



**FACULDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC UBERABA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DÉBORAH DE ASSIS SISCONETTO NOCE

A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA FAMÍLIA NO DIREITO CIVILBRASILEIRO

UBERABA - MG

2014

DÉBORAH DE ASSIS SISCONETTO NOCE

A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA FAMÍLIA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Monica Cecilio Rodrigues

UBERABA - MG

2014

Déborah de Assis Sisonetto Noce

A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA FAMÍLIA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade Presidente Antônio Carlos –
UNIPAC, como requisito parcial para obtenção
do título de bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Monica Cecilio Rodrigues (orientadora)
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Rossana Cussi Jeronimo
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Glays Marcel Costa
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Dedico este trabalho à minha amadamae, e aos demais estudantes de Direito, pois serão eles operadores da justiça do futuro. Mantenho a esperança que estes consigam ver o direito sobre uma ótica mais próxima da dignidade da pessoa humana.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Pai, o Deus Todo poderoso, que quando disse, tudo passou a existir, não posso e nem ousar explicar, eu simplesmente agradeço. E oferto-lhe esta canção:

Eis-me aqui, outra vez, diante de Ti eu abro o meu coração. Meu clamor, Tú escutas e fazes cair as barreiras em mim. És fiel Senhor, e dizes palavras de amor e esperança sem fim. Ao sentir teu toque, por tua bondade libertas meu ser. Eu venho me derramar e dizer que te amo. Me derramar, e dizer te preciso. Me derramar, e dizer que sou grata. Me derramar, e dizer que és formoso.

Não poderia eu tecer um trabalho a respeito de família sem expressar aqui, o imenso valor e amor que sinto por minha amada mãe e por minha querida madrinha. À minha mãe, Célia, faço merecer juntamente comigo esta minha graduação em Bacharel de Direito. Foi ela, quem sempre me motivou e fortaleceu minhas forças para que não só esta conquista fosse concretizada, mas todas as outras que já logrei. E tenho plena certeza de que se não fosse ela, mulher e mãe guerreira que és, eu não seria a metade do que hoje sou. Eu amo você e espero ser na mesma medida e até muito mais, sua força e motivo para seguir em frente. Obrigada por tudo.

Renata, minha tia de laço sanguíneo. Grandioso foi o destino por ter me abençoado com uma madrinha tão especial como você. Palavras faltam-me para descrever a companheira e amiga que sempre foi para mim. Nos chamamos de “vida”, pois, realmente é o que somos uma para a outra. Sei que não conseguimos pensar em como seria uma vida sem você e você sem mim. Te amo, e obrigada por tudo, principalmente pelo amor que tens por mim.

Agradeço ainda, aos meus companheiros de grupo de trabalhos que enfrentaram as dificuldades e cansaços por todos esses anos junto comigo, guardarei nossas amizades e risadas, espero sempre tê-las!

Por fim, agradeço a toda a minha grande e querida família, são vocês a razão de eu existir.

Acontece com os livros o mesmo que com os homens: um pequeno grupo desempenha um grande papel.

Voltaire

RESUMO

O presente trabalho busca a realização de uma abordagem histórica da legislação civilista brasileira a respeito do instituto familiar. Serão expostos os costumes da família no antigo Código Civil de 1916 e sua evolução de conquistas de direitos com a chegada do conhecido novo Código Civil de 2002, bem todo o respaldo garantido pela nobre Constituição Federal de 1988 ao novo conceito de família brasileira. Serão apresentados Princípios Constitucionais norteadores do Direito de Família, como a Igualdade jurídica dos cônjuges, dos filhos, o Princípio da Liberdade, igualdade, afetividade, e, sobretudo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Palavras-chave: Evolução legislativa. Direito de Família. Código Civil. Constituição Federal. Princípios. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

The purpose of this study is to conduct a historical approach to the Brazilian civil law legislation on the family institute. The following topics will be covered: a family's traditions during the 1916 Civil Code and its rights achievements evolution with the arrival of the new 2002 Civil Code, as well as all the support granted by the noble Constitution of 1988 to the new concept of Brazilian family. It will discuss the Guiding Principles of Constitutional Law, such as spouses and children legal equality, the Principle of Liberty, of Affection and specially the Principle of Human Dignity.

Keywords: Family Law. Civil Code. Federal Constitution. Principles. Dignity of the Human Person.

SUMMA

Opusculum hoc ad historiam brasilicae civilis legis lationis quoad ad familiare institutum pertinet, spectat. Primum exponendos sunt mores familiae apud veterem Civilem Codicem MCMXVI; deinde magnos progressus ipsorum adventu novi Codicis Civilis anno MMII, nec non subsidium recentibus brasilicae familiae a nobili Sociali Constitutione MCMLXXXVIII latum. Etiam enarrandas sunt rationes Juris Familiaris ut aequabilitatem jure ac judicio conjugum liberorumque, Principium libertatis, aequalitatis, benevolentiae; in primis Principium Hominis Dignitatis.

Claves agnitionis: Legis lationis progressus; Jus Familiare; Codex Civilis; Socialis Constitutio; Rationes; Dignitas Hominis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA	11
CAPÍTULO 2 O INSTITUTO DA FAMÍLIA À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 1916	17
2.1 O MATRIMÔNIO E O DIVÓRCIO	19
2.2 DA FILIAÇÃO	24
CAPÍTULO 3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	29
3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA FAMÍLIA	30
3.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE E DA IGUALDADE	32
3.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA ENTRE OS CÔNJUGES.....	34
3.4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DA FILIAÇÃO	35
3.5 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA E DA MENOR INTERVENÇÃO ESTATAL.....	36
3.6 PRINCÍPIO DA MONOGAMIA.....	38
3.7 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	39
CAPÍTULO 4 A NOVA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

“Não ver fatos que estão diante dos olhos é manter a imagem da Justiça cega. Condenar à invisibilidade situações existentes é produzir irresponsabilidades: é olvidar que a Ética condiciona todo o Direito e, principalmente, o Direito de Família”¹

Tendo em vista que o Direito é um conjunto de normas e princípios que regulam o funcionamento da sociedade e o comportamento de seus integrantes, este, por sua vez, preserva o organismo familiar, por ser tratar de uma entidade natural anterior ao Estado e ao Direito. Destarte, não foi o Estado e nem o Direito quem criaram a família, ao contrário, ela quem lhes originou. Com isso, o presente estudo tem a finalidade de embarcar nessa grande e importante história que é a da evolução legislativa do instituto da família no Direito Civil Brasileiro.

Foi utilizado o método de estudo bibliográfico, reunindo pesquisa de diferentes doutrinadores, mestres no Direito Civil e Constitucional, bem como, estudo da legislação pátria antiga e da que hoje vigora. Em um primeiro momento partiu-se para a reunião de todas as fontes referenciais necessárias ao detalhamento da história da família, passando então, à análise das legislações e jurisprudências que foram surgindo ao decorrer dos anos.

O direito de família no Brasil vem atravessando um período de efervescência no que tange aos seus princípios e costumes. Enfrentando dogmas e quebrando paradigmas. Tem-se que o direito de família é um dos ramos mais importantes do âmbito advocatício, pois, como já mencionado anteriormente, lida com o instituto mais antigo do mundo jurídico: a família. Tal área do Direito foi a que mais avançou nos últimos tempos, devido o seu foco ser as relações interpessoais que acompanham os passos da evolução social.

Assim sendo, os motivos que ensejaram a realização deste trabalho foram as buscas pelo estudo da evolução e modernização da família, a fim de atender às necessidades e os novos costumes das pessoas, como por exemplo, a união homoafetiva. A busca de uma sistematização jurisdicional que abrace os direitos individuais e coletivos é o caminho da justiça efetiva e concreta. Deve-se buscar compreender as necessidades das relações entre as pessoas, e seus anseios sociais e afetivos para que se possa emanar das normas uma feliz concretização de direitos. Agindo assim, o êxito se compreenderá em chegar mais perto de uma sociedade harmoniosamente justa que reconheça os direitos de cada indivíduo de forma

¹(DIAS, Maria Berenice. A ética na jurisdição de família. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-107-Maria_Berenice_Dias.pdf. Acessado em: 6/11/2014, às 11Hs e 26 min)

coletiva sem descriminalização, rompendo-se qualquer barreira de preconceito e não aceitação. A busca incansável e árdua pela isonomia e igualdade de tratamento para todos os tipos de relações afetivas é o que se tanto sonha no mundo do Direito de família, e esta é mais uma pesquisa de trabalho que visa esmiuçar a jornada evolutiva da legislação em acompanhar as necessidades urgidas da sociedade.

Todas as alterações realizadas no âmago do Direito de família ocorreram e ainda estão a desenrolar com o intuito de adequar a legislação ao contexto contemporâneo. As novas facetas das relações humanas cobram da seara jurídica hoje, a valorização da afetividade e apresentar-se-á neste trabalho evoluções legislativas tais como a Lei de Divórcio, União estável, reconhecimento da união homoafetiva e o merecedor princípio da afetividade, que se tratando de família, é o ensejador para que tudo se crie e tudo subsista.

CAPÍTULO 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA.

As grandes mudanças que surgem de quando em quando na constituição das sociedades não podem ser o efeito nem do acaso, nem da força apenas. A causa que as produz deve ser potente, e essa causa deve residir no homem².

A família é considerada como a primeira célula de organização social, sendo criada antes mesmo do sistema Estatal. A palavra família deriva do termo latino *famulus*, utilizado na Roma Antiga para designar os “escravos domésticos”, um grupo social da época. Em Roma, a família era constituída pelo conjunto de pessoas que estavam sob o *pater potestas*, ou seja, sob o poder do ascendente comum mais antigo. Observe-se que a autoridade familiar não tinha de se concentrar necessariamente nas mãos do pai, mas sim do parente mais velho, podendo ser um tio ou o avô.

O douto doutrinador Rodrigo da Cunha Pereira, destaca que a evolução da família possui três fases históricas (o estado selvagem, barbárie e civilização). É o que se deslumbra das suas palavras abaixo transcritas:

No estado selvagem, os homens apropriam-se dos produtos da natureza prontos para serem utilizados. Aparece o arco e a flecha e, conseqüentemente, a caça. É aí que a linguagem começa a ser articulada. Na barbárie, introduz-se a cerâmica, a domesticação de animais, agricultura e aprende-se a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humano; na civilização o homem continua aprendendo a elaborar os produtos da natureza: é o período da indústria e da arte.³

No decorrer de toda a História vê-se uma mudança constante e necessária para a adaptação humana e familiar. Havia a indivisibilidade das *gens* em classes sociais, sendo a economia de propriedade comum. Na fase média da Barbárie ocorreu a primeira e grande divisão do trabalho, transformando a liderança da família que passou a ser patriarcal, por meio dos pastores que obtinham um rebanho de propriedade privada. Logo, nasceu-se a necessidade de uma maior produção de trabalho, e assim, implementou-se os homens escravos, chamados de “escravos de guerra”. Nota-se aqui uma divisão de classe social entre “senhores” e “escravos”. Onde antes não havia a separação da *gens*, passou-se a ter, despontando uma família individual onde obtinham poder. Esta foi uma importante transição da sociedade e um marco na constituição do que seria um núcleo familiar.

²(COULANGES, Fustel de. A cidade antiga, p. 16)

³(PEREIRA, 2003, p.12)

Dentre outras mudanças, a última e extraordinária ocorreu do período Barbárie para a civilização, foi esta última que trouxe a terceira grande divisão do trabalho, surgindo as classes dos comerciantes, incorporando-se o empréstimo de dinheiro, transferências de terras, e a concentração de riquezas em um classe reservada de poucas pessoas. Houve nesta seara também, a mudança de uma democracia primitiva para uma aristocracia, ou seja, não havia mais apenas uma divisão de trabalhadores, mas sim, uma forte separação da sociedade por classes econômicas.

