



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
MESTRADO EM FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

FLORINDA LIMA DO NASCIMENTO

TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO ÂMBITO JURÍDICO

SALVADOR

2009

FLORINDA LIMA DO NASCIMENTO

A TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO ÂMBITO JURÍDICO

Dissertação apresentada à Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea.

Orientador: Prof. Dr. José Euclimar Xavier de Menezes.

SALVADOR

2009

UCSAL. Sistema de Bibliotecas.
Setor de Cadastramento.

N244t

Nascimento, Florinda Lima do

A transformação do conceito de família no âmbito jurídico / Florinda Nascimento Lima. – Salvador: UCSal. Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação, 2009. 110 f.

Dissertação apresentada à Universidade Católica do Salvador como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea.

Orientador: Prof. Dr. José Euclimar Xavier de Menezes.

Inclui bibliografia.

1. Família - Hermenêutica jurídica . 2. Família pós-constitucional . 3. União estável - Código civil 2002. 4. Casamento - Divórcio. 5. Organização familiar - Igualdade. 6. Pessoa humana - Dignidade. 7. Família contemporânea - Afetividade. 6. Dissertação. II. Universidade Católica do Salvador. Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea .III. Título.

CDU 316.356.2:347.6(043.3)

FLORINDA LIMA DO NASCIMENTO

A TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO ÂMBITO JURÍDICO.

Esta dissertação foi aprovada pela Banca no dia 08 de abril de 2009.

Área de concentração: Direito de Família.

BANCA:

Orientador: Prof. Dr. José Euclimar Xavier de Menezes.
Doutorado em Filosofia/UNICAMP
Universidade Católica do Salvador

Prof^a. Dr^a. Livia Alessandra Fialho da Costa.
Doutorado em Antropologia/EHESS
Universidade Católica do Salvador

Prof. Dr. Camilo de Lélis Colani Barbosa.
Doutorado em Direito/PUC-SP
Faculdade Social da Bahia

AGRADEÇO:

A Deus pelo dom da vida, fonte de minha inspiração e coragem.

Aos meus pais pelos valores que aprendi a cultivar em família.

Aos meus filhos Marcílio e Manoela pela paz, harmonia e cooperação, sem as quais seria impossível a elaboração deste trabalho.

Ao Professor Menezes pela competência, dedicação e responsabilidade com que conduziu a orientação, apontando as falhas e auxiliando nas dificuldades encontradas ao longo do caminho.

Aos Professores Camilo Colani e Livia Fialho pelas observações pontuadas no exame de qualificação, contribuindo para o aperfeiçoamento do trabalho.

RESUMO

A dissertação traz como tema *A Transformação do Conceito de Família no Âmbito Jurídico*. Adota como marco os princípios constitucionais inseridos na Carta Magna de 1988, que influenciaram na adoção de uma nova hermenêutica jurídica no trato das questões familiares, pelo fato de terem incluído a união estável e a entidade familiar que é formada por um dos pais e seus descendentes, contrastando com o que estabelecia o CCB/1916, cuja concepção de família está atrelada ao casamento. Analisa as legislações anteriores ao diploma constitucional, assim como a contribuição de outros ramos do saber a exemplo da História, da Sociologia, da Antropologia, da Filosofia e da Psicologia, para subsidiar a interpretação jurídica dos fatos sociais relacionados à família e a forma como interferiram na configuração familiar desenhada a partir da Constituição Federal de 1988. O caminho adotado foi o da pesquisa bibliográfica, com auxílio do método lógico-dedutivo para a elaboração do conceito de família pós-constitucional, que se apresenta como fenômeno aberto, plural, finalístico e dinâmico, contrastando com aquele esboçado pelo antigo Código Civil Brasileiro, que enfatizava os aspectos patriarcal, hierárquico, patrimonial e tinha suas bases no matrimônio.

PALAVRAS-CHAVE: Família. União estável. Casamento. Dignidade. Igualdade. Solidariedade.

ABSTRACT

The dissertation brings as theme *The Family Concept Transformation on Judicial Ambit* as marc the constitutional principles inserted on the 1988' Constitution wich influenced on the adoption of a new judicial hermeneutica to deal with the family questions by including the stable union and family body the one that is composed by one of the parents and than descendants as family, contrasting with what the CCB/1916 had fixed, wich family concept was vinculated with marriage. Analyse from the preview legislations to the constitutional degree, such as the other knowledge branches' contribution such as the History, Sociology, Antropology, Philosophy, Psychology to subsidze the juridical interpretation of the social facts related to family, and the form how the interferes on the family configuration designed since the 1988's Federal Constitution. The way adoted was the logical deductive method's assistance to the reconstitution of post constitutional family concept that introduce itself as open, plural, finalistic, and dynamic phenomenon contrasting with that one sketched by the old Brazilian Civic Codehich emphasized the patriarchal, hierarchical, patrimonial aspects and had his bases on the matrimony.

KEYWORDS: Family. Stable union. Marriage. Dignity. Equality, Solidarity.

SUMÁRIO

Introdução	8
CAPÍTULO I	12
1 Conceção de família no âmbito jurídico	12
1.1 Dimensão histórica do conceito de família	14
1.2 Contribuições das ciências humanas ao conceito de família	17
1.3 Reflexos das mudanças	26
1.4 Conceito de família no Código Civil de 1916	28
1.5 Conceção de família esboçada pela Constituição Federal de 1988	34
CAPÍTULO II	41
2 Princípios constitucionais que embasam as relações familiares	41
2.1 O princípio da dignidade da pessoa humana e o Direito de Família	45
2.2 Reflexos do princípio da igualdade na organização familiar	50
2.3 O valor da afetividade na formação da família contemporânea	55
2.4 O princípio do pluralismo familiar adotado pela Constituição Federal de 1988	59
2.5 O princípio da solidariedade insculpido na Carta Magna	66
CAPÍTULO III	70
3 A família no Código Civil de 2002: reflexos da Constituição Federal de 1988	70
3.1 Alterações trazidas para o Código de 2002: cotejo com o Código Civil de 1916	72
3.1.1 Casamento	74
3.1.2 Divórcio	77
3.1.3 Poder familiar	79
3.1.4 Guarda de filhos	82
3.2 Breves considerações acerca do Estatuto das Famílias	86
Considerações Finais	93
Referências	96
Anexo A - Lei nº. 9.278/1996	100
Anexo B – Lei nº. 8.560/1992	102
Anexo C – Lei nº. 8.971/1994	104
Anexo D – lei nº. 4.121/1962	105

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tematiza *A transformação do conceito de família no âmbito jurídico*. Trata-se de um debate atual, que cobra do agente das ciências jurídicas uma sensibilidade interdisciplinar. A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe inovações que repercutiram no modelo familiar, apresentando em sua nova concepção configurações de tipos não contemplados pelas Constituições anteriores. A concepção de espaço na enumeração jurídica capital, de per si, já redimensiona e reconfigura a instituição familiar, provocando debates acerca dos institutos já existentes, ao tempo em que expande a discussão para a reformulação de outros modelos familiares, recônditos, ainda, às margens da Carta Magna. Num esforço comparativo, busca-se cotejar a legislação pertinente ao tema, naquilo que ela trouxe de mudanças para disciplinar as relações familiares como realidade social, com o Código de 1916, que viveu por quase um século, e que desenhou um perfil de família herdado do século anterior com características bem definidas, a saber: o modelo de família patriarcal, de família hierárquica, cristalizando a desigualdade de direitos entre seus membros, fruto da cultura da época e que influenciou a disciplina jurídica das relações familiares. As Ordenações Filipinas comportavam a regulação dos comportamentos em família como uma das primeiras legislações a inspirarem o regramento das relações.

As leis ao passar dos anos, foram suavizando a rigidez, inclusive a legislação de 1916, até chegar ao conceito sugerido pela Constituição Federal de 1988, como fenômeno aberto, plural e finalístico e dinâmico, que é fonte de referência para disciplinar o Direito de Família.

A escolha do tema é fruto de estudos realizados na área de família para a solução de conflitos na lide advocatícia, e que se faz necessário para compreender as transformações pelas quais passa esse instituto milenar, necessitando do intercâmbio de outros saberes que vão estar entrelaçados ao Direito. Por isso exige do profissional que milita na área um esforço redobrado para obter conhecimento não somente da norma legal, mas ser capaz de combinar a técnica e a sensibilidade para a solução dos problemas humanos vividos em família.

Nas últimas três décadas a concepção jurídica de família foi revolvida por alterações, algumas reconhecidas pela norma, mas socialmente ainda não pacificadas e que são alvo de interpretação diferenciada, gerando, às vezes, equívoco, o que torna a busca pelo estudo e a pesquisa uma exigência, confluindo ao Direito o seu caráter dinâmico.

Metodologicamente, optou-se por um trabalho de natureza epistêmica, usando na construção a técnica da exegese do texto jurídico. Foram utilizados autores da Sociologia, da

Antropologia, da História, da Psicologia e da Filosofia para subsidiar o debate de certos núcleos conceituais caros à análise do campo jurídico, porque se compreendeu necessária a interdisciplinaridade dessas áreas do saber, para delinear, com maior nitidez, o foco jurídico contemporâneo da pluralidade familiar desenhada na Carta Constitucional aqui referida. Partiu-se da idéia de um vetor recíproco entre parâmetros sociais para erigir o conceito de família na contemporaneidade, uma vez que o Direito de Família é sensível a essa nova ambientação social e jurídica. Contudo, também analisou-se, em muitos momentos a transformação do conceito de família, tomando por base a CF/1988, com vistas a compreender certas transformações ocorridas no ambiente social. Buscou-se identificar inovações da família constitucional, cujo relevo reside na contribuição em relação aos arranjos familiares não elencados na Carta Magna, examinando-se decisões judiciais que contemplem a configuração do conceito de família constitucional e qual a contribuição oferecida pela Lei Maior para interpretação da realidade familiar de parte dos operadores do Direito.

O trabalho está desenvolvido em três capítulos. O primeiro trata da concepção da família no âmbito jurídico, pontuando alguns aspectos históricos que contribuíram para a transformação dos comportamentos dos membros da família, elencando e sopesando as transformações que ressoaram no Direito. Como é de se esperar de uma investigação desenvolvida em ambiente interdisciplinar, usou-se do recurso às ciências humanas para enriquecer a análise das relações familiares, interpretando de modo adequado a complexidade das mudanças ocorridas no seio da família, sua repercussão social e seus reflexos conceituais na legislação. Portanto, o primeiro capítulo expressa um zig-zague efetivado no ambiente sociojurídico, na tentativa de capturar a relação matizada entre a dinâmica social e a enumeração jurídica, particularmente no que tange à conceituação original de família. Trata-se da montagem de uma moldura, que permite mapear o espaço no qual nos movemos, assim como a verticalização do debate no âmbito jurídico. Mas os argumentos arrolados derivam dessa interface interdisciplinar estabelecida, que possibilita um debate mais aderente à complexidade do fenômeno familiar.

Uma vez estabelecido o enquadre do debate, gerado a partir da interface e cruzamento de conceitos de família, abre-se, com o capítulo II, uma reflexão acerca dos avatares que sustentam a legalidade dos discursos jurídicos sobre a família, a saber, os princípios constitucionais que conferem suporte às relações familiares, quais sejam, o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da afetividade, do pluralismo familiar e da solidariedade. Com essa estratégia, busca-se sedimentar os pilares de sustentação do objetivo deste trabalho, que visa

o desenho de um percurso quase genealógico dos modelos familiares não convencionados, até a Carta de 1988. A questão que orienta esse capítulo diz respeito à legitimidade da expansão jurídica do conceito de família no interior dos textos legais. *Pari-passu* às transformações sociais, a letra da legislação vai sulcando, com maior nitidez, modelos familiares sombreados nas margens das legislações que compõem a história do pensamento jurídico no Brasil.

Uma vez constituído o alicerce, uma vez estabelecidos os elementos básicos desse debate, construiu-se um percurso tentando rastrear, nos documentos históricos o modo como paulatinamente avança-se na aceitação de relações não legalizadas, de acolhida legal de figuras antes consideradas espúrias, na compreensão e proteção de situações da intimidade, antes marginalizadas. O capítulo III traz os reflexos da Carta Magna para a disciplina das relações familiares constantes no CCB/2002, como também desenvolve uma abordagem pontual sobre os institutos do casamento, do divórcio, do poder familiar e da guarda de filhos, finalizando com breves comentários acerca do Estatuto das Famílias, que tem seu trâmite no Congresso Nacional. O intuito evidencia-se: identificar, na concretude dos fatos sociais e na materialidade da letra legal que se vai constituindo, o significativo processo de mudança de concepção jurídica de família que, no entender desta autora, eclode a partir de uma realidade social que se antecipa a quaisquer *insights* jurídicos.

Portanto, esta é uma pesquisa de natureza bibliográfica, que usa o recurso do exame da lei, da jurisprudência e da doutrina. Respeitando a exigência de multidisciplinaridade, coteja-se o *pari-passu* da montagem da lei com certo estado da arte das ciências humanas, que registra as mudanças ocorridas na vida familiar no século XX. Consequentemente ao objetivo da pesquisa, delinea-se o reordenamento da disciplina legal que se dedica à família, em virtude das transformações pelas quais ela passou e que, por sua vez, interferem na estruturação da própria legislação. Utilizou-se o método lógico-dedutivo para reconstituição desse conceito fluido de família, tomando-se por base a construção abstrata da norma jurídica que contempla a proteção do direito individual, do grupo social e familiar esboçado na Carta Constitucional de 1988. Esta incorporou os princípios como norma e os irradiou para as demais legislações que tratam do Direito de Família, introduzindo o elemento finalístico e orientando a hermenêutica e a jurisprudência para a compreensão e aplicação de um direito com critérios de valoração.

A família, considerada pela legislação como célula base da sociedade, recebe, a partir da Constituição Federal/1988, um tratamento axiológico, perdendo o caráter fechado próprio da legislação codificada de 1916, tornando-se fenômeno aberto, plural e finalístico. Desse modo é

também considerada transversalmente na hermenêutica, na jurisprudência bem como na criação de nova norma reguladora das relações familiares.

A pretensão deste trabalho é, principalmente, discutir a concepção de família ante as transformações sociais ocorridas, tomando como referência os preceitos constitucionais para analisar a configuração familiar atualmente desenhada, com o escopo de contribuir na interpretação e compreensão dessa instituição milenar e, conseqüentemente, colaborar na sempre desafiadora e complexa aplicação da lei.

CAPÍTULO I

1 CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA NO ÂMBITO JURÍDICO

O tema da família tem atraído crescente interesse de várias áreas das Ciências Humanas, que têm sido convocadas para debater a sua complexidade, envolvendo as perspectivas jurídica, econômica, antropológica, social, religiosa, psicológica etc. Somente esse fato é suficiente para promover nas investigações uma articulação multidisciplinar do tema, oportunizando uma análise mais acurada acerca da sua função como instituição à qual pertence o indivíduo, bem como a compreensão mais adequada do ambiente em que este indivíduo adquire o complexo repertório necessário para o seu desenvolvimento bio-psico-social.

Neste capítulo, far-se-á referência a alguns dos autores da área das Ciências Humanas e Sociais, que tratam do conceito de família e mapeiam as dificuldades no seu delineamento face às mudanças ocorridas no meio social, que interferem na configuração e na estrutura familiar, assim como nos papéis desempenhados pelos seus membros. Mudanças e transformações que vão repercutir no âmbito jurídico, ao serem traçadas as normas que regulam as relações familiares e os reflexos na sociedade.

Há dificuldade em se construir uma concepção de família que atenda ou dê conta deste fenômeno. Quando são ressaltadas algumas das características, outras são deixadas de fora, não sendo possível contemplar todas as vertentes. Até mesmo dentro de alguns ramos do Direito, esse instituto é visto de forma polifacetada, para dizer o mínimo acerca das tensões que nesse campo se verificam.

Faz-se necessária uma visita aos conhecimentos produzidos pelas áreas do saber para compreender, de forma mais adequada, a concepção jurídica adotada pela atual Constituição Federal, que impactou no Direito de Família, permitindo a construção de novo paradigma sob o qual devem ser analisadas as relações familiares ante as transformações ocorridas. Este é o objeto do trabalho e, através do método lógico-dedutivo, pretende-se alcançar o delineamento do conceito de família na perspectiva social e jurídica, como fenômeno aberto, plural, finalístico e dinâmico.

Os autores arrolados neste capítulo, das áreas da Sociologia, da Antropologia, da História e da Psicologia, fornecem subsídios para análise da configuração familiar, no que beneficia a perspectiva jurídica. Uma vez que o Direito não traça um conceito que abarque

todas as matizes, entende-se que o recurso à multidisciplinaridade corrobora para interpretar o fenômeno com a complexidade que ele solicita.

Principia-se por algo inovador: o reconhecimento de um passo avançado que a atual Constituição Federal deu, sintonizada com as ocorrências históricas que matizam a vida da intimidade domiciliar, ao acolher em seus artigos, especificamente o 226, § 3º, a união de fato, aquela em que o homem e a mulher passam a conviver juntos como marido e mulher sem, no entanto, estarem unidos pelos laços do matrimônio. Ao acolher legalmente essa entidade familiar, a Constituição Federal traz o reconhecimento jurídico de mais uma instituição, até então não considerada como tal pelo Código Civil de 1916, em cujo arcabouço a família era formada exclusivamente pelo casamento. O reconhecimento constitucional da união estável reordenou a concepção de família anterior à atual Carta Magna e trouxe mudanças que implicaram na sua configuração, refletindo tanto na estrutura quanto na função dos seus membros, merecendo uma reflexão acerca da repercussão da família redesenhada. Para isso se faz necessário o aporte de argumentos alocados em áreas do saber como História, Sociologia, Filosofia, Antropologia e Psicologia, para interpretar as matizes familiares após o advento da Constituição, que traz critérios axiológicos para proteger interesses dos indivíduos e grupos sociais, possibilitando uma interpretação mais consentânea com a realidade.

Therborn (2006)¹, em sua obra *Sexo e Poder*, traz um estudo sobre família no mundo nos últimos cem anos e afirma que trata-se de uma instituição social, a mais antiga e a mais disseminada de todas, detentora de um conjunto de normas que definem os direitos e as obrigações dos seus membros, assim como os limites entre estes e os não-membros. Em outras palavras, na visão do autor, a família ocupa o lugar de instância reguladora das relações sociais. Essas normas, contendo direitos e obrigações, regulamentam as relações sociais e se constituem no índice privilegiado em âmbito jurídico para direcionar o comportamento que todo ser humano deve adotar para conviver em sociedade.

Alguns elementos indicativos desse movimento transformador merecem destaque, a exemplo: o declínio do sistema patriarcal, a disseminação do controle de natalidade com a descoberta da pílula anticoncepcional, a dissolubilidade crescente do casamento, os movimentos feministas na luta pela conquista dos direitos das mulheres e, conseqüentemente, a saída da “dona de casa” do lar para o mercado do trabalho, o avanço das biotecnologias, as inseminações artificiais e as intervenções tecnológicas sobre a reprodução humana (SARTI,

¹THERBORN, Goran. *Sexo e poder: a família no mundo 1900-2000*. Trad. Elisabete Dória Bilac. São Paulo:Contexto, 2006.

2004; PETRINI, 2007)². Todos esses fatores contribuíram para que se redesenhasse a família nos discursos das Ciências Humanas, cujos reflexos também alcançam seu conceito, especificamente o jurídico.

