plebeus. O rei *Tarquínio* foi deposto e substituído por dois cônsules, *Bruto* e *Tarquínio Colatino*.¹²⁷ Destaca Romão:

Nesse contexto, as regras rígidas e formais do *jus civile* (Direito romano arcaico) passaram a se chocar com a nova realidade dos fatos. Surgiu, então, uma nova modalidade do Direito romano – o *Direito pretoriano* ou *Direito honorário* -, um direito mais flexível, adaptado à realidade sociopolítica de então. [...] os éditos dos magistrados (dos pretores, em especial), amoldavam-se às novas necessidades sociais e políticas da época e eram influenciados também por diferentes costumes e conceitos filosóficos trazidos pelos povos estrangeiros que comerciavam com Roma, Transformaram-se numa nova fonte de Direito [...] aquele que, por razão da utilidade pública, os pretores introduziram para ajudar ou suprir ou corrigir o Direito Civil.¹²⁸ (grifos no original)

Com a chegada a Roma de pessoas provenientes das mais distantes regiões do Império, expandiu-se as fronteiras, o mercado, a diversidade de línguas, usos e costumes, fazendo surgir o *jus gentium*, alicerçado nos princípios do direito natural, denominado direitos das gentes, de todas as nações. Não possuía demasiada formalidade como no *jus civile*, respeitando a boa fé e a lealdade da palavra empenhada, este período restou conhecido com a universalização do Direito romano.¹²⁹

A partir do início do ano 100 a.C., a República romana passou por uma severa crise social, política e econômica, motivada pelas continuadas guerras civis e pelo assassinato de César, em 44 a.C. O povo se afastou da religião e das tradições, além do crescente fluxo de estrangeiros que ali se fixavam. Nesse quadro caótico, surgiu a figura do príncipe no Alto Império, com poderes limitados, partilhados com o governo e o senado. Destaca-se aqui o príncipe Otávio (imperador Augusto), título conferido pelo senado por volta de 27 a.C., que o colocou acima dos cônsules e das leis, além da instituição das constituições imperiais emanadas diretamente do príncipe e elaboradas por jurisconsultos.¹³⁰

Durante os estágios supracitados, Gomes salienta que a família romana se baseava no *pater familias*, o homem (*sui juris*) era sacerdote, senhor e

¹²⁷ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 125.

¹²⁸ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p.129-130.

¹²⁹ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 134-135.

¹³⁰ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 136-137.

magistrado, exercendo seu poder sobre filhos, mulher (*alieni juris*), escravos (*dominica potestas*) e bens. Monogâmica e exogâmica¹³¹, a família romana traduziu o patriarcado em sua forma mais plena. Importante salientar o surgimento das expressões *affectio maritalis*, que consistia na intenção do casal romano em construir uma vida comum, e da *consortium omnis vitae*, união duradoura entre os pares¹³². Lopes expõe:

A importância do direito privado romano está diretamente ligada ao papel que a própria família desempenha na sociedade romana em particular. O direito privado, quando bem analisado, é um sistema de regras pelo qual se mantém unida a família como unidade produtiva. As regras de sucessão determinam quem se torna o chefe da família e com que meios. As regras do matrimônio determinam como se unem e separam patrimônios e como se acrescem, pelos regimes dotais e pelo regime do poder que há entre marido e mulher, as unidades familiares, verdadeiras sociedades que unem homem e mulher por uma *affectio* que não é o sentimento romântico moderno, mas algo como a *affectio* dos sócios de uma sociedade. O direito de propriedade (*dominium*) é uma espécie também de jurisdição, de poder de comandar as coisas e as pessoas da família e não surpreende que o pai dê origem ao patrão.¹³³ (grifos no original)

Para Castro, o termo 'família' era aplicado tanto às coisas quanto pessoas, ou seja, possuía ao mesmo tempo relação com o patrimônio familiar dos romanos, como também vínculos com a esposa, filhos, parentes e escravos.

A família, relativamente a pessoas, pressupõe parentesco e este, em Roma poderia ter dois sentidos, um estritamente jurídico, chamado *agnatio*, outro basicamente biológico (ascendência comum), a *cognatio*. O parentesco jurídico englobava todos sob o poder de um mesmo *pater familias*, portanto, este só era transmitido pela linha paterna [...]. Por isso, a *agnatio* era chamada também de *cognatio virilis*.¹³⁴ (grifos no original)

Segundo Wald¹³⁵, a família romana consistia simultaneamente numa unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O patrimônio, a princípio, pertencia à família, administrado pelo *pater*, já numa fase mais evoluída surgiram patrimônios individuais. A família unia-se numa religião própria de culto aos antepassados falecidos. O *pater familias* também administrava a justiça dentro dos limites da casa e constituía o Senado romano. Ao lado da família, existia a

¹³¹ União entre membros de comunidades e castas variadas.

¹³² GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 39.

¹³³ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. p. 59.

¹³⁴ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 98.

¹³⁵ WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. p. 10.

gens, considerada uma subdivisão da cúria ou um agregado das famílias oriundas de um tronco comum, estas criavam entre seus membros direitos sucessórios e exerciam importante função política, com território próprio e chefe, o *pater gentis*.

Gonçalves complementa:

O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça.¹³⁶ (grifos no original)

Almada expõe que os poderes do *pater* incluíam a prerrogativa de matar seus filhos, expô-los ou vendê-los como escravos, ingressando na família somente quem àquele autorizasse, inclusive os filhos de sua própria esposa, seja por motivos de saúde, de pobreza e até testamentário. O vínculo coesivo da família romana era a de uma comunidade política em miniatura, e até a época clássica, sem intervenção estatal, esta jurisdição era paralela à jurisdição familiar. Deste círculo participavam a mulher, filhos, genros, noras, demais descendentes e agregados¹³⁷.

O casamento romano atravessou diversas formas, como a *manus* (onde a mulher e seus bens permaneciam sob o total domínio de seu marido), *confarreatio* (casamento religioso), *coemptio* (casamento por compra), *usus* (casamento por prescrição aquisitiva da *manus*), e o tipo mais comum, o casamento *sine manu* (a mulher permanecia juridicamente no seu grupo familiar original, conservando seus bens e oferecendo dote para o marido). Por vezes, o casamento se revestia de celebrações, cerimônias, consistindo num ato consensual. Já no Baixo Império, era essencialmente privado e contratual, passava a existir a partir do momento em que o casal acordava em serem marido e mulher, sem qualquer formalismo¹³⁸. Wolkmer aprofunda:

O casamento romano não possuía uma configuração que permitisse a intervenção de um poder público e estava essencialmente disciplinado pelo direito privado, que não era escrito, pelo contrário, era informal e oral, ocorrendo apenas a presença precária de testemunhas e em última instância da prova

¹³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, p. 31.

¹³⁷ ALMADA, Ney de Mello. **Direito de família**. p. 47.

¹³⁸ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 565.

verbal dos nubentes restabelecadores da celebração através de suas memórias.¹³⁹

Gilissen informa que nesse ínterim o casamento germânico se assemelhou ao romano e grego, pela monogamia, conhecendo num período mais remoto, o casamento por rapto, por compra através dos esponsais, cerimônias nupciais, ritos e gestos simbólicos, cortejos e a cópula na presença de testemunhas. Entre as famílias nobres o casamento também poderia consistir numa espécie de concubinato costumeiro, onde o membro de uma família se ligava à pessoa de condição inferior. Depois dos períodos de invasão, passa-se a considerar o consentimento da noiva e os esponsais são divididos em jóias, dinheiro, ouro e dotes.¹⁴⁰

A família romana evoluiu no sentido de restringir progressivamente a autoridade do *pater*, oferecendo maior autonomia à mulher e filhos. No Império, a *gens* desapareceu e foram concedidos direitos sucessórios e alimentares aos parentes consanguíneos. O Estado limitou a autoridade do *pater*, admitindo a procura pelo magistrado nos casos de abuso de poder. Wald afirma que desapareceram a venda dos filhos pelo pai e a aplicação de castigos severos, a mãe foi autorizada a substituir seu esposo, ficando com a guarda dos filhos. Com o *Senatus-consulto Tertuliano*, a mulher passou a ter direitos sucessórios na herança do filho, tornando-se ainda herdeira legal na ausência de descendentes e de irmãos consanguíneos do falecido. Com o *Senatus-consulto Orfitiano* os filhos auferiram direitos na sucessão materna¹⁴¹.

Também no Império a mulher gozou de grande autonomia, participando da vida social, política e esportiva, tal fase correspondeu a uma espécie de dissolução da família romana tradicional, corrompida pela riqueza, adultérios e divórcios (repúdio unilateral ou consensual por abandono do lar, aborto, esterilidade, impotência e até mesmo baseado apenas na vontade). A vida dos homens políticos refletia tal instabilidade, Júlio César repudiou sua segunda mulher, Pompeu divorciou-se, Cícero separou-se de Terência para casar com a

¹³⁹ WOLKMER, Antonio Carlos (organizador). **Fundamentos de história do direito**. p.88.

¹⁴⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 566-567.

¹⁴¹ WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. p. 10-11.

jovem e rica Pubília, as separações e novas núpcias se tornaram constantes¹⁴². O Direito Germânico foi mais severo, como salienta Gilissen:

O direito germânico não conhece senão uma espécie de divórcio: o repúdio da mulher pelo marido [...]. Mas o repúdio não se fazia sem risco: a mulher repudiada pela família do marido procurava naturalmente a protecção de sua família natural; esta podia considerar-se no direito de vingar a ofensa feita à honra de um dos seus antigos membros, donde talvez decorresse uma guerra privada. O repúdio apenas podia, portanto, basear-se em motivos legítimos: adultério da mulher, atentado da mulher à vida do marido, esterilidade, feitiçaria, etc. A mulher, estando perpetuamente sob o *mundium*, nunca podia repudiar o seu marido; se o abandonasse, expunha-se à pena de morte (*Lex Burgundiunum*); mas, de facto, o abandono do marido pela esposa não era raro.¹⁴³ (grifos no original)

No terceiro século da era cristã, Roma ainda mantinha importância como capital do Império, mais com conotação turística, abrigando uma população ociosa, dada aos prazeres e descompromissada com o trabalho. Romão denuncia que a diferença entre ricos e pobres aumentava, diante de imperadores despreparados, fracos e venais. O erário público foi à insolvência e prejudicou o pagamento dos soldos. Alexandre Severo distribui terras aos comandantes e combatentes nas fronteiras do Império (futuros feudos), que passaram a se dedicar mais à agricultura e aos seus senhores feudais, sem muito se importarem a prestar contas de suas ações às autoridades de Roma.¹⁴⁴

Tais acontecimentos propiciaram o surgimento do Dominato, ou seja, regime monárquico de cunho absolutista que efetivamente se instalou com Diocleciano. Julgando-se investido de uma missão divina e contando com o apoio do exército e dos burocratas romanos, empreendeu a regulamentação de toda a vida política, econômica e religiosa do império combalido. O imperador enfeixou todos os poderes em suas mãos, tornando-se senhor absoluto, com poderes de vida e morte sobre todos os cidadãos do império. Abaixo dele ficavam os funcionários subalternos, em um sistema piramidal, submetidos à rígida obediência.¹⁴⁵

Após o domínio de Diocleciano (284-305 d.C.), Constantino (306-337 d.C.) reconheceu oficialmente a religião cristã, pelo Édito de Milão, a Igreja começa a

¹⁴² WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. p. 12.

¹⁴³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 567.

¹⁴⁴ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 137.

¹⁴⁵ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 138.

organizar-se no quadro político e administrativo romano numa nova capital, Constantinopla. Surgem as primeiras instituições que anunciam o feudalismo, a população volta ao campo em busca de segurança propiciada pelos futuros senhores feudais e instigadas pelas doutrinas revolucionárias da jovem igreja cristã, o que leva ao declínio do comércio. O Império romano se dividirá em dois, o do Ocidente (que sucumbirá no séc. V d.C.) e o do Oriente (que sobreviverá até o séc. VX d.C.).¹⁴⁶ A partir deste período acentuou-se a decadência do Direito romano, convergindo na necessidade de compilação do material jurídico, como o *Codex Gregorianus* e o *Codex Theodosianus*.

Justiniano (por volta de VI d.C.) encarregou uma comissão de juristas para organizar as constituições imperiais, sob a denominação *Codex* e a seleção das obras dos jurisconsultos clássicos, o *Digesto*. Aliados às *Institutas* (manual de Direito para estudantes) e às *Novelas* (novas leis), formou-se o *Corpus Iuris Civilis*, no fim do século XVI d.C., que foi substituído pelo *Basilicos*, durante o Império Bizantino. Assim, preservou-se o Direito romano que influenciou de forma salutar os sistemas romanistas de direito¹⁴⁷, como aqueles que ancoraram no Brasil.

Deste modo, verificou-se de forma sucinta, as teorias e divergências sobre a evolução da família primitiva, as antigas legislações familiares de diversos povos (egípcio, mesopotâmico, hebraico, hindu, grego, romano e breves apontamentos sobre o muçulmano e germânico), que guardadas suas diferenças culturais e religiosas, em variados momentos apresentam similitudes nos aspectos e composições familiares, ainda visíveis em muitas sociedades, especialmente aquelas que se mantiveram fechadas e extremamente tradicionais. Vale especificar que as formas e regras familiares do antigo Direito Oriental não são objetos da presente dissertação.

¹⁴⁶ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 565.

¹⁴⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 84.

CAPÍTULO 2

O DESENVOLVIMENTO SÓCIO-NORMATIVO DA FAMÍLIA BRASILEIRA – DO PATRIARCALISMO À UNIÃO EUDEMONISTA

No presente capítulo serão abordados os marcos essenciais do Direito Canônico e da colonização portuguesa do Brasil, bem como sua influência nas modificações estruturais das famílias indígenas e daqueles que aqui aportaram, a recepção da legislação ibérica e sua evolução na então Colônia, partindo da família organizada em aldeias, para a patriarcal, cristã, patrimonialista, monogâmica, numerosa, heterossexual, além do cunho escravagista. O objetivo é continuar traçando a linha temporal das modificações histórico-sociais e jurídicas pelas quais o instituto da família ultrapassou até alcançar a concepção de uma união eudemonista, baseada na afetividade e cuidado entre seus membros. Tal entendimento traz uma nova conjectura dos relacionamentos familiares, com breves apontamentos transdisciplinares.

2.1 A INFLUÊNCIA DO DIREITO CANÔNICO NO FEUDALISMO

O Império Romano foi o último dos grandes impérios da Antiguidade, com o seu desaparecimento decorrente das invasões bárbaras, marca-se o término da Idade Antiga e início da Idade Média (por volta do século V da era cristã até o século XV, com o descobrimento da América). Invasores de diversos povos, especialmente os germânicos, levaram à queda do Império Romano e a convivência das populações romanizadas e os bárbaros, seguindo cada um suas próprias leis. A principal obra de transição da Idade Média foi o estabelecimento do regime feudal, ou católico-feudal, dentre os séculos X a XIV.¹⁴⁸

O responsável político pela junção desses dois modos de vida diferenciados foi a Igreja Católica Romana. Por um lado ela

¹⁴⁸ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história.** p. 148.

negava aspectos importantes da cultura romana, como o caráter divino do imperador, a hierarquia e o militarismo; por outro lado acabava por ser também um prolongamento do caráter universalista de Roma, fazendo [...] com que o cristianismo fosse elevado à religião do Estado. Poder-se-ia sustentar, inclusive, o caráter racional da religião católica e de sua expansão. Embora a verdade divina fosse alcançada pela Revelação, pode-se perceber um projeto claro e lógico de dominação e a imposição de um modelo de pensamento através da teologia.¹⁴⁹

Na época surgiram compilações de Direito Germânico escritas em latim por eruditos romanos, como a *Lex Romana Wisigothorum* (506 d.C., aplicado aos súditos romanos do Reino Visigótico, a Espanha), *Lex Romana Burgundiorum* (517 d.C., aplicada aos súditos romanos de Borgonha) e a *Edictum Theodorici* (500 a 506 d.C., aplicado aos romanos e ostrogodos, na Itália). O Direito erudito foi modificado e substituído por um Direito vulgar, aplicado pela própria população, de forma local, oral, e por vezes violenta, como um retorno ao estado primitivo (Idade das Trevas).¹⁵⁰ Romão salienta:

O feudalismo deve ser tomado ainda como um tipo de sociedade cujos caracteres determinados são: a) um desenvolvimento dos laços de dependência de homem para homem, com uma classe de guerreiros especializados a ocuparem os escalões superiores dessa hierarquia; b) uma hierarquia dos direitos sobre a terra proveniente desse parcelamento e correspondente à hierarquia dos laços de dependência pessoal; c) um parcelamento do poder público, criando em cada região uma hierarquia de instâncias autônomas, que exercem, no seu próprio interesse, poderes normalmente atribuídos ao Estado e, em épocas anteriores, quase sempre da efetiva competência deste. O feudo torna-se uma possessão vitalícia e hereditária.¹⁵¹

A sociedade feudal de economia fechada e privada, dividia-se em nobres e não-nobres, os primeiros eram oriundos de famílias senhoriais, proprietárias de terras e feudos, grandes senhores feudais ou apenas proprietários de extensos territórios, além de nobres pobres ou pequenos donos de porcentagens de terra. Tais homens eram pessoalmente livres, possuíam propriedades isentas de qualquer contribuição servil, ostentavam armas e brasões, além do título de gentis-homens. Já os não-nobres distinguiam-se entre

¹⁴⁹ WOLKMER, Antonio Carlos (organizador). **Fundamentos de história do direito**. p. 172-173.

¹⁵⁰ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 151-152.

¹⁵¹ ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 154.

lavradores e servos nos campos, comerciantes, industriais, profissionais liberais, artesãos e trabalhadores domésticos nas cidades. Tal época foi caracterizada por uma decadência cultural e jurídica, aplicando o costume como fonte do Direito, toda a estrutura social passou a se basear na propriedade da terra e no poder patriarcal.¹⁵²

Neste contexto, sobrevieram as cidades episcopais e arcebispais, autônomas, que geraram as primeiras universidades medievais eclesiásticas. Wolkmer menciona que a Igreja também se tornou um grande senhor feudal, já que despontou como proprietária de vastas extensões de terra, poder espiritual, carismático e temporal, abrangendo toda a Europa no período medieval, a partir do século V, através de missionários e da implementação de mosteiros.¹⁵³ À medida que crescia a influência da Igreja Católica, os tribunais passaram a ser pressionados para julgar litígios e transmitir poder ao Direito Canônico, que rapidamente se ocupou dos julgamentos relacionados ao casamento e demais contendas familiares.

O foco religioso passou do culto aos antepassados e aos deuses para a fé cristã. A Igreja monopolizou a produção intelectual jurídica na época feudal por meio dos cânones, uma 'ciência' universal e sacrossanta de imposição do poder, de reprodução 'assegurada' da verdade. Em 1140 já havia incontáveis decretos, leis, pareceres e decisões das autoridades eclesiásticas, compiladas por Graciano (monge professor de Teologia em Bolonha), no *Decretum*, primeira parte do *Corpus Juris Canonici*.¹⁵⁴

Em 1234, Gregório IX encarregou Raimundo de Peñafort (dominicano) de compilar e organizar todo o material de importância produzido desde o tempo de Graciano, nas *Decretales Extra Decretum Gratiani Vacantes*, que no seu quarto livro tratava do matrimônio, influenciando, posteriormente, as Ordenações portuguesas. Tal Decreto formou a segunda parte do *Corpus Juris Canonici*, juntamente com outros acréscimos. Nesse momento, o Direito Canônico já se

¹⁵² ROMÃO, Jacqueline Moura. et al. **História do direito, uma breve viagem do direito na história**. p. 155-156.

¹⁵³ WOLKMER, Antonio Carlos (organizador). **Fundamentos de história do direito**. p. 172-173.

¹⁵⁴ WOLKMER, Antonio Carlos (organizador). **Fundamentos de história do direito**. p. 181.

desenvolvia por decreto papal, interpretação oficial e julgamento de litígios nas cortes eclesiásticas.¹⁵⁵

O casamento tornou-se um ato sagrado, principal requisito da coesão familiar, o matrimônio foi elevado à instituição divina como um dos sacramentos, apresentando ao mesmo tempo uma natureza contratual (sem a necessidade de anuência dos parentes) e de indissolubilidade do vínculo, um ato formalizado, e, para alguns, uma comunhão de vida.¹⁵⁶ Baseando-se nas escrituras sagradas, especificamente no Evangelho de Mateus, capítulo 19, versículo 16, que diz: “De modo que não são mais dois, porém uma só carne. Portanto, o que Deus ajuntou não separa o homem”.

Destarte, a Igreja repudiou o divórcio, ato judiciário de competência da autoridade religiosa, absorveu a competência exclusiva de regulamentação da matéria matrimonial, criando os Tribunais Eclesiásticos e o Concílio de Trento, já em 1563. As conclusões do Concílio foram relevantes na evolução do Direito de Família dos países católicos, como Portugal, que as recebia e aplicava em todo o seu território. Num momento anterior existiram duas concepções, a materialista, onde o divórcio era possível se não consumado o casamento com a cópula, mesmo sendo objeto de concordância do casal, e a consensual, que não admitia o divórcio a partir da troca de consentimento dos nubentes. Afirma Gilissen:

Quanto ao divórcio, a igreja estabeleceu, desde o início, a indissolubilidade do casamento, ideia que já estava expressa nos Evangelhos: S. Marcos (10.2) ensina que o ‘homem não pode separar aquilo que Deus uniu’; do mesmo modo, S. Lucas (16,18): ‘Quem repudiar a sua mulher e desposar outra comete adultério’. S. Mateus introduz, no entanto, uma *nuance* que será posteriormente explorada: admite o repúdio da mulher em caso de impudor desta [...] Os Doutores da igreja estiveram divididos: uns admitiram o divórcio por causa de adultério; outros mais rigoristas [...] defenderam a indissolubilidade do casamento. A tendência rigorista acabou por levar a melhor.¹⁵⁷ (grifo no original)

Sob a influência do Direito Canônico foi oferecida à mulher uma posição pouco mais favorável na sociedade conjugal, resultado das concepções do cristianismo e pelo grande número de fiéis ‘femininas’. Entretanto, Engels salienta que, quanto ao matrimônio, mesmo a legislação mais progressista dava-se por

¹⁵⁵ LOPES, José Reinaldo. **O direito na história**. p. 95-96

¹⁵⁶ FACHIN, Edson Luiz. **Elementos críticos do direito de família**. p. 28-29.