O filósofo alemão Friedrich Engels⁴ (1820-1895), ao escrever *A origem da família da propriedade privada e do estado*⁵ desenvolveu três ideias: 1) o desenvolvimento da humanidade; 2) a sociedade primitiva frente à propriedade, posição social, formas de se familiarizar e suas descendências; 3) a produção de mercadoria e da economia perante o Estado. Segundo ele, “até o início da década de sessenta, não se poderia sequer pensar em uma história da família”⁶ pois tudo se relacionava em volta dos cinco livros ditados por Moisés, os quais traziam uma família descrita de forma puramente patriarcal. Entretanto, Engels esclarece em sua mencionada obra, que os estudos acerca da família começaram no ano 1861 com os escritos no *Direito materno de Bachofen*⁷, tome-se nota:

O estudo da história da família começa, de fato, em 1861, com o *Direito Materno de Bachofen*. Neste livro, o autor formula as seguintes teses: 1- primitivamente, os seres humanos viveram em promiscuidade sexual (impropriamente chamada de heterismo por Bachofen); 2- estas relações excluíam toda a possibilidade de estabelecer, com certeza, a paternidade, pelo que a filiação apenas podia ser contada por linha feminina, segundo o direito materno, e isso se deu em todos os povos antigos; 3- em consequência deste fato, as mulheres, como mães, como únicos genitores conhecidos da jovem geração, gozavam de grande apreço e respeito, chegando, de acordo com Bachofen, ao domínio feminino absoluto (ginococracia); 4- a passagem para a monogamia, em que a mulher pertence a um só homem, incidia na transgressão de uma lei religiosa muito antiga (isto é, do direito imemorial que os homens tinham sobre aquela mulher), transgressão que devia ser castigada, ou cuja tolerância se compensava com a posse da mulher por outros, durante determinado período.⁸

No caso analisado anteriormente a respeito da evolução familiar é importante ressaltar a grande mudança no hábito de homens e mulheres ao se relacionarem. Em princípio, como já

⁴(ENGELS foi um revolucionário alemão, que junto com Karl Marx fundou o chamado socialismo científico ou marxismo. Ele foi coautor de diversas obras com Marx, sendo que a mais conhecida é o *Manifesto Comunista*. Também ajudou a publicar, após a morte de Marx, os dois últimos volumes de *O Capital*, principal obra de seu amigo e colaborador.)

⁵(ENGELS, Friedrich. 1984, 9ª ed. Disponível em:file:///C:/Users/Uds/Desktop/2-a-origem-da-familia-da-propriedade-privada-e-do-estado.pdf. Acessado em: 12/9/2014, às 10 Hs e 20 min)

⁶(ENGELS, 1984, p.6)

⁷(BACHOFEN, Johann Jakob, 1861. Foi um jurista e antropólogo suíço, professor de Direito romano na Universidade de Basileia)

⁸(ENGELS, 1984, p.7)

dito, havia resquícios de uma promiscuidade nas relações carnais entre homens e mulheres, tendo a descendência que ser contada “*KinshipThroughFemalesOnly*” (Parentesco apenas por linha feminina)⁹ sendo estas “hipóteses embrulhadas”¹⁰ como já dizia Engels na obra de 1984 citada anteriormente. Nesta mesma obra, porém, agora nas páginas 34 a 42, muito interessante foi o raciocínio de Engels ao dizer que a importância das pesquisas de Morgan¹¹ sobre a descoberta a respeito das primeiras descendências regidas por linha materna era tão fundamentais para o conhecimento do surgimento da história da família, quanto era a importância da teoria de Darwin da evolução das espécies para o ramo da biologia e a teoria da mais-valia para a economia, proposta por Marx.

Destarte, o pensamento de Engels, quanto ao sistema patriarcal e as modificações na estrutura familiar ocorreram por causa da introdução do princípio da propriedade privada. De acordo com ele, o surgimento do conceito de propriedade, mediante a delimitação das terras, fez com que os homens necessitassem de exigir fidelidade sexual das mulheres pela dúvida sobre a legitimidade de seus herdeiros. Neste contexto o adultério feminino passou a ser considerado um crime. Logo, a supressão da liberdade feminina surgiu em razão de se proteger o patrimônio, daí tornando-as presas a um casamento monogâmico¹².

A primeira etapa da família começa no estado primitivo de promiscuidade, gerando uma família consanguínea, ou seja, procriação entre pessoas que possuem a mesma ancestralidade. Em seguida, advém a família punaluaana, que exclui de dentro da família consanguínea, os pais e filhos das relações sexuais, como num processo de seleção natural dando origem à instituição da gens, base da ordem social da maior parte dos povos bárbaros do mundo, determinando gerações. Existiu-se ainda, a família sindiásmica, onde no casamento monogâmico, o homem vivia com uma mulher sem descartar a possibilidade da poligamia ou da infidelidade ocasional, como direito masculino, e exigência de total fidelidade da mulher com duras penas para o adultério por parte delas. A família monogâmica, nasceu então, da família sindiásmica, no período compreendido entre a fase média e a fase superior da barbárie e baseia-se como aqui já dito anteriormente, no domínio do homem, que tem a finalidade de gerar filhos cuja paternidade seja indiscutível¹³.

⁹(ENGELS, 1984, p. 12)

¹⁰(IDEM, p.13)

¹¹(MORGAN, Lewis Henry. Cursou direito no Union College, tendo exercido a profissão de advogado por algum tempo. Foi um antropólogo, etnólogo e escritor norte-americano, considerado um dos fundadores da antropologia moderna, fez diversas pesquisas de campo desenvolvendo reflexão sobre cultura e sociedade)

¹²(IDEM, p. 31)

¹³(ENGELS, 1984, p. 37-42)

Marisa Tayra Teruya, ao publicar o artigo A Família na Historiografia Brasileira¹⁴ faz referência ao seguinte:

As matrizes conceituais sobre a família brasileira podem ser encontradas em três autores que publicaram entre os anos 1930-1950: Gilberto Freyre, Oliveira Vianna e Antonio Cândido.¹⁵ Partem do pressuposto de uma família patriarcal rural e extensa no século dezanove e anteriores e que se transforma em nuclear, quando transplantada para um ambiente urbano e moderno, no século vinte. Deste período, caracterizado por Corrêa como o 'das grandes sínteses' sobre o Brasil,¹⁶ cumpre também citar as obras de Costa Pinto, Nestor Duarte, Alcântara Machado e Alfredo Ellis Jr., que vinculando-se a temas específicos, adotaram sempre o referencial patriarcal.¹⁷

No Brasil, a história da família iniciou-se de acordo com os estudos dos autores acima elencados, basicamente advindo de um modelo de família patriarcal, constituindo-se de um núcleo familiar entre genitores e sua prole legítima. Juntava-se aqui nesta forma de família, os demais parentes, chegando eles a morarem em uma única casa, todos abrigados sob o poder patriarcal. Este modelo de família compreendia-se em um grupo de manutenção de laços sanguíneos, com baixo exôdo e alta procriação.

Compreende-se do mesmo artigo, que estudos históricos como bem analisados nos “livro de assentos” marcam a essência da família brasileira como famílias senhoriais, as quais possuíam características de concentração fundiária, de uso de mão-de-obra escrava. No mais, as famílias brasileiras começaram nos campos, ocorrendo o exôdo rural à medida que foram acontecendo as revoluções industriais, trazendo os trabalhadores, bem como suas famílias para uma vida cada vez menos rural e mais moderna fixando-se residências nas cidades.

Na antiguidade somente ao homem era concedido o direito de romper o matrimônio ou até mesmo repudiar sua mulher, caso esta fosse estéril ou cometesse adultério. Ainda nos tempos remotos, havia a união das famílias sem haver afeto entre seus membros, quais se

¹⁴(TERUYA, Marisa Tayra. A família na historiografia brasileira p.3, Disponível em: file:///C:/Users/Uds/Downloads/A%20Fam%C3%ADlia%20na%20Historiografia%20Brasileira....pdf. Acessado em: 12/9/2014, às 10 Hs e 7 min)

¹⁵(FREYRE, Gilberto; Casa Grande & Senzala. Formação da Família Brasileira sob o regime da economia patriarcal. Rio de Janeiro: José Olympio Ed., 1987, 25ed. Vianna, Oliveira- Instituições Políticas Brasileiras. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: EDUSP, Niterói: Ed. da Univ. Federal Fluminense, 1987, 2vol.; Cândido, Antonio- "The Brazilian Family". In: T. Lynn Smith (ed.) - Brazil. Portrait of a Half Continent. Nova Iorque: Marchant General, 1951, A primeira edição de Casa Grande & Senzala é de 1933 e de Instituições Políticas Brasileiras é de 1949, Apud MARISA TAYRA TERUYA)

¹⁶(CORREA, Mariza, 1987, p. 25. Apud MARISA TAYRA TERUYA)

¹⁷(PINTO, Luís de A.- Lutas de Família no Brasil: era colonial. São Paulo: Nacional; Brasília: INL, 1980; DUARTE, Nestor- A Ordem Privada e a Organização Política Nacional. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1939; MACHADO, Alcântara- Vida e Morte do Bandeirante. São Paulo: Secret. Da Cultura e Tecnologia, 1978; ELLIS Jr., Alfredo- Os Primeiros Troncos Paulistas e o Cruzamento Euro-Americano. São Paulo: CEN, 1936. Junto com a visão da família patriarcal como única, uma visão linear histórica também caracteriza estes trabalhos. Apud MARISA TAYRA TERUYA)

uniam no geral com o propósito de conservação dos bens e a prática comum de um ofício. Nota-se nesta mesma época, que havia uma diferença entre descendentes masculinos e femininos, pois nessa ocasião quando a filha se casava deixava ela de fazer parte de sua família de origem para impetrar-se na família de seu marido. Desse modo, por mais que a vontade de seu pai fosse de deixar-lhe bens, este não o podia fazer, pois a herança era toda transmitida aos herdeiros homens.

No Direito Romano, a família era organizada sob o Princípio da Autoridade. O *pater* exercia sobre os filhos o direito de vida e de morte. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ela ser repudiada pelo marido, bastando apenas a decisão por ato unilateral do homem. Fazia parte da família a esposa e seus filhos, bem como as esposas dos filhos, seus descendentes e os escravos, estando todos sob a autoridade do *pater*. O que importava na constituição da família não eram os laços sanguíneos, mas a sujeição ao poder do *pater* que não era extinta mesmo após o casamento. Estando sempre abaixo do poder decisório do *pater*, a família moldava-se como uma instituição religiosa, política e econômica. Entretanto, com o fortalecimento do Estado Romano aos poucos o poder patriarcal foi se tornando menos intenso, já que não se poderia conceber que os poderes econômicos e decisórios estivessem unicamente concentrados nas mãos de outro ente que não o próprio Estado.

O Direito canônico determinou grandemente os moldes familiares, alicerçando-as por meio do casamento religioso, seria aqui a época pós-romana. Passou-se a valorar o matrimônio como entidade sagrada, indissolúvel. Neste matrimônio homem e mulher eram unidos pelo poder celestial, transformando-se em um único ser físico e espiritual. Neste cenário, a Igreja passou a proteger a família como entidade sacramentada, repudiando qualquer ato que prejudicasse os laços familiares: divórcio, adultério, concubinato, aborto.

Dentro desta linha é de se observar que a família brasileira incorporou o modelo de família romana, assim como Marise Soares Corrêa destaca a respeito das famílias brasileiras na história relatando que:

Assim, deve-se comentar também que a família brasileira guardou as marcas de suas origens: da família romana, a autoridade do chefe de família; e da medieval, o caráter sacramental do casamento. Desta maneira, a submissão da esposa e dos filhos ao marido, ao tornar o homem o chefe de família — que, fincada na tradição, vem resistindo, na prática, a recente igualdade legal que nem a força da Constituição conseguiu sepultar — encontra a sua origem no poder despótico do *pater*

familiasromano. Ainda, o caráter sacramental do casamento advém do Concílio de Trento, do século XVI.¹⁸

Quanto à definição de família Silvio Venosa afirma que “a família é um fenômeno fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos regulados pelo direito”¹⁹. Nessa mesma linha de pensamento, César Fiúzadescreve que “a ideia de família é um tanto quanto complexa, uma vez que variável no tempo e no espaço. Em outras palavras, cada povo tem sua ideia de família, dependendo do momento histórico vivenciado”²⁰. E como bem dito por Engels, mais uma vez, nada se pode afirmar ou se concluir com clareza a respeito do surgimento e desenvolvimento da família desde os primórdios até os dias de hoje, pois, grande é a contradição e a falta de precisão das pesquisas e estudos elaborados sobre as tribos humanas no estado selvagem²¹.

O Direito de família é voltado ao desenvolvimento da sociedade, sendo orientado por interesses morais, culturais e sociais. Sendo assim, depreende-se que a forma de dizer o direito encontra-se em constante evolução, a fim de alcançar os anseios da sociedade que se produzem a partir dos novos costumes e necessidades desenvolvidos por ela, é o que se verá nos capítulos a seguir.

¹⁸(CORRÊA, Marise Soares 2009, p.81)

¹⁹(VENOSA, Silvio de Salvo. v. 6. 2006, p.23)

²⁰(FIUZA, César. 2003, p.795)

²¹(ENGELS, 1984, p. 33-34)

CAPÍTULO 2

O INSTITUTO DA FAMÍLIA À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.