1.1 DIMENSÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Analisando-se o trajeto histórico da família, é possível identificar fatores que influenciaram sua transformação. Um deles, apontado por Engels (2002),³ é o fator econômico, que deu suporte às alterações estruturais e funcionais da família e estabeleceu privilégios para os detentores do poder econômico que submetem os que deste poder eram dependentes. O autor aponta um fator que provocou mudanças no panorama familiar, desencadeando um conflito de gênero. A mulher foi subjugada ao poder do marido em decorrência da aquisição, por este, da superioridade econômica e acabou por perder a força e a posição de destaque na *gens*, considerada por Engels (2002, p.59) “*como um rude golpe na sociedade alicerçada no matrimônio sindiásmico e na gens baseada no matriarcado.*”

Apesar de o autor analisar a realidade familiar do período primitivo, merece aqui referência por ter apontado mudanças que interferiram, de forma decisiva, para a transformação da estrutura da família e da função exercida pelos seus membros, afetando a configuração familiar e, conseqüentemente, ressoando no campo do regramento jurídico, fornecendo, portanto, um viés de interpretação da realidade familiar. A exemplo do matriarcado, que tinha sua base no direito materno, estabelecendo o parentesco pela consanguinidade, estando atrelada esse fato a herança. Os filhos nada herdavam das *gens* do seu pai, uma vez que a riqueza deste permanecia com a *gens* dele. Tal situação determinou a modificação da lei, abolindo o direito hereditário materno, que foi substituído pelo direito hereditário paterno, surgindo daí o patriarcado que trouxe incomensurável prejuízo ao gênero feminino. O que Engels oferece para incremento da reflexão aqui encetada é a possibilidade de pensar a instituição da unidade familiar a partir de uma tensão de forças no estabelecimento de direitos e deveres, transformados a partir do vetor econômico, que impulsionou a inversão das

² SARTI, Cynthia Andersen. Algumas questões sobre família e políticas sociais. In: JACQUET, Christine; COSTA, Livia Fialho (orgs.) *Família em mudança*. São Paulo: Companhia Ilimitada, 2004.

PETRINI, Giancarlo. Políticas sociais dirigidas à família. In: BORGES, Ângela; CASTRO, Mary Garcia (orgs.) *Família, gênero e gerações: desafios para as políticas sociais*. São Paulo: Paulinas, 2007.

³ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Trad. Leandro Konder. 15.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

posições exercidas pelo homem e pela mulher, refletindo na modificação do regramento jurídico para atender à dinâmica social.

Engels traça o percurso seguido pela família primitiva, que tinha o caráter endogâmico, e sua evolução, assim classificada: estado selvagem, o período em que o homem se apropria de produtos da natureza prontos para utilização; barbárie, estágio mais avançado, com a produção dos bens mediante o trabalho humano, necessário à sobrevivência; civilização, em que estão presentes a indústria e a arte, mostrando como a evolução influenciou na formação dos grupamentos humanos e, conseqüentemente, na constituição da família, que tem na sua base estrutural o aspecto econômico, o qual intervém como suporte necessário ao desenvolvimento das relações intrafamiliares, destacando que o poder e a hierarquia são exercidos por aquele que detém a riqueza, a saber, o homem, que também é o responsável pela manutenção da prole e a condução dos destinos dos membros da família. A riqueza proporcionou a ele ter uma posição, no espaço familiar, mais preponderante do que a da mulher, surgindo, dessa tensão de forças, a família monogâmica, que tem a sua solidez nos laços conjugais, em que se destaca a supremacia do homem no relacionamento e na regulação desse espaço. A noção de matrimônio se sustenta em um contrato, o mais importante de todos, porque dispõe do corpo e da alma de dois seres humanos para toda a vida, colocando a família como um elemento ativo, que nunca permanece estacionário, na medida em que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado.

O estudo trazido por Engels (2002) analisa a família primitiva e a sua transformação, embasada na economia que oferece os insumos básicos para as mudanças. Em sua especulação, é razoável pensar o pátrio poder, modo de exercício de poder no sistema patriarcal, que perdurou por um longo período nas legislações, tendo como suporte o fator econômico, decisivo para o estabelecimento das regras de exercício do poder no interior da família.

Exigências históricas fizeram o homem ser elevado à condição de mantenedor da família, dotado com o atributo de detentor de riquezas, fato que lhe permitiu reduzir a mulher à sua escrava, instaurando um modelo de poder patriarcal, ao qual ficaram submetidos os demais membros da família. No caso da mulher, foi-lhe imposta a fidelidade como meio de garantia da paternidade dos filhos e tendo o esposo/pai, inclusive, o direito de poder decisório sobre a vida.

A monogamia representou a vitória do homem sobre a mulher, que foi oprimida para garantir a prole, porque na sociedade primitiva a certeza da filiação se ancorava apenas pela linha feminina, e a transmissão da herança aos filhos necessitava desta certeza, o que permitiu instaurar um sistema familiar em que o homem era detentor exclusivo de direitos. A

infidelidade conjugal⁴ é um deles, tolerada e tacitamente aprovada pela sociedade, no entanto, a mulher não tinha liberdade sexual e sofria punições severas caso contrariasse as normas legais e sociais. O adultério⁵ foi uma instituição fatal para a mulher, contudo, apesar de suprimido, há relatos sobre a sua existência.

A ascendência econômica masculina e o conseqüente interesse em transmitir aos filhos *legítimos* o patrimônio construído impuseram as condições de escravidão à mulher, que lutou, principalmente nos dois últimos séculos, para se libertar desse jugo, somente alcançando algum êxito após sua inserção no mercado de trabalho, “equiparando-se” economicamente ao homem. Adicionem-se a esse elemento outras conquistas e benefícios, aqueles trazidos pelas inovações tecnológicas que permitiram o controle sobre a reprodução humana.

Há uma recepção pela norma jurídica das transformações ocorridas no seio da sociedade, implicando uma reorientação da regulação das relações familiares.

Outro aspecto a ser salientado e que também contribuiu para as mudanças no seio da família foi o olhar diferenciado para a criança, que segundo Ariès (1981)⁶, a partir do século XVI mereceu destaque pela presença da afetividade, o que, segundo o autor, não foi observado na Idade Média, sobressaindo, naquele período, o aspecto moral e social em torno da criança, que tinha a posição de herdeira do patrimônio, apoiada na honra e no nome da família. O papel da mulher continuava limitado à administração da casa, ao cuidado com os filhos, estando submetida à autoridade do marido.

A família é delineada, ao longo da sua trajetória histórica, com base nos valores cultuados e ditados pela sociedade, e a configuração adotada está atrelada à escolha feita pelo grupo social dos preceitos que devem reger os comportamentos humanos em cada época e nas variadas culturas. A família estudada como unidade econômica tem o foco no interesse patrimonial regendo as relações; como unidade sentimental sobressai a afetividade que liga os seus membros; como família legal é concebida com base no regramento jurídico. A feição de família não se limita a apenas um destes aspectos, ao contrário, devem estar todos entrelaçados para uma melhor compreensão. A divisão tão somente auxilia na abordagem didática dos estudos sobre a família, que não permitem uma abordagem dogmática. As normas que disciplinam os

⁴Infidelidade. Oposto de fidelidade. Abuso da fé dos contratos, da confiança, da fé conjugal. In:SOIBELMAN, Leib. Enciclopédia do advogado. 2. ed. Rio de Janeiro:Editora Rio 1979, p. 195.

⁵ Adultério. (dir. civ.) Infidelidade conjugal. Adultério (dir. pen.) Qualquer ato libidinoso cometido por duas pessoas de sexo diferente, uma das quais é casada. In: SOIBELMAN, Leib. Enciclopédia do advogado. 2. ed. Rio de Janeiro:Editora Rio 1979 p. 26.

⁶ ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Trad. Flora Flaksman. 2.ed. Rio de Janeiro:LTC Editora, 1981.

comportamentos familiares são fruto das conquistas sociais que perpassam várias formas de interpretação, em vários ângulos, ressoando no Direito que regula o comportamento social e familiar.

A família é considerada como um grupo social e por ser o primeiro grupo ao qual o indivíduo pertence é o lugar em que ocorrem os primeiros passos para a construção da convivência em sociedade, recepcionando os valores disseminados em cada época, bem como assumindo o encargo de reproduzi-los para a sedimentação de um *ethos*.

1.2 CONTRIBUIÇÕES DAS CIÊNCIAS HUMANAS AO CONCEITO DE FAMÍLIA.

Destacam alguns autores da área da Sociologia, da Antropologia e do Direito (BRUSCHINI, 1989; FONSECA, 2005; DUARTE, 1995; VENOSA, 2008; RODRIGUES, 2007)⁷ a dificuldade em definir o conceito de família, porque consideram tarefa complexa pelas limitações empíricas e abordagens teóricas em capturar o fenômeno família. Por isso justifica-se a abordagem interdisciplinar, objetivando minorar essa limitação para que se chegue mais próximo do fenômeno para análise e intervenção.

Para Bruschini (1989, p.13) “*A família é um conjunto de pessoas ligadas por laços de sangue, parentesco ou dependência, que estabelecem entre si relações de solidariedade e tensão, conflito e afeto.*” Há que se ressaltar também a relação de força e poder daqueles que estabelecem os direitos e os deveres no interior de sua organização.

Duarte(1995) considera que a família tem grande peso em todas as camadas da população brasileira, mas com significação diferenciada, dependendo do extrato social a que o indivíduo pertença. Para as pessoas da elite, prevalece a concepção de família como linhagem, associação corporativa, com destaque para o patrimônio; as camadas médias, mais voltadas para a família nuclear, atentam prioritariamente às necessidade do núcleo dos pais e filhos, já

⁷ BRUSCHINI, Cristina. Uma abordagem antropológica de família. *Revista Brasileira de Estudos de População*. São Paulo, v.6 n.1, jan./jun.1989.

FONSECA, Cláudia. Concepções de família e práticas de intervenção: uma contribuição antropológica. *Saúde e Sociedade* v.14, n.2, mai/ago, 2005. www.scielo.br/pdf/sausoc/v.14n2/06.pdf. Acesso em 04/01/09.

DUARTE, Luiz Fernando Dias. Horizontes do indivíduo e da ética no crepúsculo da família. In: RIBEIRO, Ivete; RIBEIRO, Ana Clara T. (org.) *Família em processos contemporâneos: inovações culturais na sociedade brasileira*. Rio de Janeiro:Fundação João XXIII, 1995. <http://books.google.com.br> . Acesso em 05/01/09.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:direito de família*. 8.ed. São Paulo:Atlas, 2008.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil:direito de família* 28. ed. 4. tir. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo:Saraiva, 2007.

para os grupos populares, a concepção de família tem por base a idéia de que se constitui em rede de ajuda mútua. Venosa (2008),⁸ por sua vez, considera que a conceituação de família traz um paradoxo por não existir identidade de conceito para o direito. A intervenção nesta instituição requer que se delineie antes um conceito mais próximo da realidade de família, conceito desenhado para responder às características e valores concernentes às exigências de cada época. Daí se deduz que há necessidade de uma interpretação interdisciplinar e também axiológica, respaldada pela lei e pela doutrina, quando das decisões de questões referentes a conflitos familiares.

Rodrigues (2007) aponta a extensão e os sentidos do conceito de família. O mais amplo admite como família aquela formada por todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue, todos os parentes consanguíneos. No sentido mais restrito, família é aquela instituição formada pelo conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole. O Direito de Família focaliza o aspecto social para a intervenção que representa o interesse do Estado na disciplina da organização familiar e na segurança das relações humanas.

Dentro dos quadros de nossa civilização a família constitui a base de toda a estrutura da sociedade. Nela se assentam não só as colunas econômicas, como se esteiam as raízes morais da organização social. De sorte que o Estado, na preservação da própria sobrevivência, tem interesse primário em proteger a família, por meio de leis que lhe assegurem o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais. Daí a interferência, por vezes exagerada do Estado nas relações familiares. (RODRIGUES, 2007, p.5)⁹

Um dos antropólogos que trouxe contribuições relevantes para o estudo da família com relação a mudanças é Claude Lèvi-Strauss (1980)¹⁰ que aqui, especificamente, merece referência em função de evidenciar um elemento, o instituto do incesto, que provocou uma revolução no ordenamento das relações familiares. Isso ressoa no Direito com a disciplina dos impedimentos para o casamento. Afirma em sua obra: *A Família: origem e evolução* que:

“... o estudo comparativo da família entre os diferentes povos suscitou algumas das mais ásperas polêmicas de toda a história do pensamento antropológico e, provavelmente, a sua mudança de orientação mais espetacular.” (LÈVI-STRAUSS, 1980, p.7)

⁸ Op. cit.

⁹ Op. cit.

¹⁰ LÈVI-STRAUSS, Claude; GOUGH, Kathleen; SPIRO, Melford. *A família: origem e evolução*. Porto Alegre: Editorial Vila Martha, Coleção Rosa dos Ventos, v.1, 1980.

Ressalta, como características delineadoras da família, a sua origem no casamento, que anela marido, esposa e filhos, sendo estes últimos, necessariamente, oriundos dessa união nuclear originária. Há ainda os membros que estão unidos por laços legais e são detentores de direitos e obrigações econômicas e religiosas e observa reciprocamente as proibições sexuais interpostas, desenvolvendo sentimentos psicológicos entre si como amor, afeto, temor e respeito.

Com essa perspectiva, Lèvy-Strauss traz um estudo da instituição familiar com abordagem antropológica, contribuindo fortemente para explicar sistemas familiares ordenados com base no “tabu do incesto,” que proíbe a relação sexual entre consangüíneos. Para o autor, a família se constitui como grupo social que cria o regramento para disciplinar os comportamentos, tendo como base um sistema de aliança em que membros de uma dada família buscam o membro de outra para unir-se, e daí formar novo grupo, estabelecendo as condições afetivas pelas quais o extrato social se constitui.

O Direito comunga da referência estabelecida pelos estudos realizados no âmbito das Ciências Humanas, para construir o arcabouço jurídico de normas que disciplinam os comportamentos dos indivíduos na família e na sociedade, ao longo do tempo histórico.

Dentre os elementos aqui arrolados com fins à análise da transformação da concepção familiar no seu trajeto histórico, vale a pena ressaltar a contribuição do Direito Romano, fundado na instituição do patriarcalismo, por ter influenciado várias legislações, inclusive a nossa. O poder do *pater* era exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos e, segundo interpretação de Sílvio Venosa (2008), estaria embasado no vínculo religioso e culto aos antepassados, justificando o domínio masculino sobre os demais membros da família, porque este tinha o encargo de continuar o culto familiar. Como consequência desse poder, sacraliza-se o casamento, com vistas à manutenção de uma união que reitera o poder do *pater*. Contudo, isso não permite assegurar que as uniões eram totalmente destituídas de afetividade, mas deduz-se a não relevância do sentimento afetivo, com base no que preceituam a norma e costumes da época, analisados pelos autores aqui relacionados. Coulanges (apud Venosa, 2008, p. 4) afirma que:

No Direito Romano, assim como no grego, o afeto natural, embora pudesse existir, não era o elo de ligação entre os membros da família. Nem o nascimento nem a afeição foram fundamentos da família romana. O *pater* podia nutrir o mais profundo sentimento por sua filha, mas bem algum de seu patrimônio lhe poderia legar.

A mulher submetida ao *manus maritalis* e os filhos ao *patria potestas* eram considerados como parte do patrimônio do chefe da família. A mulher, antes de casar, estava submetida à autoridade do pai, que era transferida ao marido após o casamento. Apesar de ser uma realidade própria da família na Antiguidade, isso ressoa nas legislações posteriores, perdurando até o século XX, quando se observa no regramento jurídico uma maior proteção do patrimônio em detrimento da atenção à experiência afetiva entre os componentes da família. Do mesmo modo, também ressoa hoje a importância atribuída ao casamento como elemento fundante da instituição familiar, como já o era na Antiguidade.

Talvez a trajetória histórica da submissão da mulher tenha sido decisiva para que ela fosse considerada incapaz no sistema normativo, assim como o tratamento desigual dado aos membros da mesma família. As variações que ocorreram no interior da instituição familiar, no tocante às diferenças de geração, foram uma exigência dos momentos históricos que infletiram na valorização da pessoa em lugar do patrimônio reconfigurando a dinâmica de relacionamento na intimidade da vida familiar.

O sujeito tem prioridade em relação ao patrimônio no regramento jurídico relacionado ao Direito de Família. Para que se compreenda tal afirmação e para reiterar a exigência de interdisciplinaridade nesse debate, toma-se a Psicologia como uma das ciências que vem oferecer suporte para conceber a estruturação da família de modo mais complexo, particularmente quando destaca um atributo sobre o qual devem ser erigidas as relações familiares: a afetividade, absorvida pela doutrina na interpretação da Constituição Federal de 1988, redesenhando a configuração familiar. Postula-se que esse seja o ponto de partida pelo qual devem ser decididas as questões relativas aos conflitos familiares, ao procurar resguardar o bem-estar dos seus membros, colocando a família como o “*locus*” de realização pessoal, assim contemplada também no âmbito jurídico.

A busca pela convivência com o outro, atendendo à demanda afetivo-sexual como dispositivo que expõe a aversão à solidão justifica a formação de uma família, bem como a necessidade inerente a todo ser humano de constituir sua identidade.

Dado a dependência e o desamparo emocional que é da natureza humana, a finalidade da família, embora sofra variações históricas mantém-se essencialmente como instituição estruturante do indivíduo em função das diferenças entre os elementos que compõem e que determinam lugares que este ocupa e funções diferentes que exerce, de acordo com o ciclo vital, dentro da estrutura. Dadas estas condições é que podemos desenvolver atributos humanos por excelência – o pensamento (capacidade de simbolização, crítica, julgamento e criatividade entre outras). Podemos dizer que a família tem como finalidade propiciar o

desenvolvimento no ser humano de sua capacidade de pensamento em sintonia com os sentimentos. (GROENINGA, 2003, p.137)¹¹

É na família que a criança toma conhecimento do lugar do pai, da mãe e desenvolve o vínculo de pertencimento. As mudanças processadas na ordenação familiar refletem-se diretamente na normatização e na relação entre seus membros. Diluiu-se, por exemplo, o poder patriarcal e instituiu-se o poder familiar, o que significa que pai e mãe passam a ter o mesmo poder de decisão em relação aos filhos e a si próprios como componentes da instituição familiar, o que interfere na “*dinâmica psíquica, em que função paterna e materna são complementares*” (GROENINGA, 2003, p.139) mantendo-se os vínculos de pertencimento e a consequente responsabilidade dos pais para com os filhos. Portanto, há uma alteração nos papéis, tomando por base o que disciplina o CCB/1916. As transformações são observadas, mas permanecem inalteradas algumas características na seara jurídica como, por exemplo, a responsabilidade e a obrigação do cuidado dos pais para com a criança e que somente são designadas para terceiros quando os genitores não cumprem com suas funções.

As mudanças na função da família, ao longo da sua trajetória, geraram suspeitas de que ela fosse desaparecer (COOPER, 1986)¹². Seguramente, as várias configurações que apresenta no curso da história, mesmo que guardem semelhanças entre si não são idênticas nos períodos dos estudiosos aqui arrolados. Vários fatores provocaram reconfigurações nos sistemas familiares e dentre eles pode-se destacar a proletarização, que empurrou a mulher para o mercado de trabalho, reduzindo a autoridade do marido como único provedor da casa. Soma-se a isso a dificuldade em deixar o patrimônio para os filhos, dado que a superioridade do pai de família estava atrelada ao poder econômico; a industrialização, que, segundo Therborn (2006)¹³, desafiou o patriarcado pela separação em grande escala entre o lugar do trabalho e a residência, fato que enfraqueceu o controle paterno que se manteve inatingível por alguns séculos. Somente após algumas conquistas das mulheres, como a ascensão econômica é que essa realidade passou a ter outro contorno.

Definir família é uma tarefa complexa pela diversidade de formações que assumem na prática. Por isso justifica-se um estudo interdisciplinar que, com o entrelaçamento das análises

¹¹ GROENINGA, Giselle Câmara; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (coord.) *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro:Imago, 2003. p.137

¹² COOPER, David. *A morte da família*. São Paulo:Martins Fontes, 1986.

¹³ Op.cit.

de diversas áreas das ciências humanas torna possível interpretar e delinear a configuração familiar com maior adequação, permitindo, inclusive, a interpretação da acepção jurídica delineada na legislação.