¹⁵⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 568-569.

inteiramente satisfeita desde o instante em que os interessados fizeram inscrever formalmente em ata o seu livre consentimento. O que se passava fora dos bastidores do tribunal e como se expressava esse consentimento, não inquietavam o legislador.¹⁵⁸

O poder do homem era outorgado por Deus, para o bem da família e seus filhos, o instituto do matrimônio se ordenava pela procriação e ordenação social. Almada cita a carta de São Paulo aos Efésios, capítulo 5, versículos 22 e seguintes:

“Mulheres, sujeitai-vos a vossos maridos, como ao Senhor”, “O marido é a cabeça da mulher, como também Cristo é a cabeça da igreja”, “Maridos, amai vossas mulheres, como também Cristo amou a igreja, e a si mesmo se entregou por ela”, “Quem ama a sua mulher, ama-se a si mesmo”.¹⁵⁹

Roudinesco comenta:

À imagem de Deus o pai é visto como a encarnação terrestre de um poder espiritual que transcende a carne. Mas não deixa por isso de ser uma realidade corporal submetida às leis da natureza. Como consequência, a paternidade não decorre mais, como no direito romano, da vontade de um homem, mas da vontade de Deus, que criou Adão para gerar uma descendência. Só é declarado pai aquele que se submete à legitimidade sagrada do casamento, sem o qual nenhuma família se integra. [...] Transmite portanto ao filho um duplo patrimônio: o do sangue, que imprime uma semelhança, e o do nome – prenome e patrocínio -, que confere uma identidade [...].¹⁶⁰

Para Wald, há uma divergência básica entre a concepção católica do casamento e a medieval, enquanto a primeira considerava o matrimônio um sacramento de consenso entre as partes e de relações sexuais voluntárias, a segunda reconhecia no casamento um ato de repercussão econômica e política para a qual não bastava apenas o consentimento dos nubentes, mas também o aceite das famílias a que pertenciam.¹⁶¹

O Direito Canônico construiu um grande quadro de impedimentos para a realização do casamento, como causas baseadas na faixa etária, bigamia, endogamia, incesto, diferenças de credos, impotência, casamento anterior, dolo na obtenção do consentimento, coação ou erro quanto ao cônjuge, relações de

¹⁵⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. p. 79.

¹⁵⁹ ALMADA, Ney de Mello. **Direito de família**. p. 49.

¹⁶⁰ ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. p. 08.

¹⁶¹ WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. p. 13.

parentesco e afinidade, além de elaborar a teoria das nulidades e da regulamentação da separação de corpos e patrimônios, que extinguiu a sociedade conjugal sem dissolver o vínculo, os deveres de fornecer alimentos e de fidelidade¹⁶².

Alguns desses institutos foram criados justamente pelo número de separações de fato na sociedade, mesmo a Igreja prevendo a indissolubilidade do matrimônio, não tardou para os novos casais (casamento clandestino) reclamarem por regulamentação, bem como os filhos nascidos de tais relações¹⁶³. Contudo, a figura do sacerdote se valia de testemunha das cerimônias religiosas, mantendo na Igreja os registros dos casamentos realizados, meio que comprovava os laços matrimoniais, mesmo após a separação, o que por sua vez, também assegurou assistência às mulheres e aos filhos abandonados.

[...] As autoridades eclesiásticas autorizaram, por vezes, a partir do séc. XIV, uma separação de facto quando o marido batia ou feria a mulher; mas a medida era sempre revogável. [...] A separação de pessoa desenvolveu-se desde o séc. XIII. [...] divórcio quanto ao leito e mesa; quando os canonistas falam, a partir desta época, de divórcio, é portanto neste sentido que eles o entendem. A separação de pessoas suspende a vida em comum dos esposos, mantendo, porém, a união; os esposos separados não podem voltar a casar-se, mas não se devem mutuamente coabitação nem débito conjugal; é, portanto, um divórcio mitigado nos seus efeitos. Contrariamente aos sistemas romano e germânico, o divórcio canônico não podia resultar de um simples repúdio, sendo precisa uma decisão judicial pronunciada por um tribunal eclesiástico.¹⁶⁴

Entretanto, com o fortalecimento da autoridade do rei, o Direito Romano, já na época renascentista, retoma seu poder e reivindica a competência para julgar as questões referentes ao Direito de Família. Países que passaram pela reforma luterana e não recebiam o Concílio de Trento, obrigaram-se a elaborar legislação própria para a família a partir dos séculos XVI e XVII, acabando por influenciar países católicos na metade do século XVIII. Igreja e Estado lutaram em comum contra os casamentos clandestinos, pela exigência de publicidade prévia e presença de testemunhas no ato, requisitos incorporados ao

¹⁶² WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. p. 15.

¹⁶³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 571.

¹⁶⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 572.

Direito Moderno, como a possibilidade do casamento civil ao lado do religioso.¹⁶⁵

Argumenta Lombardia:

O direito canônico é um direito ainda bem vivo. Apesar da secularização das instituições públicas e privadas e da separação da Igreja e do Estado estabelecida em numerosos países, o direito canônico continua a reger as relações entre membros da comunidade cristã, uma vez que estes se submetem voluntariamente. Isto é evidente para o clero cuja hierarquia e organização são regidas pelo direito canônico. Em alguns países, certas matérias de direito privado, sobretudo o casamento e o divórcio, continuam submetidas ao direito canônico [...].¹⁶⁶

Foi perante este contexto histórico que o Brasil recebeu as invasões européias, especialmente a portuguesa, que se fixou no país-colônia, trazendo legislação própria de base romana, a cultura familiar patriarcal e o cristianismo.

2.2 A COLONIZAÇÃO PORTUGUESA E O SEU DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO-LEGISLATIVO

A Península Ibérica foi tomada pelo exército romano no século. II a.C., sofrendo também invasões germânicas a partir do século V. d.C, especialmente dos visigodos, e em meados de 700 d.C. a conquista de suas terras pelos muçulmanos. As guerras de reconquista marcaram toda a organização do Estado Português, mobilizando uma forte força militar a serviço do rei, centralizando o poder através de instituições municipais hierarquicamente dispostas sob o soberano, este também supremo juiz, reinando numa burocracia deveras organizada, suplantada na cobrança de impostos, ligada ao cristianismo.¹⁶⁷

Até o ano de 1210 pouco se realizou em termos legislativos, apareceram os Conselhos pelo desenvolvimento de um municipalismo autônomo, formados pelos 'homens de bem do lugar', as Câmaras eleitas por estes (pequenas atividades legislativas, executivas e judiciárias) e os forais (miniaturas de constituições políticas outorgadas aos Conselhos). No mesmo ano relatado, no reinado de Afonso II, é que se decretam as leis gerais para o território lusitano,

¹⁶⁵ WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. p. 16.

¹⁶⁶ LOMBARDIA, Pedro. **Lições de direito canônico**. p. 13.

¹⁶⁷ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 267-268.

instalam-se as cortes portuguesas (que discutiam e votavam tais leis, sob a ordem do soberano), a princípio compostas por representantes da nobreza e do clero, e, posteriormente, contaram também com pessoas do povo.¹⁶⁸

Castro destaca dentre os reinados, o de Dom Diniz (1279 a 1325), responsável pela formação da nação portuguesa, unificando a língua, fundando universidades, fomentando a cultura e economia, além de introduzir a 'Lei das Setes Partidas', já utilizada pela Espanha (inspirada no direito romano e canônico, buscando implementar os costumes e o 'direito velho').¹⁶⁹

Nascimento ressalta a produção da 'Lei Mental', idealizada por Dom João I, a fim de limitar o crescimento do feudalismo e a influência da nobreza, abarrotada pelas doações da Coroa. Assim, a sucessão de bens doados pela Realeza se admitiria apenas ao filho varão mais velho da família, excluindo os demais parentes, além de uma maior submissão ao arbítrio do rei.¹⁷⁰

Por fim, nasceram as Ordenações Afonsinas (ano de 1446), que no seu quarto livro tratava do Direito de Família e Sucessões, as Manuelinas (1521), já num período de expansão marítima e comercial, e as Filipinas (1603), resultado na União Ibérica entre Portugal e Espanha, com o desejo de centralização do poder real, organização das leis régias, imposição do direito romano pelos juristas e rechaçamento da influência canônica.¹⁷¹ Em 28 de janeiro de 1550, já havia sido instituído no Brasil, através do Bispado da Bahia, o casamento como sacramento, com a pena de excomunhão a quem o negasse.

As Ordenações Filipinas possuíam papel ressaltante, pois vigoraram no Brasil, em matéria civil, até o dia 31 de dezembro de 1916. Tais leis apresentavam proibições convenientes quanto ao casamento sem a permissão do rei às mulheres que recebiam por sucessão hereditária bens da Coroa ou qualquer outra vantagem pecuniária.

Wald menciona que a Ordenação acatou o relacionamento entre companheiros fora do casamento, chamado de casamento de 'marido conhecido', entrando em conflito com os preceitos eclesiásticos. Também tratava da questão dos bens do casal, que só poderiam ser dispostos pelo marido com o

¹⁶⁸ NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. p. 185-186.

¹⁶⁹ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 267-268.

¹⁷⁰ NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. p. 191.

¹⁷¹ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 295.

consentimento da esposa, independente do regime de casamento, do contrato antenupcial, guarda dos filhos e direito das sucessões.¹⁷²

No direito português anterior ao Concílio existia três espécies de casamentos válidos: o realizado perante a autoridade eclesiástica, o chamado de marido conhecido, em que havia publicidade, mas não se dava intervenção da autoridade religiosa, caracterizando uma coabitação e pelo tratamento mútuo e recíproco como marido e mulher, e finalmente o casamento de consciência ou à morganheira, sem publicidade, em que as partes viviam maritalmente, sem o favor das leis, que não aprovavam estes ocultos remédios da incontinência.¹⁷³

Contudo, o Brasil na época da descoberta por Portugal era múltiplo em tribos, etnias e línguas (a mais comum era o tupi), seus habitantes viviam em comunidades sem propriedade privada (somente alguns artefatos poderiam ser considerados propriedade de uma família ou indivíduo), sob a figura de um chefe, numa economia baseada na subsistência e troca dos excedentes com outras tribos ligadas por consaguinidade. As grandes decisões eram tomadas pelos grupos de homens que se reuniam por horas no centro da aldeia, através de tabus, do misticismo, do divino, não existindo uma liderança acima das tribos.¹⁷⁴

Porém, havia regras, não escritas, como a divisão do trabalho feita através do sexo ou da idade, homens caçavam, guerreavam e preparavam o terreno para o plantio, mulheres cuidavam da agricultura, do preparo de alimentos, da feitura de objetos e dos filhos, conformação já apontada em outras civilizações antigas.¹⁷⁵ Explica Castro:

O casamento era preferencialmente realizado na forma avuncular, ou seja, matrimônio do tio materno com a sobrinha e era através destes que eram acertadas as alianças. A obtenção de esposas fora dos arranjos preestabelecidos era possível, porém o noivo era obrigado à prestação de serviços aos pais, tios, irmãos da noiva, antes e depois do casamento. Antes do casamento, em muitas tribos não havia a concepção de virgindade, entretanto, depois de realizado, a fidelidade da mulher era mais cobrada que a do homem. Casar-se era tão simples quanto divorciar-se: após declaração de ambas as partes estava feito. A poligamia era permitida e o homem com mais de uma esposa tinha seu prestígio reforçado. Uma das esposas era eleita a predileta [...]. Mas a poliandria também existia em algumas

¹⁷² WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**. O novo direito de família. p. 18.

¹⁷³ WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**. O novo direito de família. p. 17

¹⁷⁴ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 296.

¹⁷⁵ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 297.

tribos [...] principalmente as matrilineares, havia a possibilidade de uma mulher ter vários maridos.¹⁷⁶

Após uma série de discussões quanto à propriedade das terras brasileiras, o Tratado de Tordesilhas (1494) assinado com a Espanha, as dificuldades de Portugal para manter o imenso império colonial que passara a possuir, os problemas com o comércio das especiarias reivindicado pelos muçulmanos, espanhóis e outros povos, o surgimento de novos países que se lançavam no mar em busca de mercados e se tornavam uma ameaça, bem como o declínio dos lucros portugueses com o comércio oriental e a descoberta de ouro e prata na América Espanhola, tornou-se oportuna a posse de Portugal das terras na América, o que se fez pelas Capitanias Hereditárias (quase um fracasso total).

Castro enfatiza que nesse período surgiram pequenos povoados, vilas e cidades, à medida que foram trasladados os princípios de administração dos municípios portugueses, culminando com uma maior atuação do governo metropolitano na colônia, assim, criou-se o Governo Geral (1548). Enquanto os donatários das Capitanias receberam poderes soberanos, os governadores permaneciam sujeitos ao poder da metrópole. Foi criado um Regimento que determinava ao Governador-Geral Tomé de Souza a defesa da terra, construção de navios, armamento, facilitação dos engenhos de cana, expedições de exploração da terra, respeito ao estanco do pau-brasil e aos impostos, aliança com os índios (catequese dos jesuítas), etc.¹⁷⁷

[...] Assim, o direito como a cultura brasileira, em seu conjunto, não foi obra da evolução gradual e milenária de uma experiência grupal, como ocorre com o direito dos povos antigos, tais como o grego, o assírio, o germânico, o celta e o eslavo. A condição de colonizados fez com que tudo surgisse de forma imposta e não construída no dia-a-dia das relações sociais, no embate sadio e construtivo das posições e pensamentos divergentes, enfim, do jogo de forças entre os diversos segmentos formadores do conjunto social. Com a devida precaução, salvo exceções que confirmam a regra, foi uma vontade monolítica imposta que formou as bases culturais e jurídicas do Brasil colônia. A colonização foi um projeto totalizante, cujo objetivo era ocupar o novo chão, explorar seus bens e submeter o nativos ao seu império pela força, sempre que necessário. O mesmo se deu com os negros, trazidos aqui na condição de escravos [...].¹⁷⁸

¹⁷⁶ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 297-298.

¹⁷⁷ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 304.

¹⁷⁸ WOLKMER, Antonio Carlos (organizador). **Fundamentos de história do direito**. p. 296-297.

Em 1807, pressionada pela dependência econômica inglesa, povo que por sua vez, lutava contra o poderio francês, Portugal viu seu território dividido entre espanhóis e franceses (Tratado de Fontainebleau), e foi obrigada a transferir sua Corte para o Brasil com Dom João, condição imposta pela Inglaterra na tentativa de possibilitar a sobrevivência da monarquia portuguesa. Contudo, o Pacto Colonial embasava-se na relação de compra e venda com a metrópole, mas esta permanecia invadida na Europa, o governo metropolitano encontrava-se dentro da própria colônia.¹⁷⁹ Restou a Dom João VI liberar o comércio brasileiro às nações amigas, resultando num desenvolvimento externo e interno para o Brasil e, posteriormente, permitiu as manufaturas, fato que não desencadeou a industrialização de imediato, pelo escravismo e o sistema de latifúndios, e muito mais pela impossível competição com a Inglaterra, após o início da Revolução Industrial.

Nesse estágio, a estrutura da sociedade colonial brasileira era agrária através dos grandes latifúndios agrícolas e escravagista, meneada pelos pressupostos jurídicos vigentes na metrópole, pontos de irradiação de todos os movimentos que traçaram as linhas sob as quais iria se erguer a nação. O grupo econômico se identificava com o de parentesco, acrescidos dos agregados e dependentes, que constituíam a vasta clientela da família patriarcal, multifuncional, onde laços de sangue aumentavam pelos da servidão. Todon reafirma:

O pater famílias brasileiro foi como no modelo romano, o centro irradiador do poder e força estável. Sua autoridade de pai de família era incontestável, sobre a mulher, os filhos, os escravos e também sobre os agregados ou familiares e proletários livres que, se acolhiam à sombra de seu prestígio e de sua fortuna.¹⁸⁰

A partir de 1808 iniciou-se a montagem do Estado português no Brasil, transplantando-se todos os órgãos portugueses, ministérios, justiça, entidades, repartições públicas, à revelia dos colonos, tendo em vista que o objetivo era absorver a nobreza parasitária que contava com milhares de pessoas que haviam fugido com D. João (muitos parentes), portanto, um governo fora da realidade social do país. O velho hábito português imigrou junto com a família real, luxo,

¹⁷⁹ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 319-320.

¹⁸⁰ TODON, Sandra Maria. A constituição e a dissolução das entidades familiares no brasil colonial. **Revista Jurídica Consumar**. p. 358

ostentação, arrecadação de impostos, corrupção, nepotismo, déficit na manutenção do Estado e a entrada dos produtos ingleses com tributos menores, através dos Tratados de 1810.¹⁸¹

Nascimento argumenta que Dom João permaneceu num meio termo quanto à economia brasileira, entre uma tentativa de liberalismo e um monopólio mercantilista, deturpado pela 'alforria econômica' da Colônia (manufaturas), fato que refletiu no desejo de elevação do país a Reino Unido, concretizado pela Carta de Lei de 1815, que resultou no Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve. Encorajou-se ainda mais o anseio pela emancipação política do país.¹⁸²

Durante este período, na Europa, camponeses se mudaram para as cidades em busca de uma maior qualidade de vida e depararam-se com a realidade de uma Revolução Industrial comandada pela burguesia, especialmente no Reino Unido, onde pai, mãe e filhos vindos do campo foram obrigados a trabalhar em precárias condições de vida, alterando a estrutura familiar tanto dos nobres, como da futura classe operária. Roudinesco expõe:

Comunidade de trabalhadores – homens, mulheres e crianças – a família econômica, que caracterizou a idade de ouro do paternalismo europeu, extraiu seus modelos de uma iconografia cristã dominada pela figura de José, o artesão carpinteiro, mais próximo do seu círculo do que o monarca de outrora, que reinava abstratamente, sobre o corpo de seus súditos. Autocrata mas desprovido de atributos divinos, o *pater familias* da coletividade industrial teve como missão corrigir a selvageria de um capitalismo sem limites [...]. Tanto no coração de seu lar como no de sua empresa, esse pai é um pai mais real que simbólico, sendo senhor de sua domesticidade apenas no sentido de que sabe impor limites ao exercício da onipotência do feminino [...]. A ordem familiar econômico-burguesa repousa portanto em três fundamentos: a autoridade do marido, a subordinação das mulheres, a dependência dos filhos.¹⁸³ (grifos no original)

A autora explica que a paternidade, então, mesmo que numa função autoritária, se sujeita a diversas fragmentações, a imagem do pai dominador cedeu lugar à representação de uma paternidade ética. Como consequência da Revolução Industrial, o Estado se torna avalista da autoridade paterna, o pai deve ser bom, mesmo que castigue seus filhos, não abusando do poder que lhe foi

¹⁸¹ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 329-330.

¹⁸² NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. p. 209.

¹⁸³ ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. p. 15.

outorgado. O pai será justo, submetido à lei e respeitoso para com sua família, que se torna, ao lado das corporações, a base da sociedade. A subordinação das mulheres e filhos não seria mais ilimitada, a substituição do poder de Deus pai pelo *pater familias* agora abre caminho para uma emancipação feminina e filial. O que mais tarde será sentido na família brasileira.¹⁸⁴

Destarte, não tardou para que Dom João retornasse a Portugal (1821) e para que se proclamasse a República no Brasil com Dom Pedro (1822), que ‘consentiu’ a Constituinte e aceitou a criação de uma constituição, desde que fosse digna do Brasil e dele, resultado da pressão dos soldados e de grupos políticos da capital, muito menos da vontade do povo e dos grandes latifundiários. Nesse ínterim, a Lei de 20-10-1823 manteve em vigor as normas portuguesas, Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções, enquanto não se organizasse uma lei própria. O processo para criação de um Projeto da Constituição sofreu várias interferências políticas, especialmente, de Dom Pedro, que outorgou a primeira Carta Magna do Brasil, em 1824 (tema que será tratado no subcapítulo 2.1.2).¹⁸⁵

Castro alude que a questão familiar na sociedade patriarcal brasileira, escravocrata, era no mínimo ambígua, enquanto os senhores insistiam em ensinar o Cristianismo aos escravos como forma de submissão, impediam-nos de casarem, preferindo que possuísem ligações passageiras e reprodutivas. Apenas na segunda metade do século XIX procurou se impedir a separação de cônjuges escravos, especialmente às vésperas da Abolição, a própria Igreja toma partido no sentido de proteger casamentos entre escravos ou entre estes e pessoas livres, fato que interferiu nas posteriores leis abolicionistas (Lei Eusébio de Queiroz, Lei do Ventre Livre, Lei dos Sexagenários e a Lei Áurea).

A ambiguidade dessa sociedade ia a extremos, se considerarmos que a família do senhor era para ‘uso externo’, este geralmente satisfazia-se sexualmente com suas escravas e não havia nada, nem sequer uma lei – ainda que não cumprida – que o impedisse disso. [...] Essa situação leva a outra mais abominável, mesmo para os padrões da época: os filhos dos senhores com escravas que eram mantidos em cativeiro pelo seu próprio pai, por um parente dele, ou eram vendidos, isto é, pais auferiam lucro com a venda de seus filhos.¹⁸⁶

¹⁸⁴ ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. p. 15.

¹⁸⁵ NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. p. 212.

¹⁸⁶ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 389.

A chamada Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, já em 1857, foi a primeira a tratar dessa área de forma organizada, seria como uma base para o futuro Código Civil, contudo, acabou sendo rejeitada posteriormente. A referida Consolidação punia os casamentos clandestinos, determinando que as provas fossem feitas através das certidões extraídas dos Livros Eclesiásticos, por outro documento público, ou ainda por testemunhas, estipulando o regime de comunhão de bens universal, a outorga uxória (consentimento da mulher para venda de imóvel), permanecendo as questões de divórcio, nulidade e separação na competência do juízo eclesiástico¹⁸⁷.

Até o ano de 1861 somente eram reconhecidos os matrimônios realizados diante da Igreja Católica Apostólica Romana. A partir do Decreto nº. 1.144, os casamentos entre pessoas de fé diversa foram admitidos pelo Estado, é o início da laicização, ou seja, a não adoção de uma religião oficial pelo país. O Decreto nº. 3.069, de 17 de abril de 1863, regulamentou as normas básicas referentes ao registro de nascimentos, casamentos e óbitos de não católicos, manteve os impedimentos matrimoniais do Direito Canônico, contudo, reconheceu a competência de autoridades civis para conhecer de nulidades ou demais questões referentes ao casamento de acatólicos.

Destarte, a proclamação da República teve como corolário a desvinculação da Igreja e Estado, regulamentando o casamento civil através do Decreto nº. 181, de 24 de janeiro de 1890, massificando a falta de distinção religiosa para o matrimônio, ao qual o Código Civil de 1916 repete quase que integralmente.¹⁸⁸ A família desse período é ainda a de inspiração romana, projetada no Código Civil francês de Napoleão, e por sua vez, no brasileiro, uma verdadeira unidade política, jurídica, econômica e religiosa, uma prole essencialmente patriarcal. Gilissen afirma:

O *Code civil* de 1804 tratava longamente do contrato de casamento e dos respectivos direitos dos cônjuges, no tit. V do Livro III (arts. 1387-1581). Os cônjuges podem celebrar a sua convenção antenupcial [...] como julguem conveniente, desde que não seja contrária aos bons costumes e tenha em conta as disposições gerais. [...] Apenas na falta de convenção feita nos termos da lei, vigora a associação conjugal quanto aos bens (art.

¹⁸⁷ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. p. 19-20.

¹⁸⁸ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Instituições de direito de família**. p 32-33.

1387). O *Code civil* não instituiu, assim, um regime dito de comunhão legal, senão a título supletivo. [...] O regime instituído de forma detalhada pelo *Code civil* (arts. 1400 -1496) é o da comunhão de móveis e adquiridos, correspondente ao costume de Paris. Além do regime de comunhão legal, o *Code civil* contém numerosas disposições relativas a outros tipos de regime de bens; proíbe, contudo, aos esposos estatuir de uma forma geral que a sua associação seja regida por qualquer dos costumes que regiam antigamente as diversas partes da França [...].¹⁸⁹ (grifos no original)

Nota-se que no período colonial pouco se produziu de normatização familiar, pois seu núcleo era estritamente privado, o sistema patriarcal fazia valer a vontade do *pater familias*, ambiente onde o Governo não intervinha, salvo nas questões patrimoniais. As normas eclesiásticas ocupavam-se do restante, através dos mandamentos cristãos, ao menos até a laicização do Direito (teoricamente). Segue-se para o contexto legislativo a partir da vigência do antigo Código Civil de 1916 até as normas mais recentes em Direito de Família.