“Os últimos oitenta anos da nossa história mostraram claramente que uma das grandes dificuldades que se contrapõem ao avanço da sociedade moderna é o hábito por ela adquirido de sempre ter a antiguidade grega e romana diante dos olhos²²”

Quanto à legislação, o marco histórico foi a promulgação da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (antigo Código Civil). Este foi um projeto de Clóvis Beviláqua e foi uma obra moldada à sua época, vigorando este a partir daquela mesma data do ano subsequente.

O Brasil na época antecedente à elaboração do Código de 1916 era um país habitado por uma população agrícola, da qual a maioria eram escravos, agregados e índios. O sistema do Código de Beviláqua era fechado, continha disposições que interessavam somente à classe dominante, que “atribuiu a si próprio o poder de dizer o direito, restando à margem os institutos das relações indígenas sobre a terra; o modo de apropriação não exclusivo dos bens; a vida em comunhão que não fosse a do modelo dado”²³

Várias foram as críticas feitas ao Código Civil de 1916, pois este fora lançado arraigado no conservadorismo patriarcal dominante da época, tratando-se assim, embora de uma obra legislativa que perdurou por quase cem anos, de um código com caráter individualista. Três são os pilares que estruturam o sistema jurídico: o contrato, a família e a propriedade, como assim sublinha o doutrinador Fachin:

Os três pilares fundamentais, cujos vértices se assentam na estrutura do sistema privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas sobre as coisas.²⁴

²²(COULANGES, Fustel de. 1974, 5ª reimpressão -2012, pag. 16.)

²³(FACHIN, Luiz Edson, 2003, p. 205)

²⁴(CARBONNIER, Jean, 1974. p. 155. Segundo Fachin os três pilares podem ser notados já na sociedade romana: “A imbricação nos pilares de base do sistema jurídico privado também recolhe fontes romanas. Família e patrimônio revelam o pai e o proprietário, mais ainda, desvelam paternidade e propriedade. A isso alia-se o contrato, vestimenta jurídica dos negócios, expressão concreta dos vínculos romanistas: “fazer negócio em Roma não significava aviltar-se; a usura e o comércio não eram apanágio exclusivo de uma classe ou ordem especializada, burguesia, libertos ou cavaleiros; a nobreza e os notáveis não eram todos proprietários ausentistas, senhores indolentes; a autarquia, o mito filosófico, não constituía a finalidade de sua gestão e eles não se limitavam a explorar superficialmente seus domínios para tirar aquilo com que mantinham sua posição: queriam aumentar seu patrimônio, ganhar dinheiro por todos os meios. A grande palavra não era autarquia, nem idolência, nem rebaixamento, mas genocismo nobre; o patrão, chefe da empresa, nessa época, era o pai da família, expressão em que o termo família significa casa e patrimônio. Um negociismo patrimonial. E é por que a economia pertencia à vida privada, o que absolutamente não é o caso hoje em dia, quando se fala em legítimo capitalismo anônimo. Entre nós os atores econômicos são pessoas morais chamadas firmas ou sociedades; existem, portanto, máquias anônimas que produzem dinheiro e pessoas privadas se empoleiram sobre esses recursos. Entre eles os atos econômicos eram as próprias pessoas privadas, os pais de família. Entre nós, uma

Ainda nas palavras de Fachino Código de 1916 era um tanto conservador nas “relações de ordem patrimonial, contratual e familiar, fiel ao contexto histórico e à história dos valores dominantes”.²⁵ A família do Código Civil de 1916 era inspirada na família romana, que tem como característica principal o patriarcalismo, pautado por um poder extremo que o pai tinha sobre os filhos, a mulher e os escravos.

A família legítima era apenas aquela formada pelo casamento. Tratava-se de uma família hierarquizada, paternalista, com divisão de funções entre os membros. É obviamente claro que no decorrer dos anos o Código Civil de 1916 já não abarcava mais o sustento no que se referia ao Direito de família, pois é inegável que este veio a se transformar cada vez mais rápido. O fato é que com a construção e a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, teve obrigatoriamente o Código Civil uma nova leitura, sob o panorama da Carta Magna, esta por sua vez, inspira dá os valores ao Direito Civil. A Constituição é a Lei Maior na pirâmide normativa do Estado Moderno e é ela quem normatiza e estrutura todo o ordenamento jurídico hoje vigente.

Pactua-se que mais do que isso, é da Constituição que emanam valores regrado todo o direito privado, o que é o caso, pois, o Direito de família trata-se de um direito privado, e que se analisado, com suas diversas discriminações entre homem e mulher, filhos havidos dentro ou fora do casamento, bem como as formas de consagração de uma família, seria inconcebível hoje ter-se uma aplicação do Código de 1916.

A família no Código de Beviláqua era movida unicamente pelo pátrio poder, incorporaram-se neste modelo de Código, princípios morais dando conteúdo jurídico a uma forma de família fiel ao conservadorismo da indissolubilidade do matrimônio, impondo-se uma tradição arraigada do direito patriarcal. No mencionado Código, o poder do homem como chefe da família, é bem claro em diversos dispositivos, como por exemplo, no artigo 233:

O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962) Compete-lhe: **I** - a representação legal da família; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962) **II** - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 274, 289, I e 311); (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962) **III** - o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de

firma de importação/exportação continua sendo o que era se os acionistas mudam e revendem seus títulos a outros. Entre os romanos, um patrimônio continuava sendo o que era se seu proprietário abandonava o comércio marítimo e aplicava toda fortuna em bens. Apud FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 144-145)

²⁵(IDEM, p.288)

27.8.1962)IV - Inciso suprimido pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962: Texto original: O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal (arts. 231, II, 242, VII, 243 a 245, II e 247, III)IV - prover a manutenção da família, guardada as disposições dos arts. 275 e 277. (Inciso V reenumerado e alterado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962).²⁶

Nota-se na supremacia do homem no relacionamento conjugal, tendo este uma posição privilegiada no casamento. Nos artigos 233 a 255 tinha-se bem traçado os direitos e deveres do homem e da mulher, marcando bem a diferença existente entre eles. O marido, pai, chefe de família, inspirado no *pater* romano, era a autoridade máxima com relação a todos os aspectos da vida familiar, sendo ele o representante legal da família. Por exemplo, se o menor de vinte e um anos quisesse se casar, necessitava este do consentimento tanto do pai quanto da mãe, entretanto, havendo discordância, prevalecia a vontade paterna.

Frisa-se que o pátrio poder (como já faz alusão a expressão) era exercido exclusivamente pelo pai, sendo que a mulher só o exercia subsidiariamente ou na ausência de seu marido. Uma das mais bizarras discriminações insculpida na legislação do código de 1916 era a consideração da mulher como relativamente capaz. Todavia, isso veio a mudar nos anos sessenta, início do século XX, quando se começou os primeiros sinais de revolução na legislação sobre a família, especialmente com a Lei n. 4.121/64, conhecida como “Estatuto da Mulher Casada” surgindo depois, várias outras mudanças no que se conhecia de família.

A superioridade masculina em relação a todos os outros membros do núcleo familiar começou a ficar abalada com a reivindicação de uma posição para as mulheres, saindo da limitação como simples subordinadas ao homem. “A conquista por um “lugar ao sol” das mulheres, isto é, de uma condição de sujeito, abalou a estrutura e a organização da família”²⁷. A família deu início ao seu despertar e a partir de então, começou-se as conquistas oriundas de reivindicações acalentadas pelo desejo da superação do conformismo petrificado da época. Não se podia mais sustentar a única opção de viver à margem dos direitos e garantias disponíveis à minoria. Era preciso fermentar a distribuição de direitos iguais.

2.1 O MATRIMÔNIO E O DIVÓRCIO

De acordo com Berenice Dias, o casamento civil veio a surgir em 1891, sendo o conceito de família conhecido como vindo de um casamento, consagrando-se em todas as Constituições Federais brasileiras, como bem dito pela digníssima “somente era reconhecida a

²⁶(BEVILÁQUA, Código de. Lei nº 3.071 de 1 de janeiro de 1916)

²⁷(PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 2012, p. 23)

família unida pelos sagrados laços do matrimônio”²⁸. Hoje, a melhor definição seria a contida na Lei conhecida como Maria da penha, que define o casamento como uma “relação íntima de afeto”²⁹.

A concepção de família somente por meio do matrimônio era tão forte, que quaisquer relacionamentos diferentes deste, eram alijados pelo poder judiciário. Tanto era que, quando as “concubinas” começaram a reivindicar seus direitos como companheiras, o judiciário apreciava como “um negócio”, tendo a Jurisprudência da época entendimento que se tratava de caso de indenização por serviços domésticos, na ausência de patrimônio. Por outro lado, quando havia a presença de patrimônio, tais reivindicações das “concubinas” eram tratadas como uma relação comercial de sociedade de fato.³⁰

A família identificava-se pelo nome do varão, sendo a mulher obrigada a adotar a assinatura (apelido) do marido. À mulher era dada a função de cuidar dos filhos e da casa, e o dever de obediência ao marido, não podendo, por exemplo, exercer profissão sem a autorização deste.³¹ As conquistas femininas a partir do século XX acarretaram em extremas alterações da estrutura familiar, isso porque, a partir do momento em que a mulher embarcou no mercado de trabalho, várias atividades que eram antes responsabilidade da família, especialmente das mulheres, passaram a ser atribuídas a outras instituições como, por exemplo, as escolas. Hoje, a sociedade participa de uma composição familiar bem diferente da família romana, o poder antes centralizado na pessoa do *pater* é dividido agora entre ambos os pais, sendo, às vezes, exercido com exclusividade pela mulher, tendo ainda, hipóteses em que outros parentes são responsáveis pela estrutura familiar, já que as mudanças sociais possibilitaram a formação de famílias de diversas espécies.

Em 27 de agosto de 1962, foi promulgada no Brasil a Lei 4.121, que versava sobre a situação jurídica da mulher casada. Tal lei ampliou a liberdade da mulher dentro do casamento, descentralizando o poder patriarcal tradicional. O pátrio poder, antes exclusivo do

²⁸(DIAS, Maria Berenice. 2009,p.139)

²⁹(Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006, artigo 5º, inciso, III. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acessado em: 10/6/2014, às 10 Hs e 10 min)

³⁰(DIAS, 2009, p.46)

³¹(Código Civil de 1916: Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251):VII. Exercer profissão (art. 233, nº IV). Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal. 2 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934): Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado VII. Exercer profissão (art. 233, nº IV). Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal.)

homem, passou a envolver a participação da mulher nas decisões e, entre outras inovações, foi retirada a necessidade de autorização do marido para que esta pudesse trabalhar.

A Constituição de 1967, no artigo 167, definia família como aquela constituída pelo casamento, e no § 1º determinava ser o casamento como dito anteriormente indissolúvel, “a sociedade só aceitava a família constituída pelo matrimônio, por isso, a lei regulava somente o casamento, as relações de filiação e o parentesco”³². Na época, só havia o desquite – significando não quites, em débito para com a sociedade – que rompia a sociedade conjugal, mas não dissolvia o casamento. Como já bem elucidado, só o casamento constituía a família legítima, todavia, os vínculos tidos de maneira extramatrimoniais, não eram de forma alguma reconhecidos, pelo contrário, eram punidos fortemente pela igreja católica. Com o nome de concubinato, eram condenados à clandestinidade e à exclusão não só social, mas também jurídica, sendo que estes não geravam qualquer direito. O concubinato assim denominado para as relações extramatrimoniais antes da Constituição de 1988, era equiparado e considerado com imenso preconceito como prestação de serviços sexuais.

No ano de 1973 foi instituído o Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973). Entre os principais artigos relativos ao direito de família estão o artigo 155, inciso II, que determinava o segredo de justiça para ações acerca do casamento, filiação, desquite, separação de corpos, alimentos e guarda de menores e artigo 888, inciso VI, que possibilitava ao juiz ordenar ou autorizar o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal.

A Constituição de 1967 citada anteriormente teve seu enredo alterado pela Emenda Constitucional datada em 17 de outubro de 1969. Esta por sua vez trazia em seu artigo 175 § 1º a seguinte leitura: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos; § 1º O casamento é indissolúvel.”. Entretanto, a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, alterou o prescrito, passando a permitir a dissolução do casamento, todavia, somente nos casos expressos em lei com prévia separação judicial por mais de três anos. Ao mencionado artigo foi dada a seguinte leitura: “§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”³³.