Alguns dos autores aqui arrolados oferecem subsídios para uma construção lógica da concepção de família no âmbito jurídico, unindo-se os conhecimentos oferecidos pelos vários campos do saber, uma vez que somente uma área não é suficiente, nem porto seguro para análise das transformações pelas quais passa a instituição familiar.

A esse propósito vale destacar a teoria de Donatti (2008),¹⁴ que traz uma abordagem relacional para explicar a família a partir das relações travadas entre seus membros, afirmando que:

A abordagem relacional não é sincrética; tenta ir ao coração da família no sentido de reconhecer sua peculiaridade, a originalidade da relação familiar, como distinta de todas as outras relações. Ela procura encontrar e compreender a relação familiar a partir daquilo que constitui sua unicidade, porque a família é diferente da relação de amizade, de trabalho, médico-sanitária. (DONATTI, 2008, p.28).

O autor deixa clara a complexidade da investigação científica acerca da família, pela relação peculiar de que é envolvida, necessitando de uma “visão transversal” dos estudos já realizados sobre os paradigmas.

A História contribui com os fatos e os relatos que permitem aos estudiosos de outras áreas se debruçarem sobre eles para interpretarem a realidade de uma época, o que ela deixou como legado e a forma com que repercute na atualidade. A Antropologia e a Sociologia também oferecem interpretações que servem à elaboração da concepção de família. Claudia Fonseca (2005),¹⁵ afirma que “*a relação indivíduo-família não pode ser pensada da mesma forma em todo lugar, pois a própria noção de família varia conforme a categoria social com a qual estamos lidando.*” Algumas acepções são muito limitadas face à dinâmica das relações familiares, transbordando para a concepção constitucional atual que elasteceu o conceito de família, acolhendo alguns delineamentos que anteriormente não estavam incorporados.

O conceito jurídico de família não vem expresso na atual Constituição nem no Código Civil de 2002. Mas é possível reconstituí-lo a partir do que expõem os seus artigos e da

¹⁴ DONATI, Pierpaolo. *Família no século XXI: abordagem relacional*. Trad. João Carlos Petrini. São Paulo:Paulinas, 2008. p.28.

¹⁵ Op.cit. p.13

interpretação que se faz deles, fruto da reformulação subsidiada pelo trajeto histórico em que algumas normas são afastadas e outras criadas e acolhidas e que são oferecidas pelos vários campos do saber. Mas o que se deseja afirmar quando se diz que a concepção constitucional atual elasteceu, ampliou o conceito de família? Sem dúvida porque o texto acolhe como entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher (art.226, § 3º, da CF/1988), ou ainda quando ela é formada por um dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º, da CF/1988). Há uma complementaridade das formas de interpretar a família nas várias ciências que estão interrelacionadas.

Os conhecimentos alcançados pelos vários ramos da ciência auxiliam no esclarecimento da concepção de família ao longo da sua trajetória histórica, possibilitando, ainda, áreas como o Direito beneficiarem-se de uma certa complementariedade que deriva dessas múltiplas reflexões. O Estado dita normas para reger os comportamentos dos indivíduos em família. Essas normas são construídas a partir das interpretações fornecidas pelos ramos do saber em consonância com a realidade social, correspondendo a cada período histórico com suas alterações e mudanças, traçando, assim, a configuração jurídica da família, com as características marcantes de cada um desses períodos.

A Constituição Federal de 1988 representou um marco no que diz respeito à configuração familiar do século XXI, porque equiparou os direitos dos filhos não oriundos do casamento aos daqueles que dele provieram, proibindo a discriminação e concedeu direito igual aos homens e mulheres na chefia da família. Logo, vê-se a necessidade do entrelaçamento dos conhecimentos pertencentes a outras áreas para auxiliar na compreensão do fenômeno, porque as determinações na seara jurídica repercutirão no âmbito psíquico dos seus membros. O Direito vai disciplinar aspectos que dizem respeito ao privado, como a sexualidade e a afetividade, que não estão no campo meramente objetivo como pretende a ciência jurídica, o que implica uma interferência direta nos destinos particulares dos indivíduos, penetrando nas tradições e costumes já sedimentados numa sociedade que, às vezes, requer a quebra de paradigmas, exigindo um olhar interdisciplinar acerca da família, para compreender de forma adequada, as mudanças que nela ocorrem. O Direito disciplina as relações familiares do ponto de vista legal, mas a sua legitimidade advém do diálogo com outros ramos do saber e com a realidade.

As concepções dos modelos familiares das últimas três décadas do século XX e início do século XXI sofreram significativas mudanças, que influenciaram na alteração da legislação brasileira no item concernente a uniões familiares. Numa retrospectiva sintética, partindo das Constituições anteriores até a atual, é possível constatar que a família sempre foi representada

como aquela que é *legítima*, quando constituída pelo casamento. A Carta Magna de 1934 traz, em seu artigo 144, o seguinte enunciado: “*A família é constituída pelo casamento indissolúvel, sob a proteção especial do Estado*”. Nesse mesmo sentido está posta a enunciação a propósito da família nas demais Constituições: a de 1937, que no art. 124, mantém a mesma redação apresentada na Constituição anterior e acrescenta que: “... *Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.*” Beneficia, pois, aquelas que possuem muitos membros, reflexo da concepção de família como força de trabalho, que tinha o foco voltado para a produção de bens. A de 1946, em seu art. 163, reproduz na íntegra o art. 144 da Constituição de 1934. A de 1967, cujo art. 167 traz a seguinte determinação: “*A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos,*” mantendo a característica de união indissolúvel e o art. 175, § 1º, que apresenta uma inovação com relação às anteriores que é a possibilidade da dissolução do vínculo, sendo esse artigo modificado, posteriormente, pela Emenda Constitucional nº 9/77. Observa-se que em nenhuma delas há menção sobre a existência da união de fato, embora esta já se fizesse presente no seio da sociedade. Todas as transformações indicadas acima já influetiam poderosamente nas ordenações sócio-familiares, sustêm os sociólogos.

O Código Civil de 1916 manteve a mesma linha enunciativa, desconhecendo ou deixando elípticas quaisquer referências a respeito das uniões de fato, que somente com a Constituição de 1988 vieram adquirir destaque legal, erigidas à condição de entidade familiar.

A configuração familiar esboçada pela Constituição Federal de 1988 é diferente da que fora desenhada pelo Código Civil anterior a ela, que apresentava uma família patriarcal, de caráter hegemônico, formada a partir do casamento e com a preocupação em manter os interesses patrimoniais, tratando os seus membros com desigualdade ínsita no artigo 380, que estabelece:

“Art. 380 Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos seus progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.”

Cabia ao marido: a chefia da sociedade conjugal, o direito de fixar o domicílio da família, o direito de administrar os bens do casal, o direito de decidir, em caso de divergência, mantendo os filhos e a mulher sob o jugo paterno e marital, respectivamente. Evidentemente não ocorreu um salto entre o CCB/1916 e alguns direitos obrigacionais que foram reconhecidos

nesse interstício de setenta e poucos anos e que são apontados neste trabalho. Mas se evidencia na pesquisa aqui desenvolvida um detalhe sobre esse período, em que se deposita o foco de atenção, que é o caráter familiar atribuído a essas uniões, dado exclusivamente pela CF/1988.

A Carta Magna de 1988 traz um perfil diferenciado de família e coloca sob o pálio legal as uniões livres, conforme estabelecido em seu art. 226, que afirma:

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

...

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

Portanto, foram reconhecidas as uniões livres, já existentes na sociedade, mas até então excluídas da norma jurídica que exigia a formalidade dessa união sob o véu do matrimônio. A CF/1988 é um divisor de águas por várias razões, dentre as quais se destaca a enunciação da igualdade entre homem e mulher ínsita no art.226, § 5º, que expressa o seguinte:

“Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

Extinguindo, pois, a superioridade do homem com relação às decisões a serem tomadas nos direcionamentos e conflitos familiares, o dispositivo equiparou também os direitos dos filhos oriundos do casamento ao daqueles nascidos fora do casamento, na conformidade do artigo a seguir:

“Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

...

§ 6º 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.

Estes são alguns dos pontos que repercutiram para que a família fosse repensada e tivesse um ordenamento jurídico que contemplasse uma nova feição familiar, contribuindo

para a aceitação social de configurações não inseridas na lei antecedente, amenizando, como corolário de direito, as dificuldades dos atores nas disputas judiciais, objeto de atenção nos capítulos seguintes deste trabalho.

1.3 REFLEXOS DAS MUDANÇAS

Como toda mudança traz inquietações, aquelas relativas à configuração familiar não são exceção à regra. A presença da liquidez nas relações amorosas e formação de vínculos familiares na sociedade contemporânea é destacada por alguns autores, dentre eles, destaca-se o sociólogo Zygmunt Bauman.

E assim numa cultura consumista como a nossa, que favorece o produto pronto para uso imediato, o prazer passageiro, a satisfação instantânea, resultados que não exijam esforços prolongados, receitas testadas, garantias de seguro total e devolução do dinheiro. A promessa de aprender a arte de amar é a oferta (falsa, enganosa, mas que se deseja ardentemente verdadeira) de construir a 'experiência amorosa' à semelhança de outras mercadorias, que fascina e seduzem exibindo todas essas características e prometem desejo sem ansiedade, esforço sem suor e resultado sem esforço. (BAUMAN, 2004, p21)

Esses valores não deveriam fazer parte da construção familiar, mas lá estão cravados promovendo equívocos e desestruturação de conquistas civilizatórias relevantes, agora fragilizadas, desprezadas e concebidas como anacrônicas.

Essa realidade social vai repercutir na seara jurídica, especificamente no Direito de Família que tem suavizado algumas das regras rígidas estabelecidas pelo Estado quando normatiza as condutas.

Aos poucos, o tradicionalismo e o controle rígido da conjugalidade e sexualidade, estabelecidos pela sociedade e pelas normas jurídicas, foram sendo atenuados. Os relacionamentos passaram a ser construídos priorizando o amor e a escolha pessoal do casal. A formalidade de que era revestido o casamento foi quebrada, com a possibilidade da dissolução deste vínculo, com a instituição do divórcio, possibilidade que se torna sempre mais concreta, obedecendo-se ao critério de uma convivência em que estivesse privilegiado o bem-estar de ambos os parceiros.

O modelo de casamento cristão, monogâmico e indissolúvel que prevaleceu na Idade Média, Moderna e Contemporânea, que fixava o limite da sexualidade lícita, foi substituído

nos dias atuais por um modelo que prioriza a autonomia e sentimentos dos parceiros que estabelecerão as relações conjugais. Constata-se, aqui, um deslocamento de uma codificação social eminentemente externa, para uma deliberação subjetiva, uma secularização da sexualidade, a desinstitucionalização do casamento e o desenvolvimento da coabitação (BOZON, 1999)¹⁶. É evidente que tais mudanças não serão absorvidas pela legislação de forma imediata, exigindo um período de maturação, até que sejam incorporadas pela sociedade e pela lei que, por seu turno, deve exprimir as demandas dessa sociedade. A Des. Maria Berenice Dias afirma que:

“O legislador não consegue acompanhar a realidade social e nem contemplar as inquietações da família contemporânea. A sociedade evolui, transforma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de constante oxigenação das leis”.(DIAS, 2006, p.27)¹⁷

O avanço científico, tecnológico e cultural franjeou a fronteira arquetada rigidamente pelo sistema jurídico-social. Sobressai hoje o aspecto subjetivo em detrimento do institucional de outrora, sendo desenhados contornos diversificados de uniões que se refletem na legislação que regulamenta o direito familiar, que recepciona por um lado essas mudanças sociais, não desprezando totalmente o modelo anterior e, por outro, constrói o arcabouço jurídico que confere o suporte necessário aos operadores do Direito para decidirem as questões referentes à família, em consonância com os valores emergentes na própria sociedade.

A família desenhada no CCB/1916 era matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, institucionalizada e biológica. A família configurada pela Carta Magna e CCB/2002 tem caráter pluralizado, é mais democrática, os membros gozam de igualdade, privilegia o aspecto biológico, ao tempo em que não despreza o sócio-afetivo. Essa configuração será demonstrada na seqüência deste trabalho.

¹⁶BOZON, Michele. *Sexualidade, conjugalidade e relações de gênero na época contemporânea*. In: Intersecções: revista de estudos interdisciplinares. Ano 1, n.1, Rio de Janeiro:UERJ/NAPE, 1999.

¹⁷DIAS, Maria Berenice, *Manual de direito das famílias*. 3.ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

1.4 CONCEITO DE FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O contexto de mudanças em que está inserida a família brasileira não pode ser analisado sem que antes se tenham considerações sobre o Código de 1916, elaborado pelo jurista Clóvis Bevilacqua. Essa norma deixou sua marca cravada na história jurídica nacional, vigendo em todo o século XX, e cimentando uma “cultura de concepção da família” caracterizada pela normatização das relações familiares colocadas em perspectiva individualista e formalista. Esse avatar jurídico resistiu a algumas mudanças e acolheu outras, por força dos processos de evolução científica e tecnológica pelos quais passou a sociedade. Considerem-se como exemplo alguns fatos que vêm ilustrar o modo de concepção e tratamento que a letra da lei vem conferir à família: a dissolubilidade do casamento, em 1977; a descoberta da paternidade pelo exame de DNA; o reconhecimento dos filhos gerados fora do casamento. Todas essas mutações internas ao ordenamento jurídico no modo de conceber a família decorrem, segundo especialistas, da própria realidade social. A promulgação da Constituição Federal de 1988 marcou o início de outra trajetória jurídica, pela qual deve caminhar essa instituição milenar no século XXI, priorizando a eticidade nas relações, a sociabilidade e a operacionalidade com uma concepção de família mais flexível do que a contida no CCB/1916. A Carta Magna anuncia também a inclusão de tipos de família antes excluídas desta legislação, com observância dos princípios que devem permear as relações entre seus membros. Tudo isso contribuiu para mudar a configuração jurídica familiar, proporcionando a aceitação social de outras entidades, não previstas pelas ordenações jurídicas anteriores à de 1988 promovendo discussões e debates acerca dessa ampliação.

O conceito de família tem sido alvo de variadas transformações, fruto das mudanças dos costumes sociais, das novas interpretações que são dadas aos papéis tradicionalmente consagrados, culminando numa configuração diferenciada, com elementos novos fazendo parte do perfil da família e que impõem mudanças na legislação normatizadora dos comportamentos e da responsabilidade dos membros que a compõem.

O Direito atende a uma realidade social. As normas jurídicas traçadas visam à adaptação do indivíduo à sociedade e, segundo Pontes de Miranda (1955, p.184),¹⁸ nem sempre os escritores procuram ver o Direito como processo social de adaptação, definindo-o como um “*complexo de normas, asseguradas pelo poder público, a fim de regular situações e de garantir as situações reguladas pelos seus ditames.*” No Direito de Família, o Estado interfere para

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, Tomo VII, 1955.

regular os comportamentos dos membros da família no contexto em que ela está inserida. A indissolubilidade do casamento, por exemplo, era uma determinação estabelecida a partir da Constituição Federal de 1934, representando a mão do Estado na regulamentação dos comportamentos familiares. O autor ainda ressalta que as formas de família têm correspondência com determinadas situações sociais, afirmando que em determinado momento é o elemento religioso que sustenta uma forma, em outro é a economia que obriga a soluções novas ou à manutenção de hábitos que tinham causas diferentes, ou então as correntes morais, continentais ou de um continente para outro, que alteram as linhas gerais da instituição familiar.

As mudanças e os ajustes da estrutura e da função da família parecem necessários ao longo de seu trajeto histórico e social. Esse fenômeno ganha relevo a partir de uma retrospectiva da realidade familiar brasileira, há duzentos ou trezentos anos quando, comparada com a realidade atual, atesta que essa família não tem a mesma configuração daquela que imperou no período do Brasil Colônia, embora ainda perdurem algumas das características, conforme ressalta o Prof. Orlando Gomes¹⁹ quando analisa os reflexos da sociedade colonial exercendo influência, de forma direta, no Código de 1916.

A influência da organização social do Brasil Colônia faz-se sentir até o fim do século XIX, e é nos primeiros anos do século XX que começa a discussão do projeto de Código Civil elaborado por Clóvis Bevilacqua. Natural, assim, que repercutisse, na sua preocupação, aquele primitivismo patriarcal que caracterizou o estilo de vida da sociedade colonial. (GOMES, 2006, p.18)

A família se arquitetou nas solenidades, privilegiando mais fortemente os aspectos morais e sociais, e algumas dessas características ainda são observadas no CCB/2002. Persiste a exigência de apresentação dos documentos para habilitação do casamento ao oficial de registro, que fixa os editais no local da celebração para torná-lo público, como uma espécie de convocação a qualquer pessoa interessada que possa apontar fato que venha a impedir o casamento. Consiste numa formalidade do ato a pompa do casamento religioso, que é realizado com as portas da Igreja abertas. Fica, assim, vincada a manutenção dos princípios tradicionais vigentes no antigo Código e que foram consagrados na legislação posterior à Carta de 1988.

¹⁹ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. 2.ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.

A indissolubilidade do casamento ditada pela legislação de 1916 e que se tornou solúvel após a promulgação da Lei do Divórcio (6.515/77); a adoção, pela mulher, do patronímico do marido e que a legislação atual consagra como opção a utilização pelo marido do sobrenome da mulher, numa perspectiva igualitária, são transformações ocorridas na sociedade e que foram absorvidas também no âmbito jurídico.

O perfil da família foi sendo redesenhado pela sociedade e acolhido pela norma jurídica. As relações familiares estão muito mais pautadas na liberdade de escolha dos seus membros, estão delimitadas e emolduradas pelas disposições legais, que reformularam certos paradigmas, como o reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar; a proteção dos direitos daqueles que vivem em arranjos familiares sem o laço do casamento emprestou à instituição familiar uma feição menos formal do que a vigente no CCB/1916 e, conseqüentemente, uma aceitação social dessas formas de uniões acompanhadas da aceitação jurídica.

O referido Código trazia a concepção da família brasileira que vigorou no século XX, servindo como fonte de referência para a legislação atual. A família era constituída pelo casamento como união indissolúvel e assim mantida nas Constituições Federais, havendo fortes indícios de que o Estado não tinha interesse em reconhecer as outras formas de família existentes na sociedade, o que suspeita-se ter contribuído para a discriminação. Leve-se em consideração que os filhos provenientes de uniões livres não eram reconhecidos legalmente como filhos, fortalecendo o preconceito social, levando a crer que a única forma de se constituir uma família era através do casamento. A esse propósito, Pontes de Miranda (1955, p.314)²⁰ afirma que: “*O fim principal do casamento é a procriação,*” embora evidencie o seu caráter humanitário, quando afirma que a lei permite que seja o casamento celebrado “*in extremis,*” para legitimar os filhos já nascidos, dar o título de consorte a uma concubina ou noiva, estabelecer comunhão universal ou parcial de bens, permitir a sucessão, etc. Mas a exceção vem confirmar a regra. Neste caso, a função procriadora do casamento legitima, na letra da lei que cobre o período indicado, os filhos derivados dessa união selada pelo casamento.

O jurista Orlando Gomes (2006)²¹ afirma que a fidelidade à tradição esboçada no Código Civil de 1916 revela-se mais persistente no Direito de Família e Sucessões, com vários artigos que denunciam o despotismo patriarcal que perpassa todo o documento. Eis os índices: 1.O casamento de menores de vinte e um anos exige o consentimento de ambos os pais, mas na

²⁰ Op. cit.

²¹ Op. cit.

discordância entre eles, manda que prevaleça a vontade paterna; 2.O marido, chefe da sociedade conjugal, administrava os bens particulares da mulher, fixava o domicílio da família e autorizava a profissão da esposa; 3. A mãe bínuba perde o direito de pátrio poder em relação aos filhos do leito anterior; 4. O direito de nomear tutor compete ao pai, consagrando a posição privilegiada do homem na sociedade conjugal.