2.2.1 A evolução sócio-normativa da família brasileira a partir do Código Civil de 1916

Em 1899, surgiu o projeto de Clóvis Beviláqua para o Código Civil brasileiro, balizado na legislação alemã, francesa, no esboço de Teixeira de Freitas e no Projeto de Coelho Rodrigues, foi reformulado diversas vezes, analisado por Rui Barbosa, até ser promulgado em 1º de janeiro de 1916, no governo de Wenceslau Braz. Construído entre a transição do século XIX para o XX, remontou-se ao Brasil-colônia e ao modelo familiar rural, uma unidade de produção, extensa, patriarcal, hierarquizada, privada, heterossexual e de cunho patrimonial. E, ainda, de influência cristã, como afirma Gonçalves:

É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principalmente da colonização lusa. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio. No que tange aos impedimentos matrimoniais, por exemplo, o Código Civil de 1916

¹⁸⁹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 590.

seguiu a linha do direito canônico, preferindo mencionar as condições de invalidade.¹⁹⁰

Originalmente, o Código Civil de 1916 trazia no seu Livro I, da Parte Especial, 290 artigos sobre o instituto familiar, dentre eles, 151 eram de cunho patrimonial.¹⁹¹ Tal normatização civilista foi o centro do ordenamento jurídico relativo à vida privada dos indivíduos. Os princípios norteadores da época consistiam na qualificação como legítima da família fundada no casamento, a discriminação dos filhos advindos de relações espúrias, a hierarquização e o patriarcalismo na direção familiar, a incapacidade civil da mulher, a indissolubilidade do vínculo conjugal, o regime universal de bens e a imoralidade do concubinato. Tal manutenção do vínculo conjugal interessava não só a Igreja, mas também ao Estado, que considerava a conservação da sociedade marital necessária para consolidar as relações sociais. Dias acrescenta:

Visava se proteger o patrimônio do casal em detrimento da felicidade dos próprios cônjuges. Ou seja, as pessoas não eram livres para amar. Só que esta imposição nunca foi cumprida. Aliás, não há lei nem dos homens e nem de deus de nenhuma religião que consiga obrigar alguém a permanecer em um casamento quando o amor chega ao fim.¹⁹²

Dias também comenta sobre a distinção entre filhos advindos do casamento e de relações extraconjugais, ou seja, no último caso, o filho estaria subtraído dos direitos de identidade e sobrevivência, a lei simplesmente ignorava a existência da criança havida fora do casamento (desde a época do Direito Canônico). O filho era punido pela postura do pai, que permanecia livre de qualquer responsabilidade pelo fruto de uma relação extraconjugal, para garantir a ‘paz social’ do lar matrimonial.¹⁹³

Vale ressaltar que o Decreto nº. 181/1890 já havia instituído o casamento civil no Brasil, que foi recepcionado na Constituição Federal de 1891, na tentativa de extirpar de vez a competência exclusiva da Igreja na referida matéria, ato que não desmistificou o casamento como um sacramento indissolúvel, certo é que mesmo a legislação brasileira atual continua impregnada

¹⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito da família**. p. 32.

¹⁹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. p. 103.

¹⁹² DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010**. p. 17.

¹⁹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 347.

pelas concepções religiosas e interferência do Direito Canônico, que traz consigo uma moral sexual dita 'civilizatória'. Ainda no Código Civil de 1916 houve a inserção das possibilidades legais de romper o casamento através da separação de corpos ou do desquite (que somente será convertido em divórcio de ano de 1977), que não dissolviam o vínculo matrimonial. Dias apregoa:

Mesmo indissolúvel o casamento, havia o desquite, que significa 'não quites', ou seja, alguém em débito para com a sociedade. Tratava-se de um eufemismo: o desquite rompia a sociedade conjugal, mas não dissolvia o vínculo do casamento. As pessoas desquitadas não estavam mais casadas, mas não podiam casa novamente. Não havia mais deveres conjugais e nem a comunicabilidade patrimonial. [...] A resistência para a concessão do desquite era de tal ordem que, mesmo amigável, dependia de decisão judicial sujeita a recurso de ofício. A sentença precisava ser confirmada pelo Tribunal.¹⁹⁴

Gomes salienta que abalizada na influência da Escola do Direito Natural, buscou-se a alteração na estrutura tradicional da família, seu cunho patriarcal e sua finalidade política foram combatidos, defendendo a conveniência de baseá-la em patamares igualitários e privá-la do caráter político. Negou-se o aspecto religioso do matrimônio e se pugnou pelo enfraquecimento da autoridade paterna.¹⁹⁵

E como a sociedade modifica-se a passos bem mais acelerados que seu próprio ordenamento jurídico (não seria diferente), não tardou para as alterações sociais influenciarem e clamarem por novas leis, condizentes com a realidade familiar. Conforme expõe Dias:

[...] a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estrutura se dá através do direito. A lei corresponde sempre ao congelamento de uma realidade dada, de modo que a família juridicamente regulada nunca é multifacetada como a família natural. Esta preexiste ao Estado e está acima do direito. As modificações da realidade acabam se refletindo na lei, cumprindo assim sua vocação conservadora. A família é uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento. [...].¹⁹⁶

Após um período de escassas leis que amparavam a instituição familiar, devido ao seu cunho privado, o cenário começa a ser modificado. Assim, destaca-

¹⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010**. p. 18.

¹⁹⁵ GOMES, Orlando. **Direito de família**. p. 41.

¹⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 27.

se nesse processo evolutivo: o Decreto-Lei nº. 3.200, de 19 de abril de 1941, (referente à proteção da família e permissão do casamento entre parentes colaterais de terceiro grau); o Decreto nº. 9.071, de 03 de setembro de 1946 (que regulamentou o direito de visitas aos filhos no desquite litigioso); a Lei nº. 883, de 21 de outubro de 1949 (que consentiu o reconhecimento de filhos adulterinos depois de dissolvida a sociedade conjugal, alterada pela Lei nº. 7.250, de 14 de novembro de 1984, que autorizou o reconhecimento de filho havido fora do matrimônio pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos contínuos).

Ainda, a Lei nº. 968, de 10 de dezembro de 1949 (que estabeleceu a fase de conciliação nos desquites e ações de alimentos); a Lei nº. 1.110, de 23 de maio de 1950 (que regulamentou o reconhecimento dos efeitos civis do casamento religioso); a Lei nº. 4.121, de 27 de agosto de 1962 (o Estatuto da mulher casada, que a emancipou, reconhecendo-lhe direitos iguais aos do marido e situação jurídica análoga, modificou os regimes de bens, regulamentou o pedido de guarda dos filhos, autorizou sua atuação profissional sem outorga do marido e a propriedade exclusiva de bens); as Súmulas 380 e 382, do Supremo Tribunal Federal (relacionadas à caracterização e dissolução do concubinato); a Lei nº. 5.478, de 25 de julho de 1968 (que reformou processualmente a ação de alimentos) e a Lei nº. 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (que regulamentou a Separação e o Divórcio judiciais), todas antes da vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2.2.2 A constitucionalização das normas familiares e sua extensão às leis infraconstitucionais

As Constituições do Brasil retardaram a tratar da proteção à família, a de 1824, primeira e única do período imperial, foi baseada em preceitos da Constituição Francesa de 1791, da Espanhola de 1812, da Carta de Luís XVIII de 1814, da Lei Fundamental Norueguesa de 1814 e da Constituição Portuguesa de

1822. Em seu texto, nada trazia especificamente sobre a família, resultado do liberalismo clássico e do não intervencionismo do Império.¹⁹⁷

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, sob o governo provisório de Marechal Deodoro, inspirada na norte-americana, limitou-se a afirmar o reconhecimento do casamento civil, com celebração gratuita. Já a Constituição de 1934, marcada pelo fim do liberalismo puro, dedicou um capítulo à família, permitindo a participação das mulheres e maiores de dezoito anos no processo político, garantiu proteção à família e à infância por parte do Estado, amparo às famílias numerosas, bem como a indissolubilidade do vínculo do casamento e o matrimônio com efeito civil.¹⁹⁸

Castro expõe que restou a cargo da lei civil determinar os casos de desquite e anulação do casamento, destacando-se a imposição de prova de sanidade física e mental pra sua efetivação, além da igualdade no pagamento de impostos advindos da herança, tanto para filhos naturais ou legítimos.¹⁹⁹

A Constituição de 1937, elaborada por Francisco Campos, resultado de um golpe de Estado promovido por Getúlio Vargas, era de clara influência polonesa e poucas alterações realizou quanto ao instituto da família. A educação era de responsabilidade do núcleo familiar, sendo o Estado um colaborador, enquanto num interesse de assistencialismo do governo populista manteve-se a obrigação de colaborar com as famílias numerosas e a proteção à infância e juventude. A novidade ficou por conta da igualdade oferecida a filhos legítimos e naturais (sem indicar meios para tanto), em face do Código Civil de 1916, que os tratava de maneira desigual.²⁰⁰

Pouco mais de um mês após a deposição de Getúlio Vargas pelos militares, em 02 de dezembro de 1945, foi realizada a eleição para Presidente, fato que ocasionou a elaboração de uma Constituição, em 1946, baseada no texto constitucional de 1934. Continha os receios que acompanhavam um país recém saído da ditadura e cada vez mais alinhado com os Estados Unidos, que após a II Guerra Mundial, tornara-se líder do bloco capitalista da Guerra Fria. Nada trouxe de relevante no âmbito familiar. Castro explana:

¹⁹⁷ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. p. 46-50.

¹⁹⁸ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. p. 46-50.

¹⁹⁹ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 465-466.

²⁰⁰ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 486-487.

O período de 1945 a 1964, chamado por alguns de “experiência democrática” foi, portanto, uma fornalha, prestes a explodir. De um lado, o operariado urbano desejoso de maior participação e melhorias de vida, junto com eles uma massa crescente de despossuídos que ocupavam os morros periferias das cidades, de outro lado a elite, acostumada a não ter muitos problemas para impor sua vontade; no meio, a classe média urbana, nova e extremamente ansiosa em parecer-se em consumo e pensamento com os da classe alta. Em suma, um barril social de pólvora.²⁰¹

João Goulart foi deposto por uma Revolta Militar iniciada em 1964, impondo uma ditadura que alcançou grande repressão, especialmente em 1968, com o Ato Institucional n. 05, que objetivava combater a corrupção e a ‘subversão’, um período de extrema violência, torturas, desmandos e perseguições. Ainda em 1967, após três Atos Institucionais e a Lei de Imprensa, criou-se uma nova Constituição, que nada mais era que o texto de 1946, extraídos os pontos democráticos demais e incluídos os Atos. Após o AI-5, o regime militar decretou mais onze atos institucionais, a Constituição de 1967 recebeu a Emenda n. 01, que a título de propaganda foi Chamada de Constituição de 1969, anos ainda mais sombrios na era Médici.²⁰²

Oliveira informa que nos respectivos textos constitucionais supracitados, pouco se acrescentou ao Direito de Família, mesmo porque foi uma época de grande repressão, ao menos até a Emenda Constitucional nº. 09/77, que eliminou a indissolubilidade do casamento, através do texto da Lei nº. 6.515/77, sobre a separação e divórcio judiciais.²⁰³

A partir de 1978, no último ano do Presidente General Geisel, forças populares e democráticas começaram a ressurgir no Brasil, convergindo com a impopularidade do governo militar e a crise no modelo econômico imposto. Já em 1984 a campanha para eleições diretas para Presidente chegou ao seu auge. Contudo, através de um Colégio Eleitoral criado pelos governistas, se elegeu de forma indireta um presidente civil, Tancredo Neves, que falecido, deixou o cargo nas mãos de José Sarney. A população voltou suas esperanças numa nova

²⁰¹ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 523.

²⁰² CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 557.

²⁰³ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. p. 57-59.

Constituição, mais democrática, cidadã, com maior participação política, econômica e social.²⁰⁴

Por fim, com o advento da Constituição da República de 1988, a família recebeu uma regulamentação pública, primordialmente no seu artigo 226, sendo a base da sociedade, com especial proteção do Estado. Normatizou-se a celebração gratuita do casamento civil ou do religioso com efeitos civis (§§ 1º e 2º, art. 226, CF), a extensão da proteção estatal à união estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (§ 3º, art. 226, CF), e à família monoparental, constituída por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º, art. 226, CF).

Ressalta Moraes que se modificaram as regras de regência das relações familiares: não há mais a figura do cabeça do casal, os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (§ 5º, art. 226, CF); a dissolução do casamento civil poderá ser realizada pelo divórcio, sem qualquer limitação de vezes ou imputação de culpa (§ 6º, art. 226, CF), o planejamento familiar é de livre decisão do casal (§ 7º, art. 226, CF), é proibida qualquer discriminação entre os filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção (§ 6º, art. 227, CF), bem como é garantida a assistência mútua entre pais e filhos nas diferentes fases e condições da vida (art. 229, CF).²⁰⁵ Tais disposições geraram uma série de novos princípios para o Direito de Família, como se visualizará no terceiro capítulo da presente dissertação.

Enquanto a codificação civil permanecia avessa a tais evoluções sociais, o que de fato a levou para um caráter secundário, o Estado absorveu a regularização dessas relações, é o fenômeno da constitucionalização, elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, agora auto-executáveis.²⁰⁶ Grande parte do Direito Civil, hoje, está na Constituição, enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade.

Essa uma é característica do chamado estado social, que intervém em setores da vida privada como forma de proteger o

²⁰⁴ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**. Geral e Brasil. p. 559-560.

²⁰⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. p. 802.

²⁰⁶ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. p. 57.

cidadão, postura impensável e um estado liberal que prestigia, antes e acima de tudo, a liberdade. O direito civil constitucionalizou-se, afastando-se da concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século passado. Agora qualquer norma jurídica de direito das famílias exige a presença de fundamento de validade constitucional.²⁰⁷

Lôbo salienta que a constitucionalização do Direito de Família trouxe como consequência uma discutida intervenção estatal nesse instituto, por outro lado, também libertou alguns grupos familiares da petrificada norma civilista. Ao tratar do tema a Constituição demonstrou a supremacia de suas disposições familiares, buscou uma melhor organicidade e unidade do ordenamento, obrigando as normas infraconstitucionais a entrarem em sintonia com seu texto.

Procedeu o legislador constituinte ao alargamento do conceito de família, calcado na realidade que se impôs, emprestando juridicidade ao relacionamento existente fora do casamento. Afastou da ideia de família o pressuposto do casamento, identificando como família também a união estável entre um homem e uma mulher. A família à margem do casamento passou a merecer tutela constitucional porque apresenta condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessárias ao desempenho das funções reconhecidamente familiares. Nesse redimensionamento, passaram também a integrar o conceito de entidade familiar as relações monoparentais: um pai com os seus filhos.²⁰⁸

Ao mesmo tempo dificultou posteriores alterações de tais regras constitucionais familiares, devido às exigências do processo legislativo (especialmente no que tange às emendas constitucionais) e alavancou a discussão entre o tratamento jurídico da matéria como parte do Direito Público ou Privado, uma vez que as relações de família travam-se entre particulares, com direitos e deveres individuais, mas com seus preceitos agora públicos.²⁰⁹ Dias enfatiza:

[...] Porém, o fato de os princípios de ordem pública permearem as relações familiares não significa ter o direito da família migrado para o direito público. Ao reverso, como sustenta Gustavo Tepedino, deve-se submeter a convivência familiar aos princípios constitucionais, de tal maneira que a família deixe de ser valorada como instituição. Aliás, não se pode conceber **nada mais privado**, mais profundamente humano que a família, em cujo homem nasce, vive, ama, sofre e morre. A pretensão de deslocar

²⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 36.

²⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. p. 36.

²⁰⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. p. 103.

a família do direito privado representa um contra-senso, pois prepara o terreno para um intervencionismo intolerável do Estado da vida íntima. Imperioso, portanto, reconhecer que o direito das famílias, ainda que tenha características peculiares e alguma proximidade com o direito público, tal não lhe retira o caráter privado, não se podendo dizer que se trata de direito público.²¹⁰

Outras leis posteriores contribuíram para um panorama mais favorável destinado à família, já sob uma ótica protetiva, baseada nos princípios do cuidado e da afetividade: como a Lei nº. 8.009, de 29 de março de 1990 (que ampliou a proteção do bem de família, protegendo a família advinda de casamento ou união estável); a Lei nº. 8.048, de 13 de fevereiro de 1992 (que reduziu para um ano o prazo de ruptura da vida em comum para a separação judicial e a conversão em divórcio um ano depois); a Lei nº. 8.069, de 13 de julho 1990 (o Estatuto da Criança e do Adolescente e sua doutrina de proteção integral); a Lei nº. 8.560, de 29 de dezembro de 1992 (regulou a investigação de paternidade dos filhos concebidos fora do casamento); a Lei nº. 8.971, de 29 de dezembro de 1994 (regrou os alimentos e sucessão nas relações entre participantes da união estável); a Lei nº. 9.263, de 12 de janeiro de 1996 (sobre o planejamento familiar).

Mais além, a Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (instituiu o novo Código Civil); a Lei nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (o Estatuto do Idoso); a Lei nº. 11.340, de 07 de agosto de 2006 (a Lei Maria da Penha, em face da violência doméstica); a Lei nº. 11.441, de 05 de janeiro de 2007 (sobre a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa), a Lei nº. 11.698, de 13 de junho de 2008 (que regulamentou a guarda compartilhada), a Lei n. 11.804, de 05 de novembro de 2008 (sobre alimentos gravídicos), a Lei nº. 12.010, de 03 de agosto de 2009 (que instituiu novas regras para adoção), a Emenda Constitucional nº. 66, de 13 de julho de 2010 (que tratou do divórcio imediato, retirando tacitamente a separação como forma de dissolução da sociedade conjugal e o implemento de prazos) e, por fim, a Lei nº. 12.318, de 26 de agosto de 2010 (que trata da alienação parental).

Em contrapartida, vale recordar que o Código Civil de 2002 apenas recepcionou as novas disposições constitucionais e leis infraconstitucionais. Interessante lembrar que seus primeiros estudos datam de 1969 e o projeto

²¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. p. 34-35.

original de 1975 (PL 634-B/75 e PLC 118/84), ou seja, muito antes da promulgação da própria Constituição da República de 1988 e na predominância de uma família patriarcal. Não prospera negar que na época da sua concepção, o referido Projeto buscava adequar-se às mudanças sociais vividas no século XX e o pensamento jurídico de um Estado que objetivava uma legislação mais condizente com os anseios democráticos e a modernização crescente vislumbrada no século XXI.

Após muitos recortes e da aprovação pelo Congresso Nacional, a ‘nova’ Lei Civil enfim tornou-se vigente, porém pouco trouxe de relevante se comparada às inovações realizadas pela própria Constituição. Ao ler os artigos da referida lei que tratam do Direito de Família tem-se a clara percepção de um controvertido retorno ao passado, especialmente no que tange à incisiva regulamentação do casamento, e, por muitas vezes, percebe-se a ausência de normas para temas atuais, como a união estável (se é que se deva legislar sobre ela), a família monoparental, etc. Dias ressalta:

O Código Civil procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família. Incorporou as mudanças legislativas que haviam ocorrido por meio de legislação esparsa, apesar de ter preservado a estrutura do Código anterior. Mas não deu o passo mais ousado, nem mesmo em direção aos temas constitucionalmente consagrados, ou seja, operar a subsunção, à moldura da norma civil, de construções familiares existentes desde sempre, embora completamente ignoradas pelo legislador infraconstitucional.²¹¹

Entende-se, por fim, como mudanças realizadas pelo Código Civil a divisão do Livro IV, da Parte Especial, destinando um título para reger o direito pessoal e outro para disciplinar o direito patrimonial familiar, um critério mais técnico, embora confuso, quiçá uma conscientização da separação desses fatores. Incluiu os preceitos constitucionais em seu texto (igualdade entre cônjuges e filhos e o poder familiar), modificou os artigos concernentes à colocação ou retirada do nome entre os consortes, a possibilidade de mudança de regime de bens durante a união conjugal, incluiu a guarda compartilhada dos filhos (devido à Lei nº. 11.698/08), o regime de participação final nos aquestos (pouco utilizado), dentre outras pequenas alterações, na maioria advindas de outras leis infraconstitucionais.

²¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. p. 31.

O legislador, infelizmente, também cometeu inconstitucionalidades. A perquirição da culpa na separação é um dos grandes exemplos da falta de sensibilidade para com o clamor da doutrina. O mundo de hoje não mais comporta uma visão idealizada de família. Seu conceito mudou. A sociedade concede a todos o direito de buscar a felicidade, independentemente dos vínculos afetivos que estabeleçam. É ilusória a ideia de eternidade do casamento. A separação, apesar de ser um trauma familiar doloroso, é um remédio útil e necessário, representando, muitas vezes, a única chance para ser feliz.²¹²

Assim, atualmente visualiza-se a Carta Magna oferecendo o regramento essencial à proteção das relações familiares, juntamente com uma gama de leis que especificam a aplicação de tal normatização, algumas antigas, utilizadas no que não divergem dos preceitos constitucionais, outras já com ares modernos e pós-modernos, porém, uma grande colcha de retalhos que ainda não aquece muitos dos anseios familiares.

2.3 A FAMÍLIA EUDEMONISTA NO ATUAL DIREITO DE FAMÍLIA

Retomando as modificações histórico-sociais sofridas pela sociedade, e, por conseguinte, pela família, durante a evolução legislativa supracitada, menciona-se desde as Revoluções Industrial e Francesa, até a urbanização, a industrialização, a emancipação e o trabalho femininos (o movimento feminista), a dessacralização do casamento²¹³, a despatrimonialização²¹⁴, a descodificação civil da família a partir da Constituição da República de 1988, a desbiologização²¹⁵, a sócio-afetividade, a pluralização das formas familiares, o contínuo estreitamento do número de componentes do núcleo familiar, o surgimento dos métodos contraceptivos, a evolução da engenharia genética e

²¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 32.

²¹³ Afastamento dos conceitos familiares da influência canônica.

²¹⁴ Visão da família como núcleo de realização dos direitos fundamentais da dignidade humana, incentivando o desenvolvimento pleno de cada pessoa, em detrimento do aspecto patrimonial.