Em 26 de dezembro de 1977 foi promulgada a Lei 6.515, conhecida como a Lei do Divórcio, concretizando uma verdadeira revolução no direito de família. O segundo artigo da

³²(DIAS, 2009, p. 34)

³³(Emenda Constitucional nº 9 de 1977. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1970-1979/emendaconstitucional-9-28-junho-1977-366981-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acessado em: 14/10/2014, às 10 Hs e 26 min.)

referida Lei diz respeito às possibilidades de dissolução da sociedade conjugal, conforme se vê preconizado no seguinte artigo e incisos correspondentes:

Art 2º - A Sociedade Conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio. Parágrafo único - O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

Cumprido ressaltar que diferentemente do desquite, com a separação as pessoas não poderiam se casar, embora a lei admitisse a possibilidade de terem “união estável” com terceiros (art. 1.723, § 1º, CC). Por outro lado, nada impedia que pessoas separadas após reconciliação, voltassem a viver juntas, fazendo ressurgir a sociedade entre elas. Destarte, o divórcio rompe o vínculo conjugal “Art. 24 - O divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso”³⁴, permitindo-se desse modo, a possibilidade de se criar um novo vínculo, ou seja, permissão para um novo casamento após o divórcio, o que não ocorria no caso da separação preconizada anteriormente e ademais, uma vez divorciados, ex-marido e ex-esposa somente podem reconstituir a sociedade conjugal e o vínculo após novo casamento. Deste modo, grande foi a alteração que a Lei do divórcio acarretou no âmago da família brasileira. A doutora Maria Berenice Dias alude muito bem a respeito da transição do desquite ao divórcio, dizendo:

Mesmo com o advento da Lei do Divórcio, a visão matrimonializada da família permaneceu. O desquite transformou-se em separação, passando a existir duas formas de romper o casamento: a separação e o divórcio. Na tentativa de manutenção da família, era exigido o decurso de longos prazos, ou a identificação de um culpado pela separação, o qual não podia intentar a ação para dar fim ao casamento. A perda do direito à percepção de alimentos e a exclusão dos apelidos do marido eram penalidades que atingiam o culpado pela separação. Também se sujeitavam a tais penalidades quem simplesmente tomava a iniciativa da ação de separação, mesmo sem a identificação de responsabilidades.³⁵

A consumação do divórcio era algo que a ordem jurídica evitava, impõe grandes dificuldades burocráticas, “fazia um eco em um país de forte convicção religiosa, o temor da proliferação de divórcios, tanto que o texto original do art. 38 da Lei do divórcio autorizava um único pedido de divórcio”³⁶. A lei do divórcio também impactou na lei nº 883/1949, fazendo valer o direito de reconhecimento de filho havido fora do matrimônio ainda no vigor

³⁴(Lei do Divórcio nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acessado em: 14/10/2014, às 11 Hs e 9 min.)

³⁵(DIAS, 2009, p.139)

³⁶(MADALENO, 2004, p.214)

do casamento, desde que em testamento cerrado, porém, os filhos considerados incestuosos permaneciam sem tal direito.

Tempo depois, foi dada nova redação ao artigo 25 da Lei do divórcio, por meio da Lei 8.408 de 1992, abolindo o lapso temporal de três anos de separação e passando para o requisito de apenas um ano. Assim então, passou a ser o novo texto: “A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges existente há mais de um ano, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou”.³⁷

Importante é observar outro grande marco do divórcio operado pela Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010, proveniente da PEC n. 28/2009 que teve a iniciativa do IBDFAM, pois, antes do surgimento de tal Emenda para haver o divórcio era impreterível ter ocorrido a separação judicial ou de fato, ou seja, fazia parte do processo do divórcio. Isso era o que preconizava o artigo 226, § 6º, da CF, que trazia um sistema dual do instituto da separação, segundo o qual: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.” Por sua vez, tem-se aqui implantado o sistema de divórcio direto no Brasil.

Como bem explanado pelo doutor Pablo Stolze a emenda nº 66 simplificou o art. 226, § 6º, da CF que passou a ter a seguinte redação: “§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.” Por meio dessa simplificação, duas modificações de impacto foram feitas: a) o fim do instituto da separação judicial; b) a extinção “do prazo mínimo para a dissolução do vínculo matrimonial (eis que não há mais referência à separação de fato do casal há mais de dois anos).”³⁸

Ainda a respeito da inovação trazida pela Emenda nº 66, tem-se que trouxe uma economia para o Judiciário, evitando maior acúmulo de processos físicos, oferecendo ainda, maior celeridade para os indivíduos que pretendem se divorciar, não sendo necessários os dois processos, separação judicial e divórcio.

Ainda no âmbito do matrimônio, a Lei n. 11.965 de 3 de julho de 2009 traz uma nova redação aos artigos 982 e 1.124-A do Código de Processo Civil, para só permitir a lavratura de escritura pública de separação judicial ou divórcio se os contraentes estiverem

³⁷(Lei do Divórcio nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm. Acessado em: 14/10/2014, às 10 Hs e 36 min.)

³⁸(STOLZE, Pablo. A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Reflexões. Disponível em: <http://www.colegioregistrals.org.br/doutrina.asp?cod=400>. Acessado em: 14/10/2014, às 11 Hs e 31 min.).

assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, ou então, por defensor público.

2.2 DA FILIAÇÃO

Com relação aos filhos, no Código de 1916, o dever de obediência ao *pater* era severamente cobrado dos filhos, assim como a mulher tinha de sujeitar-se à figura masculina, era recíproco o respeito que os filhos tinham que ter pelo pai. Era o pai quem comandava a vida dos filhos em todos os seus aspectos até a hora do casamento.

No que tange à filiação, tem-se que esta é uma relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa aos seus geradores ou às pessoas que a receberam como se a tivessem gerado³⁹. Todavia, no antigo código de 1916, havia na filiação, um tratamento exorbitantemente diferente entre filhos havidos dentro do casamento e àqueles tidos fora deste. Era alijada de qualquer direito a prole concebida fora do casamento, por exemplo, em questões patrimonialistas, quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolvia a de sucessão hereditária (art. 377 do mencionado código). Destarte, o art. 359 do mesmo código, dispunha que o filho ilegítimo, reconhecido por um dos cônjuges, não poderia residir no lar conjugal sem o consentimento do outro. “A filiação estava condicionada ao estado civil dos pais, só merecendo reconhecimento a prole nascida dentro do casamento”.⁴⁰ Neste mesmo diapasão, a doutora Maria Berenice Dias traz as seguintes palavras:

A tentativa era impor o cumprimento do dever de fidelidade, além de haver a ameaça da prática do crime de adultério. O resultado não podia ser mais cruel, pois o grande beneficiado era o próprio transgressor, acabando por ser punido o filho, que, como não podia ser reconhecido, não tinha direito à identidade nem a reclamar do genitor no sentido de que este assumisse suas responsabilidades de pai. Em nome da preservação da paz familiar, os filhos concebidos fora do casamento eram condenados à exclusão. Assim, acabava a lei obtendo um resultado oposto ao pretendido. Ao afastar consequências jurídicas à procriação fora do casamento, afrontava elementares princípios éticos, além de cancelar a infidelidade e incentivar o adultério⁴¹.

Cumpra esclarecer que os filhos eram classificados como legítimos - os gerados dentro do casamento; legitimados, que eram os filhos naturais que em situações específicas é que

³⁹(VENOSA, 2006, p.234)

⁴⁰(DIAS, 2009, p.46)

⁴¹(DIAS, Maria Berenice. A ética na jurisdição de família. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-107-Maria_Berenice_Dias.pdf. Acessado em: 8/10/2014 às 23 Hs e 35 min)

podiam ser reconhecidos pelos pais - neste contexto o filho não podia pleitear em juízo seu direito de filiação; e os filhos ilegítimos que eram os havidos por pessoas não ligadas pelo matrimônio. Os filhos ilegítimos eram ainda divididos em naturais e espúrios. Os primeiros eram os gerados fora do matrimônio por pessoas que não se casaram, mas que poderiam se quisessem, inexistindo qualquer impedimento entre as partes. Por sua vez, os filhos considerados espúrios eram os gerados por duas pessoas impedidas de se casarem. Tais filhos espúrios se subdividiam em: incestuosos – nascidos de duas pessoas com impedimento legal de se casarem por motivo de vínculo de parentesco; e adúlteros – resultantes de relacionamento entre pessoas que eram casadas legalmente, mas que se envolviam amorosamente com terceira pessoa.

Os filhos preconizados como incestuosos ou adúlteros não poderiam de acordo com o código de 1916 serem reconhecidos, pois isto era vedado expressamente em seu artigo 358, qual dispunha: “os filhos incestuosos e adúlteros não podem ser reconhecidos”⁴² Aqui se faz jus a um famoso ditado italiano que diz: “*L'albero pecca e il ramo riceve*” (a árvore peca e o ramo paga), resta aqui a conclusão de que tais filhos eram condenados à invisibilidade jurídica. Hoje, como bem elencado na atual legislação, como se verá adiante, tais exclusões viola os consagrados princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da plena igualdade entre os filhos.

Posteriormente ao Código de 1916, surgiu em 1949 a Lei nº 883 permitindo ela o reconhecimento dos filhos havidos fora do matrimônio, contudo, tal reconhecimento só poderia acontecer se dissolvida a sociedade conjugal⁴³, permitindo ao filho ilegítimo o pleitear de alimentos⁴⁴. Ainda, em constante mudança, novo entendimento foi adicionado com a Lei nº 6.515 publicada em 26 de dezembro de 1977, que acrescentou à Lei 883 o parágrafo único, o qual foi transformado em § 1º pela Lei 7.250 publicada em 14 de novembro de 1984, e acrescentando esta última o § 2º que dispunha seguinte:

§ 1º. Ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável.

⁴²(Artigo 358, Código de 1916)

⁴³(Lei nº 883 de 21 de outubro de 1949, art. 1º “~~Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare a filiação.~~”
, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm, acessado em 07/09/2014)

⁴⁴(Art. 4º: Art. 4º Para efeito da prestação de alimentos, o filho ilegítimo poderá acionar o pai em segredo, de justiça, ressalvado ao interessado o direito à certidão de todos os termos do respectivo processo, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm, acessado em 07/09/2014)

§ 2º. Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há cinco anos contínuos.

Nota-se que a concepção de família pelo Código Civil de 1916, era pautada por preceitos religiosos e pela preservação da família como instituto fechado, deixando à margem aqueles que se enquadravam fora deste, como os filhos ilegítimos, que tinham um tratamento claramente diferenciado, desprovidos de reconhecimento e de direitos.

Contudo, a Lei nº 6.515/77 ainda incorporou à Lei 883, o artigo 2º que passou a conceder o direito de herança a todos os filhos sem desigualdade, independentemente qual fosse a natureza da filiação. Nota-se aqui, grande marco nas conquistas do “direito a ter um pai” e de seu reconhecimento, pois, outrora, com base no artigo 4º mencionado anteriormente da Lei nº 883, poderia o filho pleitear o direito de alimentos e não ingressar com pedido de reconhecimento como herdeiro legítimo, continuando ele assim sem o nome do pai.

Ao tratar da possibilidade de investigação de paternidade o Código de 1916 enumerava taxativamente os casos possíveis, então, só quem tinha o direito à ação eram os naturais, dentre eles os filhos ilegítimos. Os filhos adulterinos só podiam ser reconhecidos desde que houvesse dissolução da sociedade conjugal, que constituísse impedimento matrimonial, ou na vigência do casamento por testamento cerrado. Entretanto, tal rol taxativo foi aos poucos perdendo a força, pois como já referido diversas vezes, esse modelo de família não resistiu por muito tempo, principalmente sob o ponto de vista de extrema desigualdade, o que veio a desmoronar fortemente mais adiante com a Lei nº 8.560/92 e com a chegada da Constituição de 1988, como se verá adiante.