Carlos Ruzyk (2005)²² também destaca que o referido Código traz um retrato de família que valoriza a função institucional acima da felicidade de seus membros, que chega a negar a condição de filho àquele que foi concebido de uma relação não matrimonializada, de uma família *ilegítima*. Este retrato é fruto de uma realidade histórica e social que repercutiu na legislação e que no decorrer dos anos sofreu alterações, seja pelas pressões sociais exercidas ou pelo desgaste dos valores considerados conservadores e tradicionais pelas gerações que sucederam, o que impulsionou nova disciplina jurídica para as relações familiares.

O modelo de família que lá foi traçado pretendia ser fechado. A família, para ser considerada como tal, deveria ser matrimonializada, formava-se a partir do casamento entre dois seres, um homem e uma mulher, modelo que perdurou por longo período e foi consagrado pelo Código de 2002. A família lá desenhada tem caráter patrimonialista, considerada como uma unidade de produção em que seus membros representavam a força de trabalho e com incentivos à procriação. A função do pai, da mãe e dos filhos estava diretamente relacionada com esta característica. Constata-se que não houve uma maior preocupação em contemplar a individualidade dos seus membros, que se encontrava atrelada ao conjunto familiar, o foco era a construção do patrimônio gerido, preferencialmente, pelas mãos dos membros da família *legítima*.

Outro elemento que lhe é constitutivo é a hierarquia, em que um dos seus membros, o pai, exerce a chefia da sociedade conjugal, exigindo obediência da mulher e dos filhos, o que lhe permitia agir como se fosse o “dono”, o “proprietário” desses indivíduos. Presente também a indissolubilidade do casamento, que representava a eternização da união considerada célula base da sociedade. Os cônjuges, ao se unirem, ficavam sem a possibilidade do desquite, atribuindo-se à união o caráter de sacralidade, influenciada pela Igreja Católica que determina: “*o que Deus uniu nenhum homem poderá separar,*” ritual repetido até os dias atuais nas celebrações de casamentos católicos. Pontes de Miranda (1955),²³ afirma que a doutrina tradicional da Igreja Católica considerou o casamento como contrato que se eleva à dignidade de sacramento,

²² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

²³ Op. cit. p.205

justificando que a lei, por influência da religião, conservou o caráter de sacramento e manteve o vínculo indissolúvel, explicando que a Igreja Católica vê no casamento representação da União de Cristo com a Humanidade e, como é indissolúvel essa união, há de ser indissolúvel também a imagem dela.

As uniões de fato não foram contempladas pela norma legal, apesar do modelo existir desde o Brasil Colônia. Eram formadas ao arrepio da lei que exigia, para a constituição da família, o casamento. A família codificada nesse período é gizada pelo patriarcalismo, em que o pai exerce função preponderante na condução dos destinos dos membros do grupo familiar, desde a obrigação da manutenção da prole até a decisão com relação ao futuro dos filhos, interferindo até mesmo na escolha da profissão a ser exercida, limitando a liberdade de escolha individual. Estes atributos revelam que os interesses da instituição familiar se sobrepõem aos interesses dos indivíduos que a compõem.

Ruzyk (2005)²⁴ esclarece que para compreender o fato de a família ser desenhada com este perfil, faz-se necessário uma retrospectiva pela apreensão histórica da realidade social, fortemente influenciada pelo elemento de ordem política no qual se inserem aqueles que constroem essa família legislada. Sustém o autor que a estrutura de poder desenhada no Código de 1916 tinha como objetivo submeter o indivíduo e levá-lo a acreditar que sua dignidade era reconhecida, na medida em que houvesse obediência aos valores ali concebidos, não havendo preocupação com a individualidade, com a dignidade, não sendo contemplada a idéia de pessoa humana, mas as regras morais e sociais.

Evidencia-se, portanto, a singularidade, o caráter patrimonial, hierárquico, transpessoal e indissolúvel da família concebida no CC/1916, com forte suspeita de que se ocorresse o desenlace, haveria a desestruturação da família e, conseqüentemente, a sua destruição. Por fim, a desigualdade, pois os membros familiares não recebiam o mesmo tratamento, o qual era proporcional ao lugar que ocupava, assim disciplinado pela lei.

O Código Civil de 1916, revogado pelo CCB/2002, ainda é fonte de referência para o Direito de Família, porque este último reproduz na íntegra alguns dos artigos daquele, acrescidos de incisos, face a entrada em vigor da CF/1988, que introduziu elementos novos a serem contemplados pelas legislações que lhe são posteriores. Pode-se aqui citar como exemplo o art. 1.566, do novo CCB, que trata dos deveres dos cônjuges e inclui, no Inciso V, “*o respeito e a consideração mútuos*”. Os demais deveres expressos nos Incisos I a IV, como fidelidade recíproca, a vida em comum no domicílio conjugal, a mútua assistência e sustento, a guarda e

²⁴ Op. cit.

educação de filhos são provenientes do antigo CCB, quando disciplinou, em seus arts. 233 a 239, os direitos e deveres do marido e nos arts. 240 a 255 expressou direitos e deveres da mulher. Por isso alguns autores não consideram o CCB/2002 um novo código, mas um código reformado. Não rompeu totalmente com as tradições, disciplinou os fatos de acordo com o momento histórico. O CCB/2002 vincou no seu texto a filosofia que permeou a legislação que lhe antecedeu, acrescentando alguns dos artigos e reorganizando outros, por imposição constitucional, o que traduz a frequente necessidade de ser reformulado, porque fez substituições preenchendo lacunas que foram deixadas no regramento familiar após a vigência da CF/1988.

A revogação do CCB/1916 foi necessária em virtude das transformações ocorridas no seio da sociedade, fato que esse diploma jurídico já não dava conta. A união estável, que foi erigida à categoria familiar pela CF/1988, não era sequer contemplada pelo antigo Código, apesar de ter sido uma realidade de fato, posteriormente reconhecida no plano jurídico.

A equiparação dos filhos, independentemente da origem a que pertencessem, afastando a formalidade do casamento para o reconhecimento atendeu a um propósito humanitário, relacionado à dignidade da pessoa, exigindo uma interpretação axiológica e não meramente positivo-formalista da lei. Valnêda Cássia Carneiro (2008) ressalta que as novas tecnologias permitiram ampliar o alcance de paternidade/maternidade/filiação e interferem no conceito de vida, no que tange a uma tendência à dessacralização de sua origem, graças aos avanços da biotecnologia.

Por todos esses motivos, foi positiva a revogação do Código anterior, por não mais atender à nova realidade familiar, que se configura de forma diversa daquela delineada no CCB/1916, em virtude dos avanços científicos e correntes teóricas que dão nova interpretação ao Direito de Família, numa perspectiva axiológica mais sincronizada com a Carta Constitucional de 1988.

1.5 A CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA ESBOÇADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

O CC de 1916 legou um modelo clássico de família, que foi se fragmentando por ficar exposto ao desenvolvimento social, cultural, econômico e tecnológico, que exigia transformações, até chegar a um conceito mais aberto de família, por vezes substituindo valores anteriormente cultivados em sociedade, a exemplo da preservação do patrimônio em detrimento da realização pessoal de cada um dos seus membros, a submissão destes à autoridade patriarcal, que cedeu lugar à igualdade entre os seus componentes e a regularização da situação jurídica de outros tipos de famílias, além daquela firmada com base no casamento.

Essa nova ‘família constitucionalizada’ constitui mudança paradigmática, na medida em que foi alterado o modo de se pensar o direito de família: a noção jurídica a respeito da família se abre para a apreensão dos fenômenos sociais abandonando o estatuto da exclusão operada pelo modelo único para render-se à abertura da concepção plural. (RUZYK, 2005, p.234)²⁵

A Des^a. Maria Berenice Dias (2006, p.36)²⁶ destaca que: “*Raras vezes uma constituição consegue produzir tão significativas transformações na sociedade e na própria vida das pessoas como faz a atual Constituição Federal*”. No Direito de Família, especificamente, trouxe inovações que provocaram revolução na concepção de família, em se comparando ao conceito jurídico anteriormente desenhado pelo CC de 1916.

O arquétipo da instituição familiar pós-constitucional em muito difere daquele instituído pelas normas estabelecidas no CC/1916. Tanto um quanto outro traz vincado o modelo que reflete o contexto social, econômico e político de cada época com o conjunto de valores cultuados pela sociedade.

Na interpretação de Luiz Edson Fachin (2008),²⁷ o conceito de família, de filiação, de paternidade e maternidade nos dias atuais foi construído *a posteriori*, resultante dos princípios constitucionais da família e por meio de decisões jurisprudenciais que, não obstante se submeterem à legislação infraconstitucional, o centro irradiador da sua regulação é o texto constitucional, não sendo possível pensá-lo sem a dimensão constitucional. A família antes de

²⁵ Op. cit.

²⁶ Op. cit.

²⁷ FACHIN, Luiz Edson. Princípios constitucionais do direito de família brasileiro contemporâneo. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice. (coords.) *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ser um conhecimento jurídico é uma realidade sociológica, necessitando de novo paradigma hermenêutico.

O modelo erigido no CCB/1916 é mais fechado, marcadamente tradicional, conservador, com acentuado regramento moral, prezando mais a forma da instituição familiar do que a realização individual dos seus membros, a qual se encontrava em simbiose com a da família considerada em seu conjunto. Orlando Gomes (2006)²⁸ afirma que o referido Código incorporou princípios morais, emprestando conteúdo jurídico particularmente ao Direito Familiar, destacando o conservantismo, segundo ele, contido na regra do art. 315, do CCB/1916, que só permite a dissolução do casamento em caso de morte de um dos cônjuges, e a adoção da comunhão universal de bens como regime legal do casamento. O autor atribui o privatismo doméstico da nossa legislação a certas particularidades da organização social que foram destacadas por estudiosos e sociólogos brasileiros e pelo atraso da sua evolução.

Já o modelo de família que foi erigido a partir da CF/1988 é considerado, pelos autores aqui referenciados, como mais aberto, em que os membros têm mais liberdade para se unir, oportuniza e disciplina a igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher, trazendo a idéia de afetividade como requisito necessário à construção das relações familiares. O símbolo da instituição familiar constituída pelo casamento como ambiente ideal para a formação do indivíduo foi repartido, quando outros tipos de famílias foram acolhidos, impulsionando a aceitação de outras formas de uniões familiares, despindo-as do preconceito social originado da tradição da família formada somente pelo casamento.

Estudiosos de linha mais conservadora vaticinam a “morte da família” outros, no entanto, veem nas transformações e rupturas a possibilidade de dignificar as relações familiares, entrelaçando conhecimentos em que são mesclados modelos anteriores e modelos atuais. César Fiúza (2006)²⁹ afirma que o Direito de Família e o Direito Civil passam por uma crise, apontando, como um dos aspectos, a crise da interpretação com novos paradigmas hermenêuticos, salientando que, com o Estado Democrático, o sujeito de direito não pode ser mais coisificado. De acordo com ele, a revolução sexual ocorrida nos anos de 1960 a 1970 acelerou a crise no Direito de Família, agravada no final da década de 70, em que a Igreja se separa de vez do Direito de Família, tendo como corolário desse fato a existência do divórcio.

²⁸ Op. cit.

²⁹ FIÚZA, César. Diretrizes hermenêuticas do direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha(coord.) Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana. São Paulo:IBDFAM/IOB/Thomson, 2006.

Dez anos mais tarde, a Constituição consagra a concepção pluralista de família, com suporte nos valores que sustentam o ser humano, a dignidade da pessoa humana e a promoção espiritual, social e econômica.

O Direito de Família atual tem suas bases plantadas no princípio da dignidade da pessoa humana e na idéia do afeto intermediando as relações entre seus membros, dissociado do Direito de Família vigente no CCB/1916, que ditava regras a serem aplicadas às relações familiares de conotação moralizadora, corroborado pelos ditames do art. 229 daquele diploma legal, que afirma ser a criação da família legítima, pelo casamento:

“Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos.”

Na interpretação de alguns autores, mesmo após a vigência da Constituição de 1988, ainda perdurou a idéia de “família legítima” como sinônimo de instituição sólida, e as demais foram consideradas descomprometidas pelo fato de não estarem sob o pálio do casamento. Dentre eles, pode-se citar Maria Helena Diniz (1997, p.241)³⁰ que afirma: “*A família legítima é o esteio da sociedade, por ser moral, social e espiritualmente mais sólida do que a ilegítima, dado não existir no concubinato nenhum compromisso entre o homem e a mulher...*”

As Constituições anteriores à de 1988 priorizaram a união matrimonial, desprezando as uniões extramatrimoniais, o que revela uma preferência pelas uniões “legítimas.” A CF/1988 foi a única a regulamentar as uniões livres, constituídas sem casamento.

Alguns autores consideram um avanço o fato de que no Direito de Família as relações tenham por base o respeito à dignidade da pessoa humana, o que proporcionou ao indivíduo ir em busca dos projetos pessoais de vida e felicidade sem o peso dos comportamentos moralizantes que socialmente eram postos em relevo pela legislação pré-constitucional.

A pós-modernidade traz a novidade da valorização do prazer e o desassocia da noção de dever, fragilizando a fortaleza moralizadora dos séculos precedentes (pelo tanto que mais nos interessa, os séculos XIX e XX). As ‘posturas ilegítimas’ que foram condenadas pelo moralismo sexual do anterior século, como o excesso de relações e passatempos amorosos, a prática sexual depois dos cinquenta ou sessenta anos, a feição, a masturbação (mormente a recíproca), o direito ao orgasmo, a opção pelo amor livre e prática homossexual (entre outras formas de afetividade),

³⁰ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 3.ed. aum. e atual. São Paulo:Saraiva, 1997.

foram paulatinamente perdendo o grande peso pecaminoso e imoral, libertando as pessoas, não para o acesso livre e indiscriminado ao prazer, mas para escolherem suas preferências e procurarem, sem essas amarras externas (e cruéis no mais das vezes), realizar os seus projetos pessoais de felicidade. (HIRONAKA, 2008, p.58)³¹

Considerado o princípio da dignidade humana como base de todos os demais, e sendo ele o avatar que confere sustentação do ordenamento jurídico de 1988, percebe-se na letra da lei um esforço por corrigir as imperfeições e preconceitos de leis anteriores, trazendo uma concepção de família sincrônica com a realidade brasileira atual. É o que se pode deduzir do artigo 1º. da CF/1988 que estabelece:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...

III – a dignidade da pessoa humana.”

O legislador colocou no pórtico, abrindo a Carta Magna, o princípio da dignidade humana, passando transversalmente para todos os demais nela inscritos, que sem ele não se efetivam. Expressa a finalidade que é a de eleger a solução mais correta e justa do ponto de vista dos princípios fundamentais, que não de se coadunar com o da dignidade humana, preservando a igualdade e a liberdade dos indivíduos. Liberdade que, segundo a concepção kantiana, é o alvo do princípio universal do Direito:

Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal. (KANT, p.76/77)³²

³¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice. (coords.) *A família além dos mitos*. Belo Horizonte:Del Rey, 2008.

³² KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 2.ed.rev. Bauru/São Paulo:Edipro, 2008.

A liberdade exercida pelos indivíduos, respeitando uns os direitos dos outros configura a prioridade à dignidade de cada um, que segundo a doutrina kantiana é definida como respeito que devo ter pelos outros e estes por mim, considerado como um valor para o qual não se tem preço e nem pode ser objeto de troca.

Concretamente, o princípio da dignidade refletiu diretamente no Direito de Família, quando foi abolida a discriminação entre filhos oriundos do casamento e aqueles que não eram, adjetivados como ilegítimos, espúrios, adulterinos, incestuosos, punidos pelas relações sexuais dos seus pais biológicos e que não se enquadravam no perfil esculpido pela norma jurídica anterior de união familiar legalizada. Corrigiu-se uma injustiça, devolvendo a dignidade de filho, independentemente de que tipo de união ele seja proveniente (§6º, do art. 227, da CF/1988)³³. Outro reflexo confere-se no dispositivo que equipara a mulher ao homem em direitos e obrigações na condução da vida conjugal e familiar (art. 5º, I, da CF/1988).

É constatada a mudança na organização jurídica da família, principalmente nas três últimas décadas, em que foram instituídos novos paradigmas familiares, que estão respaldados na garantia assegurada de igualdade entre o homem, a mulher e os filhos, a que permitiu uma equiparação justa de direitos entre estes membros, coibindo qualquer possibilidade de privilégio legal de uns sobre os outros como antes era assegurado pelo poder patriarcal. Esse princípio coincide com o conceito de justiça emanado da Antiguidade Clássica, delineado por Aristóteles (2004)³⁴ em sua, *Ética a Nicômaco*, em que afirma ser a justiça distributiva aquela que traz um equilíbrio entre as partes, conferindo tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades.

No Direito de Família a criança e o idoso têm tratamento diferenciado, com Estatutos específicos para assegurarem seus direitos em virtude das suas fragilidades, ficando o Estado, a família e a sociedade obrigados a respeitá-los como tais. Esses Estatutos foram inspirados nos princípios constitucionais, que mostraram a necessidade de se criar leis específicas para aqueles que estavam mais vulneráveis em virtude de suas incapacidades.

A família, acorde aos contornos desenhados na Constituição Federal de 1988, tem feição democrática, ensejou o desaparecimento do poder marital e a figura de chefe de família, eliminando a supremacia da autoridade paterna. Marido e mulher têm direitos iguais na condução dos destinos da família sem que haja relevância da figura do pai, assim estabelecido no artigo a seguir:

³³ Art. 227, §6º . 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.

³⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo:Martin Claret. 2004.

Art. 226.

...

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

O termo “democrático” foi inserido no contexto familiar por trazer princípios como: igualdade e liberdade, acompanhadas pela legislação e jurisprudência nas decisões relativas às relações familiares. Por ser democrática, necessariamente agrega a aceitação da pluralidade e da diversidade em seu seio, é o que determinam os parágrafos 3º e 4º do art. 226 da CF/88:

“§ 3º para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

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

A configuração familiar, pela visão singular, composta tão somente de pai, mãe e filhos, não é a única opção. A atual Constituição assegurou direitos à família formada por um de seus membros e os filhos, como por exemplo o pai e os filhos, a avó e os netos, denominados de família monoparental; formada por irmãos, família anaparental; assim também a família constituída por união estável. Anteriormente, essas espécies de família não haviam sido contempladas, reconhecendo-se tão somente os direitos obrigacionais, ficando a família circunscrita àqueles membros unidos pelo casamento, conforme demonstrado anteriormente na letra dos artigos das Constituições que precederam a de 1988.

A família constitucionalizada pretende ser justa e dar tratamento igual aos seus membros. O homem não tem mais valor que a mulher, nem os pais são mais importantes que os filhos, como determinado na legislação antecedente que disciplinava sobre família.

Em termos sociológicos, a tendência da família contemporânea é tornar-se um grupo cada vez menos organizado, menos hierarquizada e independente de laços consaguíneos, e cada vez mais baseado em sentimentos e em valores compartilhados. (MORAIS, 2006, p.617)³⁵

³⁵ MORAIS, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha(org.) Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e dignidade humana. São Paulo:IBDFAM/IOB/Thomson, 2006

A concepção desenhada pela Constituição de 1988 transformou o conceito de família, acolhendo como princípio o da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, reconheceu o direito à igualdade e liberdade que são reconstruídos a cada dia. A Constituição de 1988 facilitou a aceitação social das uniões familiares e ofereceu subsídios aos operadores do Direito para implementarem uma nova interpretação nas causas relativas ao Direito de Família, segundo as configurações existentes, impedindo a discriminação das famílias que não são, solenemente, formadas pelo casamento, impondo respeito às formas distintas.