²¹⁵ Valoração da coexistência entre os membros da prole em detrimento ao elemento biológico ou consanguíneo.

novas formas de concepção da vida, o movimento homoafetivo, dentre muitos outros.²¹⁶ Pereira confirma:

Os papéis masculinos e femininos se misturaram e tudo está sendo repensado na organização jurídica da família. Este é um fenômeno que vem acontecendo em todas as organizações jurídicas ocidentais. A legislação, no Brasil em particular, mal tem acompanhado esta evolução, embora o Direito de Família brasileiro esteja entre os mais avançados do mundo. Com todas essas mudanças, especialmente nos costumes e na “liberalização sexual”, começou-se a pensar que a família entrou em crise, em desordem. É natural que em meio a um *processo histórico*, e que ainda estamos vivenciando, tenhamos um olhar medroso e pessimista às mudanças. É compreensível que as coisas novas amedrontem, mas o processo é de uma evolução histórica, e não de decadência. As turbulências do caminho são decorrências naturais.²¹⁷ (grifos no original)

Sobre a suposta crise da família mencionada na citação acima, Groeninga elucida que tal ideia surge justamente de um redimensionamento da matéria, um novo horizonte epistemológico, interdisciplinar, a emergência social tem se aberto para novas constituições familiares, que consideram as variações nas constituições individuais. O ser humano realmente se vê ameaçado pela mudança, mas ‘crise’ é um estado familiar, é da natureza humana, como o é o conflito, são condições de existência da família, acompanhando as mudanças etárias e evolução dos seus membros.²¹⁸

Giddens ao comentar sobre a destradicionalização da família, aponta que a reversão direta para os valores ‘tradicionais’ da família é insustentável. Para a promoção do equilíbrio entre autonomia e solidariedade dos membros é necessária uma confiança ativa (aquela que deve ser conquistada, não efetivada por posições sociais ou papéis de gênero), acompanhada de responsabilidades pessoais e sociais em relação aos demais. A confiança ativa envolve comprometimento para com o outro, reconhecimento de obrigações, compatíveis com a diversidade de formas familiares das sociedades industrializadas. O autor ainda afirma que:

²¹⁶ MADALENO, Rolf. **As novas perspectivas no direito de família: um olhar voltado para o estatuto das famílias**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=721>. Acesso em 15 de janeiro de 2012.

²¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores do direito de família**. p. 03-04.

²¹⁸ GROENINGA, Gisele Câmara. Pereira, Rodrigo da Cunha (coordenador). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. p. 250-251.

As altas taxas de separação e divórcio vieram para ficar, mas podem-se perceber muitas maneiras pelas quais elas viriam a enriquecer a solidariedade social em lugar de destruí-la. Por exemplo, o reconhecimento da importância primordial dos direitos das crianças, junto com as responsabilidades em relação a elas, poderia fornecer os próprios meios de consolidarmos os novos laços de parentesco que vemos ao nosso redor – entre, digamos, dois grupos de pais e mães que também são padrastos ou madrastas e as crianças que possuem em comum.²¹⁹

Roudinesco resume os três grandes períodos da evolução familiar: numa primeira fase encontra-se a família dita tradicional, servindo acima de tudo para assegurar a transmissão de patrimônio, com casamentos arranjados entre os pais sem que a vida sexual e afetiva dos futuros esposos, em idade precoce, seja considerada. Assim, essa célula familiar repousa numa ordem imutável e submetida a uma autoridade patriarcal, verdadeira transposição da monarquia de direito divino.²²⁰

Numa segunda fase a família ‘moderna’ torna-se receptáculo de uma lógica afetiva cujo modelo vem do final do século XVIII até meados do século XX, fundada no amor romântico, sancionando a reciprocidade dos sentimentos e os desejos carnis por intermédio do casamento, mas valorizando a divisão do trabalho entre o casal e fazendo do filho um sujeito cuja educação é encarregada pela nação. A atribuição de autoridade, então, torna-se motivo de uma divisão incessante entre os pais e o Estado, de um lado, e entre os pais e as mães, de outro.²²¹

A partir de 1960, impõe-se a família ‘contemporânea’ ou ‘pós-moderna’, que une ao longo de uma duração relativa, dois indivíduos em busca de relações íntimas ou realização sexual, fazendo com que a transmissão da autoridade se torne cada vez mais problemática à medida que divórcios, separações e recomposições conjugais aumentam. Surge, assim, um lugar de experiências subjetivas deveras importantes.²²²

Perante todas essas transformações sociais, doutrinadores e especialmente as decisões do Poder Judiciário se voltaram para o núcleo familiar e as situações vividas por seus sujeitos em tempo real. Nesse contexto, e

²¹⁹ GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. O futuro da política radical, p. 11.

²²⁰ ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. p. 06.

²²¹ ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. p. 06.

²²² ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. p. 06-07.

seguindo a base constitucional, desenvolveram e absorveram novos princípios para o Direito de Família, explícitos ou implícitos, como a dignidade humana, a solidariedade familiar, a igualdade entre filhos e dos cônjuges, a igualdade na chefia familiar, a não-intervenção na liberdade do indivíduo, o melhor interesse para o menor, o pluralismo familiar, a paternidade responsável, a afetividade, o cuidado, a proteção da criança, do adolescente e do idoso. Groeninga acrescenta:

Nossos códigos evoluem porque já não fazem o mesmo sentido, e a proposta é a de pensar de forma dinâmica: o que, em nossa constituição psíquica, deve estar em nossa Constituição, nos ordenamentos e em sua interpretação, para que realmente façam sentido e propiciem a consciência a reflexão? As transformações ocorridas nas relações familiares, no exercício de papéis e funções, nos impõem repensar a questão da Lei, sua gênese na família, seu substrato afetivo e a capacidade desenvolvida pelo indivíduo para sua compreensão, interpretação e realização. [...]²²³

Atualmente, diferentes são os sentidos trazidos pela doutrina para o termo “família” (social, amplo, lato, restrito), bem como seus caracteres (biológico, econômico, psicológico, político, jurídico), tendo em vista que esta se constitui na primeira e principal forma de agrupamento humano, preexistindo à própria organização jurídica da vida em sociedade e considerada a *celula mater* de uma nação. Entretanto, não é objeto do presente trabalho tratar do conteúdo civilista do Direito de Família e todos os seus institutos.

Muitos desses termos se esvaem de significado, pois a família sofre constantes mutações em seu conceito, de acordo com os valores culturais, éticos, políticos, econômicos e religiosos de cada época suscitada, o que torna deveras complexo uma única conceituação de ‘família’, mesmo porque não há um conceito específico. As formas familiares previstas na Constituição são meramente exemplificativas para grande parte da doutrina e jurisprudência. Uma hodierna concepção do núcleo familiar exige um aprofundamento do estudo de suas complexas relações, como bem aponta Gama:

As famílias devem espelhar a própria formação democrática do convívio em sociedade; sob prisma político-ideológico, fundando-se em valores existenciais e psíquicos, próprios do ser humano, como os sentimentos de solidariedade, afeto, respeito, compreensão, carinho e aceitação, que afastam os valores

²²³ GROENINGA, Gisele Câmara. Pereira, Rodrigo da Cunha (coordenador). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. p. 254.

autoritários, materialistas, patrimonialistas e individualistas que nortearam a família matrimonial. Qualquer abordagem contemporânea em matéria de família jurídica deve levar em conta tal mudança de eixo. Assim, as transformações jurídicas exigem a funcionalização de qualquer aspecto patrimonial nas relações familiares ao atendimento das necessidades existenciais dos integrantes da família.”²²⁴

Destarte, a família partiu de um aspecto desigual, patrimonial e formal para um aspecto social e igualitário, valorando os interesses individuais dos sujeitos da prole, ou seja, elegeu a busca da felicidade de seus membros como mola propulsora para seu próprio desenvolvimento, é a família eudemonista. A família contemporânea ultrapassa o princípio do “ter” (sentido dos poderes patrimonial e patriarcal) para o do “ser” (sentido afetivo, de realização pessoal, humanista).

Esse novo modelo de família se fundamenta sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, conferindo nova roupagem axiológica ao direito das famílias. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, contribuindo tanto para o desenvolvimento de seus integrantes como para o crescimento da própria sociedade.²²⁵

Agora o que **identifica** a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um **vínculo afetivo** a unir pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários: **casamento, sexo e procriação**. [...] Caiu o mito da **virgindade** e agora sexo – até pelas mulheres – pratica-se fora e antes do casamento. A concepção não mais decorre exclusivamente do contato sexual e o casamento deixou de ser o único reduto da conjugalidade.²²⁶ (grifos no original)

Roudinesco enfatiza:

Apoiada desde seu nascimento em tal concepção da sexualidade, a psicanálise foi portanto ao mesmo tempo o sintoma de um mal-estar da sociedade burguesa, presa das variações da figura do pai, e o remédio para esse mal-estar. Contribuiu para a eclosão, no seio da família afetiva, de novos modos de parentalidade – família dita ‘recomposta’ ou ‘monoparental’ - , ao mesmo tempo se tornando o fermento de

²²⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro**. p. 23.

²²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 41.

²²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. p. 40.

um duplo movimento social que vinculava a emancipação das mulheres e dos filhos – e mais tarde – dos homossexuais, à rebelião dos filhos contra os pais. Eis por que foi impulsionada pela industrialização, pelo enfraquecimento das crenças religiosas e por uma diminuição cada vez mais intensa dos grandes poderes autocráticos, teocráticos, monárquicos.²²⁷

A formação de famílias à margem do modelo legal lentamente passa a ser absorvida no âmbito sócio-jurídico, o sentimento ganhou dimensões significativas, por uma maior preocupação com o indivíduo em si, independente do modo em que este resolveu construir ou reconstruir uma relação conjugal. Quando o sujeito ocupa uma posição central na matéria é esperado que outros elementos ingressem na esfera jurídica, como o afeto – vontade de estar e permanecer junto à outra pessoa, respeito, carinho, cuidado, consideração – revelando-se um elemento de grande valor na constituição de uma célula familiar. Os indivíduos começaram a se preocupar mais com o que sentiam do que com a adequação de seus atos ao modelo jurídico.²²⁸

Torna-se, então, relevante uma visão pluralista da família, abrigando seus diversos arranjos familiares e buscando a identificação do elemento que permita absorver no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem num elo de afetividade, de desejo de felicidade, realização, satisfação entre seus membros. Dias explica que somente o envolvimento emocional subtrai uma relação do âmbito obrigacional, que possui como núcleo a vontade, e o insere no Direito de Família, de substrato afetivo.²²⁹

Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido de proteção jurídica da família, deslancando-a da instituição para o sujeito, como se interfere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: *O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram*. A possibilidade de buscar formas de **realização pessoal** e gratificação profissional é a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois

²²⁷ ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. p. 39-40.

²²⁸ FACHIN, Edson Luiz. **Repensando fundamentos do direito civil**. p. 297.

²²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 41.

ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar.²³⁰ (grifos no original)

Com a instalação da igualdade e da liberdade na família, o vínculo jurídico passou a ceder parte de seu espaço à verdade sócio-afetiva, pois a felicidade, o afeto, o cuidado, demarcaram sua influência na noção jurídica de família em todas as esferas, a exemplo do que já havia acontecido na realidade social. De uma família matrimonializada por contrato chegou-se a uma informal, pois afeto não é dever e a convivência é opção, um ato de liberdade de seus componentes. Afinal, só conseguem conviver saudavelmente pessoas que têm afeição e respeito mútuo, sendo ambos necessários para a manutenção do núcleo familiar.

A afirmação da busca pela família eudemonista faz com que pessoas restrinjam sua esfera de liberdade, renunciando a determinados anseios individuais, para que outras também possam se desenvolver, pois o crescimento de uma produz efeitos benéficos a todas. Menciona Carbonera:

Assim, a família contemporânea é tomada como a comunidade de afeto e entre-ajuda, espaço onde as aptidões naturais podem ser potencializadas e sua continuidade só encontra respaldo na existência do afeto. É a família eudemonista, pois traduz o meio onde se acentuam as relações de sentimento entre os membros do grupo, valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais.²³¹

Para Gomes “agrade ou não, o traço dominante da evolução da família é – na correta afirmação de Levy Bruhl – a sua tendência a se tornar um grupo cada vez menos organizado e hierarquizado e que cada vez mais se funda na afeição mútua”.²³² A família constitui um corpo que se reconhece no tempo, uma agregação histórica e cultural, com espaço para o poder familiar, os laços e a liberdade. Configura-se numa aliança composta para representar harmonia e paradoxos, um elo entre o Direito e a sociedade.

O que esta interpretação traz de novo às relações estudadas pelo Direito de Família é a capacidade de se colocar em xeque as certezas, mesmo as consideradas dogmáticas e civilizadas. Lisboa define afeição como a união entre

²³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. p. 52-53.

²³¹ FACHIN, Edson Luiz. **Repensando fundamentos do direito civil**. p. 291-292.

²³² GOMES, Orlando. **Direito de família**. p. 127.

os membros da família por decorrência dos sentimentos que os unem, e respeito, como a consideração ou importância que se oferece a uma pessoa da entidade familiar. São vetores que indicam o dever de cooperação mútua entre os membros da família, para os fins de assistência imaterial e material.²³³ Sobre a questão tem-se o posicionamento de Gama, acalado nas frases de Villela:

As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor.²³⁴

O clã tornou-se um refúgio, onde os membros procuram proteção e um espaço propício para o desenvolvimento pessoal, dos interesses afetivos e existenciais. É no interior da família que os laços de afeto tornam-se mais vigorosos e aptos a sustentar as vigas do relacionamento familiar, e, é nele que seus componentes recebem estímulo para pôr em prática suas aptidões pessoais, o indivíduo cuida e é cuidado, passa pela demonstração de interesse, atenção, desvelo, preocupação, bom trato, responsabilização, seja para quem observa, trabalha, legisla ou julga com base no Direito de Família, seja para aquele que convive entre seus familiares. Para Tupinambá:

O cuidado é um desejo social que advém de uma realidade em que cada vez mais se percebe a dinamização e a complexidade das relações humanas, e, em especial, familiares. Daí por que a consideração e a ponderação do valor cuidado serem de extrema valia.²³⁵

Quando a família abandona o modelo patriarcal em prol de uma finalidade subjetiva, voltada para o bem-estar de seus sujeitos, consagra sua visão eudemonista. Pereira afirma que o discurso psicanalítico também introduziu na ciência jurídica uma nova noção para a relação conjugal e a sexualidade dos indivíduos, pela compreensão de que estes são sujeitos de direito e de desejo, pois atos e fatos jurídicos não se concretizam apenas na objetividade, há uma

²³³ LISBOA. **Manual elementar de direito civil**. p. 45-46.

²³⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro**. p. 09-10.

²³⁵ PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (orgs.). **O cuidado como valor jurídico**. p. 364.

subjetividade, um sujeito inconsciente, que possui ação determinante nos negócios jurídicos e que não pode mais ser desconsiderada pelo Direito, com a excessiva objetividade/racionalidade de outrora.

É aí que se começam a valorizar os vínculos conjugais sustentados no amor e no afeto. Podemos dizer, então, que esse novo discurso sobre a sexualidade, introduzido por Freud, revalorizou o amor e o afeto. Na esteira dessa evolução e compreensão do que o Direito de Família atribui ao afeto um valor jurídico. E é este sentimento, agora como um novo valor jurídico, quem tem desinstalado velhas concepções e instalado uma nova ordem jurídica para a família. [...] Freud, com a invenção da Psicanálise, foi o grande responsável pela compreensão de um novo discurso sobre o afeto. É a legalidade da subjetividade. [...] ²³⁶

Nesse sentido, Groneninga aprofunda:

Passamos por um período de descrença nos afetos, como se fôssemos seres divididos – razão/emoção – e como se o pensamento se construísse independentemente do que lhe dá sentido – o sentimento. Com isso, deixamos de lado a razão de nossas razões e acabamos por erigir o que são interpretações fragmentadas, tomando a parte pelo todo. A crença desmesurada no que acreditamos ser “a ciência” levou-nos a ter uma auto-imagem de onisciência...Ampliamos a tecnicidade, como se máquinas fôssemos, na ilusão de dominar a natureza [...] acreditando que a objetividade nos daria a ansiada segurança diante do desconhecido, que é a aventura humana. Com isto, de certa forma, perdemos de vista justamente o humano, esta combinação de sentimento, pensamento e ação, em possibilidades infinitas que desembocam nas semelhanças e nas diferenças que nos são constitutivas. ²³⁷

A mesma autora, acompanha o pensamento de Roudinesco, levantadora da hipótese de que foi na invenção freudiana do complexo de Édipo que está a origem de uma nova concepção de família ocidental, com capacidade para lidar com o declínio da soberania paterna, bem como com o princípio de uma emancipação da subjetividade. Uma nova interpretação do modelo edipiano e da organização da família, originária da própria sociedade civil, repousa na revolução da afetividade, que exige o casamento associado ao sentimento amoroso e ao desabrochar das sexualidades masculinas e femininas, o lugar preponderante

²³⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores do direito de família**. p. 10-11.

²³⁷ GROENINGA, Gisele Câmara. Pereira, Rodrigo da Cunha (coordenador). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. p. 252.

concedido ao filho, que possui como efeito uma maternalização da célula familiar, a prática sistemática da contracepção espontânea, que dissocia o desejo sexual da reprodução, procedendo a uma disposição mais individual de família.²³⁸

Pereira apregoa que a questão da afetividade no Direito de Família, como consequência das mudanças paradigmáticas e da interferência psicanalítica, obrigou a se repensar o ordenamento jurídico familiar, redimensionando os princípios, como uma fonte mais eficaz e de aplicação prática, contribuindo para uma melhor base e estrutura desse ramo do Direito e do próprio pensamento jurídico, aproximando o justo do legal.²³⁹ Roudinesco complementa:

A concepção freudiana da família, como paradigma do advento da família afetiva, apóia-se em uma organização das leis da aliança e da filiação que, embora instituindo o princípio do interdito do incesto e da perturbação das gerações, leva todo homem a descobrir que tem um inconsciente e que portanto que é diferente do que acredita ser, o que o obriga a se desvincular de toda forma de enraizamento. Nem o sangue, nem a raça, nem a hereditariedade podem doravante impedi-lo de alcançar a singularidade de seu destino. Culpado de desejar a mãe e de querer assassinar seu pai, ele se define, para além e aquém do complexo, como o ator de um descentramento da subjetividade.²⁴⁰

Tais noções trazidas pela psicanálise oferecem ao Direito de Família uma melhor compreensão do litígio para os profissionais da área (advogados, mediadores, conciliadores, juízes, promotores, etc.), bem como uma análise do funcionamento dos atores e personagens de uma cena jurídica e judicial, sob um ponto de vista mais ético.

[...] assistimos e constatamos, na maioria dos processos litigiosos, particularmente os de separação, uma eternização do litígio que significa também um gozo. O litígio é uma forma de não se separar e as partes permanecem unidas pelo ódio, pelo gozo com o sofrimento. O ódio, na verdade, une muito mais que o amor, mas estar unido pelo ódio, gozando através de um processo judicial, traz consequências nefastas e é a destrutividade dos sujeitos. É neste sentido que Lacan nos diz que o gozo tem apetite de morte. Goza-se com o prazer mas também com o sofrimento. O litígio judicial é uma história de degradação do outro. Mas como isto é inconsciente, as partes, na

²³⁸ GROENINGA, Gisele Câmara. Pereira, Rodrigo da Cunha (coordenador). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. p. 261.

²³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores do direito de família**. p. 12.

²⁴⁰ ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. p. 38.

maioria das vezes, não percebem o mal que estão fazendo a si mesmas e principalmente aos filhos.

Passa-se agora, para um dos fundamentais objetivos da presente dissertação, que é demonstrar os novos princípios constitucionais do Direito das Famílias, refeita a evolução histórico-social e jurídica dos núcleos familiares, a família primitiva ao regramento das antigas civilizações, o poder patriarcal, a influência do Direito Canônico no feudalismo europeu, a colonização portuguesa do Brasil, o desenrolar dessa nova sociedade e progresso de sua legislação na matéria, chegando à família eudemonista, que por sua vez, necessita de novos princípios constitucionais e específicos, que garantam seu desenvolvimento e proteção.

CAPÍTULO 3

A NOVA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

No presente e último capítulo será exposta uma nova principiologia constitucional para o Direito das Famílias (no plural, devido às várias formas familiares)²⁴¹, advinda de todas as transformações estruturais que a família ultrapassou e da ideia contemporânea de um núcleo familiar eudemonista. Para tanto, serão apresentados os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade entre cônjuges/companheiros, da igualdade na chefia familiar, da igualdade entre filhos, do melhor interesse do menor, da solidariedade familiar, da afetividade, do pluralismo familiar, da monogamia e da mínima intervenção do Estado, salientando que este não é um rol taxativo. É salutar a menção de que tais princípios serão analisados através da ótica de autores de Direito de Família contemporâneos (que não são muitos), com breves inserções transdisciplinares.

A Constituição Federal vigente no país introduziu um indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção da sociedade, por conseguinte, da família, priorizando o macroprincípio da dignidade humana como seu norteador. Lôbo preceitua que “A proteção do Estado à família é, hoje, princípio universalmente aceito e adotado nas Constituições da maioria dos países, independente do sistema político ou ideológico”.²⁴²

Para Vilas Bôas, os princípios constitucionais transcendem inclusive a esfera da própria Constituição, servindo de embasamento para diversos outros ramos jurídicos, é comum que cada área do Direito elenque os princípios específicos e constitucionais de aplicação na matéria.

²⁴¹ Termo criado pela autoria Maria Berenice Dias, na sua obra “Manual de Direito das Famílias”.

²⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto5201>. Acesso em 14 de janeiro de 2012.

A partir do momento em que ocorreu a constitucionalização do direito civil, a dignidade da pessoa humana foi consagrada como fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, 1º, III), o positivismo tornou-se insuficiente. As regras jurídicas mostraram-se limitadas, acanhadas para atender ao comando constitucional. O princípio da interpretação conforme a Constituição é umas das mais importantes inovações em sede de técnica interpretativa, ao propagar que a lei deve ser interpretada sempre, a partir da lei maior. Assim, os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas.²⁴³

A legislação, doutrina e jurisprudência atuais reconhecem diversos princípios constitucionais implícitos e explícitos, enfatizando a inexistência de hierarquia entre eles e a obrigatoriedade de sua observância na apreciação de qualquer relação que envolva questões de família. Não é apenas o conceito em si que estabelece os princípios necessários ao núcleo familiar, mas especialmente o modo de proceder e entender os novos parâmetros e valores que compreendem os relacionamentos. Conforme dispõe Dias:

Os princípios constitucionais representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados. Daí a necessidade de revisitar os institutos do direito de família, adequando sua estrutura e conteúdo à legislação constitucional, funcionalizando-os para que se prestem à afirmação dos valores mais significativos de ordem jurídica.²⁴⁴

A mesma autora salienta todo um novo modo de ver o Direito que emerge da Constituição Federal, os princípios que esta abrange foram convertidos em alicerce normativo do sistema constitucional, deixando de servir apenas como orientadores das leis infraconstitucionais, desprovidos de força normativa. Agora são conformadores da lei, imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça, possuem eficácia imediata e compõem a nova base axiológica do ordenamento jurídico.²⁴⁵

Fica no passado a ideia de que a Constituição era tida como uma moldura de conteúdo preenchido pelas leis e códigos, onde o destinatário do texto constitucional era o legislador ordinário e o civilista um refém desta legislação, desvinculado dos preceitos constitucionais. Tornou-se superada a concepção que

²⁴³ VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A importância dos princípios específicos do direito de família.** Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/artigos&artigo=615>. Acesso em 11 de janeiro de 2012.

²⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** p. 58.

²⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** p. 54.

nega força normativa aos princípios em razão do seu caráter fluído e indeterminado.²⁴⁶ Pereira alude:

Com a compreensão de que o sujeito de direito é também um sujeito desejante, isto é, que o sujeito do inconsciente está presente nos atos, fatos e negócios jurídicos [...] é possível e necessário elencar os princípios essenciais para o Direito de Família. Isto significa que toda e qualquer decisão deve, necessariamente, considerar os princípios aqui elencados. Sem isto, as decisões e concepções doutrinárias certamente se distanciarão do ideal de justiça ou ficarão contraditórias com um sistema jurídico que se pretende ético, no sentido universalizante em contraposição aos perigosos particularismos morais.²⁴⁷

Há até mesmo uma dificuldade em quantificar ou denominar todos os princípios constitucionais explícitos e implícitos que embaseiam o Direito de Família, alguns não estão literalmente escritos no texto legal, mas possuem fundamentação ética no intuito de possibilitar a vida em sociedade, de preferência, a vida familiar eudemonista. Assim, seguem abaixo um rol não taxativo dos novos princípios aplicados nas relações familiares contemporâneas.