O artigo 332 do Código de 1916 trazia a seguinte redação: “O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não, de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção”. Todavia, este foi revogado pela Lei nº 8.560 de 1992 anteriormente citada e bem esclarecido na manifestação feita pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião dos julgamentos de Recursos Especiais n.ºs 6.821 e 16.827, ambos relatados pelo Ministro Nilson Naves, em cujas ementas se lê:

Filho adulterino. Registro de nascimento realizado pelo pai na constância do casamento, ainda vigente o artigo 358 do Código Civil. É válido, mesmo assim, o registro, somente produzindo efeitos após a morte do declarante, já ocorrida quando da propositura da ação.”⁴⁵

⁴⁵(STJ, Recurso Especial nº 6.821, proferido pelo Ministro Nilson Naves, publicado no Diário de Justiça, p. 74.224 em 3 de junho de 1991. Disponível em:

Filho adulterino. Reconhecimento pelo pai na constância do casamento em testemunho público. É válido o ato, uma vez dissolvida a sociedade conjugal com a morte do testador...⁴⁶

Pode-se ainda destacar, a irrevogabilidade concedida no reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento consagrada pelo artigo 1º da Lei 8.560/92, qual prevê o deferimento por manifestação expressa e direta perante o magistrado, ainda que o objeto não seja o único e principal ensejador da ação, dando assim, ao direito de família um caráter de aplicação imediato e geral. Pois, a desigualdade entre os filhos legítimos e os concebidos fora do matrimônio era de extrema vexatória, visto que, nos registros de nascimento constava da expressão “omitido na forma da lei”, ferindo gravemente o princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio veda a discriminação e estabelece que:

A dignidade da pessoa humana é a “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”⁴⁷

No quesito filiação e seu reconhecimento paternal, não subsistiu as discriminações outrora elencadas. A Lei de Investigação de Paternidade (Lei 8.560 de 29 de dezembro de 1992), parte do princípio do melhor interesse da criança, facilitando os meios de reconhecimento de paternidade, que confere a possibilidade de se fazer através de escrito particular, por declaração expressa ao juiz. Esta lei confere também legitimidade ao Ministério Público para ingressar com ação de investigação de paternidade. Hoje, nessas ações aquele que se recusa a se submeter ao exame de D.N.A. faz com que se presuma a sua responsabilidade na filiação que lhe é imputada, conforme Lei nº 12.004, de 2009, que introduziu o art. 2º-A e seu parágrafo único à Lei 8.560/92, que passou a dispor:

Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil.pdf>, acessado em 10/10/2014, às 8 Hs e 45 min)

⁴⁶(STJ, Recurso Especial nº 16.827, proferido pelo Ministro Nilson Naves, publicado no Diário de Justiça, p. 22.609 em 30 de novembro de 1992, IDEM)

⁴⁷(SARLET, Ingo Wolfgang. 2001, p. 60)

A lei de 2009, acima referida revogou em seu art. 3º, a Lei nº 883, sendo concedida a toda criança o direito à filiação plena, sem discriminação, com total respaldo em Lei que lhes assegure tal direito. Outrora, em 1979 foi assegurado aos menores por meio da Lei 6.697, um Código de Menores, que tinha como objetivo a proteção, assistência e vigilância a menores, especialmente em relação ao menor em situação irregular. Posteriormente a esse código, desenvolveu-se em 13 de julho de 1990, a Lei 8.069, denominado Estatuto da Criança e do Adolescente, passando a tratar as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e deveres, em contraposição ao tratamento como objetos de direito, existente no Código de Menores, que veio substituir. Entre as principais alterações no direito de família trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente foi o direito personalíssimo, imprescritível e indisponível ao reconhecimento do estado de filiação, que pode ser exercido irrestritamente pelo filho contra os pais ou seus herdeiros.⁴⁸

O código de 1916 foi sofrendo diversas alterações com o tempo, através da edição de novas Leis e Constituições- conforme será tratado mais detalhadamente no próximo capítulo deste trabalho- de forma a se adequar à realidade brasileira, até ser definitivamente substituído pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002(o Código Civil de 2002) ou como conhecido, o novo Código Civil. Destarte, não restaram dúvidas de que o Código de 1916, bem como a família patriarcal ali elencada não combinava com uma sociedade industrializada e urbanizada e hoje tem-se cada vez mais a certeza desta afirmação.

Assim, diversas mudanças, em especial jurisprudenciais, foram sedimentando novo conceito, para além da legislação estacionada do antigo Código de Beviláqua, até que se consagrasse a Constituição de 1988, afinal, foi ela o fator culminante da evolução legal das entre as pessoas, principalmente nas relações familiares.

⁴⁸(Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 26 e 27)

CAPÍTULO 3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A mais grave das faltas é não ter consciência de falta alguma (Albert Einstein)

A respeito da noção de princípios, o doutor Ruy Samuel Espíndola diz que estes designam: “a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam”⁴⁹ Os princípios dão força normativa para que se possa aproximar-se do ideal do que seja Justiça, não possuindo força meramente supletiva, são vitais para o Direito e seu exercício prático.

Todo o jeito novo de se ver o Direito nasce da Constituição Federal, são os princípios considerados leis das leis, dando base para o sustento do sistema jurídico constitucional, pois, “se o direito não contivesse princípios, mas apenas regras jurídicas, seria possível a substituição dos juízes por máquinas”.⁵⁰ E este é o ponto chave do direito de família hoje, não se pode pensar o direito de família como um sistema mecânico, pelo contrário, trata-se de um direito em fluente evolução, devendo o legislador alcançar os novos costumes (ou antigos, porém nunca expressos de forma livre) e abarca-los com direitos e garantias para que todas as pessoas em suas relações afetivas sejam respaldadas juridicamente.

Os princípios gerais de direito encontram-se previstos na Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 4º, o qual reza que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

É o princípio da dignidade da pessoa humana que inspira e orienta os demais princípios existentes. É ele o precursor da isonomia quando se trata de direitos fundamentais de pessoas coletivas, razoabilizando o poder operante do Estado nas relações íntimas e os tratamentos das pessoas umas com as outras, arbitrando também, qualquer forma de injustiça.

São muitos os princípios de Direito de família, tidos eles de forma explícita ou implícita. Nem todos os princípios de matéria familiar estão escritos legalmente, tendo alguns bases éticas no ordenamento brasileiro,⁵¹ e como exemplo de um princípio implícito do Direito de família, tem-se o da monogamia. Diante da tamanha prestatividade dos princípios e partindo-se do entendimento de que o Direito de família é a área em que se mais vê os princípios atuando, resta elencar alguns considerados os norteadores da família, pois, “os

⁴⁹(ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, 2002, p. 53)

⁵⁰(SARMENTO, Daniel. apud Maria Berenice Dias, 2009, p. 59)

⁵¹(IDEM)

princípios são normas muito mais que qualquer outra norma, pois eles traduzem não somente o sentido de um ato de vontade, mas principalmente o conteúdo de sentido”⁵². Como bem acentua Maria Helena Diniz:

...sem os princípios não há ordenamento jurídico sistematizável nem suscetível de valoração. A ordem jurídica reduzir-se-ia a um amontoado de centenas de normas positivas, desordenadas e axiologicamente indeterminadas, pois são os princípios gerais que, em regra, rompem a inamovibilidade do sistema, restaurando a dinamicidade que lhe é própria⁵³

Diante do todo exposto é que se faz extremamente necessário apresentar alguns princípios fundamentais para o Direito de família. Considerando que as pessoas são dotadas de desejos e vontades próprias, e são sujeitas de direito, toda decisão deve emanar com base nos princípios adiante elencados.

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA FAMÍLIA

Elencado no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988 em seu inciso III, é considerado o fundador do Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Berenice Dias “o princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios”⁵⁴. Não tem como se pensar em direitos sem a ideia e o conceito de dignidade, sendo ela um pressuposto de justiça humana, não se deve merecê-la, pois ela é inerente à vida de qualquer ser. Como preceitua a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 1º, toda a pessoa nasce livre e igual em dignidade e direitos. E tal dignidade é inerente à pessoa e não comporta qualquer limitação, “a dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e alteridade”⁵⁵.

No Direito de família, tal princípio embasa todos os demais, como já teria observado Kant⁵⁶ as coisas possuem preço, e as pessoas, dignidade. Não teria então, a possibilidade de tratar com o Direito de família, sendo uma seara estritamente ligada à pessoa e sua vida, sem ter como princípio norteador se não ele, o princípio da dignidade da pessoa humana, pois:

⁵²(KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito, p. 10. Apud Rodrigo Pereira da Cunha, 2012, p. 48)

⁵³(DINIZ, Maria Helena. As lacunas do direito, 1989, p. 215. Apud Rodrigo Pereira da Cunha, 2012, p. 58)

⁵⁴(DIAS, 2009, p. 62)

⁵⁵(PEREIRA, 2012, p.114)

⁵⁶(KANT, Emmanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Disponível em: http://ufpr.cleveron.com.br/arquivos/ET_434/kant_metafisica_costumes.pdf. Acessado em 13/10/2014, às 21Hs e 22 min)

Quando a expressão “dignidade da pessoa humana” passou a ser empregada pelo direito, ela tinha a missão de designar uma personalidade, que em Direito também envolvia a imagem pública de alguém. A personalidade de alguém, em função de sua imagem pública, passa a dar ao termo dignidade um caráter de relatividade que, de maneira nenhuma, seria permitido pela ética. Mas foi o significado vulgarizado que fez fortuna, e desde então “dignidade da natureza humana” foi substituída pela expressão mais dirigível “dignidade da pessoa humana”, que, dependendo do significado que se dê tanto a “dignidade” quanto à “pessoa”, permite concepções variadas e distantes do índice original da natureza humana⁵⁷.

Foi na época pós-guerra que se passou tutelar com maior consideração os direitos da personalidade, tradandocomo um mínimo essencial, ou seja, trouxe um direito privado para haver um desenvolvimento de realização pessoal.

De muitas maneiras tal princípio foi excluído e infelizmente não observado no antigo código civil, quando se tratava da inferioridade da mulher em relação ao homem, da não possibilidade do reconhecimento dos filhos havidos fora do matrimônio e claro, o reconhecimento de família somente através dos laços oficiais do casamento. E hoje, tal preceito é inadmissível, pois como bem acentua a doutora Berenice “o direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos e este têm fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁸. E ainda, como bem diz o doutor Rodrigo Pereira:

E, assim, a dignidade da pessoa humana tornou-se indissociável das constituições democráticas, que por sua vez são também indissociáveis dos preceitos basilares dos Direitos Humanos, em cuja Declaração de 1948 estão traduzidas a essência e o espírito daquilo que se pretende ideal para uma sociedade justa; todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação aos outros com espírito de fraternidade⁵⁹.

O legislador ao deixar de albergar direitos garantidores de igualdade para toda relação existente, principalmente no âmbito de direito de família, constitui uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, evidenciando a extrema dificuldade do direito em adequar-se à incontrolável evolução social. Por isso, é que se busca mais do que tudo hoje, um direito dotado de sensibilidade, é que cidadania é não excluir direitos às pessoas. Este princípio protege o indivíduo, não devendo ele sofrer relativização alguma.⁶⁰

⁵⁷(PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 2012, p. 117-118)

⁵⁸(DIAS, 2009, P.62)

⁵⁹(PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 2012, p. 120)

⁶⁰(IDEM, p. 126)

3.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE E DA IGUALDADE

A liberdade se faz presente nas relações familiares, sendo ela e a igualdade os princípios marcantes das famílias contemporâneas. A liberdade e a igualdade caminham juntas, não há possibilidade de se ter liberdade sem haver a igualdade entre as pessoas. Estas duas, por sua vez, são reconhecidas como direitos fundamentais, e norteiam as relações familiares hoje. Conforme bem elucida a doutora Berenice Dias:

A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou grande preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção. Os princípios da liberdade e da igualdade, no âmbito familiar são consagrados em sede constitucional. Todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. A isonomia de tratamento jurídico permite que se considerem iguais, marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal. Também, na união estável, é a isonomia que protege o patrimônio entre personagens que disponham do mesmo *status familiae*⁶¹

É o reconhecimento dos princípios da liberdade e da igualdade que consagram o direito de se constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homoafetiva, direitos da criança e do adolescente, dos idosos, ou seja, tais princípios respaldam o direito de ter e ser de toda pessoa. Assim como a famosa frase de Rui Barbosa diz: tratar a iguais com desigualdade ou a desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade⁶²

O reconhecimento de diferentes tipos de entidade familiar preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os seres humanos – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor-, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada membro da família. Porém, têm-se que as leis servem para reger a vida em sociedade e promover a igualdade, e para isso “é necessária a igualdade na própria lei, ou seja, não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos”⁶³

É o princípio da igualdade que confere isonomia à seara familiar dando direito de igualdade dos filhos, o de decisão do casal no planejamento familiar, direito à guarda da prole e o direito de visitas, o direito de qualquer dos nubentes subtrair o sobrenome do outro e o direito de manter uma união estável homoafetiva.