A família constitucionalizada tem feição plural, incluindo outras espécies além da família constituída pelo casamento, a exemplo da que é formada pela união estável entre um homem e uma mulher e a monoparental. É democrática, com direitos e obrigações iguais para os cônjuges, com respeito à liberdade de ambos nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico e, como conseqüência, é dissolúvel, isto é, a união somente perdura quando houver o interesse de ambos os cônjuges. É personalista, levando-se em consideração a realização da pessoa e priorizando o desenvolvimento da personalidade com respeito à dignidade da pessoa humana; tem um modelo real, porque acolheu as espécies de famílias existentes na sociedade; é afetiva, erigindo este valor para nortear as relações familiares e, como resultado, promoveu a igualdade entre os seus membros.

A Constituição de 1988 dotou a família de um caráter teleológico e, como assevera Caio Mário da Silva Pereira (2005),³⁶ atuando em três setores: as relações pessoais, patrimoniais e assistenciais. O panorama familiar sofreu alterações, permitindo uma interpretação diferenciada do papel jurídico atribuído à família e trouxe como marco histórico o acolhimento da união estável como entidade familiar, assegurando-lhe direitos pessoais, patrimoniais e assistenciais. Os conviventes ou companheiros, como eram denominados, tinham os seus direitos obrigacionais reconhecidos pelas leis especiais (8.971/94 e 9.278/96), que foram criadas objetivando regulamentar a situação daqueles que viviam em união de fato, já que não eram disciplinados no Código e nem em Constituições anteriores.

A Constituição de 1988 reconfigurou a família quando reconheceu a união estável como entidade familiar, reduziu o caráter de formalidade e solenidade de que era revestida. Em seu art. 226, considera a família como a base da sociedade, consagrando a que é formada pelo casamento e admitindo também a que é formada pela união de fato, porque presente na sociedade de forma expressiva e, portanto, merecedora da guarida da Lei Maior.

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15.ed. ver. e atual. Por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro:Forense, v.5, 2005. p.33.

CAPÍTULO II

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE EMBASAM AS RELAÇÕES FAMILIARES

A configuração da família brasileira passa por transformações que aos poucos vão diluindo o seu caráter tradicional, singular, hierarquizado e patriarcal, reflexo de um modelo predominante na legislação de 1916. Essa instituição familiar passa a adotar contorno diferenciado, permeado pelas formas plurais de construção, tornando-se, portanto, mais democrática, refletindo as transformações ocorridas na sociedade e provocando mudanças no Direito de Família que, a partir do advento da Constituição Federal, em 1988, promove o surgimento de um novo ordenamento jurídico.

Moraes (2007)³⁷ salienta que a constitucionalização dos princípios, tais como dignidade humana, igualdade, solidariedade e pluralismo familiar permitiram um alargamento da Teoria da Interpretação Constitucional, com a finalidade de obter o respeito aos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 traz, em seu art. 1º., que: “*A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito.*” O Estado Democrático de Direito referido reflete-se na legislação infraconstitucional e, conseqüentemente, atinge o Direito de Família, que é obrigado a se alinhar com o perfil ditado pela Lei Maior, trazendo para as relações familiares alguns dos princípios que não podem ser desconsiderados na atual configuração familiar brasileira e que foram acolhidos como tal pela norma jurídica.

Os princípios têm lugar de destaque na hermenêutica jurídica porque valem materialmente. Princípio é assim definido pelo Dicionário Jurídico:³⁸ “*Regra, preceito, razão primária. Proposição, verdade geral, em que se apóiam outras verdades.*” Abbagnano,³⁹ citando Cristian Wolff, define “*Princípio como o que contém em si a razão de alguma outra coisa.*”

A lei pode ser modificada ou extinta. Já os princípios representam a essência, formam a base que serve de fonte para a criação de novas leis. Funcionam como suporte que fornece ao intérprete substrato para construção de normas e decisões que disciplinarão os casos concretos e, por conseguinte, permitem uma interpretação extensiva das normas que disciplinam as relações

³⁷ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7.ed. atualizada até a EC nº. 55/07, São Paulo:Atlas, 2007.

³⁸ HORCAIO, Ivan. *Dicionário jurídico referenciado*. São Paulo:Primeira Impressão, 2006, p.858.

³⁹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. coord. e rev. por Alfredo Bosi. 2.ed. São Paulo:Mestre Jou, 1962, p.760.

familiares. Estas não permanecem estáticas, sofrem alterações em decorrência da evolução do conhecimento, impulsionado pelo progresso da ciência e pelas novas formas de interpretação que vão surgindo amparadas pelos estudos desenvolvidos acerca das transformações, bem como em virtude da substituição de valores pelo grupamento social.

A concepção jurídica de família sempre sofreu mudanças ao longo da sua história, tendo a estrutura reorganizada e sua função remodelada, mesmo quando se tentou construir um modelo mais ou menos fechado como aquele delineado no CCB/1916. As leis posteriores se encarregaram de fazer alterações que, ao longo dos anos, se tornaram necessárias para melhor disciplinar os comportamentos dos membros da família, de acordo com as exigências sociais de cada época. A década de 1960, por exemplo, pode ser considerada como um período que trouxe inovações ao Direito de Família e não somente no Brasil. Therborn (2006, p. 23)⁴⁰ destaca que as mudanças mais dramáticas na família ocorreram após os primeiros anos da referida década. A revolução sexual dos anos 1960 a 1970, apesar de trazer uma reorientação à formação da família, não significou um assalto ao casamento, tampouco à formação de casais duradouros. Representou uma afirmação de direito ao prazer sexual, antes do casamento, fora e dentro dele. O autor referido declara que as pesquisas apontam para a existência do desejo tanto de abraçar uma carreira quanto a de formar uma família, incluindo-se o de ter filhos. Essa transformação de valores solicita do Direito uma releitura do panorama familiar e a adoção de mecanismos que contemplem as mudanças.

Venosa esclarece que:

Coube à ciência jurídica acompanhar legislativamente essas transformações sociais, que se fizeram sentir mais acentuadamente em nosso país na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra. Na década de 70, em toda civilização ocidental, faz-se sentir a família conduzida por um único membro, pai ou mãe. Novos casamentos dos cônjuges separados formam uma simbiose de proles. O controle e o descontrole da natalidade são facetas do mesmo fenômeno. (VENOSA, 2008, p.6)⁴¹

O autor aponta como vetores das mudanças sociais fatores históricos que repercutiram para o redimensionamento do conceito de família, ao qual o Direito ficou obrigado a se alinhar para disciplinar as relações familiares modificadas. A repercussão dessas mudanças interfere no ordenamento jurídico familiar, que exige uma resposta legislativa e judicial adequada.

⁴⁰ Op. cit.

⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Em 1962, ocorre no Brasil a edição da Lei nº. 4.121, nomeada Estatuto da Mulher Casada (EMC), que conferiu direitos às mulheres, anteriormente negados, libertando-a do assujeitamento ao marido, o que implicou uma ascensão social e a consequente redefinição do seu papel como membro participante da família. Com o dispositivo, a mulher deixou de ser considerada relativamente incapaz (art.6º, CCB/1916), passou a ser colaboradora do marido nos encargos da família (art. 240, CCB/1916) e a exercer direitos sobre a pessoa e bens dos filhos do leito anterior (art. 248, I, CCB/1916), teve reconhecido o direito de recorrer ao juiz para solução de divergência com relação ao pátrio poder (parágrafo único do art. 380, CCB/1916). Todos esses artigos foram inseridos no antigo Código por força da publicação do referido Estatuto, objetivando corrigir as disparidades existentes entre homem e mulher que até então não possuíam direitos iguais. O exercício profissional da mulher, que não mais dependia da autorização do marido, foi outro item a compor o quadro de reformulação e adequação da norma jurídica, atendendo aos reclamos sociais, reduzindo assim disparidades entre os gêneros.

Caio Mário da Silva Pereira (2005)⁴² considera que a maior transformação do Direito de Família está na evolução histórica da condição jurídica da mulher. Assim como Venosa⁴³ (2008), traz como um dos pontos para origem dessa mudança um acontecimento histórico, a Guerra Mundial, que obrigou a mulher a assumir os encargos próprios do gênero masculino, a direção da casa e da família, designando-se, por força da circunstância histórica, ao sexo feminino, atribuição exclusiva do sexo masculino. Infere-se da interpretação dada pelos autores, que antes da década de 1960 já havia o prenúncio de mudanças jurídicas para a condição da mulher, mudanças desencadeadas naquele período, mas que se estendem para a década de 1970, e que foram incorporadas ao regime jurídico, contribuindo para mudar a feição da estrutura familiar. Na interpretação de Maria Berenice Dias (2006)⁴⁴ o mote da emancipação feminina foi o movimento feminista que propiciou a liberdade e igualdade para as mulheres. Portanto, um conjunto de fatores e acontecimentos sociais contribuiu para desenhar a organização familiar do século XXI.

Ao final do século XX, mais especificamente na década de 70, o Direito de Família também foi impactado pela aprovação do divórcio, que permitiu a dissolução do casamento, instituto que gozava de proteção do Estado, e que ainda goza, e que possibilitou o desenho de um modelo jurídico familiar uniforme, cuja base fundante era o casamento. O divórcio representou a quebra de um paradigma, a do casamento indissolúvel, que com a liberdade concedida aos

⁴² Op. cit.

⁴³ Op. cit.

⁴⁴ Op. cit.

cônjuges se tornou possível a quebra dos laços matrimoniais. Após a implantação do divórcio na legislação brasileira, o perfil da família sofreu alteração na sua estrutura, impactado pelos reflexos da lei na formação e dissolução da sociedade conjugal, permitindo a regularização de uniões que se encontravam à margem da lei, famílias que estavam formadas de fato, mas sem o reconhecimento legal.

O Estatuto da Mulher Casada na década de 1960 e a aprovação da Lei do Divórcio na década de 1970 contribuíram para romper as fronteiras arquitetadas pelo sistema jurídico clássico. Nesta esteira de mudanças, surgiu vinte e poucos anos mais tarde a Constituição Federal, que ampliou a dimensão da igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, ditado em seu art. 5º, I: *“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”* A igualdade entre homem e mulher é reflexo da trajetória histórica e da dinâmica social das relações familiares, acompanhadas pelo Direito. As Constituições protegeram o casamento e por extensão pretenderam alcançar a família, uma vez que a família “legítima,” assim considerada, era a união formalizada pelo casamento, deixando elíptica a referência às uniões extramatrimoniais, denominadas de concubinatos, que não tinham respaldo jurídico e, portanto, recebiam tratamento diferenciado, além de serem vistas com preconceito pela sociedade. O Prof. Sílvio Rodrigues (2007)⁴⁵ salienta a indiferença que o legislador do passado tinha para com as uniões de fato, afirmando que são raras as menções que o CCB/1916 faz ao concubinato e, quando o faz, é no sentido de proteger a família constituída pelo casamento. Preconceito que foi minimizado após a promulgação da Lei do Divórcio, que permitiu àqueles que se separassem constituir nova família sob a proteção da lei.

Como bem ressalta Fachin (2001)⁴⁶, é importante salvaguardar o presente e o futuro no Direito de Família. A história permite a compreensão do presente, por isso recolhe a vida do pretérito para melhor radiografar o mundo familiar contemporâneo. Nesta perspectiva, observam-se modificações ocorridas no trajeto histórico. A introdução do divórcio na legislação brasileira representa uma dessas modificações, que permitiram a reorganização da estrutura familiar no âmbito jurídico. As conquistas alcançadas, a exemplo da autonomia da mulher, a simetria do tratamento entre filhos, independentemente da origem, situações que são recepcionadas pelo ordenamento jurídico, auxiliam a redesenhar o panorama familiar.

Maria Berenice Dias (2006)⁴⁷ afirma que houve uma repersonalização das relações familiares, buscando-se atender aos interesses mais valiosos da pessoa humana: afeto,

⁴⁵ Op. cit.

⁴⁶ Op. cit.

⁴⁷ Op. cit.

solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor. Cabe ao Estado o dever jurídico constitucional de implementar medidas necessárias e indispensáveis para constituição e desenvolvimento das famílias, tendo como foco os princípios normatizados pela Lei Maior, que impõe a fiscalização e promoção do Estado no novo direcionamento familiar, uma vez que a Constituição de 1988, como as anteriores, manteve a vigilância do Estado no cumprimento das determinações legais referentes à família.

A legislação de 1916 traz um conceito de família que pretende ser fechado, priorizou a união matrimonializada, a preservação do patrimônio, conferindo tratamento diferenciado à pessoa dos filhos a depender da sua origem. Esse modelo passa a sofrer alterações, em virtude dos acontecimentos históricos e sociais, que exigem uma interpretação mais consentânea com a realidade e, por consequência, pressionam o Direito para alterar as regras. De acordo com Alexandre Moraes (2007, p.35)⁴⁸, “*A questão central da interpretação constitucional, portanto, é a concretização de suas normas gerais principalmente os princípios e direitos fundamentais.*”

A Constituição Federal transformou princípios em direito positivado, tornando factível a sua aplicação, representando um fio condutor na aplicação das normas jurídicas.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO DE FAMÍLIA.

No capítulo anterior, foi traçado um panorama da história da família numa perspectiva jurídica, analisando-se as transformações que influenciaram a sua configuração, percorrendo-se o trajeto histórico acompanhado pelas modificações legais, apontando-se estudos feitos por alguns autores que trouxeram análises das configurações familiares nesse trajeto histórico e identificando-se características que repercutiram na representação jurídica familiar referente a cada época, delimitada pela cronologia das legislações. Foram destacadas algumas desigualdades do ponto de vista legal entre os membros da família, assim como privilégios que detinha o patriarca em relação aos demais componentes, por influência de uma cultura vigente, não tendo havido maior preocupação com a dignidade da pessoa humana, que tinha suas bases em alicerces precários, uma vez que as mulheres e os filhos estavam submetidos ao poder quase absoluto do chefe da família. Reproduzia-se, portanto, o *ethos* social, esculpido nos artigos das leis que disciplinavam as condutas dos componentes familiares levando ao questionamento sobre a dignidade desses que se encontravam assujeitados e, conseqüentemente, tinham subtraídas suas

⁴⁸ Op. cit.

identidades com o respaldo legal, porque a realidade interpretada à época permitia tal conduta. A Constituição de 1988 corrigiu tal panorama, quando normatizou princípios que protegem o indivíduo, priorizando o aspecto humano da pessoa de direito.

O ser humano é livre e a liberdade é regulada pelo direito; é também digno de respeito por ter inerente a si a dignidade, cujo termo não é fácil de ser definido porque representa um valor e, como tal, só pode ser idealizado, não mensurado pela ciência. O princípio da dignidade ressoa na formulação do regramento jurídico, pretendendo resguardar como direito um valor que imprime respeito e que por ninguém pode ser atingido, é o que deixa transparecer a proteção legal que deve nortear a aplicação da regra jurídica nos casos práticos das relações familiares na vida real. Daí a necessidade do auxílio da Filosofia ao Direito, para delinear o princípio da dignidade, a fim de que seja possível a sua aplicabilidade na Ciência Jurídica. É necessário mergulhar nas lições kantianas que traduzem o princípio da dignidade como:

“O respeito que tenho pelos outros ou que o outro pode exigir de mim (observantia aliis praestanda) e, portanto, o reconhecimento de uma dignidade (dignitas) em outros seres humanos, isto é, de um valor que não tem preço, nenhum equivalente pelo qual o objeto avaliado (aestimii) poderia ser permutado”. (KANT, 2008, p.306)⁴⁹

O Direito efetivou este princípio com a pretensão de exercício prático que deve permear a conduta dos indivíduos. “*Viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atitude, que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível, ou a um objeto*”. (Lôbo, 2008, p.37).⁵⁰

Kant (2008 p.67) afirma que: “*Um princípio que converte certas ações em deveres é uma lei prática.*” A CF/1988 transformou o princípio da dignidade humana num dever para os operadores do direito, que devem observância aos princípios constitucionais na aplicação da lei na prática. Na hierarquia das leis, a Carta Magna tem a supremacia, está no topo do ordenamento jurídico, portanto não pode ser contrariada. É fonte de inspiração das legislações que lhe sucedem, ficando obrigadas a se perfilharem com os ditames lá expostos, estando em seus artigos a positivação dos princípios.

⁴⁹ Op. cit.

⁵⁰ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.37.

O Direito toma de empréstimo da Filosofia o conceito de dignidade, pois sendo ela um valor, um princípio, foge ao alcance da Ciência Jurídica que pretende ser objetiva, portanto necessita da interdisciplinaridade com a Filosofia para traduzir para si o conceito de dignidade, que converte em dever e permite a aplicabilidade ao caso concreto.

A dignidade da pessoa humana é valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2007, p.61)⁵¹

O trecho anterior revela o subsídio filosófico a que recorre a área jurídica para definir dignidade, estabelecendo fronteira o exercício de um direito, que não pode ultrapassar a linha limítrofe dos direitos fundamentais, assim considerados porque são inerentes aos seres humanos, não podendo a lei, nem mesmo o Estado, invadi-la.

A obediência a este princípio interfere de forma direta nas relações familiares porque a Lei Maior, ao transformar o princípio da dignidade humana em ditame legal, priorizou a ética que deve permear as relações familiares e, ao mesmo tempo, muniu o operador do Direito com instrumento necessário para a solução dos conflitos, preservando a dignidade de cada membro componente da relação familiar.

Destaca Delgado (2006)⁵² que a pessoa humana, titular dos direitos de personalidade é todo ser humano, vivo ou morto, nascido ou nascente, concepto ou concepturo, todo aquele que pertença à raça humana.

Na acepção de Costa (2006, p.15)⁵³: “*Dignidade é um valor, ou seja, uma idéia que prescreve finalidades à existência humana, que desenha um horizonte de sentido para nossas ações, pensamentos e sentimentos.*”

A dignidade da pessoa humana foi erigida como um dos pilares básicos do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal de 1988 traz, no seu Inciso III, do art. 1º, como

⁵¹MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7.ed. atualizada até a EC nº. 55/07, São Paulo:Atlas, 2007. p.61.

⁵²DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha(coord.) *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana*. São Paulo:IBDFAM/IOB/Thomson, 2006

⁵³ COSTA, Jurandir Freire. Família e dignidade humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha.(coord.) *Anais do V Congresso Brasileiro de Família: família e dignidade humana*. São Paulo:IBDFAM/IOB/Thomson, 2006, p.15.

um dos seus fundamentos, “*a dignidade da pessoa humana*” e o Direito de Família tem suas bases calcadas nesse princípio, sendo ele o responsável pela inclusão das espécies de famílias na norma legal, o que não foi possível nas legislações anteriores porque as Constituições consagravam o caráter familiar somente à união formalizada pelo casamento, ficando excluídas as outras formas. A união estável foi elevada à categoria de família pelo respeito aos direitos humanos daqueles que estavam vivenciando este tipo de união e, por consequência, obteve o reconhecimento social, saindo da condição marginal, isto é, à margem da lei.

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado por Dias (2006)⁵⁴ como um macroprincípio, do qual se irradiam todos os demais, e por Pereira (2006)⁵⁵ como um superprincípio porque coloca como centro da cena jurídica o sujeito, com a consideração e o respeito pela pessoa. O princípio da dignidade da pessoa humana ressoou no reconhecimento de todas as espécies de filhos, atribuindo-lhes tratamento igualitário, independentemente da origem e elevou a mulher à mesma condição jurídica do homem que, por determinação legal, são iguais em direitos e obrigações.

Ao Estado cabe garantir as condições para que seja respeitada a dignidade da pessoa, por determinação da Carta Constitucional de 1988, o que não vislumbravam as Constituições anteriores.

Na família patriarcal, a cidadania plena concentrava-as na pessoa do chefe, dotado de direitos que eram negados aos demais membros, à mulher e aos filhos, cuja dignidade humana não podia ser a mesma. O espaço privado familiar estava vedado à intervenção pública, tolerando-se a subjugação e os abusos contra os mais fracos. No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar...(LÔBO, 2008, p.38)⁵⁶

A Constituição atual adota o caráter axiológico, finalístico, quando incorpora ao ordenamento jurídico maior alguns valores. Dentre estes destaca-se o da dignidade, que ressoa sobre os demais, obrigando as leis infraconstitucionais a se alinharem com o perfil por ela concebido, fruto dos reclamos sociais, que objetivam a consagração de determinados direitos adquiridos. A pessoa humana é dotada de autonomia, portanto, livre. Liberdade esta permeada

⁵⁴ Op. cit.