3.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Considerado princípio maior e fundamento do Estado Democrático de Direito, afirmado no primeiro artigo da Constituição Federal, inciso III, deriva da preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social, das lutas e conquistas políticas associadas à evolução do pensamento (e da tradição kantiana, no século XIX), desenvolvimento da ciência e das novas tecnologias²⁴⁸, especialmente após as agressões causadas no decorrer da II Guerra Mundial, praticadas por governos totalitários. A dignidade humana foi passada para uma visão do Direito do século XX como valor nuclear constitucional, também experimentado no plano dos afetos.

²⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 55.

²⁴⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 93.

²⁴⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 94.

É o princípio mais universal de todos, um macroprincípio, do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, ou seja, um epicentro axiológico de ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, balizando desde os atos estatais até as relações privadas na sociedade. O Estado não possui apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também promovê-la através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada indivíduo.²⁴⁹

Para Moraes a dignidade humana é um valor próprio do indivíduo, que se manifesta especificamente na autodeterminação consciente e responsável de existência, trazendo consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo um mínimo vulnerável que todo instituto jurídico deve garantir, de modo que apenas singularmente possam ser feitas determinadas restrições ao exercício dos direitos fundamentais, mas nunca abandonando o indispensável apreço que merece todo ser humano.²⁵⁰

Já Dworkin *apud* Sarlet parte do pressuposto de que a dignidade possui tanto uma voz ativa quanto passiva, e ambas encontram-se conectadas no valor intrínseco (na santidade e inviolabilidade) da pessoa humana, de todo e qualquer indivíduo, incluindo aquele que perdeu a consciência da própria dignidade, também merece tê-la respeitada.²⁵¹

Pereira afirma que uma sociedade justa e democrática começa e termina com a consideração da liberdade e da autonomia privada, desta forma, a exclusão de determinadas relações familiares do laço social é um desrespeito aos direitos humanos e à dignidade humana. O Direito de Família somente estará em consonância com o referido princípio, a partir do momento em que todas as relações interprivadas não estiverem mais à margem social, seja as várias constituições de família como as diversas formas de filiação.²⁵² Dias salienta:

O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos **direitos humanos**, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa

²⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 59-60.

²⁵⁰ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. p.

²⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direito fundamentais**. p. 59.

²⁵² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 100.

humana, **versão axiológica** da natureza humana. [...] significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, como que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contorno cada vez mais amplos. A dignidade da pessoa humana encontra na **família** o solo apropriado para florescer. [...] A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida em comum –, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.²⁵³ (grifos no original)

Pereira comenta sobre a subjetividade/relatividade do princípio da dignidade humana, uma vez que este traz uma série de valores, e invoca-se tal princípio nas mais variadas situações que envolvem o Direito de Família, de forma antagônica, ou seja, a verdade sobre o valor da dignidade é relativa e construída ideologicamente na medida em que as concepções subjetivas se alteram dentro de um contexto histórico-social ou prático, real.²⁵⁴

Quando se defere o pedido de mudança de nome e de sexo de um transexual, baseia-se no princípio da dignidade da pessoa humana, o mesmo acontece num possível indeferimento do pedido; tantos outros temas acabam no mesmo antagonismo, como a união e adoção homoafetivas, as questões que envolvem reproduções artificiais, os embriões excedentes, a obrigação de submeter uma pessoa ao exame de DNA, o aborto legal, o pagamento de pensão alimentícia para o cônjuge/companheiro que não manteve a fidelidade recíproca, os motivos legais para anulação de um casamento, a impenhorabilidade dos bens essenciais da família, etc.

A importância do pensamento esboçado pela autora de *Danos à pessoa humana*, Maria Celina Bodin de Moraes, está posto quando ela estabelece que o macroprincípio da dignidade da pessoa humana nunca poderá sofrer qualquer tipo de relativização, mas apenas os subprincípios que compõem seu conteúdo. No caso concreto, o que deve haver, portanto, é uma ponderação de princípios, de modo a se precisar a forma em que será alcançada a dignidade. Essa concepção inovadora não invalida o que falamos anteriormente, considerando que é possível relativizar-se, também, o conteúdo do princípio da dignidade, que varia em cada situação. Isso porque [...] além dos

²⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 60.

²⁵⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 102.

parâmetros hermenêuticos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, há a inevitável interferência da subjetividade na objetividade, que também está a compor o conteúdo de cada princípio, associando-se a uma interpretação racional.²⁵⁵ (grifos no original)

Azevedo *apud* Pereira ressalta duas concepções de pessoa humana que tentam dar suporte a ideia de dignidade, a primeira seria a insular, baseada no pensamento de que o homem como detentor da razão e vontade entende que ele e a natureza são respectivamente sujeito e objeto, somente o homem é racional e capaz de querer; a segunda é a concepção de uma nova ética, onde o homem deve integrar a natureza, é a ética da vida e do amor, e para as quais cada pessoa humana é condição de existência, já que sem vida não há pessoa e sem pessoa não há dignidade.²⁵⁶ Pereira conclui:

A dignidade, portanto, é o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, a determinar a funcionalização de todos os institutos jurídicos à pessoa humana, Está em seu bojo a ordem imperativa a todos os operadores do Direito de despir-se de preconceitos – principalmente no âmbito do Direito de Família -, de modo a se evitar tratar de forma indigna toda e qualquer pessoa humana, principalmente na seara do Direito de Família, que tem a intimidade, a afetividade e a felicidade como seus principais valores.

Quanto ao princípio da Liberdade, este foi um dos primeiros a ser reconhecido como direito humano fundamental (juntamente com a igualdade, que será tratada em subcapítulo à parte), integrando a primeira geração de direitos a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. Dias expõe que o papel do Direito é assegurar a liberdade, coordená-la, organizá-la e limitá-la, justamente para garantir a liberdade individual, estranho paradoxo. Somente existirá liberdade se houver em similar proporção e concomitância, a igualdade, evitando-se, assim, a dominação e a sujeição.²⁵⁷

Ao instaurar o regime democrático, a Constituição Federal demonstrou grande preocupação em banir discriminações de qualquer ordem (raça, sexo, cor, idade, dentre outros), em seu artigo 3º, inciso IV, bem como assegurar aos

²⁵⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 105-106.

²⁵⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 102.

²⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 60.

brasileiros e estrangeiros residentes no país a liberdade e igualdade, no artigo 5º, *caput*. A liberdade na família está contemplada de maneira difusa na Constituição, possuindo duas vertentes, uma ligada à própria entidade familiar e a interferência do Estado, outra do indivíduo em relação a esse núcleo familiar, conforme preceitua Lôbo:

[...] liberdade da entidade familiar, diante do Estado e da sociedade, e liberdade de cada membro, diante dos outros membros e diante da própria entidade familiar. A liberdade se realiza na Constituição, manutenção e extinção da entidade familiar, no planejamento familiar, na garantia contra violência, exploração, opressão no seio familiar, na organização familiar mais democrática, participante e solidária.²⁵⁸

A liberdade é consagrada na Constituição Federal, não cabendo ao Estado interferir nas decisões do ser humano em família, e, sim, propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício deste direito fundamental, como expõe o artigo 226, §7º, CF. No contexto familiar, há enumeradas formas de expressar claramente o princípio da liberdade, segundo Gonçalves:

Seja pelo casamento, seja pela união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado [...]. Tal princípio abrange também a livre decisão do casal no planejamento familiar (CC, art. 1565); [...] a livre aquisição e administração do patrimônio familiar (CC, arts. 1642 e 1643) e opção pelo regime de bens mais conveniente (CC, art. 1639); a liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole (CC, art. 1634), e a livre conduta, respeitando-se a integridade físico-psíquica e moral dos componentes da família. O reconhecimento da união estável, como entidade familiar [...], e sua regulamentação pelo novo Código Civil possibilitam essa opção aos casais que pretendem estabelecer uma comunhão de vida baseada no relacionamento afetivo. A aludida Carta Magna alargou o conceito de família, passando a integrá-lo as relações monoparentais, de um pai com seus filhos.²⁵⁹

Destarte, o princípio da liberdade serve de balizador nas relações familiares, seja no momento de escolher um cônjuge/companheiro, de opção sexual, de desígnio da forma familiar que viverão e como acordarão a vida conjugal, do tratamento jurídico entre marido e mulher, bem como de seus direitos e deveres perante à família que compõem, de solidariedade entre o casal, pais e

²⁵⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto5201>. Acesso em 14 de janeiro de 2012.

²⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. p. 25.

filhos, de extinguir ou dissolver o casamento/união estável e recompor novas estruturas de convívio, de alterar o regime de bens na vigência do casamento e as possibilidades de composição do nome, etc.

3.2 OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE ENTRE CÔNJUGES/COMPANHEIROS, IGUALDADE NA CHEFIA FAMILIAR E IGUALDADE ENTRE OS FILHOS (O MELHOR INTERESSE DO MENOR)

O princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CF) também é um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito, como os supracitados. Para Dias²⁶⁰, é imprescindível que a lei considere todos igualmente, ressalvadas as desigualdades que devam ser sopesadas para prevalecer a igualdade material, não a formal. O sistema jurídico assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos, portanto, está ligado à ideia de justiça. Aspira-se à igualdade material e/ou à justiça material, precisamente porque existem desigualdades e é necessária a especificação da igualdade formal, no sentido de conceder a cada um segundo a sua necessidade.

Não bastou a Constituição proclamar o princípio da igualdade em seus preâmbulo. Reafirmou o direito à igualdade ao dizer (CF 5º): *todos são iguais perante a lei*. E foi além. De modo enfático, foi até repetitiva ao afirmar que **homens e mulheres** são iguais em direitos e obrigações (CF 5º I), decantando mais uma vez a igualdade de direitos e deveres de ambos no referente à sociedade conjugal (CF 226 §5º). Assim, é a carta constitucional a grande artífice do princípio da isonomia no direito das famílias. A supremacia do princípio da igualdade alcançou também os vínculos de **filiação**, ao ser proibida qualquer designação discriminatória com relação aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção (CF 227 §6º). [...] Também em respeito ao princípio da igualdade é livre a decisão do casal sobre o **planejamento familiar** (CC 1.565 §2º e CF 226 §7º), sendo vedada qualquer tipo de coerção por parte das instituições privadas ou públicas.²⁶¹ (grifos no original)

²⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 62.

²⁶¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 62-63.

Da mesma forma, atendendo à ordem constitucional, o Código Civil consagrou o princípio da igualdade nas relações familiares, que devem ser pautadas na solidariedade entre seus membros, caracterizada pelo afeto e amor. O princípio da igualdade se ramifica em diversas situações no Direito de Família, como no **princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros** nos direitos e deveres da sociedade conjugal (art. 226, §§ 4º e 5º da CF e art. 1511, CC), local onde as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre o casal, num regime democrático de colaboração, incluindo a vontade dos filhos, que gerará a o **princípio da igualdade na chefia familiar** (arts. 226, §5º e 227, §7º, da CF e arts. 1.566, III e IV, 1.631 e 1.634 do CC). Importante salientar que tal igualdade não apaga as distinções de gênero, como salienta Dias:

O desafio é considerar as saudáveis e naturais diferenças entre homens e mulheres dentro do principio da igualdade. Já está superado o entendimento de que a forma de implementar a igualdade é conceder à mulher o tratamento diferenciado que os homens sempre desfrutaram. O modelo não é masculino, e é preciso reconhecer as diferenças, sob pena de ocorrer a eliminação das características femininas. Em nome do princípio da igualdade é necessário reconhecer direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar também o juiz a se calar. [...] O intérprete também tem de observar suas regras. Assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades.²⁶²

Nesse mesmo sentido, Pereira alude:

O necessário discurso da igualdade traz consigo um paradoxo: quanto mais se declara a universalidade da igualdade de direitos, mais abstrato se torna a categoria desses direitos. Quanto mais abstrato, mais se ocultam as diferenças geradas pela ordem social. Para se produzir um discurso ético, respeitar a dignidade humana e atribuir cidadania é preciso ir além da igualdade genérica. Para isso devemos inserir no discurso da igualdade o respeito às diferenças. [...] A construção da verdadeira cidadania só é possível na diversidade. [...] a formação e construção da identidade se fazem a partir da existência de um outro, de um diferente. Se fôssemos todos iguais, não seria necessário falar de igualdade. Portanto, é a partir da diferença, da alteridade, que se torna possível existir um sujeito.²⁶³

²⁶² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 63.

²⁶³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 141.

O referido princípio de igualdade entre cônjuges e companheiros é uma evolução histórica vinculada ao patriarcalismo, aos modos de produção e ao movimento feminista, entrelaçado por elementos políticos, econômicos, religiosos, éticos e estéticos da sociedade. Mesmo constituindo um imperativo ético, baseado no atual texto constitucional e no Código Civil, Pereira afirma que a equalização de direitos de gêneros ainda não se efetivou por completo, por sua complexidade de transpor o próprio pensamento jurídico. A história da mulher no Direito é de um não-lugar, de ausência, já que sempre esteve subordinada ao pai ou ao marido, sem autonomia ou capacidade jurídica. Essa reivindicação de igualdade solicita um lugar de sujeito, um 'lugar social'. Foi esse assujeitamento histórico da mulher aos homens que levou Lacan a construir um aforismo polêmico: a mulher não existe!²⁶⁴

A importância desse aforismo de Lacan está em sua provocação, pois foi a partir dele que se começou a pensar que as mulheres não apresentaram ao mundo um discurso feminino, já que todo ele é baseado e identificado com o discurso fálico masculino. [...] A Psicanálise trouxe uma grande contribuição para a compreensão do princípio da igualdade e com isto, sua aplicabilidade poderá ser mais efetiva. [...] Freud constrói sua teoria da sexualidade dizendo que o feminino é simbolizado como aquele que *não tem*. Esse não ter [...], essa falta representada a partir das anatomias do menino e da menina, faz com que a mulher busque se identificar com o outro (homem) que ela pensa que tem. A explicação psicanalítica da construção da identidade feminina vale também para ajudar-nos a compreender como foi possível engendrar e manter, até recentemente, um sistema de dominação de um gênero sobre o outro e como se acreditou na suposta superioridade masculina.²⁶⁵ (grifos no original)

Importante ressaltar que a igualdade na lei, não significa que as diferenças de gêneros devem ser desconsideradas, o desafio é justamente este, como sopesar as diferenças entre gêneros dentro do princípio da igualdade. Sem tal observação não se estaria aplicando corretamente o princípio em questão na sua forma material, e, conseqüentemente, ferindo a dignidade humana, bem como as peculiaridades e singularidades psíquicas e culturais de cada gênero.

²⁶⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 142.

²⁶⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 142-143.

A partir do momento em que a mulher se coloca não relação amorosa como sujeito e não assujeitada, exige-se um novo contrato social-conjugal e um eterno renovar de pactos amorosos, implícitos e explícitos, além do exercício da função de pais. Os casamentos ou demais relações conjugais somente se manterão por uma contínua renovação da parceria, já que se pressupõe a igualdade entre o casal.²⁶⁶

Esta mudança da concepção da relação conjugal deve-se, portanto, à conquista e ao reconhecimento de que ambos os parceiros, além de iguais direitos, são também sujeitos de desejo. É este sujeito desejante que possibilitou à mulher sair da *cena* exclusivamente doméstica para participar também da cena pública e do mercado de trabalho. Brincando com as palavras, podemos dizer que ela passou de dona de casa à dona da casa. Isto faz toda a diferença e traz para a organização jurídica da família novos questionamentos que provocam uma mudança no cotidiano e na prática das relações jurídicas e judiciais.²⁶⁷ (grifo no original)

Outro resultado do macroprincípio aqui tratado é o **princípio da igualdade entre os filhos** (art. 227, §6º, da CF e art. 1.596, do CC), afirmando que os filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção hetero ou homoafetiva, possuirão os mesmos direitos e qualificações (inclusive nos direitos sucessórios), proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, como outrora se fazia por questões culturais, jurídicas e religiosas, através de termos pejorativos: o filho bastardo, adulterino, incestuoso, espúrio, natural, ilegítimo, adotado, etc.

Não se deve olvidar que, atualmente, as novas formas de concepção da vida também não podem gerar discriminações aos filhos advindos de inseminações artificiais (*in vitro*), concepções heterólogas, da maternidade por substituição (barriga de aluguel), muitas destas formas ainda não tratadas pela legislação brasileira. Tal princípio está intimamente ligado com o do **melhor interesse do menor**, garantido pela Constituição Federal e Estatuto da Criança e Adolescente – ECA (Lei 8.069/90). Dias explicita:

A consagração dos direitos de crianças e adolescentes como direitos fundamentais (CF 227), incorporando a **doutrina de proteção integral** e vedando referências discriminatórias entre

²⁶⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 148.

²⁶⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 149.

os filhos (CF 227, §6º), alterou profundamente os vínculos de filiação. Como afirma Paulo Lôbo, o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. A maior **vulnerabilidade** e **fragilidade** dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí a consagração do princípio da prioridade absoluta, de repercussão imediata sobre o comportamento da administração pública, na entrega, em condições de uso, às crianças e adolescentes dos direitos fundamentais específicos, que lhes são consagrados constitucionalmente.²⁶⁸ (grifos no original)

Houve tempo em que o bem-estar dos filhos coincidia com a guarda materna, uma vez que a mulher se dedicava inteiramente ao lar e ao cuidado dos seus, enquanto o homem trabalhava, desempenhava o papel de provedor da família e não possuía tempo suficiente (nem a rotina) para permanecer junto aos filhos. Portanto, as concepções jurídicas e culturais se entrelaçavam, como de fato ainda acontece. Pereira salienta:

Com a subversão dos papéis causada pelo feminismo e pelo ingresso da mulher no mercado de trabalho, houve uma redefinição dos “deveres” secularmente definidos. Por conseguinte, foi colocada em questão o exercício da paternidade, que se humanizou, pois que perpassado pelos laços de afeto. Ademais, o pai foi chamado a compartilhar com a mulher das atividades domésticas, inclusive a atividade de criação dos filhos. O processo educacional passou a ser compartilhado entre os pais, não devendo haver preferência entre eles quanto à atribuição da guarda. Esta deve ser concedida àquele que revelar melhores condições para cuidar do filho, o que inclui, maior abertura e possibilidade para que o menor conviva, também, com o genitor não guardião, de modo que possa exercer seu direito fundamental à convivência familiar.²⁶⁹

Após tais mudanças estruturais da família, despojada de sua função econômica, patriarcal e patrimonial, o atual texto constitucional (art. 227, CF) assegurou às crianças e adolescentes os direitos à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, garantidos com absoluta prioridade e responsabilidade pela família, sociedade e

²⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 65.

²⁶⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 133.

Estado. O microssistema formado pelo ECA trouxe normas de conteúdo material, processual, civil e penal, reconhecendo o menor como sujeito de direitos, individualizado no núcleo familiar, para que possa gozar de forma plena seus direitos fundamentais.

Pereira elucida que o princípio do melhor interesse do menor também possui relatividade, subjetividade, afinal quem e como se designa o que é melhor para a criança ou adolescente? Tal questionamento dependerá do caso concreto judicial, bem como de sua efetivação e interesses éticos, ligados aos direitos e garantias fundamentais supracitados, que sofrem variações no tempo e espaço, por tratar-se de princípio com conteúdo aberto. Villela *apud* Pereira expõe:

[...] nesse no quadro de referências, o estalão geral que tudo determina e orienta é o bem do menor. Portanto, enquanto as prerrogativas dos pais, tutores, guardiões sofrem todas as limitações que se revelam necessárias à preservação daquele valor, amplia-se a liberdade do menor em benefício de seus fundamental direito de chegar à condição adulta sob as melhores garantias materiais e morais.²⁷⁰

Várias são as situações em que se deve analisar o melhor interesse do menor durante a relação conjugal dos pais, e, especialmente no terminar desta, nos restos de amor e ódio que alcançam as disputas por guarda, fixação de visitas, alimentos, convivência com os demais parentes, até aquelas circunstâncias onde o Estado se torna obrigado a interferir no poder familiar dos pais ou responsável e retirar o menor do ambiente em que se encontra, colocando-o em família substituta ou acolhimento institucional, inclusive com o posterior encaminhamento para a adoção. Os filhos não podem ser utilizados como “moedas de troca” nas celeumas judiciais, é mais do que hora de separar a figura conjugal da parental, a união marital se desfaz, mas o lugar de pai e mãe permanece.

Destarte, zelar pelo melhor interesse do menor é cuidar de sua boa formação moral, social e psíquica, observando seu peculiar estado de desenvolvimento, sua saúde mental, a preservação da sua estrutura emocional e do convívio social. Independente de uma possível separação dois pais ou afastamento dos mesmos, devem ser observadas três referências ao menor,

²⁷⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 129.

segundo François Dolto *apud* Pereira: a continuação dos laços afetivos, do convívio social e da cautela com o espaço do menor, pois sua personalidade é construída com base na referência desse local, além das referências de adulto (responsável e protetor) que o menor possuirá.²⁷¹

3.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, CF), no intuito de buscar uma sociedade livre, justa e solidária. Dias enfatiza que solidariedade é o que cada um deve ao outro, tal princípio possui origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, pois compreende seu próprio significado, ou seja, a fraternidade, a reciprocidade entre os membros de um núcleo familiar, onde todos coexistem.²⁷²

O cunho constitucional da solidariedade familiar se encontra no preâmbulo da Constituição, quando se assegura uma sociedade fraterna (em termo amplo), bem como no que tange à área familiar, no que impõe aos pais o dever de assistência aos filhos (art. 229, CF), repetido no Código Civil vigente, além do amparo às pessoas idosas (art. 230, CF), do estabelecimento da comunhão plena de vida no casamento ou união estável (art. 1511, CC) e da obrigação alimentar (art. 1694, CC). Dias ressalta:

Uma das técnicas originárias de proteção social que até hoje se mantém é a família. Aproveita-se a lei da solidariedade no âmbito das relações familiares. Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado (CF 227) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação. A mesma ordem é repetida na proteção do idoso.²⁷³

²⁷¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 137-138.

²⁷² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 65.

²⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 64.

Insta comentar que o princípio da solidariedade ultrapassa apenas o dever de prestar alimentos aos filhos, ex-cônjuges ou parentes, que se pode nomear como solidariedade patrimonial. No intuito de estabelecer o respeito, o companheirismo, a atenção, o cuidado, a consideração entre os indivíduos de uma família, também se comenta na solidariedade afetiva, o afeto mútuo, o apoio psicológico e pedagógico que envolve os laços familiares, e transforma o clã numa espécie de 'porto-seguro', especialmente nos momentos conturbados, tende-se a buscar auxílio afetivo na família.