Abarcavao Direito de Família apenas uma modalidade familiar, sendo a família construída somente por meio do casamento. Todavia, o legislador em feliz alargamento

⁶¹(DIAS, 2009, p. 63)

⁶²(BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Disponibilizado em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf. Acessado em:20/10/2014, às 15 Hs e 49 min.)

⁶³(DIAS, 2009, p.64)

conceitual do que seja a estrutura familiar, abrangeu as formas de constituições de família, levando em consideração a comunhão de vidas e o comprometimento mútuo, sem necessária realização formal do casamento. Pois, mister é salientar que, a base da sociedade tida como a família pela Constituição Federal de 1988 não é o casamento, mas a família em si, merecedora de especial atenção do Estado, sendo conforme o artigo 226 da CF, a família base da sociedade onde é a ela assegurada assistência à cada um de seus integrantes.⁶⁴

Uma brilhante explanação feita por Luiz Mellode Almeida Neto em sua tese de doutorado, ao dissertar sobre a família nos moldes atuais, diz que:

[...] o modelo de família constituído por um homem e uma mulher, casados civil e religiosamente, eleitos reciprocamente como parceiros eternos e exclusivos a partir de um ideário de amor romântico, que coabitam numa mesma unidade doméstica e que se reproduzem biologicamente com vistas à perpetuação da espécie, ao engrandecimento da pátria e à promoção da felicidade pessoal dos pais, não esgota o entendimento do que seja uma família. Da mesma forma, sociólogos, antropólogos, historiadores e cientistas políticos sistematicamente têm demonstrado que as noções de casamento e amor também vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e de institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais⁶⁵.

Para a digníssima Maria Berenice Dias, a expressão “Direito de Família” já perdeu significado, sendo de acordo com ela, mister preconizar uma expressão mais completa ao intitular “Direito das Famílias”⁶⁶. Ao ser pronunciado assim, torna-se um ramo de direito que defende todos os tipos de entidades familiares, que hoje, mais do que visível, vem conquistando seus espaços e reconhecimento no âmbito social e jurídico. Ainda em suas palavras, Berenice Dias diz que a justiça precisa alcançar a vida das pessoas e não ingressar a vida dentro de normas jurídicas, pois, tais normas segundo a doutora, muitas vezes se encontram ainda no passado, e impede o livre exercício da liberdade, ela continua dizendo: “o direito das famílias lida com gente, gente dotada de sentimentos, movida por medos e inseguranças, que sofre desencantos e frustrações e busca no judiciário ouvidos a seus ais”⁶⁷.

A liberdade no âmbito familiar se declara ao livre arbítrio que as pessoas possuem em constituir uma união por meio do casamento ou da união estável, de escolherem o regime de

⁶⁴(DIAS, 2009, p. 141)

⁶⁵(ALMEIDA, Luiz Mello de, Família no Brasil dos Anos 90: Um Estudo sobre a Constituição Social da Conjugalidade Homossexual. Tese de doutorado, disponibilizada em: www.asselegis.org.br, acessado em 07/08/2014)

⁶⁶(DIAS, 2009, p. 10)

⁶⁷(IDEM, p. 11 e 12)

bens, da livre decisão a respeito do planejamento familiar, na liberdade de escolha entre separação ou o divórcio judiciais ou extrajudiciais.

3.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA ENTRE OS CÔNJUGES

A nova leitura traga pelo Código Civil de 2002 em seus artigos abaixo transcritos, trata-se de um quesito inovador. Antes, no Código de 1916, além de se ter apenas o pátrio poder concentrado nas mãos do homem, este era quem na discordância de ideias com a mãe, tinha o poder de decisão. Hoje, como se lê de tais artigos, na discordância de opinião entre pai e mãe, o poder de decisão passa a ser do Juiz, o qual deverá solucionar:

Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo⁶⁸.

Têm-se ainda, nos artigos 1.511, 1.565 e 1.567 do novo Código Civil insculpido o princípio da isonomia entre o homem e a mulher no que tange ao poder familiar. Nasce então o princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges, como bem ressalta Berenice Dias:

Com este princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que marido e mulher tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, o patriarcalismo não mais se coaduna com a época atual, nem atende aos anseios do povo brasileiro; por isso juridicamente, o poder de família é substituído pela autoridade conjunta e indivisiva, não mais se justificando a submissão legal da mulher. Há uma equivalência de papéis, de modo que a responsabilidade pela família passa a ser dividida igualmente entre o casal.⁶⁹

Este princípio da igualdade dos cônjuges e companheiros é um princípio que já era consagrado na Constituição Federal. A relação entre homens e mulheres se dá em todos os campos sociais, nas relações no trabalho, na política, na religião, até chegar ao recanto do próprio lar, onde homem e mulher se relacionam de forma íntima, sendo a eles garantido o poder e direito de igualdade, como muito bem elucida Berenice Dias:

⁶⁸(Míni Código Civil de 2002, Saraiva, 2012, p.165)

⁶⁹(DINIZ, 2008, p. 19).

Não bastou a Constituição proclamar o princípio da igualdade em seu preâmbulo. Reafirmou o direito à igualdade ao dizer: todos são iguais perante a lei. E foi além. De modo enfático, foi até repetitiva ao afirmar que os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, decantando mais uma vez, a igualdade de direitos e deveres de ambos no referente à sociedade conjugal⁷⁰.

Ao contrário do que antes era tradicional na família hierarquizada, tornou-se hoje o seio familiar um âmbito de respeito e paridade de igualdade na lide da convivência familiar.

3.4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DA FILIAÇÃO

O princípio da igualdade entre os filhos encontra-se hoje resguardado no rol dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988. Tal princípio está localizado no art. 227, § 6º, aludindo que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. O denominado Novo Código Civil Brasileiro (2002) também versa no mesmo sentido quanto a não desigualdade na filiação, ao dizer que todos os filhos possuem os mesmos direitos na esfera legal, trazendo o seguinte texto em capítulo II, artigo 1.596: “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

O princípio da igualdade da filiação consagra e aclama os mesmos direitos e deveres entre pais e filhos, vedando dessa maneira qualquer distinção entre os tipos de filiação. Os filhos decorrentes do vínculo civil ou natural ganharam com o advento da Carta Magna de 1988 e com o Código de 2002, os mesmos direitos legais e o direito a não diferenciação, tornando-se todos eles iguais como filhos. A evolução legislativa no que tange à igualdade da filiação trouxe além da igualdade dos direitos, a igualdade das qualificações dos filhos, possibilitando que independentemente de sua origem, perante o manto de igualdade entre os filhos, é vedada toda discriminação quanto à filiação. Desse modo, protege-se que os filhos venham a sofrer atentado à sua dignidade humana, fazendo valer o princípio da dignidade da pessoa humana elencado na Constituição Federal de 1988.

A garantia da igualdade dos filhos em matéria de alcance de direitos assegurou aos filhos, o direito de terem os deveres dos pais sendo exercitados na prática. Sendo os deveres decorrentes da paternidade cumpridos, garante-se assim, que não haja diferenciação de direitos entre os filhos concebidos na constância do casamento, os filhos reconhecidos e os

⁷⁰(DIAS, 2009, p.65)

filhos adotados. Importante é ressaltar que hoje tais termos antes usados para classificarem os filhos, não mais perdura. Permitisse desse modo, que todos os filhos sem exceção tenham condições materiais e imateriais para se desenvolverem.

Tanto isso é verdade que, na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal sob a chancela do Superior Tribunal de Justiça, foi aprovado o Enunciado n. 103, com a seguinte redação:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho⁷¹

Esses comandos legais regulamentam especificamente a isonomia constitucional, ou igualdade em sentido amplo, constante do art. 5º, *caput*, da Carta Magna. Diante disso, não se pode mais utilizar as expressões “filho adulterino”, “filho incestuoso”, “filho espúrio” ou “filho bastardo”, como antes existia no Código de 1916. Hoje, tais classificações tidas antes para diferenciar os filhos, tornaram-se expressões carregadas de discriminações.

3.5 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA E DA MENOR INTERVENÇÃO ESTATAL

Extremamente ligado ao princípio da personalidade e da intimidade, o princípio da autonomia e da menor intervenção estatal, delimita o controle do Estado nas relações familiares. O Direito de Família é um campo jurídico influenciado pela moralidade e religiosidade. O Estado, dotado da força que tem, atua de modo intervencionista nas relações familiares, todavia, busca-se o estabelecimento e a conservação da moralidade com o objetivo de manter-se uma ordem social.

O Estado juntamente com a forte influência da Igreja católica no Brasil, transformou a família em uma instituição matrimonializada, impondo que a única forma de ter-se uma família era por meio da celebração do casamento, impôs, de forma autoritária, deveres, penalizando comportamentos que o negligenciasse, além de proibir sua dissolução. Assim sendo, o modelo tradicional da família sacramentado pelo Estado sempre foi o patriarcal de vínculo heterossexual.

⁷¹(1ª Jornada de Direito Civil. Enunciados disponíveis em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadascej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-reitocivil/compilacaoenunciadosaprovados1-34jornadadircivilnum.pdf>. Acessado em 9/11/2014, às 14Hs e 47 min)

O Estado de sanções e penas afim de preservar o parâmetro legal da estabilidade das relações sociais. De um modo claro e objetivo, o legislador tentou guardar os bons costumes e a moral, porém, ocorre que, em muitas situações peca-se no conservadorismo extremo. As Leis ditam como as pessoas devem agir, e esse procederé alinhado com o moralismo vigente. O conservadorismo ainda operante nas relações sociais, principalmente na relação afetiva no trato das famílias, acaba gerando preconceitos, pois, qualquer agir que se diferencie do parâmetro estabelecido é tido como bizarro e inexistente por ausência de respaldo legal.

É nessa delicada intervenção do Estado e suas ideologias impostas que se invade a liberdade afetiva das relações pessoais, gerando discriminação e delimitando a isonomia entre as pessoas para que elas tenham livre escolha de formarem seu núcleo familiar. Um acontecimento muito oportuno foi a laicização do Estado, o que trouxe importantes permissões e transformações de costumes, em especial para o Direito de Família. Houve um distanciamento entre o Estado e a Igreja, o que possibilitou novas adequações morais para o instituto da família. Sobretudo, o que hoje norteia as relações familiares em primeiro plano são a ética e a moral.

O exercício da autonomia privada não é absoluto, e este significa o direito da liberdade da pessoa. Foi com o advento da Carta Magna de 1988 e do Código Civil de 2002 que se passou a preocupar mais com a dignidade da pessoa humana, deixando maior espaço para que as pessoas exerçam sua autonomia, principalmente no âmbito familiar, e não mais seja o Estado o grande intervencionista. Neste sentido delibera o doutor Rodrigo Pereira: “ampliou-se o campo de aplicação da autonomia privada, que também se curva, sobretudo no âmbito das relações familiares”⁷²

Foi com a conquista de maior autonomia privada que as pessoas passaram a ter maior cunho de decidirem livremente a respeito do casamento, do divórcio extrajudicial, da união estável hétero e homoafetiva, e entre outros. No entendimento de Sérgio Resende Barros, uma sociedade humana é feita de famílias e não simplesmente de indivíduos⁷³, daí o cuidado do Estado em intervir na individualidade das famílias. Disso decorre também, o antigo entendimento de que se deveria resguardar o casamento a todo custo, protegendo assim a base de toda sociedade, entretanto, entende-se hoje, mais do que nunca, que família está além do poder controlador estatal, é um domínio dos sentimentos. Sendo assim, não pode o Estado intervir na esfera privada dos sentimentos das pessoas, sacramentando que o instituto familiar é oriundo apenas do casamento solene entre homem e mulher. É preciso valorizar a

⁷²(PEREIRA, 2012, p 179).

⁷³(BARROS, Sérgio Resende de. p. 7)

convivência entre os membros compositores da família, idealizando um lugar de possível construção de carinho, respeito, esperança e valores morais, permitindo desse modo, que cada indivíduo caminhe rumo à sua satisfação e realização pessoal.

3.6 PRINCÍPIO DA MONOGAMIA

No mundo ocidental o princípio da monogamia tem função norteadora, pois a cultura do ocidente é voltada para o compromisso de fidelidade ao cônjuge/companheiro. Portanto, assim sendo, tal princípio não se trata apenas de uma questão moral, ou norma moralizante, mas de um princípio básico, intrínseco na legislação brasileira, sendo um modo organizador de constituição de família conjugal.