⁵⁵ Op. cit.

⁵⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. São Paulo:Saraiva, 2008. p.38.

pela racionalidade e de acordo com os parâmetros traçados pelo ordenamento jurídico que pretende proteger o indivíduo na sua integralidade, inclusive contra o abuso do Estado.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º., Inciso III, abre a perspectiva de proteção à dignidade da pessoa humana, reafirmando-a também em outros artigos, a exemplo do art. 170, que dita: “*A ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna...*,” impondo à ordem econômica que trilhe o mesmo caminho em observância a este princípio. Direcionamento idêntico dá o art. 226, §7º. “*Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal...*” Acentua, portanto, o respeito à dignidade da pessoa humana nas relações familiares, em que a decisão em relação ao planejamento familiar é particular e não pode sofrer ingerência externa, a qual é interditada mesmo sendo da parte do Estado. Também o art. 227 preceitua: “*É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, a cultura, à dignidade...*”

A Lei Maior cumpre a função de estabelecer as prioridades do ordenamento jurídico, para que as leis infraconstitucionais sejam elaboradas com base nas suas diretrizes e possam cimentar a construção de todo o ordenamento jurídico pautado no respeito à dignidade da pessoa humana.

O mérito de qualquer Carta Constitucional compromissada com a dignidade da pessoa humana se encontra no reconhecimento da normatividade dos princípios e na essencialidade dos direitos fundamentais, permitindo-se um retorno da ética ao direito pela recepção do valor da justiça, com um diálogo entre legalidade e legitimidade. (ROSENVALD, 2007, p.44)⁵⁷

A Carta Constitucional, acolhendo os reclamos sociais, cunhou em seus artigos o respeito pela dignidade da pessoa humana, mas tão somente a inclusão dos direitos no ordenamento jurídico não é suficiente. É necessário o conhecimento desses direitos pelo processo educacional, para que sejam efetivamente exercidos pelos cidadãos e respeitados pelo Estado. Além do mais, essa mesma vigilância é a mínima garantia para que sejam implementados na prática, tanto na esfera judicial como extrajudicial, caso contrário, tornar-se-ia

⁵⁷ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. 1. ed. 2ª. Tiragem, São Paulo:Saraiva. 2007. p.44.

letra morta, sob pena de não cumprir os preceitos constantes no ordenamento constitucional, elastecendo-se para atingir as demais normas e os julgados dos operadores do Direito.

O Acórdão, julgamento emanado dos tribunais, transcrito a seguir, demonstra a preocupação com a decisão sobre os fatos sociais perfilhados com os ditames constitucionais finalísticos, consagrando os direitos fundamentais e a preservação do melhor interesse da criança, fruto da interpretação pelo viés da dignidade humana:

Tem-se o conflito das realidades fático-social e jurídica, ocasionado pela escolha indevida do instituto da adoção, ao invés de tutela. Não se olvida que a adoção é irrevogável, mas o caso sob exame revela-se singular e especialíssimo, cujas peculiaridades recomendam (ou melhor exigem) sua análise sob a ótica dos direitos fundamentais, mediante interpretação teleológica (ou sociológica), com adstrição aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, dando-se azo, com ponderação à concreção jurídica, máxime por envolver atributo da personalidade de criança, advinda de relacionamento “aparentemente” incestuoso até porque o infante tem proteção integral e prioritária, com absoluta prioridade, assegurada por lei ou por outros meios. Inteligência dos arts. 5º da LICC; 3º e 4º, *caput*, do ECA; e 226, *caput*, e 227, *caput* da CF. (TJMG; AC 1.0056.06.132269-1/001; 5ª C. Civ.; Rel. Des. Nepomuceno Silva; DJEMG 09/01/2008) (grifos nossos).

A transformação do princípio da dignidade da pessoa humana em norma jurídica permitiu uma oxigenação nos julgamentos, que podem ser feitos pretendendo um maior grau de justiça, uma vez que o referido princípio vem expresso e positivado pela norma constitucional, o que cria a obrigatoriedade da obediência. As Constituições anteriores à de 1988 não traziam esse princípio expresso, que vinha subentendido na interpretação que se fazia da lei, e não conferiam a força necessária para nortear os julgamentos. O novo Direito de Família trouxe instrumentos que permitiram repensar alguns dos institutos alterados, em especial a elevação da união estável à categoria de família como o mais representativo, possibilitando a aceitação social dessas uniões familiares.

2.2 REFLEXOS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA ORGANIZAÇÃO FAMILIAR.

O Capítulo I da Constituição Federal de 1988 trata dos direitos e deveres individuais e coletivos e, em seu art. 5º, elenca os direitos fundamentais no qual está inserido o princípio da igualdade.

Alexandre de Moraes define direitos humanos como:

Conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. (MORAES, 2007, p.94)⁵⁸

A consagração da dignidade humana tem elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos pela imprescritibilidade, ou seja, não se perde pelo decurso do tempo; inalienabilidade, não se pode transmitir esse direito; irrenunciabilidade, a eles não se pode renunciar; inviolabilidade, impossível de ser desrespeitado; universalidade, engloba todos os indivíduos; efetividade, o poder público tem o dever de assegurar a efetivação desses direitos e lhes dar garantias; interdependência, as previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem interseções para atingir sua finalidade; e, por fim, complementaridade, uma vez que os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente. Não há respeito à dignidade humana enquanto não se operar a igualdade de tratamento entre os membros da família, fazendo uma intersecção entre eles. Por exemplo: a paridade de direito dos filhos, independentemente da origem a que pertençam, significa atribuir-lhes igualdade jurídica, ao mesmo tempo preservar o respeito à sua dignidade. A equiparação da união estável à família obedece ao princípio da igualdade, fazendo justiça aos membros componentes dos diversos tipos de união. Os direitos fundamentais igualaram os institutos, permitindo a aquisição de outros direitos, o que implica o respeito à dignidade daqueles que se mantinham unidos, embora não reconhecidos juridicamente como familiares. Por conseqüência, respeitou-lhes a dignidade.

O princípio da igualdade é integrante desses direitos fundamentais, com posição no Inciso I, do art. 5º, que determina: “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.*” Consagra a igualdade entre os gêneros, que se reflete no âmbito da

⁵⁸ Op. cit. p.94

família, corrigindo distorções contidas no Código Civil de 1916, que privilegiava a superioridade do homem em relação à mulher, mantida assujeitada e sem autonomia, assim como os filhos, que eram subjugados à sua chefia.

Alguns doutrinadores, dentre eles Sílvio Rodrigues, consideram o CCB/1916 um avanço em relação às legislações anteriores no que se refere à evolução dos direitos da mulher, apontando, nesse sentido, o Direito Romano, cujo regime destinava à mulher uma posição de absoluta inferioridade perante o marido. Vale lembrar as Ordenações, que permitiam que a mulher fosse castigada juntamente com os escravos e filhos. A legislação de 1916 já não dava conta de regulamentar as relações familiares que se desenvolvem no século XXI, que exigem novos regramentos em virtude das transformações ocorridas. A mulher é igual ao homem em direitos e obrigações, e legalmente não é mais submissa nem colaboradora do marido, ambos possuem paridade de direitos e deveres.

A Constituição de 1988 “*é a grande artífice do princípio da isonomia no direito das famílias*” (DIAS, 2006, p.55)⁵⁹ e irradia esse princípio para as demais legislações, que devem imprimir o mesmo caráter isonômico ao dar tratamento ao conteúdo familiar. Faz-se ressoar no CCB/2002, que equiparou os direitos e deveres dos cônjuges (art.1.511), tirando a mulher da condição de assujeitamento jurídico e social em que se encontrava, considerada “colaboradora” do marido, mas que na prática permanecia submetida a ele. Também é reflexo da CF/1988 a equiparação de poder dos pais para conduzir a sociedade conjugal e familiar, com a criação do instituto do poder familiar (art.1.631, CCB/2002), em substituição ao pátrio poder, exercido pelos pais casados e pelos que estão em união estável, que passam a adquirir um perfil de “licitude” como cônjuges e companheiros que têm os mesmos direitos. “*A legitimidade familiar desapareceu como categoria jurídica, pois apenas fazia sentido como critério de distinção e discriminação*” (PEREIRA, 2005, p.43).⁶⁰ Os fundamentos jurídicos de família anteriores à Carta de 1988, no que se refere a desigualdades entre os seus membros, foram substituídos no novo ordenamento jurídico com a elevação do direito de igualdade ao *status* de direito fundamental, consagrando a igualdade entre cônjuges, filhos e entidade familiares.

A CF/1988 pretendeu imprimir o caráter de dignidade aos membros da família que se tornaram iguais, independentemente a que gênero pertençam, objetivando suprimir a superioridade e a prevalência de um membro sobre o outro. Esse ato jurídico colaborou para a pretensão da CF/1988 de reconfigurar a família a partir da redefinição dos papéis do masculino e

⁵⁹ Op. cit. p.55

⁶⁰ Op. cit.

feminino e, conseqüentemente, possibilitou a emergência de um reordenamento jurídico lastreado nas conquistas sociais.

Com as transformações ocorridas no seio da sociedade, aos poucos as legislações se encarregaram de corrigir as distorções e interpretações equivocadas acerca da realidade social e dos direitos relativos aos membros da instituição familiar. Algumas leis foram editadas, objetivando a equiparação dos direitos: Lei nº. 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada), já citada anteriormente, que reduziu o poder marital sobre a mulher, a qual alcançou uma maior autonomia; a Lei nº 6.515/1977 (Lei do Divórcio), que possibilitou a dissolução do casamento, abrindo a perspectiva de se constituir família contemplando-se de forma mais acentuada o bem-estar dos conviventes, ao invés de se ocupar tão somente da formalidade com que era revestida. Contudo, nenhuma delas efetivou a igualdade de forma plena, embora tenham minorado os efeitos das desigualdades. Posteriormente à atual Constituição surgiu a Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que trouxe a equiparação dos direitos dos filhos oriundos do casamento aos que dele não eram provenientes, proibindo-se qualquer tipo de discriminação. Nesse dispositivo visualiza-se um dos reflexos dos ditames constitucionais, o respeito à dignidade da pessoa humana; a Lei nº 8.560/92 que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento; a Lei nº 8.971/1994 que regula os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão e a Lei 9.278/96. Todas estas são leis posteriores à Carta Magna e foram por ela influenciadas, rompendo com o privilégio de alguns dos membros que eram superiores na estrutura social e hierárquica, no ambiente social que antecedia a nova Carta.

A Constituição Federal de 1988 consagrou os princípios, impulsionando legislações posteriores a adotarem a mesma filosofia, propagando os valores que contemplam a dignidade da pessoa humana, permitindo um direcionamento para que haja um tratamento igualitário entre os membros que compõem a família, abrindo perspectiva para que as decisões sejam mais consentâneas com a realidade social. Permitiu, também, um tratamento legal, de forma igualitária, entre os membros dos diversos tipos de famílias existentes na sociedade. Resguardou a família constituída pelo casamento civil e religioso com efeitos civis (art. 226, §§1º e 2º), bem como protegeu a entidade familiar constituída pela união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar a conversão em casamento (art. 226, § 3º). Neste artigo, inova a Constituição Federal por ser a única que trata da união estável, recaindo sobre esta espécie de família a proteção estatal, que reconheceu juridicamente uma união fática e, por fim, reconhece também a comunidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a família monoparental (art. 226, § 4º), colocando sob o pálio legal a maioria das configurações familiares

existentes na sociedade brasileira, favorecendo o tratamento igualitário entre os seus membros e corrigindo desigualdade anteriormente existente entre os membros da família constituída pelo casamento.

O Código Civil de 2002 recebeu da Constituição as orientações na reformulação do seu conceito de família, trazendo a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, que vem a embeber o Direito de Família nas transformações constitucionais, reflexo do anseio social transformador das relações sociais entre os gêneros, elencando alguns dos direitos e deveres que revelam a igualdade entre o homem e a mulher no relacionamento conjugal: a chefia da sociedade conjugal é exercida por ambos; a fixação do domicílio da família é escolhida por ambos; quaisquer dos nubentes podem adotar o nome do outro; partilham o dever de colaborar nos encargos materiais e morais da sociedade conjugal em que cônjuges compartilham direitos e obrigações na mesma proporção. Tudo isso retrata uma feição de família transfigurada em comparação àquela da legislação de 1916. As conquistas sociais respaldadas pelo ordenamento jurídico constitucional desenharam uma família igualitária, possibilitando ao Estado criar mecanismos para o combate às desigualdade reais, uma vez que “*costumes e tradições, transmitidos de geração a geração, sedimentaram condutas de opressão e submissão no ambiente familiar, mas não podem ser obstáculos à plena realização de direito emancipador.*” (LÔBO, 2008, p.43)⁶¹

O princípio isonômico adotado no Código Civil de 2002 contribui para o respeito à dignidade e identidade dos componentes da família, diferindo da normatização adotada pelo Código anterior.

Depois do advento da atual Constituição, as legislações posteriores foram modificadas, acompanhando a viga mestra lá estabelecida e as relações familiares passaram a ser regidas de forma mais equitativa, comparativamente às legislações anteriores. Os direitos e deveres pós-constitucionais devem ser exercidos de forma igual pelo homem e pela mulher na sociedade conjugal; os filhos, oriundos do casamento ou não, são tratados da mesma forma, proibida qualquer discriminação e o dever dos pais para com os filhos menores, em relação à assistência, é o mesmo dos filhos maiores para com os pais na velhice, na carência ou na enfermidade. Há uma reciprocidade de deveres e os direitos são mais equânimes, obtendo-se uma igualdade não apenas no aspecto formal, mas substancial, que implica uma avaliação concreta da desigualdade e consequente aplicação desses princípios nas decisões judiciais em casos concretos. É o que se pode constatar do acórdão a seguir transcrito, da lavra do Min. Sydney Sanches, que aplica ao caso prático os ditames constitucionais, embasando a sua decisão em conformidade com os

⁶¹ Op.cit. p.43

princípios constitucionais que proíbem a discriminação e preservam o princípio da igualdade, permitindo a efetividade dos princípios no organismo social.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu como cláusula pétrea a previsão constitucional de licença à gestante (art. 7º. XVIII), afirmando que qualquer alteração, mesmo por meio de emenda constitucional (na hipótese, a EC 20/98), ‘a torná-la insubsistente implicará um retrocesso histórico, matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado,’ uma vez que, poderá propiciar ‘a discriminação que a Constituição buscou combater quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da CF/88), proibição, que em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres’. (STF – Pleno – ADI nº 1946/DF – Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção I, 16 de maio, 2003, p.90) (grifos nossos).

Na mesma linha, uma apelação cível, corrigindo interpretação equivocada, com relação à superioridade do chefe da família:

TRF/1ª Região – Em face da nova ordem constitucional – art. 5º, I – a exigência de conceder-se benefício somente ao chefe ou arrimo da unidade familiar deixou de existir, uma vez que ficou proibido qualquer tipo de discriminação entre homens e mulheres. Ademais, mesmo antes da promulgação da Constituição, a jurisprudência do antigo Tribunal Federal de Recursos já admitia, em casos tais, a concessão do aludido benefício. (TRF – 2ª T – Apelação Cível nº 89.01.23800-4/MG – Rel. Juiz Jurair Aram Meguerian, Diário da Justiça. Seção II, 20 fev. 1992, p.3.295) (grifos nossos).

Constata-se a concretização da igualdade jurídica entre homem e mulher no Direito de Família, inspirada na CF/1988. Apesar de ainda persistirem algumas dificuldades na prática efetiva, decorrentes de fatores culturais e econômicos que foram responsáveis por uma ideologia da desigualdade, disseminados na norma jurídica, que é o receptáculo dos costumes vigentes na sociedade, com a nova Carta Constitucional visualiza-se a correção dessas desigualdades porque houve a normatização dos princípios que devem nortear os julgamentos de família, conferindo humanidade ao Direito. O reconhecimento da igualdade entre os gêneros permitiu, na prática, decisões mais consentâneas com o propósito constitucional do princípio da igualdade. De acordo com Pereira (2006),⁶² a igualdade e o respeito às diferenças são princípios-chave para as

⁶² Op. cit.

organizações jurídicas, principalmente no Direito de Família, caso contrário, estar-se-ia negando a dignidade do sujeito de direito e, por consequência, a justiça.

2.3 O VALOR DA AFETIVIDADE NA FORMAÇÃO DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

O filósofo Luc Ferry (2008)⁶³ aponta o paradoxo da família moderna que, frequentemente decomposta, situada fora do casamento ou recomposta, revela também que o único laço social que nos dois últimos séculos aprofundou, intensificou e enriqueceu foi o que une as gerações no seio da família. Aponta as mudanças que provocaram rupturas, como a passagem do casamento de ‘conveniência’ a um casamento por amor, livremente escolhido pelos próprios parceiros, que tinha como finalidade última uma união com base na afinidade; o surgimento da privacidade, respeito à intimidade, que não era observada no tempo antigo porque a comunidade se permitia intervir na vida da família; o advento do amor parental, garantindo condições mais seguras de afeto pelos filhos, ressalvando que na Antiguidade também existia o amor de mães e pais pelos seus filhos, mas que este amor não era uma prioridade como nos dias atuais. Conclui o autor, afirmando ser tudo isso consequência da passagem de uma sociedade holística e hierarquizada para uma sociedade individualista e igualitária, em que o peso afetivo aumentou consideravelmente na instituição das relações sociais.

Na abordagem feita pelo autor sobre as mudanças do que denomina família moderna é observada uma característica que passou a fazer parte da interpretação das relações familiares no âmbito jurídico no final do século XX: a afetividade. Ela não está expressa de forma direta no texto constitucional, mas o perpassa transversalmente. Assim é quando se questiona o porquê da união estável, antes alijada da norma jurídica, ser elevada à proteção constitucional. Significa que o afeto que une duas pessoas mereceu o reconhecimento social, donde a sua inserção no sistema jurídico, enfraquecendo o preconceito que impediu que a união não consagrada pelo casamento fizesse parte do sistema jurídico anterior à CF/1988.

A presença da afetividade não é observada apenas nas relações conjugais, espalhou-se para todas as relações que envolvem membros participantes das famílias, seja ela formada pelo casamento ou não. Também deu suporte para o tratamento igualitário a todos os filhos, independentemente da origem, acolhendo, inclusive, os que eram fruto de relações

⁶³ FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês*: política e vida privada na época da globalização. Trad. Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

extramatrimoniais, antes excluídas na legislação pré-constitucional, pois que sobre eles ainda recaía o preconceito social e jurídico por não terem sido considerados sujeitos de direito na família.

Alguns autores apontam como causa da inserção da afetividade na vida social e familiar a ascensão da razão sobre o dogma (GIDDENS, 1993),⁶⁴ que traz como consequência um reordenamento da vida emocional, possibilitando um novo olhar sobre a sexualidade na vida conjugal, que passou a se sustentar no afeto (DIAS, 2006).⁶⁵ Do repertório familiar passa a fazer parte a realização pessoal do indivíduo, ou seja, a afetividade tem presença no cenário familiar, sendo elemento reconhecido ao constituí-lo e que perpassa o ordenamento jurídico, que adota novos paradigmas de hermenêutica para tratar o conteúdo de Direito de Família.

As características comuns, assim entendidas pelos doutrinadores, que devem estar presentes para que a união estável seja configurada são: “*a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família;*” (LÔBO, 2008, p.58)⁶⁶ estabilidade, convivência pública e ostensiva.