3.4 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A Constituição Federal elenca um grande rol de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Para Dias, isso nada mais é que o compromisso de assegurar afeto pelo próprio Estado, embora não esteja literalmente escrito no texto constitucional. O maior exemplo nas últimas décadas seria o reconhecimento como entidade familiar das uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, um modelo de família baseado no eudemonismo e na igualdade, com maior espaço para o afeto e realização individual.²⁷⁴

Outros exemplos do princípio da afetividade na Constituição Federal estão na igualdade entre filhos biológicos e sócio-afetivos (art. 227, §6º, CF), na adoção como escolha de filiação afetiva, na comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, inclusive os adotivos (art. 226, §4º, CF), no direito à convivência familiar com prioridade absoluta da criança e adolescente (art. 227, CF), dentre tantos outros.

Da mesma forma, o Código Civil também não utiliza a palavra "afeto", embora em alguns dos seus dispositivos se deduz tal elemento, quando invoca o laço de afetividade como indicativo para definição da guarda do filho na separação dos pais (art. 1584, parágrafo único, CC), ao esclarecer a comunhão plena de vida no casamento (art. 1511, CC), ao admitir outra origem de filiação

²⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 67.

além do parentesco natural e civil (art. 1593, CC), ao fixar a irrevogabilidade da perfilhação (art. 1604, CC), ao tratar primeiro das questões pessoais do que as patrimoniais, na posse do estado de filho, na solidariedade familiar e social, na abolição do princípio da culpa na dissolução do casamento, com efeitos minorados em relação ao pedido de alimentos, etc.

A família transformou-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. Despontam novos modelos de família mais igualitários nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades, e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo [...]. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos existentes de seus integrantes. [...] A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.²⁷⁵

Lôbo *apud* Pereira, pronuncia:

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana no ambiente de convivência e solidariedade é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser finalidade precípua.²⁷⁶

Diante de todo o quadro estrutural apresentando na presente dissertação, se conclui ser o afeto um elemento essencial de qualquer núcleo familiar, inerente a todo relacionamento conjugal e parental. Entretanto, Pereira questiona se onde existir afetividade sempre estará presente uma entidade familiar? Não, para a formação de uma família, além da afetividade (fundamento e finalidade do núcleo familiar), devem estar constituídos outros elementos definidores, como a ostentabilidade e a estabilidade, que implicam em comunhão de vida, e, simultaneamente, exclui relacionamentos casuais, sem compromisso,

²⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 68.

²⁷⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 180.

pressupondo uma entidade familiar reconhecida pela sociedade, que se apresente publicamente e possua estrutura psíquica.²⁷⁷ Alude Oliveira:

A grande tarefa desse novo tempo é a de transmutar os fundamentos axiológicos rigidamente normativos – que ontem norteavam o Direito de Família – em critérios interpretativos humanizados pela certeza de que o sentimento pertence à contextura do modelo familiar desejado. E que a família nuclear [...] distingue-se de todos os outros padrões familiares pelo sentido muito peculiar de solidariedade que une entre si os membros da unidade doméstica, ao mesmo tempo que os separa do resto da coletividade. Os membros [...] têm aguçado sentimento de viver num clima afetivo privilegiado que os protege contra qualquer intrusão, isolando-os atrás do muro da privacidade. O suporte emocional do indivíduo através da ambiência familiar não se exterioriza mais, nos dias que correm, apenas na tutela formal dos integrantes aglutinados, posto exigir doravante a afirmação da importância jurídica do afeto como expressão da dignidade da pessoa humana”.²⁷⁸

Uma das mais relevantes consequências do princípio da afetividade encontra-se na paternidade socioafetiva, que abrange os filhos de criação, tendo em vista que a garantia do cumprimento das funções parentais não se dá pela similitude genética ou derivação consanguínea, mas, sim, pelo cuidado, zelo, amor, educação, dedicados aos filhos, que contribuirão efetivamente para suas estruturações de sujeito. Nesta realidade se encontram os filhos adotivos, aqueles advindos de reprodução artificial heteróloga, da maternidade por substituição, os filhos advindos dos relacionamentos anteriores de seus genitores e que acabam sendo criados pelos atuais companheiros (padrasto/madrasta), etc. Pereira enfatiza:

Para que um filho verdadeiramente se torne filho, ele deve ser adotado pelos pais, tendo ou não vínculos de sangue que os vinculem. A filiação biológica não é nenhuma garantia da experiência da paternidade, da maternidade ou da verdadeira filiação. Portanto, é insuficiente a verdade biológica, pois a filiação é uma construção que abrange muito mais do que uma semelhança entre os DNA. Afinal, o que é essencial para a formação de alguém, para que possa tornar-se sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que uma pessoa tenha, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e mãe. A presença do pai ou da mãe biológicos não é nenhuma garantia de que a pessoa se estrutura como sujeito. O cumprimento das funções paternas e maternas [...] é o que pode garantir uma estruturação biopsíquica

²⁷⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 183.

²⁷⁸ OLIVEIRA, Bertoldo Mateus Filho. **Relacionamento interfamiliar**. p. 16.

saudável de alguém. Por isso, a família não é apenas um dado natural, genético ou biológico, mas cultural, insista-se.²⁷⁹

Villela citado por Pereira, também salienta que a paternidade tem a liberdade como um de seus elementos intrínsecos, pois é pai ou mãe quem realmente deseja desempenhar esse papel, não pela imposição da força, dos laços consanguíneos ou da justiça, que provavelmente trarão constrangimento e repulsa para o filho indesejado. Portanto, o Direito de Família também deve se basilar no princípio da liberdade, da autonomia privada, pois as prestações familiares afetivas, seja entre cônjuges/companheiros, seja entre pais e filhos, somente proporcionarão plena satisfação quando gratuitamente assumidas e realizadas.²⁸⁰

A paternidade socioafetiva está alicerçada na posse de estado de filho, que nos remete à clássica tríade *nomem, tractus e fama*. [...] é necessário que o menor carregue o nome da família, seja tratado como filho que sua condição oriunda da filiação seja reconhecida socialmente. É este tripé que garante a experiência de família e nele o pressuposto do afeto. Afinal, quem cria um filho que não traz consigo laços biológicos pressupõe-se que o desejo permeou esta relação. [...] Daí a importância e suma relevância da interpretação através de princípios, mormente o princípio da afetividade, que é o veículo propulsor do reconhecimento jurídico de tal instituto. A inclusão do afeto como valor e como princípio não significa a exclusão dos laços biológicos.²⁸¹ (grifos no original)

Hironaka expõe que a verdade jurídica cedeu à instalação da verdade da vida, que desnuda aos olhos de todos, homens, mulheres, jovens, idosos, conservadores, arrojados: a família mudou. Modificaram-se as razões de sua constituição, existência e sobrevivência, as pessoas que a compõem (que passam a admitir que adentram num relacionamento por amor e enquanto houver amor), pois somente assim, a família será um remanso de paz, ternura e respeito, lugar

²⁷⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 184.

²⁸⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 184-185.

²⁸¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 185.

onde haverá para todos a enorme chance de realização de seus projetos de felicidade.²⁸²

A afetividade é ao mesmo tempo um instrumento inicial, de manutenção ou de esfacelamento do relacionamento conjugal, diante da constatação pelo casal, que entre eles já não mais existem força e afeto suficientes para mantê-los unidos. Sim, também é possível justificar a importância do afeto quando se denota sua própria ausência. A indissolubilidade do casamento, sustentada por vários séculos pelo Direito Canônico, por questões patrimoniais e sócio-políticas, precisamente até o ano de 1977, acabou por não conseguir justificativas para uma sociedade desgastada por tantas uniões infelizes, pelo dever de ostentar uma família meramente formal, que verdadeiramente já não existia. Não há mais espaço para relacionamentos formalmente amparados pela infelicidade pessoal de seus membros.

O elemento crucial na relação conjugal seja ela constituída por qualquer das espécies de família, é o afetivo. Ela só possui sentido enquanto unidos pelos laços de respeito, consideração, amor e afetividade. Inexistindo estes caracteres tornam-se um mero elo de direito, quando ainda amparado legalmente. Não havendo afeto, não existe razão para manutenção de uma estrutura falida e vazia de fundamento, os vínculos patrimoniais, sociais ou jurídicos não são suficientes para manter a suportabilidade da vida em comum.

Desta forma, a presença do afeto, que pode não ser explicitamente requerido no momento da união, revela sua clara essência no momento da dissolução. Há variadas situações em que os casais continuam vivendo sob o mesmo teto, mesmo não faltando com seus deveres materiais e paternos, mas entre eles já não há afeição conjugal. Cessada esta, qualquer um dos cônjuges deveria requerer o divórcio, não se cogitando mais a ideia de culpabilidade de quem quer que seja para tal dissolução, baseando-se no fim da vida em comum, no término do afeto, do carinho, das relações sexuais ou a usual 'incompatibilidade de gênios'.²⁸³

Não se deseja afirmar que dissolver uma sociedade conjugal seja algo fácil, sabe-se a gama de situações e sentimentos que estão envolvidos,

²⁸² HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**. p. 17.

²⁸³ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Instituições de direito de família**. p. 198.

especialmente quando há filhos (que continuam merecedores do afeto de seus pais), o enfrentamento de todo o processo da separação também é deveras desgastante para as partes. O que se quer apontar é o fato de o afeto localizar-se como ponto de partida no princípio da relação, aspecto presente no desenrolar da mesma e sentimento debilitado ao final dela, não há vínculo jurídico, patrimonial ou social que sustente uma relação infeliz por muito tempo. E nada mais justo que cada um procure sua realização profissional, pessoal, material e emocional, o afeto por si próprio. O Direito deve entrar nessa fase para facilitar e dissolver obstáculos formais e morais para os restos de amor²⁸⁴ destas pequenas sociedades, não o contrário.

3.5 PRINCÍPIO DO PLURALISMO FAMILIAR

As grandes modificações estruturais na sociedade, sejam elas políticas, econômicas, culturais ou religiosas, produziram reflexos nas relações jurídicas familiares, o núcleo familiar se pluralizou, com base no solidarismo, na democracia, igualdade, liberdade e humanismo, voltando-se à proteção da pessoa humana e tornando-se instrumento de realização dos interesses afetivos e existenciais de seus membros. Tais alterações referem-se principalmente às transformações do sistema capitalista, à expansão do mercado de trabalho e da escolaridade às mulheres, à luta pelos direitos civis, o movimento de individualização feminino, o controle da reprodução humana, separando-a da sexualidade e maior visibilidade das alternativas identitárias de gênero, como a homossexualidade.²⁸⁵

Diante do respectivo cenário surge a necessidade de flexionar e reformular os termos que identificam a família, de modo a abranger todas as suas conformações. Dias ressalta:

O **alargamento conceitual** das relações interpessoais acabou deitando reflexos na conformação da família, que não possui

²⁸⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e psicanálise, rumo a uma nova epistemologia**. p 301.

²⁸⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 170.

mais um significado singular. A mudança da sociedade e evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da **conjugabilidade**, quer da **parentalidade**. Assim, expressões como ilegítima, espúria, adúltera, informal, impura estão banidas do vocabulário jurídico. [...] O **pluralismo das relações familiares** – outro vértice da nova ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família.²⁸⁶ (grifos no original)

Pereira complementa:

Alguns doutrinadores defendem que o art. 226 da Constituição é uma “norma de clausura”, na medida em que elenca as entidades familiares que são objeto da proteção do Estado. Não se afigura tal argumentação, pois várias outras entidades familiares existem além daquelas ali previstas, e independentemente do Direito. A vida como ela é vem antes da lei jurídica. Jacques Lacan, em 1938, demonstrou em seu texto *A família* [...], a dissociação entre família como fato da natureza e como um fato cultural, concluindo por essa última vertente. Ela não se constitui apenas de pai, mãe e filho, mas e antes uma estruturação psíquica em que cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função, sem estarem necessariamente ligados biologicamente. Desfez-se a ideia de que a família se constituiu, unicamente, para fins de reprodução e de legitimidade para o livre exercício da sexualidade.²⁸⁷ (grifos no original)

Lôbo, baseando-se na principiologia constitucional, expõe que a exclusão de outras formas familiares da Constituição (além do casamento, união estável e família monoparental), é, na verdade, uma questão de interpretação. Defende que a Carta Magna, embora não nominando todas as entidades familiares existentes (o que se tornaria deveras difícil), chancelou-lhes proteção ao suprimir o casamento como única possibilidade de constituição de família. Desta forma, o autor afirma que a enumeração do art. 226, da Constituição Federal, é exemplificativa, não taxativa como parte da doutrina entende.²⁸⁸

Tepedino invoca o macroprincípio da dignidade humana para justificar a proteção a tais entidades familiares, independente de se originarem num

²⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 39.

²⁸⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 165-166.

²⁸⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira do Direito de Família**. p. 44.

casamento ou outra forma, mesmo não prevista em lei, baseadas no afeto e na vontade de agrupar-se em família:

A família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado, a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes.²⁸⁹

Pereira salienta que uma das dificuldades em se reconhecer essa pluralidade e possibilidades de vínculos parentais, reside no receio de que as novas famílias destruam a ideia da “verdadeira família”, um apego ao tradicionalismo. O autor cita um diálogo entre o filósofo Jacques Derrida e a historiadora e psicanalista Elizabeth Roudinesco, que oferece uma reflexão ao tema:

“Eu não diria sem hesitar que a família é eterna. O que inalterável, o que continuará a atravessar a História, é que exista ou que haja a família, o laço social organizado em torno da procriação. [...] Pode-se fazer muitas coisas com um homem e uma mulher! Com a diferença sexual (e a homossexualidade não é a indiferença sexual) pode-se imagina tantas configurações ditas ‘familiares’! E mesmo no que consideramos ‘nosso’ modelo mais estável e mais familiar, existem tantas subespécies! Os progressos da genética libertaram ou aceleraram nossa imaginação – delicada, aterrada, ou ambos ao mesmo tempo, diante de todo tipo de coisas que não diria desconhecidas, sobretudo do inconsciente, mas ainda não gravadas pelo que poderíamos chamar, no sentido amplo, de estado civil...”²⁹⁰

Pereira classifica as entidades familiares em três grupos: família conjugal, parental e unipessoal. A primeira é a que se estabelece pela relação amorosa, na qual estão presentes o afeto, o desejo e o amor sexual. Essa sexualidade não está diretamente ligada à genitalidade, mesmo porque os casais não estão mais conectados à procriação ou somente ao sexo, além de possíveis problemas causados pela idade, doenças, acidentes, etc. Essas famílias podem advir de um casamento, de uma união estável, serem recompostas,

²⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. **Temas de direito civil**. p. 328-329.

²⁹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 168.

reconstituídas, binucleares, mononucleares, casais com ou sem filhos, famílias homoafetivas...O fundamental é verificar se os sujeitos que se dispuseram a unir-se o fazem pelos laços afetivos e se estão além de um convívio superficial, rápido, despretenso.²⁹¹

Pouco relevante é a obediência a uma padronização, mesmo porque, quando se trata de afeto, isso é impensável. Necessário é compreender que a sociedade comporta a pluralidade de família, num movimento histórico, a partir das demandas íntimas de cada indivíduo. Ao se relacionar e afeiçoar-se a alguém, não deveria fazer parte da preocupação da pessoa a titulação que será dada a este elo. O importante é verificar se há ali um núcleo familiar compondo uma estrutura psíquica, seja com alguém de seu sexo ou de sexo oposto, com filhos ou sem eles, para se ter uma nova vivência afetiva, não obstante a dor de um rompimento anterior.²⁹²

A família parental são aquelas entidades familiares que se formam por um agrupamento de pessoas unidas pelos laços de parentesco biológico ou socioafetivo, como a família que possua um dos pais e seus descendentes (monoparental), a composta por avô/avó e netos, apenas por irmãos ou primos, a família substituta (pela guarda, tutela ou adoção), aquela formada pelo par e filhos advindos de outros relacionamentos, que serão irmãos de 'afeto', terão um padrasto/madrasta, que muitas vezes farão vezes de pai/mãe a esses enteados, os casais (ou pessoa solteira) que utilizam inseminações artificiais para terem filhos ou mães por substituição, etc.²⁹³ O art. 1593, do Código Civil, serve como fundamento à existência das famílias parentais ao dispor: "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consaguinidade ou outra origem".

A família unipessoal ou *single* é aquela onde os indivíduos optam ou são levados a viverem sozinhos, afastados fisicamente de parentes consanguíneos ou socioafetivos, são os chamados solteiros por convicção, viúvos ou separados/divorciados sem filhos, celibatários, freiras, etc., sua característica principal é não haver vínculo marital. Basilada nos princípios da dignidade da pessoa humana e na autonomia, tal espécie de família merece o reconhecimento e proteção para determinados direitos, especialmente no que tange ao bem de

²⁹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 171.

²⁹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 171-172.

²⁹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 174-175.

família²⁹⁴, a moradia, que não responderá por dívidas de seu proprietário (Lei n. 8.009/90).²⁹⁵

Dentre as configurações familiares mencionadas, algumas se destacam, o casamento é ainda o ato mais solene *ad solemnitaten*, ou seja, de todos, é o que necessita de maior formalidade para sua validade jurídica, regulamentado por mais de cem artigos no Código Civil, quase um contrato de adesão²⁹⁶, onde cabe aos noivos proferirem o ‘Sim’ e eleger o regime de bens, como menciona Dias. Duas pessoas se encontram, por fatores instintivos, psíquicos e sócio-culturais, passam a desenvolver uma atração afetiva recíproca e resolvem externar para a sociedade tal afeição através do casamento.

Sempre houve a convergência de três oralidades nessa seara, as das duas partes ligadas pelo afeto (atualmente), expressando de forma livre a vontade de contrair núpcias e a da autoridade civil, no objetivo de tornar público o ato solene. É o que afirma Silva:

Mesmo com a intervenção do Estado no ditame dos deveres comuns, o afeto se integra e sem ele não existiria o elemento fundamental da intenção volitiva para a convolação do matrimônio. Em suma, o casamento, analisado em suas nuances prévias, no momento exato de sua celebração e durante a sua vigência, possui evidência da necessidade permanente da interação afetiva, pois ela bem cultivada servirá como elemento incandescente e estimulador, envolvendo o carinho e o amor como elementos mantenedores de uma família saudável e estável para o bom desenvolvimento de uma nação.²⁹⁷

O hodierno casamento torna-se uma opção em que as pessoas buscam uma ligação baseada no sentimento recíproco de amor, respeito e confiança, sem

²⁹⁴ “A Lei n. 8.069/90 precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece a limitação à regras draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantindo-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laço de casamento, união estável ou descendência. Não se olvidem os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substituta. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias e, como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. *Data vênia*, a Lei n. 8.069/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário – à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, *data vênia*, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-à a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal. (STJ, 6º Turma, RESP. n. 182.223/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 10.05.1999).

²⁹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 178.

²⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 44.

²⁹⁷ SILVA, Paulo Lins e. **A interação do afeto nas relações de família**. p. 18-19.

considerar cor, raça, posição econômica ou religião. O instituto deixou de ser preordenado à reprodução, para consistir num espaço essencial de companheirismo e de camaradagem. Afirma Gobbo: “[...] sem dúvida, hoje, o modelo de família que prevalece é o eudemonista, [...] aquele pelo qual cada um busca na própria família, ou por meio dela, a sua própria realização, seu próprio bem-estar”.²⁹⁸

Além do casamento, a presença do afeto perdura nas outras entidades familiares, como a união estável, pois esta consiste numa comunhão de vida que se estabelece por uma via informal, mas que possui por objetivo a mútua felicidade e a formação de família, uma relação de afeto entre seus membros, mesmo que, preconceituosamente, ainda se deseje facilitar sua conversão em casamento. Dias relembra:

O legislador, além de não regular as **relações extramatrimoniais**, [...] negava consequências jurídicas a vínculos afetivos fora do casamento, alijando qualquer direito à **concubina**. [...] Quando do rompimento dessas uniões, seus partícipes começaram a bater às portas do Judiciário. Viram-se os juízes forçados a criar alternativas para evitar flagrantes injustiças, tendo sido cunhada a expressão **companheira**. [...] a jurisprudência, quando ausente patrimônio a ser partilhado, as identificava como relação de trabalho, concedendo à mulher **indenização por serviços domésticos prestados**. No máximo, em face da aparência de um **negócio**, aplicava-se, por analogia, o direito comercial, e as uniões eram consideradas **sociedades de fato**. Ditos subterfúgios eram utilizados para justificar a partição patrimonial e evitar o **enriquecimento injustificado** de um dos companheiros. Mas nada mais se cogitava conceder, nem alimentos, nem direitos sucessórios.²⁹⁹ (grifos no original)

As referidas estruturas familiares afetivas acabaram então aceitas pela sociedade, fazendo com que a Constituição reconhecesse a união estável no seu artigo 226. A legislação infraconstitucional que regulou essa espécie de família, praticamente copiou o modelo oficial do casamento, assim, o Código Civil impôs requisitos para a sua constituição, gerou deveres e criou direitos aos conviventes, assegurando alimentos, estabelecimento de regime de bens e direitos na sucessão. Desta forma, mesmo que não fosse o desejo de algumas pessoas que escolhessem viver em união estável, o Estado acabou por interferir nessa entidade, de forma bem menos severa que no casamento.

²⁹⁸ GOBBO, Edenilza. **A tutela constitucional das entidades familiares**. p. 45.

²⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p.44-45.

A Constituição também alargou o conceito de família, elencando como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §4º, CF), também chamada de família monoparental. Compreende-se como monoparental, aquela entidade familiar constituída por um dos cônjuges e os filhos advindos da relação, da adoção, de produções independentes, inseminações artificiais ou do convívio de ascendente com descendentes, realidade de um terço das famílias brasileiras.³⁰⁰ Insta ressaltar, que o legislador, até o momento, não regulou os direitos dessa forma familiar em leis infraconstitucionais.

E, ainda, existem outras formas familiares puramente afetivas, como as famílias anaparentais, as pluriparentais, mosaico ou tentacular, as homoafetivas, os concubinatos e as paralelas. Mesmo que a Constituição tenha alargado o conceito de família, muitas conformações sociais não se encontram em seu rol, apesar de seu conceito doutrinário e jurisprudencial atual, em parte, não ser mais restringido pelo casamento, pela diversidade dos sexos ou pela diferença de gerações do grupo.

A convivência entre parentes ou pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estrutura proposita e sem conotação sexual e hierarquia parental, impõe o reconhecimento da existência da entidade familiar anaparental³⁰¹³⁰². Dias defende:

A convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial constitui uma entidade familiar. Na hipótese de falecimento de uma delas, descabe dividir os bens igualmente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária. Também reconhecer mera **sociedade de fato** e invocar a Súmula 380, para conceder somente a metade dos bens à sobrevivente gera flagrante injustiça para com quem auxiliou a amearhar dito patrimônio. A solução que se aproxima de um resultado justo é conceder à irmã, com quem a falecida convivia, a integralidade do patrimônio, pois ela, em razão da parceria de vidas, antecede aos demais irmãos na ordem de vocação hereditária. [...] a convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar,

³⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 46.

³⁰¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 46.