A fidelidade é uma questão moral e ainda, uma regra jurídica trazida pelo artigo 1.566 “são deveres de ambos os cônjuges: I fidelidade recíproca”. Já era previsto o dever de fidelidade no Código Civil de 1916 (artigo 231), entretanto, o novo Código de 2002 acrescentou o “inciso V – respeito e consideração mútuos”. Cabe aqui elucidar que a respeito da obrigação de fidelidade “mesmo sendo indicada na lei como requisito obrigacional a manutenção da fidelidade, trata-se de direito cujo adimplemento não pode ser exigido em juízo”⁷⁴. Destarte, tem-se que em matéria de infidelidade encontra-se o concubinato, e sobre o assunto, bem elucidada o doutor Rodrigo Pereira ao dizer:

O concubinato (adulterino) fere o princípio da monogamia, bem como a lógica do ordenamento jurídico ocidental e em particular o brasileiro. O mais simples e elementar raciocínio nos faz concluir isto. Aliás, é somente por causa desse princípio que foi possível à doutrina e jurisprudência construir um pensamento para o concubinato não adulterino e trazê-lo para o campo do Direito de família⁷⁵.

Importante é manter um valor maior, que é o uso da ética, o direito deve preservar a essência, e o objetivo dos princípios é o alcance do bem maior, ou seja, para cada caso deve ser aplicado o julgamento mais coerente com o fato tratado. O direito de família brasileiro encontra-se estruturado pelo princípio da monogamia, e deve ele ser preservado.

⁷⁴ (O dever de fidelidade. Revista AJURIS, n.85, t.I, p. 477, marc. 2002. Apud PEREIRA, Rodrigo. 2012, p. 136)

⁷⁵ (PEREIRA, 2012, p. 144)

3.7 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

De acordo com a doutora Berenice Dias, o responsável por assegurar o afeto é o Estado, e embora o afeto não esteja expresso de forma explícita no texto constitucional, este foi reconhecido e valorado a partir do reconhecimento da união estável⁷⁶. Foi o reconhecimento do afeto como princípio fundamental para o Direito de família que permitiu a consagração da igualdade entre os filhos e os reconhecimentos de outras uniões não oriundas do casamento.

Na Constituição Federal de 1988 foram consagrados e profetizados marcos do princípio da afetividade, sendo a igualdade de todos os filhos não analisando de forma alguma sua origem (CF- 227, § 6º), assim como também, a possibilidade da adoção, enaltecendo o valor do afeto e garantindo a igualdade de direitos (CF- 227, §§ 5º E 6º), a formação de um núcleo familiar por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, sendo considerado uma família monoparental, com a mesma dignidade e valor que todas as outras (CF- 226, §4º), e o direito à convivência familiar da criança e do adolescente, sendo fator primordial para seu desenvolvimento (CF- 227). Em outras passagens do Código Civil de 2002 é possível identificar o afeto inserido no ordenamento jurídico, sendo conforme alude o doutor BELMIRO WELTER, a) ao estabelecer a comunhão plena de vida no casamento (CC- 1.511); b) quando admite outra origem à filiação além do parentesco natural e civil (CC- 1.593); c) na consagração da igualdade na filiação (CC- 1.596); d) ao fixar a irrevogabilidade da perfilhação (CC- 1.604); e e) quando trata do casamento e de sua dissolução, fala antes das questões pessoais do que dos seus aspectos patrimoniais⁷⁷. Diante toda a complexidade que é o direito e, sobretudo, a tênue linha de sensibilidade latente no direito de família é que Rodrigo Pereira assevera:

Sendo assim, e a partir desta compreensão, torna-se imprescindível que toda e qualquer discussão ou julgamento envolvendo Direito de Família devem considerar ou estar permeados por um desses princípios: monogamia, melhor interesse da criança/adolescente, igualdade e respeito às diferenças, menor intervenção estatal, pluralidade de famílias, afetividade e, pairando, permeando e sustentando todos eles o macroprincípio da dignidade humana. Sem a consideração de pelo menos um desses princípios em cada julgamento em Direito de Família, as decisões tenderão a ser norteadas pelos juízos morais particularizados, que já fizeram uma história de exclusões e de desconsideração da cidadania. O Direito de Família só estará próximo, ou irá em direção ao ideal de justiça, se os juízos e normas tiverem um caráter mais universalizado, isto é, se for um juízo ético, acima de valores morais muitas vezes estigmatizantes. E para que o juízo seja ético é necessário levar em consideração a ética do sujeito, que pressupõe em seu conteúdo a dignidade humana,

⁷⁶(DIAS, 2009, p. 69)

⁷⁷(WELTER, Belmiro Pedro. p.49)

que também pressupõe o desejo, isto é, o sujeito de direito é também um sujeito de desejo⁷⁸.

O afeto é a liberdade da pessoa em escolher a quem amar, de afeiçoar-se um a outro⁷⁹. E ao processo civil, impende oferecer ao indivíduo liberdade de escolha ao decidir com quem formar um núcleo familiar e manter laços afetivos. O afeto é um valor supremo, digno de consagração jurídica, ressaltando-se que o trato do afeto é na seara familiar, estritamente ligada à pessoa. Um grande exemplo da importância do afeto na esfera jurídica foi a inserção do princípio da igualdade da filiação, na adoção, na inseminação artificial, nas uniões estáveis. Vê-se que cada vez mais é o afeto quem une as pessoas e é ele o fator primordial na perduração das relações humanas. Enquanto presente o afeto, permanente serão as relações no âmbito da família, o fato é, não é o Estado com suas regras e Leis a respeito da família que ditará a respeito da existência ou duração de uma família, na verdade, isso nada delimita ou garante. O doutor Sérgio Resende de Barros ao definir o que é afeto familiar diz:

Um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam⁸⁰.

Hoje só se constitui família se há afeto, independentemente de laços sanguíneos. A família atual é pautada pela solidariedade. Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, a família tradicional era alicerçada pelo matrimônio e a presença do afeto era presumida (e poderia até mesmo não existir), na família atual há uma inversão de valores, o afeto é agora o elemento criador, a razão de ser da própria existência e continuidade da família. Como bem diz: “cessado o afeto, esta ruína a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo é o único modo de garantir a dignidade da pessoa”⁸¹.

É clara a essência da família contemporânea, a afetividade elevou o Direito de família, consagrando o instituto familiar como um seio de valorização do afeto mútuo. A atual família só se faz e se refaz e se mantém se esta se encontra sob o alicerce do afeto.

⁷⁸(PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Tese aprovada como requisito à obtenção do grau de Doutor pelo curso de Pós-Graduação de Direito, setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da?sequence=1. Acesso em: 4/11/2014, às 12Hs e 33 min)

⁷⁹(BARROS, Sérgio Resende de. 2006, p.885)

⁸⁰(A ideologia do afeto. Revista Brasileira de Direito de família. Porto Alegre:Síntese/IBDFAM, v. 4, n. 14, p.9, jul/set. 2002. Apud PEREIRA, 2012, p. 211-212)

⁸¹(DIAS, 2007, p. 28)

CAPÍTULO 4

A NOVA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA

“O que está em jogo não é o desaparecimento da família, mas sua profunda diversificação e mudança do seu sistema de poder.”⁸²”

Em janeiro de 2003, após o período de um ano de *vacatio legis* entra em vigor o Novo Código Civil, criado pela Lei 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Assim, nasceram mudanças que veio para alterar completamente o pensar do direito de família, antes tinha-se o pátrio poder, no qual somente o homem tinha o direito de ser chefe do núcleo familiar, hoje a nomenclatura dada pelo Código de 2002 e pela Constituição de 1988 é poder familiar. Neste poder, tanto o homem quanto a mulher assumem a qualidade de chefe de família, exercendo ali direitos e deveres iguais.

Outro destaque primordial é a possibilidade de outras formas de constituição de família além do matrimônio. Há uma quebra de dogma, do Código Civil de 1916 que via o casamento como única forma de se constituir uma família, para a possibilidade de existência de família sem a necessidade deste, sendo o matrimônio apenas uma das formas de constituição daquela. Na verdade, a família em seu nascimento propriamente dito, antecede à existência do casamento, pois, veio a se constituir de forma natural, somente depois é que se estabeleceu o casamento como forma de “civilizar” a convivência, “organizar” o núcleo familiar. O que antes era aceitável no código de 1916, com a evolução da sociedade e de seus costumes, passou a ser repudiável pelas pessoas, como por exemplo, o poder do pai sobre a vida e morte dos filhos, a desigualdade entre homem e mulher e a possibilidade de se anular o casamento quando da constatação de esterilidade.

No intuito de não se tornar em letra morta, faz-se necessário que o Direito acompanhe os novos anseios da sociedade humana. Neste contexto, a família teve seu sentido transformado, de um grupo familiar patriarcal hierarquizado, com um âmbito patrimonialista e de caráter indissolúvel, muito influenciado pela imposição da igreja, para um sentido mais abrangente. Na verdade, o modelo de família contemporânea iniciou-se a partir do século XIX e foi precedido pelas Revoluções Francesa e Industrial, quando, àquela época, o mundo vivia

⁸²(CASTELLS, Manuel, A era da informação: economia, sociedade e cultura. O Poder da Identidade. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Vol. 2. págs.169-278. Disponível em: <http://www.ige.unicamp.br/site/aulas/134/Castells,M.%20O%20poder%20da%20identidade.%20Cap%203.pdf>. Acessado em: 29/10/2014, às 11HS e 33min)

em constante processo de crise e renovação. Assim, melhor contextualiza o doutor Rodrigo Pereira:

O Direito de Família é um dos ramos do Direito que mais sofreu e vem sofrendo alterações no último século, em todo mundo ocidental. Essas mudanças estão associadas ao declínio do patriarcalismo que, por sua vez, tem suas raízes históricas na Revolução Industrial e na Revolução Francesa, que marcaram um novo ciclo histórico: a Idade Contemporânea. A partir daí o declínio do patriarcalismo começa a se acentuar e surge o movimento feminista, a grande revolução do século XX⁸³

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, inúmeras Leis foram criadas para uma adequação das novas perspectivas das pessoas e da sociedade. A Carta Magna ao lado do casamento trouxe o reconhecimento da União Estável. A concepção antiga de família é substituída por uma concepção moderna, em que há uma valorização dos sentimentos de seus membros, tornando-se uma entidade familiar pautada no afeto. Assim como no passado a família esteve diretamente relacionada a um à proteção patrimonial, hierarquizada pela figura paternalista, hoje a família é formada pelo afeto. É o afeto o promissor responsável para que as pessoas queiram estar juntas e a partir dele se unirem, passando a conviver, e formar uma família, independentemente do casamento e da quantidade de integrantes.

Considera-se que hoje, a família vive um processo de emancipação, onde todos os integrantes da sociedade reivindicam seus próprios espaços e direitos, a fim de, obterem plena realização de suas personalidades e completude de suas felicidades. Como bem explana o doutor Rolf Madaleno “em qualquer idade, pois, ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar, e ninguém mais pode ser alijado por diferença de sexo, raça ou idade da convivência social⁸⁴

Anteriormente, as pessoas que mantinham coabitação, sendo um deles, ou ambos solteiros, casados ou viúvos, eram taxados de concubinos. Mesmo seis anos após a promulgação da Constituição de 1988, em 29 de dezembro de 1994, sancionou-se a Lei 8.971, conhecida como lei dos concubinos. Tal lei tratou apenas sobre o direito a alimentos e a sucessão entre eles, prevendo que companheiro em igualdade ou reciprocidade de direitos e deveres, desde que o outro seja solteiro (a), separado (a) judicialmente, divorciado (a) ou viúvo (a), e tendo mais de cinco anos de convivência mútua ou tenha prole, poderia valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968. Sendo assim, era concedido o pleito de

⁸³(PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Tese aprovada como requisito à obtenção do grau de Doutor pelo curso de Pós-Graduação de Direito, setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: http://dSPACE.c3sl.ufpr.br/dSPACE/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da?sequence=1. Acesso em: 4/11/2014, às 12Hs e 20 min)

⁸⁴(MADALENO, Rolf. 2008, p. 17)

ação de alimentos, isto se não constituísse nova união e desde que provada a real necessidade. Tal lei tratava também, a respeito da sucessão, concedendo usufruto vitalício do companheiro sobrevivente, sob a mesma condição de não constituição de nova união.

Havendo filhos o direito do companheiro era sobre a quarta parte dos bens e não havendo filhos do de cujus, mas a penas ascendentes, o direito do companheiro sobrevivente era da quantia de metade da herança. Todavia, determinava a lei que na inexistência de filhos e ascendentes, obtinha o companheiro sobrevivente o direito da totalidade da herança deixada pelo de cujus, não se tratando mais em usufruto, mas em transpasse de herança definitiva, podendo então, haver constituição de nova união.