As mudanças ocorridas no seio da sociedade, estudadas e analisadas por autores da sociologia e da filosofia, atingiram as relações familiares, remodelando a convivência entre os membros da família, modificando a sua estrutura, organização e concepção. As relações que anteriormente estavam mais embasadas na hierarquia e valores morais, com uma preponderância maior da instituição em relação ao indivíduo, foram substituídas pela igualdade no tratamento entre os membros da família, e a realização pessoal dos seus membros passa a ter um peso maior do que o conjunto que formam no interior da instituição familiar. O afeto, doravante, institui-se como elemento integrante para definir a dignidade da pessoa humana, sendo considerado necessário à formação da identidade do indivíduo como membro de uma família.

A relevância não é apenas de um vínculo jurídico formal, a afeição deve ser a base das relações existentes na família (Fachin; Ruzyk, 2003),⁶⁷ que deve contemplar o espaço de desenvolvimento sentimental dos indivíduos, o seu vínculo de pertencimento ao grupo, o que não foi evidenciado pela legislação anterior à de 1988, porque limitou a concepção familiar aos interesses da instituição, não fazendo referência ao afeto, sequer deixando-o elíptico. O

⁶⁴ GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. Trad. Magda Lopes. São Paulo:UNESP, 1993.

⁶⁵ Op. cit.

⁶⁶ Op. cit. p. 58

⁶⁷ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.) *Código civil comentado: direito de família: arts. 1.511 1.590*, V. XV, São Paulo:Atlas, 2003.

ordenamento jurídico priorizava a família “legítima,” formada pelo casamento. Para que se tenha uma idéia mais materializada desse debate, tomando-se o CCB/1916, verifica-se que ele também não contemplava o afeto. Ao abrir o livro I – Direito de Família, constatam-se descritas as formalidades do casamento, sem fazer referência a qualquer outro tipo de união afetiva. Fato satisfatório para que se infira que o afeto não era prioridade na família institucionalizada, o que não quer dizer a sua inexistência. Contudo, a sua inexpressibilidade sugere uma não relevância.

O art. 1.511, do CCB/2002 determina que: “*O casamento estabelece comunhão plena de vida...*” e, de acordo com as lições do Prof. Rodrigo da Cunha Pereira (2006),⁶⁸ a vida em comum apenas se justifica enquanto proporcionar a comunhão afetiva da vida do casal, não sendo válida sua manutenção se a vida em comum deteriorou-se, acrescentando ainda que a família só tem sentido quando promove a dignidade de seus membros, respeitando a intimidade de cada um deles.

Esse valor embasa o art.227, § 6º, quando concede direito igualitário a todos os filhos, independentemente da origem a que pertençam. A filiação tanto pode ser biológica como afetiva. A afeição que o pai e a mãe adotivos têm por seus filhos merece o respaldo legal. O zelo, o cuidado e a responsabilidade para com o ser que não tem a filiação biológica merecem o amparo jurídico, o que significa conferir garantias jurídicas ao indivíduo para o desenvolvimento da sua personalidade e da sua felicidade.

O § 5º, do art. 1.584, do CCB/2002, alterado pela Lei nº 11.698, de 13/6/2008, privilegia a afetividade quando determina que o juiz, ao decidir sobre com quem deve ficar a guarda dos filhos quando o casal se separa, leva em consideração a afetividade para respaldar sua decisão, por entender que a afetividade deve ser contemplada nos julgamentos acerca da família.

“Art. 1.584 A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

...

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados de preferência o grau de parentesco e relação de afinidade e as relações de afinidade e afetividade.” (grifos nossos).

⁶⁸ Op. cit.

A afetividade encontra guarida nas decisões emanadas dos tribunais, que contemplam esse princípio para a deliberação de casos concretos. A seguir transcrição de um Acórdão da lavra da Des^a. Maria Berenice Dias.

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Preservação, ademais, da paternidade socioafetiva, uma vez que o próprio investigador revela profundos sentimentos de gratidão com relação ao casal que o criou e o registrou como filho, em verdadeira 'adoção à brasileira'. A relação de filiação, muito mais do que um mero fenômeno biológico, é um fenômeno social. Negaram provimento por maioria. (TJRS, AC 70003531928, j.27-02-02, Rel. Maria Berenice Dias).

A afetividade se faz presente na hermenêutica constitucional, na doutrina e na jurisprudência, sendo contemplada como elemento formador da relação familiar. A família tem a função de zelar pelo amor, respeito e afetividade dos seus membros, trazendo benefícios para ela própria e para a sociedade como um todo, da qual é considerada *celula-mater*. A efetivação do reconhecimento da afetividade garante aos indivíduos componentes das famílias o respeito à sua dignidade, atendendo ao propósito constitucional.

Vale aqui ressaltar que o afeto é conquista, não pode, no entanto, ser imposto por lei, não sendo possível a determinação legal para um sujeito amar o outro. Por essa razão, foi acolhida pela norma legal a união estável, disciplinando o afeto. Do mesmo modo, pode ser considerada a aprovação do divórcio em que a lei autoriza a dissolução da sociedade conjugal quando o afeto se faz ausente, preservando a continuidade das relações familiares onde habite o afeto. Pode a norma regulamentar sentimentos? Acredita-se que não. O Direito disciplina e regula os efeitos da conduta determinada pelo afeto, podendo impor direitos, deveres e obrigações, nos quais o afeto não pode estar inserido.

O acórdão transcrito a seguir traz a imposição de uma decisão judicial que obriga o pai a assumir a responsabilidade de caráter sócioafetivo em virtude de a relação ter durado aproximadamente vinte anos. Questiona-se: a lei, a decisão judicial, tem esse poder? Pode alguém ser coagido a ter afeto por outra pessoa? Parece um contra-senso. A afetividade é fruto de escolha, conquista e liberdade. Não pode alguém ser coagido a dar afeto. Caso contrário, estar-se-ia ferindo o princípio maior, o da dignidade da pessoa humana. As normas cogentes podem impor responsabilidade, mas não afeto.

Ação de Investigação de Paternidade. Exame de DNA. Paternidade Sócio-Afetiva.

Apesar do resultado negativo do exame de DNA, deve ser mantido o assento de paternidade no registro de nascimento, tendo em vista o caráter sócio-afetivo da relação que perdurou por aproximadamente vinte anos, como se pai e filha fossem. (TJMG; AC 1.0105.02 060668-4/001; 8ª C. Civ.; Desª. Teresa Cristina da Cunha Peixoto; DJMG 05/07/2007).

2.4 O PRINCÍPIO DO PLURALISMO FAMILIAR ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

As modificações ocorridas no seio da família contribuíram para uma nova concepção da sua estrutura. O que antes era visto sob o ângulo da singularidade, existindo apenas um tipo legal, a matrimonializada, foi aos poucos sendo substituído por uma pluralidade de modelos. Os princípios norteadores do Direito de Família, elaborados na Constituição Federal de 1988, permitiram o acolhimento de espécies de uniões familiares existentes na sociedade, assim como a discussão com relação ao aparente conflito entre alguns desses princípios, em decorrência das mudanças.

A pluralidade de famílias está sob o pálio da Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu art. 226 e parágrafos a seguir transcritos:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração;

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil nos termos da lei;

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

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

O parágrafo terceiro do artigo acima traz a inclusão da união estável como entidade familiar para a tutela da norma jurídica constitucional, inovação feita à legislação civil familiar a partir dos ditames constitucionais, que acolheram esta espécie de família existente na sociedade, assim como a família monoparental. A união estável não é mais apenas um fato social, é também uma realidade jurídica. A conversão em casamento a ser facilitada, gerou polêmica entre os doutrinadores por entenderem que, mais uma vez, o Código Civil/2002 se manteve fiel aos

princípios do anterior, que priorizava o instituto do casamento para a formação da família. Alexandre de Moraes (2007, p.2208)⁶⁹, interpretando o referido artigo, assevera:

“Portanto, não é correto afirmar que a União estável foi igualada ao casamento, por tratar-se de institutos jurídicos diversos, mas que houve o reconhecimento da juridicidade da união fática, com a finalidade de evitar a continuidade de injustiças sociais.”

Deixa vincada a distinção entre os dois institutos: casamento e união estável. Caso contrário, não seria necessária ressalva da facilitação de sua conversão em casamento.

Segue, na mesma linha de entendimento, Caio Mário da Silva Pereira (2005, p.534)⁷⁰ que argumenta: *“De primeiro, afasta-se a sua equiparação ao casamento. Uma vez que ‘a lei facilitará a sua conversão em casamento’. Não se cogita de conversão, se tratasse do mesmo conceito.”* Pelo viés lógico adotado pelo autor, há que se concluir pela não igualdade dos institutos. Salienta, ainda, Venosa (2008, p.22)⁷¹ que: *“o casamento ainda guarda posição de proeminência sociológica e jurídica em nosso meio, não é menos verdadeiro que a entidade familiar sem casamento goza do beneplácito da sociedade e de proteção constitucional.”* A posição adotada pelos autores referidos não goza de aceitação mansa e pacífica.

A interpretação que apresenta a união estável distinta da família formada pelo casamento é considerada interpretação literal do artigo da lei e, segundo Paulo Lôbo (2008)⁷² não é uma hermenêutica indicada, devendo prevalecer a harmonização da regra com o conjunto de princípios e regras insertas no diploma constitucional, o qual não traz imposição de requisito que subordine a eficácia da união estável à conversão em casamento.

Maria Berenice Dias(2006, p.146)⁷³, de forma mais contundente, critica a distinção dos dois institutos quando afirma ser obra dos “profetas da conservação,” que estabelecem a desigualdade entre casamento e união estável, considerada por ela como “baixa constitucionalidade” a interpretação assim dada. A autora aponta como má vontade do legislador para com a união estável, quando a coloca distante do capítulo do casamento no Código,

⁶⁹ Op.cit. p.2208

⁷⁰ Op.cit. p.534

⁷¹ Op.cit. p.22

⁷² Op.cit.

⁷³ Op.cit.

revelando resistência para seu reconhecimento como entidade familiar, admitindo, portanto, a distinção. Embora a critique, reconhece que ambas são “fontes geradoras de família de mesmo valor jurídico, sem qualquer adjetivação discriminatória.”

Apesar de a união estável adquirir reconhecimento jurídico constitucional, somente a partir de 1988, sua realidade social já se impunha com muitas facetas, adquirindo o “status” de família constitucionalizada sob a sombra da mesma árvore onde está o casamento.

O CCB/1916 se encarregou de criar mecanismos que protegesse o casamento, considerado união “legítima” e criou óbices a outras formas de união. O concubinato gozava de hostilidade pela norma em comento. O art. 248, IV⁷⁴ dispunha que a mulher casada poderia reivindicar os bens doados pelo marido à concubina; no art. 1.177⁷⁵, a possibilidade de anulação da doação feita pelo cônjuge adúltero ao cúmplice e, ainda no art. 1.719, III,⁷⁶ a proibição de a concubina ser nomeada herdeira ou legatária. Os artigos que tratam do concubinato não objetivam ampará-lo como união afetiva, mas colocar a união matrimonial em proeminência, priorizando, portanto, o casamento.

O CCB/2002 reproduziu, em seu art. 550,⁷⁷ o que determinava o art. 1.177 do antigo CCB, assim como o art. 1.642, V⁷⁸ é a reprodução do art. 248, IV anterior.

Tepedino (2001, p.329)⁷⁹ distingue três fases das entidades extrafamiliares no Brasil: a primeira fase responde pela rejeição pura e simples do concubinato, estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação adúltera, caracterizada como aquela relação em que há vínculo sexual entre uma pessoa casada e outra que não é o seu cônjuge. O concubinato foi considerado como crime pelo Código Penal Brasileiro em seu art. 240, mas hoje não mais subsiste, o que na acepção de Washington de Barros Monteiro (2004, p.30)⁸⁰ ganha o seguinte teor “*Concubinato é a relação que não merece proteção do direito de família, por ter caráter adúltero,*

⁷⁴ Art.248. A mulher casada pode livremente:

IV- Reivindicar os bens comuns móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina.

⁷⁵ Art. 1.177. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou seus herdeiros necessários até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

⁷⁶ Art. 1.719. Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários:

III- a concubina do testador casado;

⁷⁷ Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

⁷⁸ Art. 1642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:

V- reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos;

⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2001.p.329

⁸⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil:direito de família*.37.ed. ver. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva.São Paulo:Saraiva, 2004.p.30.

denominados concubinos os seus partícipes.” Nessa fase, essa união foi hostilizada porque representava uma ameaça à estabilidade e dignidade da família “legítima,” constituída pelo casamento, o que contrastava com a realidade social, que tinha grande parte da população vivendo em união livre e sem impedimento para o casamento, forçando a doutrina e jurisprudência a procurarem soluções para essa realidade que o ordenamento jurídico não disciplinava. Nessa fase, surge a Súmula 380 datada de 1964, do Supremo Tribunal Federal que determinava: “*Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum,*” numa tentativa de amparar os direitos daqueles que viviam sob este regime. Na segunda fase, o concubinato foi tolerado, desde que não adulterino. Ou seja, nenhum dos companheiros poderia ter vínculo matrimonial, chamado de concubinato puro, atribuindo-se o caráter de licitude da vida em comum com efeitos jurídicos, o que o autor considera como o período em que o concubinato passou a fazer parte do Direito de Família. Reza a Súmula 35, do STF: “*Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito a ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.*” A companheira tinha direitos previdenciários, desde que constatada a união estável, chegando-se a dividir a pensão previdenciária entre a esposa “legítima” e a companheira, de acordo com o estabelecido pela Súmula nº 159 do TRF. “*É legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos.*” Por fim, a terceira fase, com a tutela constitucional das entidades familiares não fundadas no casamento.

As uniões livres não deram um salto da hostilidade e preconceito em que estavam postas para a aceitação e aprovação legais repentinamente. Os casos relativos a esse tipo de união existente na sociedade pressionaram a manifestação do Estado, via Poder Judiciário, para assegurar os direitos daqueles que formaram a família fora dos padrões estipulados pela norma legal, caminhando, paulatinamente, para a consagração constitucional das uniões familiares de fato.

A trajetória do concubinato até chegar a esse estágio de evolução e ser reconhecido pela Lei Maior obteve alguns avanços através de leis criadas para dar amparo jurídico à companheira, uma vez que, um grande número de uniões livres se fazia presente na sociedade. Uma das causas que pode ser apontada para a multiplicação do concubinato foi a impossibilidade da quebra do vínculo matrimonial, que somente foi possível em 1977 com a aprovação da Lei do Divórcio.

Dentre algumas das leis que intentavam a regulamentação do concubinato, pode-se citar: Leis nºs. 6.649/79 e 8.245/91 (esta última posterior à CF/1988) que permitiam a(o)

companheira(o) sobrevivente, assim como ao cônjuge, a continuação da locação celebrada pelo(a) falecido(a). A Lei 7.250/1984, que disciplinou o reconhecimento de filhos “ilegítimos” de parte do cônjuge separado de fato, há mais de cinco anos contínuos. Embora as circunstâncias ainda contemplassem a vigência de um casamento formalmente válido, essas normas legais representaram conquistas em relação ao direito daqueles que estavam excluídos por conta da formalidade contida na lei, ao tempo em que abriram espaço para o reconhecimento posterior e a proibição da discriminação dos filhos que não fossem originados de relação amparada pelo casamento. O concubinato foi aos poucos sendo acolhido pela norma jurídica, primeiro pelas decisões jurisprudenciais, discussões doutrinárias e por fim pelas leis que regulamentavam as uniões familiares livres.

Nesse período, alguns direitos foram conquistados: legitimidade para prosseguir na locação, direito à utilização do nome de família, legitimidade para pleitear benefícios previdenciários acidentários ou de responsabilidade civil (TEPEDINO, 2001).⁸¹ Esses direitos reconhecidos, legalmente, foram abrindo espaços para que a Constituição Federal de 1988 disciplinasse as espécies de uniões, além daquelas revestidas do caráter formal pelo casamento.

A legislação protegeu durante séculos a união formal, o casamento, e somente no final do século XX a Lei Maior deu efetiva proteção às uniões livres. Logo, é concebível que haja discussões e debates entre correntes que adotam posicionamentos divergentes, no âmbito jurídico, em relação à igualdade ou desigualdade dessas uniões e a família constituída pelo casamento, uma vez que o conceito de família predominante era o de família “legitimamente” constituída, o que, na interpretação de alguns doutrinadores, se mantém, tendo em vista que o §3º, do art. 226, da CF/1988 ainda traz a possibilidade da conversão de união estável em casamento. A diversidade de interpretação pode ser constatada nas jurisprudências a seguir transcritas.

A indenização por serviços prestados era uma solução adotada pelos tribunais devido à falta de regulamentação sobre a união estável, apesar de ser uma prática humilhante, posteriormente, substituída. Quando o relacionamento terminava, a mulher não tinha sequer direito a alimentos. Os tribunais buscavam uma via transversal para não deixar o participante deste tipo de união em estado de penúria

“ Sociedade de fato – União entre o homem e a mulher, como entidade familiar – Indenização – serviços domésticos prestados – Inadmissibilidade – Excepcionalidade não comprovada – Verba não devida – Recurso provido

⁸¹ Op.cit.

– Enquanto persistiu a União, a concubina dela compartilhou de suas benesses e seus sacrifícios, nada justificando seja comparada a mera prestadora de serviços domésticos. A denominada relação concubinária, a ser prestigiada (sic) pelo direito, e a União estável entre homem e mulher, como entidade familiar, voltada para a conversão em casamento, o que deverá ser facilitado por lei, em obediência a preceito constitucional. (art. 226, *o* 3º, da Constituição Federal) (TJSP –9ª Câmara de Férias de Direito Privado; Ap. nº. 22.470.4/0-00 – São Joaquim da Barra – SP; Rel. Dês. Franciulli Neto; j. 10-2-1998; v. u.; ementa)” (MORAES, p.2208).

O Acórdão a seguir transcrito apresenta uma interpretação que distingue as categorias de família, caracterizando aquela constituída pela união estável como inferior à que é formada pelo casamento.

“Legalidade da decisão do Tribunal de Contas da União, que excluiu do benefício da pensão, a companheira do servidor público falecido no estado de casado, de acordo no disposto do § 3º do art. 5º da Lei nº 4.069-62. A essa orientação, não se opõe a norma do § 3º do art. 226 da Constituição de 1988, que além de haver entrado em vigor após o óbito do instituidor, coloca em plano inferior ao do casamento, a chamada união estável, tanto que deve a lei facilitar a conversão desta, naquele (RTJ 163/116)” (MORAES, p.2208).

Os adeptos do princípio do pluralismo familiar, dentre eles se destaca Ruzyk,⁸² acolhem as espécies de entidades familiares como família, afirmando que não deve haver distinção entre família e entidade familiar. O autor critica aqueles que, de forma contrária, consideram de modo reducionista e observando tão somente o direito positivo as entidades familiares como não famílias, sem encarar a realidade social à qual o direito se destina.

A adesão ao princípio do pluralismo familiar impõe discussão e debate acerca de outro princípio, o da monogamia. À primeira vista, parece haver uma contradição com o do pluralismo, uma vez que, é no princípio monogâmico que se funda o casamento. Ressalta Pereira (2006)⁸³, que o sistema monogâmico é organizador das formas de constituição de famílias, que se polarizaram com o sistema poligâmico. Tanto num quanto noutro as relações extraconjugais representam infidelidade, porque devem obedecer ao número de cônjuges previsto no ordenamento jurídico, estando presente a condenação moral a quem infringe o pacto sociocultural poli ou monogâmico, alegando ser a fidelidade uma regra jurídica, e constituindo-se como um dos deveres do casamento. Se for poligâmico, assim reconhecido pelo sistema

⁸² Op. cit.

⁸³ Op.cit.

jurídico, é aceita socialmente a pluralidade de cônjuges; se for monogâmico, não há previsão legal para a pluralidade de cônjuges, porque a lei com ela não comunga.