³⁰² Execução. Embargos de Terceiro. Lei n. 8.009/90. Impenhorabilidade. Moradia da família. Irmãos solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza da proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei n. 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. (STJ, REsp. n. 159.851-SP, DJ 22.6.1998)

por analogia, as disposições que tratam do casamento e da união estável.³⁰³ (grifos no original)

Tal fato também se vislumbra naquela família pluriparental (ou mosaico) formada por membros advindos de outras relações afetivas pretéritas, como o matrimônio ou união estável, que trazem para a nova união sua prole. São famílias caracterizadas por uma estrutura complexa devido à multiplicidade de vínculos, à ambiguidade nas funções dos novos casais e ao forte grau de interdependência. Dias explica:

[...] resulta da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não-matrimoniais e das desuniões. A multiplicidade de vínculos, a ambiguidade dos compromissos e a interdependência, ao caracterizarem a família mosaico, conduzem para a melhor compreensão desta modelagem. A especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos, e, muitas vezes, têm filhos em comum. É a clássica expressão: os meus, os teus, os nossos...³⁰⁴

Fachin completa:

[...] o Direito não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível, família como sendo o mosaico da diversidade, ninho da comunhão no espaço plural da tolerância, valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões. Eis então o direito ao refúgio afetivo.³⁰⁵

Dias faz uma crítica quanto ao amparo das famílias pluriparentais, uma vez que a jurisprudência resiste em atribuir futuros encargos ao padrasto/madrasta, como alimentos ao filho do ex-cônjuge ou companheiro, ainda que comprovada a existência de vínculo afetivo e mesmo que tenha assegurado sua manutenção durante a respectiva relação conjugal. O que timidamente vem sendo admitido, com base no princípio da solidariedade é o direito a visitas e a

³⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 46-47.

³⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 47.

³⁰⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. p. 306.

possibilidade de o(a) enteado(a) agregar o nome do padrasto, sem gerar a exclusão do poder familiar do genitor.³⁰⁶

E quando a união é de pessoas do mesmo sexo? A Igreja fez do casamento a forma de propagar a fé cristã, 'crescei e multiplicai-vos', o que biologicamente é impossível entre casais homossexuais, por muito tempo fadados à rejeição e ao preconceito. Contudo, analisando subjetivamente, tais seres humanos, que mesmo sabendo de toda a marginalização e exclusão que sofrerão, assumem uma relação amorosa perante o público, somente o fazem em nome do afeto, do desejo de estar junto.

Se a família encontra-se dissociada do casamento e da procriação, se a união homoafetiva contém respeito, consideração mútua, assistência moral e material recíprocas, não se justifica deixar ao desabrigo essa entidade familiar sob as normas de ordem moral ou por não se tratar de diversidade de sexos, sobretudo, diante da liberdade de opção sexual consubstanciada no direito à privacidade. [...] A importância da aplicação do princípio constitucional da pluralidade de formas de família às uniões de pessoas do mesmo sexo, assim como a qualquer outro vínculo amoroso que tenha estruturação psíquica de família, vai muito além da simples salvaguarda de direitos patrimoniais, pessoas ou previdenciários. Esta importância está, principalmente, na legitimação e desmarginalização das relações familiares [...], o cumprimento da palavra de ordem da contemporaneidade, cidadania [...].³⁰⁷

Felizmente, no âmbito do poder Judiciário, tais uniões começam a encontrar reconhecimento pelos princípios constitucionais da dignidade humana, igualdade, liberdade do indivíduo quanto à opção sexual, à honra e à vida privada, a mínima intervenção do Estado na esfera íntima, com a proibição de qualquer forma de preconceito, vencendo as barreiras do convencionalismo e cedendo lugar aos vínculos afetivos sem que se interroge a identidade dos parceiros.³⁰⁸ Da mesma forma, hoje, a evolução da medicina, permite que os casais homoafetivos possam ter filhos biológicos ou ainda optem por uma adoção.

No ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou as ADI 4277 e ADPF132³⁰⁹, equiparando a união homoafetiva tratada nos referidos processos à

³⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 48.

³⁰⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 172-173.

³⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 183-184.

³⁰⁹ União civil entre pessoas do mesmo sexo – alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas - legitimidade constitucional do reconhecimento e

união estável e gerando um grande precedente para o reconhecimento de tais relações, ao menos pelo Poder Judiciário, órgãos públicos, empresas, etc. Da mesma forma, se a própria Constituição, no seu artigo 226, §3º, defende a facilitação da conversão de união estável em casamento, algumas sentenças de comarcas brasileiras já reconheceram tal conversão em casamento homoafetivo, o que deveras é um grande passo, apesar da omissão legislativa.

O concubinato, que para o Código Civil é a relação conjugal, não eventual, entre pessoas proibidas de casarem (art. 1.727, CC), por sua vez, sempre foi a ‘ovelha negra’ da área familiar e da sociedade, classificado como adúltero (o não-adúltero se tornou a união estável), impuro, impróprio, espúrio, de má-fé ou até de concubinação. Nem por isso deixou de existir em larga escala. Negar o vínculo afetivo e as consequências jurídicas destas relações simultâneas, filhos, patrimônio, herança, benefícios, representa pura demagogia, dificilmente tratada pelo Judiciário. Dias aborda tais relações como paralelas, e relata:

Os relacionamentos paralelos, além de receberem denominações pejorativas, são condenados à **invisibilidade**. Simplesmente a tendência é não reconhecer sequer a existência. Somente na hipótese de a mulher alegar desconhecimento da duplicidade de vidas do varão é que tais vínculos são alocados no direito obrigacional e lá tratados como sociedades de fato. Pelo jeito, infringir o dogma da monogamia assegura privilégios. A manutenção de duplo relacionamento gera total irresponsabilidade. Uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com

qualificação da união estável homoafetiva *como entidade familiar*: Posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) - o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização *desse novo paradigma* como núcleo conformador do conceito de família – o direito à busca da felicidade, *verdadeiro* postulado constitucional implícito e expressão *de uma idéia-força* que deriva do princípio *da essencial dignidade* da pessoa humana – alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana sobre *o direito fundamental à busca da felicidade* - princípios de yogyakarta (2006): direito *de qualquer pessoa* de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero - direito do companheiro, *na união estável homoafetiva*, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, *desde que observados* os requisitos do art. 1.723 do Código Civil - o art. 226, § 3º, da Lei Fundamental constitui típica norma de inclusão - *a função contramajoritária* do Supremo Tribunal Federal no estado democrático de direito – *a proteção das minorias* analisada na perspectiva *de uma concepção material de democracia constitucional* – o dever constitucional do Estado de impedir (e, *até mesmo*, de punir) “*qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*” (CF, art. 5º, XLI) - a força normativa dos princípios constitucionais e o fortalecimento da jurisdição constitucional: elementos que compõem o *marco doutrinário* que confere suporte teórico *ao neoconstitucionalismo* - recurso de agravo improvido. (STF, 2º Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 477.554/MG. Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.08.2002). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554ementa.pdf>. Acesso em 08 de janeiro de 2012.

extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica. A essa “amante” somente se reconhecem direitos se ela alegar que não sabia da infidelidade do parceiro. Para ser amparada pelo direito precisa valer-se de uma inverdade, pois, se confessa desconfiar ou saber da traição, recebe um solene: bem feito [...] enquanto o responsável é “absolvido”.³¹⁰ (grifos no original)

Não observar a existência de tais famílias paralelas, que seja um casamento e uma união estável ou duas uniões estáveis é não vislumbrar a realidade, o famoso concubinato adulterino deve importar para o Direito. Constituem relações que repercutem no mundo jurídico, pois esses parceiros podem ter filhos e patrimônio em comum, e acima de tudo, há o princípio da dignidade humana desses indivíduos.³¹¹³¹² Não basta considerar tais uniões como sociedades de fato, uma mentira jurídica, pois não houve intenção de se criar uma sociedade (comercial), bem como tratá-las impostamente como família monoparental se havendo filhos, pois ofende o princípio da livre escolha da entidade familiar ou, ainda, simplesmente indenizar a parceira por serviços prestados.³¹³

Algumas das grandes justificativas para negar efeitos jurídicos à família paralela seria a de que o Estado não pode proteger mais de uma família ao mesmo tempo, além da coerência com o preceito ordenador da monogamia. Pianoviski observa que esta não é um princípio do direito estatal, mas uma chancela prévia do Estado, descabendo um juízo prévio e geral de reprovabilidade contra formações conjugais plurais não constituídas sob sua égide. Isso não significa, todavia, que a pessoa que constitui famílias simultâneas

³¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 48.

³¹¹ União estável – Duplicidade de células familiares. O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja “digna” de reconhecimento judicial. Dessa forma, havendo duplicidade de uniões estáveis, cabível a partição do patrimônio amealhado na concomitância das duas relações. Apelos parcialmente providos, por maioria, (TJRS, 7º C.Civ., AC 70016969552, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 06.12.2006).

³¹² Embargos infringentes – União estável – Paralela ao casamento – Caso concreto – Possibilidade. As provas carreadas aos autos dão conta que o *de cujus*, mesmo não estando separado de fato da esposa, manteve união estável com a autora por mais de vinte anos. Assim, demonstrada a constituição, publicidade e concomitância de ambas as relações, não há como deixar de reconhecer a união estável paralela ao casamento, que produz efeitos no mundo jurídico, sob pena de enriquecimento ilícito de uma das partes. Embargos infringentes acolhidos. (TJRS, 4º C.Civ., EI 70017709262, rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, j. 09.03.2007)

³¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 49.

esteja alheia a qualquer eficácia jurídica, especialmente quando há publicidade ostensiva.³¹⁴

Pereira observa que ao considerar a interferência da subjetividade na objetividade dos atos e fatos jurídicos, conclui-se que o imperativo ético passa a observar o sujeito na relação e não mais o objeto da relação, ou seja, o Direito deve proteger a essência e não a forma, mesmo que para tanto ‘arranhe’ o princípio da monogamia. Se o fim dos princípios jurídicos é o auxílio a um bem maior, a justiça, o paradoxo do concubinato deve ser resolvido em cada julgamento e cada julgador, aplicando outros princípios e a subjetividade que o caso pode conter é quem deverá aplicar a justiça, dentro do seu poder de discricionariedade.³¹⁵

3.6 PRINCÍPIO DA MONOGAMIA

Dias faz uma ressalva com relação ao tema, afirmando que não se trata necessariamente de um princípio, mas sim de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado, uma vez que a Constituição não a contempla. O Estado, por possuir interesse na manutenção da estrutura familiar, proclamada base da sociedade, considera a função ordenadora da monogamia. Contudo, esta não foi instituída em favor do amor, mas como convenção decorrente do triunfo da propriedade privada sobre o estado condominial primitivo, não passando de um sistema de regras morais, de interesses antropológicos, psicológicos, embora disponha de valor jurídico.³¹⁶

Em atenção ao preceito monogâmico, o Estado considera crime a **bigamia** (CP 235). Pessoas casadas são **impedidas de casar** (CC 1.521 VI) e a bigamia torna imperativa a **anulação do casamento** (CC 1.548 II). É anulável a doação feita pelo adúltero a seu cúmplice (CC 550). A infidelidade serve de fundamento para ação de separação, pois importa **grave violação** do deveres do casamento, tornando **insuportável** a vida em comum (CC

³¹⁴ PIANOVISKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. p. 221.

³¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 124.

³¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 58.

1.572), de modo a, por si só, comprovar a impossibilidade de comunhão de vida (CC 1.573 I). Também esforça-se o legislador em não emprestar efeitos jurídicos às relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar, chamando-as **concubinato** (CC 1.727). Assim, seria irreal negar que a sociedade ocidental contemporânea é, efetivamente, centrada em modelo familiar monogâmico, mas não cabe ao Estado, em efetivo desvio funcional, se apropriar desde lugar de interdição.³¹⁷(grifos no original)

Pereira salienta que a monogamia é sim um princípio jurídico ordenador, básico e organizador das relações jurídicas da família, não apenas uma norma moral ou moralizante, consistindo em sua essência, numa proibição de ordem sexual, originada na virgindade da mulher, na ideia de posse e propriedade sobre ela, na garantia da paternidade, na segurança da transmissão da herança, na divisão sexual do trabalho e no interdito proibitório ao incesto.³¹⁸

O avesso do princípio da monogamia não significa o horror de toda organização social, como traição e infidelidade não denotam, necessariamente, a quebra do sistema monogâmico. Assim, desrespeitar o referido princípio não consiste na prática de relações extraconjugais, e, sim, na relação extraconjugal em que se estabelece outra família.³¹⁹

Assim como o incesto é um interdito que possibilita a existência das relações sociais, a monogamia ou mesmo a poligamia constituem-se também como um interdito viabilizador da organização da família, e sua essência não é apenas um regramento moral [...], mas de um interdito proibitório, sem o qual não é possível organização social e jurídica. [...] Qualquer que seja a proibição ela será apenas uma variação em torno do mesmo tema, ou seja, da necessidade de se barrar um excesso, fazer uma renúncia pulsional para que possa haver civilização. [...] se não houver proibições não será possível a constituição do sujeito e, conseqüentemente, das relações sociais. Assim, um dos instrumentos de manutenção do regime monogâmico, a fidelidade, faz-se à custa de uma renúncia pulsional.³²⁰

Desde o início das civilizações surgiram proibições e interditos, até nos dez mandamentos de Deus se proibia cobiçar a mulher do próximo. Denota-se a necessidade de tais limitações justamente pelo desejo latente de praticá-las,

³¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 58-59.

³¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 106.

³¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 106-107.

³²⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 110.

ninguém proíbe algo que não é desejado. Assim, a fidelidade (que ainda é um dos deveres dos cônjuges no art. 1.566, I, do Código Civil), se justifica pelo impulso à infidelidade, especialmente aos indivíduos que necessitam da lei jurídica como um interdito, uma contenção aos seus desejos.³²¹

Em outras palavras, o desejo precisa ser regulado? É possível regulá-lo? Não regulá-lo seria permitir uma degradação da lei moral? Freud, em um de seus mais conhecidos textos, *Mal-estar na civilização*, nos diz que a construção cultural pressupõe uma renúncia pulsional, que ele chamou de sublimação dos fins instintivos. É a sublimação, segundo ele, que torna possível as atividades psíquicas superiores, científicas, artísticas ou ideológicas. Portanto, o desenvolvimento da civilização impõe restrições ao instinto e ao desejo, e o Direito deve exigir que ninguém fuja a essas restrições. Não é fácil privar de satisfação um instinto, e não se faz isso impunemente, ou seja, paga-se um alto preço por isso que é o *mal-estar da civilização*.³²² (grifos no original)

A tendência contemporânea da doutrina e Poder Judiciário, especialmente no que tange ao Direito de Família, vem adotando a abolição de culpa para o fim da conjugabilidade, o que acarretaria uma perda da sua força como regra jurídica na relação marital para efeitos de separação ou divórcio, não levando os consortes a discutir suas intimidades num ambiente judicial, nem cabendo ao Estado impor a fidelidade ou uma sanção a quem a descumpra. Dias faz uma reflexão sobre o tema:

[...] Ou seja, desatendendo um do par o dever de fidelidade, não se tem notícia de ter sido proposta, na constância do casamento, demanda que busque o cumprimento de tal dever. Tratar-se-ia de execução de obrigação de não fazer? E, em caso de procedência, de que forma poderia ser executada a sentença que impusesse a abstinência sexual extramatrimonial ao demandado? Ademais, se eventualmente não cumprem um ou ambos os cônjuges o dito dever, tal em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do vínculo matrimonial. [...] Cabe figurar hipótese de não ser consagrado o dito dever em norma legal, seria de admitir-se que deixou de existir, e de poder exigir fidelidade, quem sabe o mais sagrado compromisso entre os cônjuges? Deixaria de haver a possibilidade de se buscar a separação se não estabelecido em lei esse direito-dever ou dever-direito dos consortes?³²³

³²¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 111-112.

³²² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 113.

³²³ DIAS, Maria Berenice. O dever de fidelidade. **Revista Ajuris**. p. 477-479.

Engels enfatiza que o sistema monogâmico surgiu por razões econômicas e pela divisão sexual do trabalho que atribuía preponderância ao homem, tal sistema perduraria até hoje, pois suas regras de fidelidade são válidas para a parte economicamente mais frágil, a mulher. À medida que as leis proclamam a igualdade entre os cônjuges/companheiros e as alterações econômicas vão se intensificando, as regras de fidelidade também se modificam, como já parece acontecer. A infidelidade masculina terá o mesmo peso da feminina, ao contrário do antigo enaltecimento da masculinidade pela via da traição.³²⁴ O autor chega a prever:

Por isso, quando chegarem a desaparecer as considerações econômicas em virtude das quais as mulheres foram obrigadas a aceitar essa infidelidade masculina habitual – a preocupação pela própria subsistência e, ainda mais, pelo futuro dos filhos – a igualdade alcançada pela mulher, a julgar por toda nossa experiência anterior, influirá muito mais no sentido de tornar os homens monógamos do que no de tornar as mulheres poliandras.³²⁵

Engels afirmava que a prostituição e o adultério eram elementos complementares da monogamia³²⁶, as ‘casas de tolerância’ e as relações extraconjugais possuiriam, inclusive, uma função social de manutenção da família conjugal monogâmica.³²⁷ A prática, a proibição e formas de infidelidade, ao longo do tempo, são variações em torno de um mesmo tema: cintos de castidade, excomunhão, sanções civis, penais ou morais. Atualmente, existe ainda a infidelidade cibernética, que também modifica as formas sociais atuais e as experiências modernas, através das relações românticas *on line* e *off line*.³²⁸

A prevalência dos *affairs* virtuais tornará as relações extraconjugais mais comuns e por causa disso, mais aceitáveis. O relaxamento das normas morais será particularmente evidente em questões que dizem respeito à exclusividade romântica. Será difícil evitar inteiramente a vasta quantidade de alternativas atraentes disponíveis. A noção forte e muito negativa da “traição” se tornará menos comum em conexão com os *affairs* românticos; já outras noções, como “pular a cerca”, serão mais comuns.³²⁹ (grifos no original)

³²⁴ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. p. 71.

³²⁵ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. p. 86.

³²⁶ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. p. 81.

³²⁷ Nesse sentido, vide a obra “A função social dos amantes”, de Agenita Ameno.

³²⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 119.

³²⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 120.

Pereira conclui que, no passado como no presente, a infidelidade permeia e afeta a estrutura monogâmica, que é também sustentáculo da vida socioeconômica. Tal interferência interessa à ordem jurídica uma vez que afeta a organização social das famílias, barrando impulsos “gozosos” desorganizadores. Contudo, os efeitos jurídicos serão proporcionais às formas dos relacionamentos conjugais, como as relações eventuais, passageiras, as mais duradouras sem consequências patrimoniais, o(a) amante, e a mais significativa, a constituição de famílias simultâneas ou paralelas, o concubinato³³⁰, já tratado no princípio do pluralismo familiar.

3.7 PRINCÍPIO DA MÍNIMA INTERVENÇÃO DO ESTADO

A aplicabilidade do princípio da mínima intervenção do Estado vincula-se à questão da autonomia privada, que está muito além do direito patrimonial, tornando-se, na contemporaneidade, uma das questões mais relevantes por trazer a discussão dos limites entre o público e o privado. A partir da Constituição Federal de 1988 foram revistas as regras e institutos do Direito Civil, enfatizando a dignidade da pessoa humana e ampliando o campo de aplicação da autonomia privada, sobretudo, nas relações familiares.

É no ambiente de cada família que seus integrantes ditam o regramento próprio da convivência, dessa ordem interna exsurgem disposições que farão com que a sociedade e o Estado reconheçam a unidade familiar e cada um de seus membros, individualmente.³³¹

Lôbo sintetiza as fases históricas do Estado: o absolutista, marcada pela vontade soberana do monarca; o liberal, caracterizado pela mínima intervenção estatal, que se justificava pela ascendência da burguesia ao poder e a liberdade de aquisição, domínio e transmissão de propriedade; e o social, que retomou o processo intervencionista do Estado absolutista, sendo que o poder

³³⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 120.

³³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 154.

político variava da democracia social ao socialismo.³³² A família, obviamente, sofreu influência de tais vicissitudes, foi numerosa, matrimonializada, patriarcalista, discriminatória e patrimonialista, uma unidade produtiva e esteio econômico da nação, deveras interessante ao Estado.

Diante das diversas modificações sociais, políticas, religiosas e econômicas, a família afastou-se de seu caráter patriarcal e hierarquizado, surgindo um núcleo baseado no afeto, na solidariedade e cooperação entre seus membros, baseada nos princípios jurídicos até aqui apresentados. Assim, nasceu a necessidade de uma nova concepção pública, impondo limites à atuação do Estado, especialmente, no que se refere à intimidade de seus integrantes.

O Estado abandonou sua figura de *protetor-repressor*, para assumir postura de Estado *protetor-provedor-assistencialista*, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas em algumas vezes, até mesmo de substituição a eventual lacuna deixada pela própria família [...]. A intervenção do Estado deve apenas e tão-somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhes garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. [...] A Constituição Federal de 1988 [...] não deixou margem para dúvidas quanto à concepção da intervenção do Estado e assunção deste papel de “Estado-protetor” e não um “Estado-interventor” ao dispor no art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Ficou muito claro que a Constituição Federal procurou unir a liberdade do indivíduo à importância que a família representa para a sociedade e para o Estado.³³³

Contudo, ainda detectam-se na legislação que rege as relações familiares, inúmeras situações divergentes, ora o Estado respeita o limite protecionista, ora o ultrapassa, atingindo a autonomia privada da família. Exemplos não faltam, a começar pelo próprio casamento, demasiadamente regulado pelo Código Civil, a admissão pela Constituição das entidades familiares formadas pela união estável e por um dos cônjuges e seus descendentes, que nada expõe sobre as outras formas familiares (anaparental, pluriparental, homoafetiva, paralela, etc.), a própria normatização da união estável, que pretendia ser livre da solenidade e do formalismo do casamento, a imputação de

³³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista brasileira de direito de família**. p. 136-156.

³³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 157-158.

culpa para desconstituição de uma sociedade conjugal³³⁴³³⁵ e os deveres de fidelidade recíproca, domicílio comum, coabitação, manutenção de relações sexuais³³⁶³³⁷, mútua assistência (tendo em vista a irrenunciabilidade do direito aos alimentos entre cônjuges, no art. 1.707, do CC), etc.

Por fim, a aplicabilidade do princípio da autonomia privada da família como instrumento de freios e contrapesos da intervenção do Estado, funda-se, ainda, no próprio direito à intimidade e liberdade dos sujeitos que a compõem, que resultam também na personificação do indivíduo. [...] O desafio fundamental para a família e das normas que a disciplinam é conseguir conciliar o direito à autonomia e à liberdade de escolha com os interesses de ordem pública, que se consubstancia na atuação do Estado apenas como protetor. Esta conciliação deve ser feita através de uma hermenêutica comprometida com os princípios fundamentais do Direito de Família, especialmente o da autonomia privada, desconsiderando tudo aquilo que põe o sujeito em posição de indignidade e o assujeite ao objeto da relação ou ao gozo de outrem sem o seu consentimento.³³⁸

Segue, por fim, uma reflexão de Roudinesco sobre o futuro da família, diante de tantas modificações, nos mais diferentes campos, apresentadas ao

³³⁴ O pedido unilateral de separação judicial formulado por um dos cônjuges não pode fundamentar-se em simples alegação de quebra da afetividade conjugal ou na violação dos deveres do matrimônio. É necessário que haja prova segura de que essa violação seja de tal gravidade que torne impossível a vida em comum. (RT 545/177).

³³⁵ Separação judicial litigiosa. Falta de prova a respeito da conduta desonrosa atribuída a ré (art. 5º, da Lei 6.515/77, Reconvenção. Tratando-se de ação de separação judicial litigiosa, incumbe à parte demonstrar o fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil, razão pela qual, não provando a culpa da ré, o pedido não pode ser julgado procedente, com fulcro no art. 5º, caput, da Lei do Divórcio. Por outro lado, na ação de separação litigiosa, a culpa do autor pode ser reconhecida se houver reconvenção. (TJMG, Apelação Cível n. 189.299-1/00. Rel. Des. Correa de Marins. Publ. 14.12.2000).