A Constituição Federal de 1988 definiu como União Estável, a entidade familiar formada por um homem e uma mulher, criando-se um neologismo jurídico em comparação ao casamento. Tanto a palavra união, como, estável, as quais cada uma com seu próprio significado já existiam antes da Carta Magna. Entretanto, uniram-se elas para definir a condição de muitos conviventes que tinham uma união semestabelecimento de contrato civil previsto em lei, mesmo na inexistência de qualquer impedimento.

No ano de 1996, mais precisamente em 10 de maio, veio a ser criada a lei nº 9.278 consagrada como a Lei da União Estável. Esta lei veio a legitimar o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, facilitando a conversão da união estável em casamento e garantindo aos companheiros uma união com direitos e deveres mútuos de respeito e consideração, assistência moral e material, guarda e sustento dos filhos, bem como a educação destes, capacitando a união estável como uma relação familiar afetiva, com mais seguridade de direitos legais do que antes previstos.⁸⁵A respeito do reconhecimento da união estável a doutora Berenice Dias relata o seguinte:

A união estável, porém, não dispõe de qualquer condicionante. Nasce do vínculo afetivo e se tem por constituída a partir do momento em que a relação se torna ostensiva, passando a ser reconhecida e aceita socialmente. As provas da existência da união estável são circunstanciais, dependem de testemunhas que saibam do relacionamento ou de documentos que tragam indícios de sua vigência⁸⁶.

Quanto aos bens adquiridos na constância da união estável, ficou definido pela lei que todos bens móveis ou imóveis considerados frutos de esforço comum dos companheiros,

⁸⁵(Lei 9.278/96. Artigo 2º e respectivos incisos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm, acessado em: 22/10/2014 às 12Hs e 23 min.)

⁸⁶(DIAS, 2009, s.d, p.1)

pertencerá a ambos sendo estes divididos entre eles, claro que se não for acordado de maneira diferente mediante contrato escrito.

A evolução do Direito na seara familiar permitiu que urgisse respaldo legal para a União estável hétero e homoafetiva. “Pois, a nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana”.⁸⁷

Em 2011 sob a óptica de que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, sendo assim, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. O ministro Ayres Britto votou à favor de que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do mencionado artigo. Neste árduo processo de discussão em busca de uma melhor e mais justa aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade e isonomia, os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, combinaram no mesmo entendimento do ministro Ayres Britto, efetuando procedência das ações com produção de efeito vinculante, no sentido de banir qualquer interpretação do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar⁸⁸.

O julgamento da ADPF 132/RJ de 2008 e da ADI 4277/DF de 2009, trouxe ao Direito de Família uma grande mudança de mente, a Ação direta de inconstitucionalidade nº 4277 foi protocolada inicialmente como ADPF nº 178, e buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Almejou, ainda, que os mesmos direitos e deveres da união estável heteroafetiva fossem estendidos aos companheiros nas uniões homoafetivas. A ADI acima referida cria precedentes para apreciação futura de um casamento homoafetivo, e foi o que ocorreu em 14 de maio de 2013 com a chegada da Resolução nº 175 do CNJ. Tal resolução estabelece que “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo”⁸⁹, isto implica que não há que se discutir a respeito da legalidade da conversão de união estável homoafetiva em casamento, pois, como bem

⁸⁷(DIAS, 2009, p. 47)

⁸⁸(STF, Notícias. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acessado em: 27/10/2014, às 15Hs e 18min)

⁸⁹(Resolução nº 175, CNJ. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf. Acessado em: 27/10/2014, às 22Hs e 30 min.)

emana do segundo artigo da citada Resolução “a recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis”⁹⁰.

Assim como outros institutos jurídicos, a união estável, para ser reconhecida como entidade familiar, percorreu um árduo caminho, sendo conquistas por meio de jurisprudência e leis dispersas, que por meio da Constituição de 1988 foram definitivamente estabelecidas, dando uma extraordinária mudança de valores.

A Constituição Federal de 1988 prevê três enquadramentos de família. A decorrente do casamento, a família formada com a união estável heteroafetiva e a entidade familiar monoparental. E agora, portanto, com a interpretação do STF e com a Resolução 175 do CNJ acima já mencionadas, reconheceu-se a quarta família brasileira, qual seja, a decorrente de relação homoafetiva. Quanto a evolução das percepções sobre família, a doutora BERENICE DIAS bem preceitua que “o silêncio da lei não foi suficiente para arrefecer a velha mania do ser humano em buscar a felicidade (...) mesmo sem nome, mesmo sem lei, as pessoas uniam-se e acabavam batendo às portas do judiciário para resolver eventuais conflitos⁹¹” A percepção da realidade de se considerar o valor afetivo das relações humanas, materializando o afeto como ensejador de direitos e deveres é o que marca a família contemporânea.

A família de hoje é em muito diferente da família outrora preconizada nos antigos moldes legislatórios, bem como, não é hoje a família vista com os mesmo comportamentos e rotinas do passado, isso é óbvio, isto se deve, ao fato de que o núcleo familiar de hoje não mais existe por razões de dependência econômica, cultural ou por qualquer outro motivo que não venha a ser o próprio afeto mútuo, neste sentido explana Paulo Luiz Netto Lôbo:

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente da 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 sua finalidade precípua⁹².

O valor do afeto permeou vários dispositivos constitucionais e civis fundamentais para o direito de família, e hoje, não em plenitude, infelizmente, mas pode-se sentir uma família criada e mantenedora pelo afeto, gozando de liberdade e dignidade.

⁹⁰(IDEM)

⁹¹(DIAS, 2004, p. 15)

⁹²(A repersonalização das relações de família. Revista Brasileira de Direito de família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 6, n. 24, p. 155, jun./jul. 2004. Apud PEREIRA, 2012, p. 211)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família não é mais um núcleo econômico e reprodutivo somente, ela hoje é muito mais, tornou-se ela um espaço do amor, afeto, solidariedade e de companheirismo. Sabe-se que a família antigamente ilustrada pelo código de 1916 não retrata mais a realidade do Direito de Família hoje. Por isso é que podemos dizer que o Direito de Família é uma regulamentação das relações de afeto e suas consequências patrimoniais, e pode muito bem ser tratado como Direito das famílias, como bem mencionado pela digníssima Maria Berenice Dias. Ao afeto passou ser atribuído valor jurídico, trazendo uma compreensão de um novo Direito de Família, essa mudança paradigmática está associada também à noção de cidadania, da moral, isto é, da não exclusão. A família contemporânea traz a inclusão de todas as formas de constituição de família na ordem social e jurídica.

A reinvenção da família se deu após a Constituição da República de 1988, ao elencar princípios fundamentais garantidores de direitos e deveres, que trouxeram uma maior preocupação com realização pessoal de seus membros. Adotou-se como valor fundamental a igualdade voltando-se para uma formação pluralista, já que se deixa de valorizar exclusivamente a família matrimonializada, para se reconhecer igualmente a união estável e a família monoparental, bem como, as uniões homoafetivas. Elevou-se então, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

A partir da quebra de dogmas e por meio desses novos paradigmas é que o Direito de Família está sendo repensado e reorganizado, e precisa ser vivido. A cada dia é imposto ao jurista e às pessoas da sociedade, uma interpretação dos fatos e das normas a partir dos princípios constitucionais, e para haver uma mínima compreensão no Direito de família, mister-se faz a análise do comportamento humano sociocultural com suas evoluções para que o legislador saiba alcançar os almejos sociais, ditando direitos e deveres que condizem com a realidade dos fatos. Hoje se reconhece a validade da norma observando a sua conformidade com a evolução social e sobretudo com os preceitos constitucionais. A nova concepção de direito de família deu-se por meio do livramento de conceitos e preconceitos enraizados. O Direito de família trata de assuntos ligados ao mais íntimo da pessoa, traz o ramo do Direito de família, conceitos que se fundam na personalidade humana, devendo a entidade familiar ser entendida como grupo social fundado em laços afetivos, promovendo a dignidade do ser humano, bem como respeitando seu direito à igualdade e liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende de. **A ideologia do afeto**. Revista Brasileira de Direito de família, Porto Alegre: IBDFAM/sínteses, n.14, jul-set.2002.

BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: **família e dignidade humana**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). Belo Horizonte: IBDFAM. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006.

CORRÊA, Marise Soares. **A história e o discurso da lei: o discurso antecede à história**. Porto Alegre: PUCRS, 2009. Tese (Doutorado em História), Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009.

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. 1974. 5ª reimpressão -2012, São Paulo, tradução: Roberto Leal Ferreira. Editora Martin Claret.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Ed. Revista dos Tribunais, 5ª edição (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 4. edrev, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**.v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ENGELS, Friedrich. **A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**, ed. Civilização Brasileira, 9ª edição. Vol. 99. Coleção: Perspectiva do Homem.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

FERREIRA DA SILVA, Luiz Renato. **A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social**. In: SARLET, Ingo W. (Org.) **O novo código civil e a constituição**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 7. ed.rev, atual e ampl, de acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **O companheirismo: uma espécie de família**, 2ªed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MÍNI **Código Civil de 2002**, 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 2012

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado: 2001.

STOCO, Rui. **Abuso de direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. v. 6. São Paulo: Atlas, 2006.

WELTER, Pedro Belmiro. **Igualdade entre filiação biológica e socioafetiva**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

ALMEIDA, Luiz Mello de. **Família no Brasil dos Anos 90: Um Estudo sobre a Constituição Social da Conjugalidade Homossexual**. Tese de doutorado, disponibilizada em: www.asselegis.org.br, acessado em <7/08/2014>

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Disponibilizado em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf. Acessado em <20/10/2014>

BAZZANELLA, Sandro Luiz. BORGUEZAN, Danielly. **Aspectos destacados da Constituição e dissolução familiar**. De Engels aos dias atuais. Disponível em: <file:///C:/Users/Uds/Downloads/1551-5878-1-PB.pdf>, Acessado em: <29/10/2014>

BEVILÁQUA, Código de. **Lei nº 3.071** de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acessado em <5/6/2014>

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura. O Poder da Identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Vol. 2. págs.169-278. Disponível em: <http://www.ige.unicamp.br/site/aulas/134/Castells,M.%20O%20poder%20da%20identidade.%20Cap%203.pdf>. Acessado em <29/10/2014>

DIAS, Maria Berenice. **A ética na jurisdição de família**. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-107-Maria_Berenice_Dias.pdf. Acessado em < 6/11/2014>

Emenda Constitucional nº 9 de 1977. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1970-1979/emendaconstitucional-9-28_junho-1977-366981-publicacaooriginal-1-pl.html. Acessado em < 14/10/2014>

ENGELS, Friedrich. **A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_engels_origem_propriedade_privada_estado.pdf. <Acessado em: 7/8/2014>

I Jornada de Direito Civil. Enunciados disponíveis em: http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadascej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-reitocivil/compilacaoenunciadosaprovados1-3_4jornadadircivilnum.pdf. Acessado em <9/11/2014>

KANT, Emmanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Disponível em: http://ufpr.cleveron.com.br/arquivos/ET_434/kant_metafisica_costumes.pdf. Acessado em <13/10/2014>

LEI nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acessado em <10/6/2014>

LEI nº 9.278/96. **União Estável.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm, acessado em <22/10/2014>

LEI nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977. **Lei do Divórcio** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm. Acessado em <14/10/2014>

LEI nº 8.069 de 13 de julho de 1990, **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acessado em <10/6/2014>

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família.** Tese aprovada como requisito à obtenção do grau de Doutor pelo curso de Pós-Graduação de Direito, setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20se-quence=1. Acessado em <4/11/2014>

Resolução nº 175, CNJ. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf. Acessado em <27/10/2014>

STF, Notícias. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acessado em <27/10/2014>

STJ - Recursos Especiais proferidos pelo Ministro Nilson Naves <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil.pdf>. Acessado em <12/11/2014>

STJ, Recurso Especial nº 6.821, proferido pelo Ministro Nilson Naves, publicado no Diário de Justiça, p. 74.224 em 3 de junho de 1991. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil.pdf>, acessado em <10/10/2014>

STOLZE, Pablo. **A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Reflexões.** Disponível em: <http://www.colegioregistrals.org.br/doutrina.asp?cod=400>. Acessado em: <14/10/2014>

TERUYA, Marisa Tayra. **A família na historiografia brasileira.** bases e perspectivas teóricas. Disponível em: file:///C:/Users/Uds/Downloads/A%20Fam%C3%ADlia%20na%20Historiografia%20Brasileira....pdf. Acessado em: <12/9/2014>