³³⁶ Ação de Anulação de casamento. Procedência. Mulher que tem aversão ao ato sexual, negando-se, terminantemente, ao 'debitum conjugale'. Descumprimento do dever de vida em comum (coabitação). Existência de causa inibitória para o congresso sexual. Por motivos de ordem psicológica diagnosticadas na requerida. Prova pericial demonstrada da anomalia. Estando provada a reiterada recusa da mulher ao ato sexual com seu marido, anula-se o casamento, porque, em tais condições, este não chegou a consumir-se. O dever de vida em comum dos esposos no domicílio conjugal, previsto no art. 231 do Código Civil, exige comunhão total, notadamente de natureza íntima, e, uma vez inviabilizada essa comunhão, por falta de cumprimento do 'debitum conjugale', fica caracterizada a nulidade do casamento realizado. Reexame necessário improvido. Segredo de justiça. Decisão: unânime – negaram provimento. (TJPR, 2ª Câmara Cível, Acórdão 11033, publ. 10.4.1995).

³³⁷ Casamento. Contrato. Cláusula. Não homologação. Casal pretendendo se desobrigar mutuamente do débito sexual conjugal. Inadmissibilidade. Coabitação em leito que consiste um dos esteios do casamento. Declarada extinção do feito com fulcro no art. 269, III, do Código de Processo Civil. Recurso não provido. (TJSP, rel. Des. Silvério Ribeiro, Apelação Cível n. 140.548, j. 4.2.1991).

³³⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 162-163.

longo da presente dissertação, a autora afirma que o núcleo familiar não está próximo de uma dissolução permanente ou uma crise, como muitos atestam, ele vem se comportando bem e garantindo corretamente a reprodução das gerações. Diante do grande cemitério de referências patriárquicas passadas, como o exército, a Igreja, a nação, a pátria, o partido, etc., a família, do fundo do seu desespero, possui condições de se tornar um local de resistência à tribalização orgânica da sociedade globalizada, sob a condição de que saiba manter o equilíbrio entre o um e o múltiplo de que todo sujeito precisa para construir sua identidade. A família do futuro deve ser mais uma vez reinventada!³³⁹

³³⁹ ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. p. 85.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação abordou, de forma didática e concisa, as teorias sobre a evolução histórico-jurídica da entidade familiar, partindo dos clãs primitivos às formas familiares padronizadas, em regra, pelo patriarcalismo e a religiosidade. Para tanto, buscou-se apoio na obra de Friedrich Engels, que trouxe uma abordagem natural, de desenvolvimento racional e lógico, da família selvagem à sindiásmica, com uma breve abordagem transdisciplinar sobre os estágios de promiscuidade e do matriarcalismo na referida evolução familiar, tema que introduziu a lei-do-pai e os interditos proibitórios, notadamente, a proibição do incesto como ponto de partida para a civilização do homem.

Através da obra de Fustel de Coulanges verificou-se uma ótica diferenciada para a constituição e manutenção da família antiga, incorporada na religiosidade, o culto/fogo doméstico (adoração aos antepassados). Tal teoria é utilizada como base para as primeiras formas familiares patriarcais romanas e gregas. Já para John Gilissen e a etnologia clânica, a estrutura familiar dividiu-se nas de tipo matrilinear e patrilinear, com inúmeras combinações entre os dois sistemas, culminando nos clãs, fortes grupos étnicos, também com cunho religioso, que, posteriormente, geraram as primeiras comunidades humanas.

Nota-se que Gilissen não se ateve ao alinhamento das características das famílias selvagens, primitivas, por entender que muitas das teorias apontadas são especulativas e deficientes na parte comprobatória. Não foi objetivo da presente dissertação esgotar o tema, justamente pela diversidade de teorias que envolvem o presságio familiar, algumas até antagônicas, nas mais diferentes áreas de pesquisa.

Passou-se a tratar das civilizações na Antiguidade, especialmente no que tange as suas composições e normatizações familiares, mencionando os povos egípcio, mesopotâmico, hebraico, indiano, muçulmano, grego, romano e germânico, enfatizando que a família oriental antiga não foi objeto de estudo do referido trabalho. Tais sociedades, reservadas suas diferenças culturais, que não devem ser generalizadas, representaram a família patriarcal, monogâmica ou poligâmica, religiosa (monoteísta ou politeísta), numerosa, heterossexual, de

cunho econômico-político, hierarquizada na submissão e dependência de esposa, filhos e escravos (ora mais branda, ora mais severa), com deveres bem divididos pelo sexo e idade, constituída pela soberania do patriarca, detentor do poder sobre as pessoas e bens de sua propriedade. Embora, por vezes, mesmo nas civilizações antigas existisse a possibilidade de repúdio feminino (espécie de divórcio) ao marido.

Com o nascimento do feudalismo durante a decadência romana, o foco religioso europeu passou do culto aos antepassados e outros deuses, para um só deus. Assim, surgiram o Cristianismo e o Direito Canônico que transformaram a união familiar no matrimônio, um sacramento cristão, indissolúvel e ao mesmo tempo um contrato entre as partes, sem a necessidade de interferência dos parentes. O Direito Canônico absorveu a competência para legislar no âmbito familiar, criando os Tribunais Eclesiásticos e o Concílio de Trento, relevantes para o Direito de Família dos países católicos, como Portugal, que os recebia em todo o seu território e aplicava a legislação cristã.

O Direito Canônico construiu um grande quadro de impedimentos para a realização do casamento, como causas baseadas na faixa etária, bigamia, endogamia, incesto, diferenças de credos, impotência, casamento anterior, dolo na obtenção do consentimento, coação ou erro quanto ao cônjuge, relações de parentesco e afinidade, nulidades, separação de corpos e patrimônios (que extinguiu a sociedade conjugal sem dissolver o vínculo), deveres de fornecer alimentos e de fidelidade. Com o renascimento romano, Igreja e Estado lutaram contra os casamentos clandestinos e pela exigência de publicidade prévia e presença de testemunhas no ato. Observa-se que muitos desses regramentos supracitados ainda são utilizados na legislação civil vigente.

Perante o referido contexto histórico foi que o Brasil recebeu as invasões européias, especialmente a portuguesa, que se fixou no país-colônia, trazendo legislação própria de base romana, a cultura familiar patriarcal e o cristianismo, o que comprova a primeira hipótese apresentada nesta dissertação. Em contrapartida às tribos indígenas existentes no território nacional, culturalmente diferentes, primitivas e baseadas nos costumes, embora em muitas delas também existisse a figura de um líder masculino. Destacam-se nas leis

portuguesas as Ordenações Afonsinas (ano de 1446), Manuelinas (1521) e as Filipinas (1603), esta última vigorou no Brasil até o Código Civil de 1916.

A partir da montagem do Estado português no Brasil, a sociedade da colônia absorveu rapidamente os costumes da família patriarcal européia, seja nos centros urbanos ou nos grandes latifúndios agrícolas e escravagistas. O *pater familias* brasileiro era autoridade incontestável, exercendo seu poder sobre esposa, filhos, escravos, parentes, agregados e proletários livres que viviam à sombra de seu poder e fortuna.

Após a proclamação da República por Dom Pedro, a outorga da Constituição de 1824 e a Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas, buscou-se a laicização do Direito (ao menos oficialmente) e a autorização do casamento civil brasileiro. Entra em vigência o Código Civil de 1916, que ainda trata da família de inspiração romana, projetada no Código Civil francês de Napoleão, uma unidade política, jurídica, econômica, extensa, hierarquizada, patrimonialista, heterossexual e cristã, uma prole essencialmente patriarcal, onde o Governo não intervinha.

Os princípios familiares norteadores da época consistiam na qualificação como legítima da família fundada no casamento, a discriminação dos filhos advindos de relações espúrias, a hierarquização e o patriarcalismo na direção familiar, a incapacidade civil da mulher, a indissolubilidade do vínculo conjugal, o regime universal de bens e a imoralidade do concubinato, normas que interessavam tanto a Igreja quanto ao Estado, no intuito de ‘preservar’ (ou controlar) a célula familiar. Posteriormente, foi permitida a separação de corpos do casal e o desquite, ou seja, os cônjuges se afastavam, dividiam o patrimônio, mas permaneciam ‘não-quites’ perante a sociedade, eternamente ‘desquitados’.

Ao longo das décadas passou-se a defender o abrandamento da família patriarcal (da autoridade masculina), uma maior igualdade entre seus membros, o enfraquecimento do grupo familiar como unidade política, jurídica, econômica, patrimonial e hierarquizada, bem com uma real divisão entre os preceitos religiosos e jurídicos. Desta forma, inicia-se a produção de leis infraconstitucionais, à parte do Código de 1916, em prol de uma nova realidade para o instituto familiar. Destacam-se o reconhecimento dos filhos advindos de relações extraconjugais, direitos de visitas e alimentos, a emancipação feminina,

o reconhecimento do concubinato, a separação e o divórcio judiciais, conquistas anteriores à Constituição da República Federativa de 1988.

Enfim, com o advento da Constituição, a família recebeu uma regulamentação pública, primordialmente no seu artigo 226, sendo a base da sociedade, com especial proteção do Estado. Normatizou-se a celebração gratuita do casamento civil ou do religioso com efeitos civis, a extensão da proteção estatal à união estável entre homem e mulher, à família monoparental (constituída por qualquer dos pais e seus descendentes), a igualdade de direitos, deveres e do governo da sociedade conjugal, a igualdade entre filhos, a garantia de assistência mútua entre pais e filhos nas diferentes fases e condições da vida, a proteção da criança e adolescente, do idoso, etc.

Este é o fenômeno da constitucionalização, o Estado absorve a regulamentação básica de ordem familiar (enquanto a lei civilista permanecia antiquada e praticamente inerte), estabelecendo princípios constitucionais para o Direito de Família, agora auto-executáveis, proporcionando tratamento constitucional aos temas familiares relevantes. O referido fenômeno acabou por organizar normas familiares basilares no Direito Público, o que não caracteriza a exclusão do Direito de Família do ramo privado, uma vez que o ambiente familiar é íntimo, peculiar, particular, onde o ser humano extravasa sua liberdade e escolhe a forma de relacionamento que lhe convém.

Após a constitucionalização, diversas outras leis entraram em vigor, correspondendo aos próprios preceitos constitucionais e aos anseios familiares, tratando, por exemplo, da investigação de paternidade de filhos extraconjugais, união estável, planejamento familiar, violência doméstica, guarda compartilhada, alimentos gravídicos, divórcio direto (sem a necessidade de anterior separação judicial), alienação parental, etc. Também passou a vigorar o Código Civil de 2002, que absorveu os novos aspectos constitucionais familiares e das leis esparsas, mas ainda contém um ranço patriarcal, religioso, e, por vezes, preconceituoso, especialmente no que tange às relações conjugais e ao seu término, como a perquirição da culpa pelo fim da união. Fatores que comprovam, em parte, a segunda hipótese do presente trabalho.

Necessário mencionar as modificações histórico-sociais sofridas pela sociedade e família durante tal evolução legislativa, que se iniciam com as

Revoluções Industrial e Francesa, a urbanização, a industrialização, o movimento feminista, a liberdade sexual, a dessacralização do casamento, a despatrimonialização da família, a descodificação civil a partir da Constituição de 1988, a desbiologização, a sócio-afetividade, a pluralização das formas familiares, o contínuo estreitamento do número de componentes do núcleo familiar (retração), o aumento das separações e divórcios e novos arranjos amorosos, o surgimento dos métodos contraceptivos, a evolução da engenharia genética e as novas formas de concepção da vida, o movimento homoafetivo, dentre muitos outros.

Assim, como consequência de todas as alterações sócio-jurídicas até aqui exemplificadas, se vislumbra uma concepção contemporânea para os núcleos familiares, baseados no eudemonismo, ou seja, no intuito de buscar a felicidade por meio da família, fundada em valores como solidariedade, afeto, respeito, cuidado, companheirismo, aceitação, pluralidade, que afastam os valores patrimonialistas, o medo, a submissão, a desigualdade, o individualismo da família patriarcal. A família se torna um instrumento de realização pessoal, afetiva, profissional, existencial, onde o bem-estar de um membro possui efeitos benéficos a todos e a cada sujeito de direito e de desejo dessa família é permitido que realize suas aspirações.

Essa nova perspectiva eudemonista para o Direito de Família, obrigou todos os operadores do Direito a repensarem o ordenamento jurídico familiar, redimensionando os princípios, como uma fonte mais eficaz e de aplicação prática e imediata, não hierarquizada, contribuindo para uma melhor base e estrutura do pensamento jurídico ético. Portanto, tornou-se imprescindível a criação e o emprego de uma nova principiologia constitucional às relações familiares, condutora desta contemporânea hermenêutica jurídica. Tais princípios constitucionais abandonaram a figuração de orientadores das leis infraconstitucionais, para comporem a nova base axiológica do ordenamento nacional, aproximando-se do ideal de justiça.

Nesse íterim, tratou-se de um rol não taxativo dos novos princípios constitucionais do Direito das Famílias que coadunam com a ideia contemporânea da família eudemonista e devem, portanto, serem observados na visualização e aplicação aos casos concretos familiares brasileiros. Iniciou-se com a explanação

sobre o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), um macroprincípio ligado ao valor próprio do indivíduo, que se manifesta na autodeterminação consciente e responsável de existência, do respeito, de um mínimo vulnerável que todo instituto jurídico deve garantir, de modo que apenas singularmente possam ser feitas restrições ao exercício dos direitos fundamentais, mas nunca abandonando o indispensável apreço que merece todo ser humano. É o mínimo digno de cada indivíduo, de cada forma familiar, de cada configuração de filiação, de todas as consequências jurídicas, sociais e psíquicas, do início ao fim de uma entidade familiar e da vida das pessoas ali envolvidas.

Outro macroprincípio analisado, o da liberdade (art. 5º, *caput*, CRFB), em consonância com a proibição constitucional de discriminações de qualquer ordem, raça, sexo, cor, idade, dentre outros (art. 3º, IV, CRFB), expressa duas vertentes, a liberdade da entidade familiar diante do Estado e do restante da sociedade e a do próprio indivíduo a respeito dessa família. A liberdade se manifesta na escolha, manutenção e extinção de uma célula familiar, na garantia quanto à violência, exploração e opressão no seu ambiente, numa organização democrática, participativa e solidária, na mínima intervenção do Estado, no planejamento, educação e criação da prole, nas aquisições patrimoniais, na escolha do regime de bens e do nome, na opção sexual, enfim, inúmeros são os exemplos.

O terceiro macroprincípio constitucional abordado foi o da igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB), materializado na segurança de tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os indivíduos, ressalvadas as desigualdades (inclusive a de gêneros), que devem ser sopesadas no objetivo de prevalecer a igualdade material. Tal princípio se ramifica em diversas situações no Direito de Família, como na igualdade entre cônjuges e companheiros nos direitos e deveres da sociedade conjugal, local onde as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre o casal, num regime democrático de colaboração, incluindo a vontade dos filhos, que gera a igualdade na chefia familiar.

Assim também se entende a igualdade entre os filhos, na afirmação constitucional de que aqueles havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, possuirão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação e às novas formas de concepção

da vida. Tal princípio está ligado ao do melhor interesse do menor, garantido pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e Adolescente, através da doutrina de proteção integral e dos direitos fundamentais assegurados àqueles que se encontram em peculiar estágio de desenvolvimento físico e psíquico durante o convívio familiar ou quando este deve ser afastado, justamente para protegê-los.

Já o cunho constitucional do princípio da solidariedade familiar se encontra no preâmbulo da Constituição, bem como em seu art. 3º, inciso I, quando se assegura uma sociedade livre, justa e solidária, e, no que tange à área familiar, quando impõe aos pais o dever de assistência aos filhos, no amparo às pessoas idosas, no estabelecimento da comunhão plena de vida no casamento ou união estável, na obrigação alimentar não somente entre cônjuges ou filhos, mas também entre parentes. E vai além, ao estabelecer o respeito, o companheirismo, a atenção, o cuidado, a consideração entre os indivíduos de uma família, como solidariedade afetiva, o afeto mútuo, o apoio psicológico e pedagógico que envolve os laços familiares, e transforma o clã numa espécie de 'porto-seguro'.

Sem dúvida, o princípio da afetividade, mesmo que não explicitamente descrito no texto constitucional, tornou-se um dos pilares da própria ideia contemporânea de família eudemonista, pois o afeto é uma de suas principais características, o elo entre seus membros, o sentimento primordial que leva o indivíduo ao relacionamento amoroso e se estende a sua filiação, bem como aos demais vínculos parentais. Desta forma, visualiza-se o referido princípio do reconhecimento da união estável e da família monoparental, na igualdade entre filhos biológicos e sócio-afetivos, na adoção, no direito à convivência familiar para o menor, na definição da guarda quando há separação dos pais, na comunhão de vida, na paternidade sócio-afetiva, e na própria justificação para o término de uma relação, quando o afeto está debilitado não há vínculo jurídico que obrigue o casal a permanecer unido, dentre tantos outros momentos.

O princípio do pluralismo familiar, um dos mais comentados pela doutrina contemporânea do Direito das Famílias (que lhe dá essa nova nomeação justamente pela pluralidade de formas familiares), iniciou com o reconhecimento constitucional das entidades familiares formadas pela união estável e por um dois pais e seus descendentes, além do casamento, alargando a conceituação da

família. Tal perspectiva adveio principalmente das transformações do sistema capitalista, da expansão do mercado de trabalho, da escolaridade às mulheres, da luta pelos direitos civis, do movimento de individualização feminino, do controle da reprodução humana, separando-a da sexualidade, da facilitação da separação e divórcio, da maior visibilidade das alternativas identitárias de gênero, como a homossexualidade, etc.

Assim surgiram as famílias anaparentais, pluriparentais, homoafetivas, unipessoais, paralelas (concubinato), todas baseadas na afetividade, na solidariedade, na dignidade humana, na igualdade, na liberdade à vida privada, honra, intimidade, sem quaisquer formas de preconceitos, constituem muito mais construções jurisprudenciais e doutrinárias, ainda não amparadas pela legislação, se é que necessitam de uma regulamentação formal ou apenas de amparo jurídico para seus efeitos, que não devem ser negados pelo Direito, precisamente, pelo Poder Judiciário. Não se trata aqui de uma tentativa de nomear as diversas outras composições familiares existentes na sociedade, o que realmente é inumerável e complexo, mas, sim, de atentar para a existência de configurações sociais que fogem ao padrão legal, seja o rol do art. 226, da Constituição, taxativo ou não.

Quanto ao princípio da monogamia, este é para alguns doutrinadores apenas uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado, como função ordenadora, uma vez que a Constituição não a contempla, embora a bigamia seja considerada crime pelo Código Penal. A monogamia consiste numa proibição de ordem sexual, originada na virgindade da mulher, na ideia de posse e propriedade sobre ela, na garantia da paternidade, na segurança da transmissão da herança, na divisão sexual do trabalho e no interdito proibitório ao incesto. O avesso do princípio da monogamia não é o antagonismo da organização social, como traição e infidelidade não constituem a quebra do sistema monogâmico. Assim, desrespeitar o referido princípio não consiste na prática de relações extraconjugais, e, sim, na relação extraconjugual em que se estabelece outra família que possa gerar efeitos jurídicos, como questões patrimoniais e filiação extraconjugual, nas chamadas famílias paralelas.

Por fim, tratou-se do princípio da mínima intervenção do Estado, ligado à autonomia privada, sobretudo, no ambiente das relações familiares, onde seus integrantes possuem liberdade de regramento para convivência íntima. O Estado (protetor-provedor-assistencialista), mesmo regulando o sistema basilar do Direito de Família, atualmente, deve garantir a ampla manifestação de vontade e as condições propícias para manutenção digna das entidades familiares, por natureza, privadas. A questão está em sopesar até onde o Estado pode intervir, normatizando o sistema jurídica familiar e onde começa a esfera privada, íntima, de livre arbítrio para os membros de um núcleo familiar.

Destarte, conclui-se o objetivo da presente dissertação e se comprova a terceira hipótese ao analisar uma nova principiologia para o Direito das Famílias, correspondendo ao necessário ideal contemporâneo do eudemonismo familiar. Salienta-se que a referida matéria não foi esgotada, muito ainda se deve pesquisar sobre os princípios aqui abordados, especialmente no que se refere à aplicação dos mesmos, através de análise jurisprudencial e na constante reafirmação e adaptação de seus conteúdos às questões familiares.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALMADA, Ney de Mello. **Direito de família**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

ALTAVILLA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 10 ed. São Paulo: Ícone, 2004.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. BATALHA, Silvia Marina L. **Filosofia jurídica e história do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BITTAR, Eduardo C.B. (organizador). **História do direito brasileiro**. Leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo: Atlas, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm. Acesso em 20 de dezembro de 2011.

BRASIL. **Lei nº 9.069, de 13 de Julho de 1990**. Estatuto da Criança e Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 22 de dezembro de 2011.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/lei/11441.htm. Acesso em: 22 de dezembro de 2011.

CASTRO, Flávia Lages. **História do direito**. Geral e Brasil. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. Tradução de João Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

DIAS, Maria Berinice. **Divórcio já! Comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de direito das famílias**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **O dever de fidelidade**. Revista AJURIS, n. 85, t. I, p. 477-479, mar 2002.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução José Silveira Paes. São Paulo: Editora Global, 1984.

FACHIN, Edson Luiz. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. et al. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro**. São Paulo: Joarez de Oliveira, 2001.

GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. O futuro da política radical. Tradução de Álvaro Hattner. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOBBO, Edenilza. A tutela constitucional das entidades familiares não fundadas no matrimônio. **Consulex** – Revista Jurídica, Brasília, DF, ano V, n. 97, p. 45, jan. 2001.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito de família. vol. 6. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. Curitiba: Juruá, 2010.

HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**. p. 17.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. vol. 5. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto5201>. Acesso em 14 de janeiro de 2012.

_____. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, a. 36, n. 141, p. 103, jan/mar. 1999.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Del Rey, 2002, p. 89-107.

LOMBARDIA, Pedro. **Lições de direito canônico**. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições Introdutórias. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MADALENO, Rolf. **As novas perspectivas no direito de família: um olhar voltado para o estatuto das famílias**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=721>. Acesso em 15 de janeiro de 2012.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Instituições de direito de família**. São Paulo: Direito, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Bertoldo Mateus Filho. **Relacionamento interfamiliar**. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=53>. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Direito de família e psicanálise, rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (orgs.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIANOVISKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 193-222.

ROMÃO, Jacqueline Moura; CAVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia. **História do direito: uma breve viagem de direito na história**. Rio de Janeiro, Editora Rio, 2003.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

SILVA, Paulo Lins e. **A interação do afeto nas relações de família**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=62>. Acesso em 12 de janeiro de 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. **Temas de direito civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TODON, Sandra Maria. **A constitucionalização e a dissolução das entidades familiares no brasil colonial**. Revista Jurídica Cesumar. Vol. 02. n. 01, 2002.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A importância dos princípios específicos do direito de família**. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/artigos&artigo=615>. Acesso em 11 de janeiro de 2012.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos (organizador). **Fundamentos da história do direito**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.