A Constituição de 1988 acolheu outras formas de entidades familiares além da família constituída pelo casamento, e deixa consagrada a opção monogâmica, ao recomendar que a lei facilite a conversão da união estável em casamento. Ou seja, não deve ser criado óbice à sua realização, que no sistema jurídico vigente só pode ser firmado entre aqueles que não estão impedidos de se casarem, por força do art. 1.521 do CC/2002, que estabelece: “Não podem casar: V – as pessoas casadas.” Exclui, portanto, da união estável qualquer membro que seja casado, sendo considerado, neste caso, o concubinato constante no art.1.727⁸⁴, do CC/2002. É também considerado crime contrair núpcias com quem já é casado, assim determinado pelo art. 235⁸⁵ do Código Penal brasileiro.

O pluralismo familiar é uma realidade social, acolhida pela Lei Maior e pelas leis infraconstitucionais, mas o princípio monogâmico permanece vigente enquanto está proibido, pela lei civil e penal, o casamento entre aqueles que já são casados. Segundo o princípio jurídico da monogamia, o acolhimento do pluralismo foi uma medida adotada para proteger os direitos daqueles que se encontravam vivendo em união estável, bem como para configurar famílias monoparentais e anaparentais, formadas respectivamente por um membro e seus descendentes, biológicos ou afetivos, além daquela constituída por irmãos.

A família concebida atualmente é plural e bem diversa da concepção adotada pela legislação anterior à CF/1988, em que o sujeito não ocupava uma centralidade como o faz a letra da lei atual, ou seja, coloca-o como sujeito de desejos (PEREIRA, 2006, p.195). Esta interpretação extensiva foi possível graças à normatização dos princípios e aos estudos acerca da família em vários campos do saber como na Sociologia, Antropologia, História, Filosofia e Psicologia, o que permitiu uma hermenêutica mais consentânea com a realidade, trazendo uma reestruturação na concepção de família ainda considerada como núcleo essencial ao qual pertence o sujeito ali formado.

A inclusão das entidades familiares na Constituição/1988 em seu art.226 e parágrafos, é considerada a mais radical das transformações já operadas na tutela constitucional da família (LÔBO, 2006, p.60) face a trajetória histórico-sociológica que esta instituição veio percorrendo. Essa inclusão foi possível pela pressão das exigências sociais, ao verem as uniões de fato e reais, existentes na sociedade, não serem reconhecidas juridicamente. Como consequência, obtiveram

⁸⁴ Art.1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

⁸⁵ Art. 235. Contrair alguém, sendo casado, novo casamento.
Pena- reclusão, de dois a seis anos.

o reconhecimento social, possibilitando o exame de outras uniões que não estão relacionadas taxativamente na lei, mas são consideradas, por força do que estabelecem os princípios constitucionais que têm como tronco o princípio da dignidade humana, de onde partem os ramos da igualdade, da solidariedade e da afetividade, a contemplar o sujeito de direito.

2.5 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE INSCULPIDO NA CARTA MAGNA

A Constituição Federal trouxe a implementação dos princípios fundamentais com validade normativa, obrigando os operadores do Direito a observarem, quando da solução dos litígios, alguns desses princípios porque embasam as relações familiares. São eles: princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e o princípio da solidariedade, completando o rol dos valores que focalizam a pessoa como ser humano em sua totalidade: seja no âmbito social, quanto no psíquico e no individual. Este princípio (solidariedade) revela a cooperação que deve imperar entre os membros da família, o dever de assistência mútua em relação aos seus componentes, e remete à idéia de preocupação com o outro, com a predisposição de oferecer auxílio, amparo e apoio, o que imprimiu o caráter de humanização ao Direito de Família. Está expresso no art.3º, I: “*Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;*”

A solidariedade está implícita na formação e estrutura da família, na medida em que os atos de reciprocidade estão presentes; não está vinculada necessariamente a uma imposição jurídica porque quando assim ocorre, o ato voluntário faltou, ao que atenta a lei para impor o dever de solidariedade. Tem-se, como exemplo, a falta do pagamento de alimentos ao menor pelo responsável situação prevista no § 1º, do art. 733, do CPC abaixo transcrito:

Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em três dias, efetuar o pagamento, provar que o fez, ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um a três meses;

§ O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

A solidariedade se faz presente entre cônjuges e companheiros na assistência moral e material, em relação aos filhos, quando lhes é oferecida a educação, o zelo e cuidado até a idade

adulta (LÔBO, 2008,).⁸⁶ Inicialmente estende-se à assistência aos idosos, cuja fragilidade exige o auxílio do membro da família, mas não está configurado como outrora, numa perspectiva de piedade. Está como obrigação de todos e de cada um numa ação conjunta, expresso na Carta Constitucional de 1988 que traz o seguinte:

Art.3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;

...

III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A contemplação da solidariedade nas relações familiares imprime um caráter de equilíbrio e interação entre seus membros e, assim como os outros princípios, que anteriormente ocupavam o lugar de dever moral, passa a ter uma configuração e obrigatoriedade jurídica, após a CF/1988. O art. 227 da referida Lei atribui à família, à sociedade e ao Estado a responsabilidade de assegurar os direitos fundamentais à criança e ao adolescente e livrá-los da negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Adota-se, portanto, um caráter solidário, apesar da crítica feita pela Des^a. Maria Berenice Dias (2006),⁸⁷ ao afirmar ser esse dispositivo o meio encontrado pelo Estado para esquivar-se do encargo de prover uma gama de direitos que são assegurados ao cidadão, colocando a família como a primeira responsável e, em último, o Estado. No entanto, se não houver uma participação conjunta, o círculo da solidariedade não se fecha, assim devem estar envolvidas a família, a sociedade e o Estado.

Esse princípio se espalhou pelas legislações infraconstitucionais, priorizando o atendimento à criança e ao adolescente com a criação da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a proteção ao idoso com a Lei 10.741/2006 (Estatuto do Idoso), e estabeleceu medidas que objetivam a inclusão dos portadores de deficiências ou de necessidades especiais. O atual Código Civil incluiu em seus artigos, de forma explícita, o dever de solidariedade nas relações familiares, observado, por exemplo, no art. 1.694 que determina:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com

⁸⁶ Op. cit. p. 41

⁸⁷ Op. cit. p.56

a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

...

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar da culpa de quem os pleiteia .

...

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentar em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Observa-se que deve haver uma proporcionalidade daquele que presta o alimento em relação à necessidade de quem pede, na exata medida da solidariedade em atender a quem precisa.

Na mesma direção segue o art. 1.695: *“São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, a própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los sem desfalque do necessário ao seu sustento.”* Assim também procede o art. 1.696 do mesmo diploma legal, que estabelece a reciprocidade da prestação de alimentos entre pais e filhos.

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

A transformação da concepção de família alcançou a sua estrutura e a função dos seus membros, que devem assistência uns aos outros, ligando, assim, as gerações.

A solidariedade alcança o cônjuge inocente na separação judicial litigiosa, quando este não se encontra em condições de manter-se conforme os ditames do art. 1.702 do CCB/2002, contudo com a ressalva de que tenha sido inocentado. A lei ampara também o cônjuge culpado, de acordo com os ditames do parágrafo único do art. 1.704, a seguir transcrito:

Art. 1.704. Se um dos cônjuges separado judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

O parágrafo único do artigo acima impõe ao cônjuge inocente o dever de prover alimentos ao culpado, implicando, à primeira vista, um desvirtuamento do princípio de solidariedade, ou pretensão do Estado de evadir-se do seu papel social, transferindo a obrigação para o ex-cônjuge, que mesmo com o vínculo quebrado fica com a obrigação de sustento em caso de necessidade, por força de determinação legal. Tal situação exige do juiz uma capacidade de discernimento na análise de cada caso prático, para não cometer injustiça acobertada pela lei.

O dever de solidariedade permeia o atual Código Civil de forma explícita na conformidade dos artigos anteriormente citados, e em outros artigos este dever vem implícito e submerso nas relações familiares. O instituto da adoção é um deles, disciplinado no art. 1.618 e segs. do mesmo diploma legal. O adotante move-se por uma liberalidade que antes de fazê-lo não é o responsável pelo adotado. Portanto, é uma escolha que faz via solidariedade. Também a mútua assistência determinada no Inciso III, do art. 1.566⁸⁸, como dever de ambos os cônjuges, é uma imposição do Estado do dever de solidariedade. Eles são solidários quando concorrem na proporção dos seus bens para o sustento da família – art. 1.568⁸⁹ do CCB/2002.

Apesar de estar implícita a solidariedade nas relações familiares, o Estado a impõe como dever dos seus membros, extrapolando, inclusive, os limites do vínculo conjugal, quando determinou que o ex-cônjuge fique com a responsabilidade e obrigação de prover os alimentos daquele considerado culpado quando este não dispõe de meios para manter-se.

⁸⁸ Ar. 1566. São deveres de ambos os cônjuges:

...

III- mútua assistência;

⁸⁹ Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

CAPÍTULO III

3 A FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: REFLEXO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Código Civil de 1916 reproduziu o contexto histórico do país na época em que foi editado, de forma mais persistente no Direito de Família e no Direito de Sucessões, traduzindo a forma de família como matrimonializada e privilegiando o patriarcalismo que, segundo Orlando Gomes (2006),⁹⁰ retratava com certa fidelidade a tradição e o estado social do país. Esse Código foi considerado por alguns como um código avançado, levando-se em consideração o que determinavam as legislações anteriores, a exemplo do Direito Romano e das Ordenações Filipinas, estas vigentes no Brasil durante o século XVII, até a promulgação da independência brasileira em 1822. O CCB/1916, primeiro Código Civil Brasileiro, entrou em vigor em 1917, trazendo os resquícios da legislação anterior, as Ordenações Filipinas⁹¹, em que a mulher era submissa ao marido e este tinha sobre ela o poder absoluto, enaltecendo, portanto, a supremacia do chefe de família.

O Código Civil de 2002 também tende a refletir o contexto histórico no qual está inserido. O anterior vigeu por um período de oitenta e seis anos, portanto com princípios já consagrados e sedimentados na sociedade brasileira. O Código atual trouxe alterações que foram impulsionadas pela edição da Constituição de 1988, que traçou um panorama diferenciado para o Direito de Família, com a adoção de institutos antes inexistentes, a exemplo do pluralismo familiar, da equiparação dos direitos dos filhos não oriundos do casamento ao daqueles que dele proviessem, pontuando mais fortemente o vínculo afetivo nas relações familiares. Esses fatores influenciaram diretamente na redação da legislação do Código atual, que adotou um paradigma de família diferenciado daquele traçado pelo Código Civil de 1916.

Apesar das inovações trazidas, alguns pontos são criticados por permanecerem inalterados, como é destacado por Paulo Lôbo (2008, p.9)⁹² a “*forte presença dos interesses patrimoniais sobre as pessoas,*” podendo ser observado nas causas suspensivas do casamento que estão diretamente relacionadas a interesse patrimonial.

⁹⁰ Op. cit. p13

⁹¹ No Livro 5. Título 38 “Do que matou sua mulher pola achar em adultério Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assi a ella, como o adultero...” <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1188.htm>. Acesso em 13/02/09

⁹² Op. cit. p.9.

“Art. 1.523. Não devem casar:

I – o viúvo ou a viúva que tiver filhos do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou de dissolução da sociedade conjugal

III – o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV – o tutor ou o curador e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.”

O próprio autor destaca que as relações familiares possuem, inerentemente, natureza patrimonial, e o artigo acima citado visa proteger os bens individuais de cada um, protegendo tanto os bens dos cônjuges quanto das pessoas tuteladas ou curateladas, a exemplo dos herdeiros.

O artigo não é uma “camisa de força.” As causas suspensivas podem ser examinadas pelo juiz e suavizadas, a depender do caso examinado. No item II do artigo acima referenciado, é estipulado um prazo de dez meses para a viúva ou mulher contrair novas núpcias, cujo casamento se desfez ou foi anulado. Nesse caso, se for trazida a prova de inocorrência de gravidez, dispensa-se a incidência da causa suspensiva. Assim também ocorre com o divórcio, que antes não poderia ser concedido sem que houvesse a partilha de bens. O CCB/2002, no art. 1.581, permite o divórcio sem a prévia partilha, embora o novo casamento dos ex-cônjuges não possa ser celebrado sem que haja divisão dos bens do casal divorciado. Essas regras estabelecidas evitam conflitos posteriores.

Ressalta o autor que as relações de família têm natureza patrimonial, mas que esse elemento não pode ser a determinante para a organização, sob pena de desnaturar a sua função como espaço de realização pessoal e afetiva de seus membros.

O atual Código Civil levou aproximadamente três décadas até ser aprovado pelo Congresso Nacional, as reformas e alterações realizadas não adicionaram os novos institutos jurídicos apregoados pela Constituição Federal de 1988 que, ao ser promulgada, entrou em vigor antes mesmo do atual Código contemporaneamente gestado no Congresso, o que forçou uma readaptação dessa legislação aos ditames da Lei Maior. Considerado um Código conservador, assim qualificado pela Des^a. Maria Berenice Dias (2006),⁹³ limita-se a regulamentar exclusivamente o casamento e incorporar a legislação que já regulava as uniões estáveis. A atual Constituição colocou como base da sociedade não mais o casamento, mas a família, considerada

⁹³ Op. cit. p.128

merecedora de maior atenção do Estado, de quem recebe tratamento diferenciado por ter o papel de cuidar e zelar primordialmente das crianças, adolescentes e idosos.

3.1 ALTERAÇÕES TRAZIDAS PARA O CÓDIGO DE 2002: COTEJO COM O CÓDIGO CIVIL DE 1916.

O Cristianismo elevou o casamento à dignidade de um sacramento, pelo qual um homem e uma mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual e de maneira indissolúvel (*quos Deus coniunxit, homo non separet*). (PEREIRA, 2005).⁹⁴ Essa concepção não perdurou no ordenamento jurídico que estabeleceu de início a indissolubilidade, posteriormente cedendo espaço para o desfazimento da união com a instituição do divórcio pela Lei 6.515/77. Isto comprova que a família é um instituto que sofre alterações, adaptando-se às mudanças sociais, políticas e econômicas ocorridas no seio da sociedade, as quais tendem a repercutir no ordenamento jurídico que disciplina as relações familiares, remodelando-os.

Tomando-se por base as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, a concepção jurídica da família no século XXI, tem como características a pluralidade da entidade familiar, a forma democrática da relação entre seus membros, considerando tanto a formação biológica quanto afetiva, e a igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges. Difere, portanto, significativamente daquela família concebida no início do século XX e referendada pelo Código Civil de 1916, inspirado nos valores cultivados à época, e que dotou de caráter hierárquico, patrimonialista e transpessoal as uniões conjugais.

No CCB/1916 a família era concebida preponderantemente a partir da união do homem e da mulher, sacramentada pelo casamento. Configurava-se a família “legítima,” não fazendo referência àquelas já existentes na sociedade e provenientes de uniões informais, ou uniões de fato, fazendo uma rápida menção apenas ao concubinato, mas com reserva por não considerá-lo como união lícita.

O casamento era e ainda é envolvido de pompa, solenidade e publicidade, como um meio utilizado para demonstrar o prestígio social de que é revestida a formação da família. Desde a Antiguidade, as festividades marcavam de forma solene o casamento, evidenciando a sua repercussão social. O Estado regula as relações entre os membros da família e tem nela a sua base social, quer seja formada pelo casamento, quer seja pela união estável. A lei determina

⁹⁴ Op. cit. pp.51/52

alguns procedimentos prévios tendentes a garantir a validade jurídica do casamento, circunscrevendo quem pode e quem não pode contrair núpcias. Determina, igualmente, àqueles que as contraem infringindo a norma legal, algumas sanções, estabelecendo a diferença entre esta união e as demais, asseguradas por lei.

A CF/1988 consagrou o casamento para formação da família e também acolheu como entidade familiar a união do homem e da mulher que estivessem em convivência estável. Regularizou a situação jurídica daqueles que viviam sem a formalização do casamento e estavam desassistidos pela falta de regulamentação dessa espécie de união, uma vez que, no CCB/1916, não se encontrava guarida para ela, por conta do estágio social da época. O acolhimento pela Constituição atual não foi tão pacífico, porque trouxe para a legalidade a entidade familiar que anteriormente era discriminada pela sociedade, fato que revelava preconceito em relação às uniões não formalizadas pelo casamento, gerando discussões tensas entre os doutrinadores acerca da distinção entre família e entidade familiar trazida pela nova Carta. Caio Maria da Silva Pereira (2005, p.53)⁹⁵ afirma que: *“ao casamento, como instituição social legítima e regular, assemelha-se a União Estável, constitucionalmente protegida pelo Estado e consolidada dia a dia pelas conquistas legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais”*

O acolhimento da união estável como entidade familiar provocou alteração na legislação infraconstitucional, que foi obrigada a se alinhar com os mandamentos constitucionais no que diz respeito à estrutura e formação da família, dotando-lhe de características diferenciadas daquelas estabelecidas pela legislação de 1916, traçando um panorama das relações familiares mais consentâneo com a realidade da família brasileira. Tal avanço ocorreu apesar da crítica de alguns doutrinadores, como Maria Berenice Dias, exatamente porque consideram ainda não suficientemente refletidas, na letra da lei, a totalidade das formas de família existentes, pois algumas uniões ainda permanecem sem o pálio legal, a exemplo da união homoafetiva, que não está incluída no rol das formas familiares disciplinadas pela Carta Magna.

Os institutos como casamento, divórcio, poder familiar e guarda de filhos foram os mais atingidos pelas transformações.

⁹⁵ Op. cit. p. 53

3.1.1 CASAMENTO

Caio Mário da Silva Pereira (2005)⁹⁶ destaca que o legislador não se preocupou em buscar características ou definições para o casamento. Segundo o autor, apenas indicou um pressuposto básico - o da comunhão plena de vida, que vai estar permeada pelos princípios que norteiam o Direito de Família: respeito, afeto e comunhão de interesses.

O delineamento da família a partir da Constituição de 1988 obedece a três aspectos: é formada pelo casamento (§1º, 226), pela união estável de um homem com uma mulher (§ 3º, 226), por um dos pais e seus descendentes (§ 4º, 226). Não tem a configuração singular que marcou a sua trajetória histórica, consagrada pelo Código de 1916, tornando-se “porosa” quando quebrou a rigidez da uniformidade legal, permitindo que fossem acolhidas outras formas como a união estável e a família monoparental, atendendo à realidade social familiar. Algumas características foram mantidas como a monogamia, a união pelo casamento, os impedimentos quanto ao casamento entre ascendentes e descendentes afins e em linha reta, etc. Outras desapareceram, dentre elas está a exigência de casamento para constituir família, a desigualdade da autoridade entre marido e mulher e o tratamento diferenciado dado aos filhos oriundos de relações extramatrimoniais.

O CCB/1916 trazia os impedimentos matrimoniais, obstáculos impostos à realização do casamento que, se desobedecidos, acarretavam sanção. Estavam subdivididos em absolutamente dirimentes, que maculavam o casamento com a nulidade; relativamente dirimentes, referiam-se a proibições que proporcionavam a anulabilidade, e os impedientes, que eram atingidos por sanções proporcionais à gravidade da ilegitimidade, mas não chegavam à invalidade. Todos com disciplina no art. 183⁹⁷, desse diploma legal.

⁹⁶ Op. cit. p.60

⁹⁷ Art. 183. Não podem casar:

I - os ascendentes com o descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil;

II - os afins em linha reta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo;

III - o adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante

IV - os irmãos, legítimos ou ilegítimos, germanos ou não, e os colaterais, legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho superveniente ao pai ou mãe adotiva;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado;

VIII - o cônjuge sobrevivente com o condenado como delinqüente no homicídio, contra o seu consorte;

IX - as pessoas por qualquer motivo coactas e as incapazes de consentir, ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

X - o raptor com a raptada, enquanto esta não se ache fora do seu poder e em lugar seguro;

XI- os sujeitos ao pátrio poder, tutela ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor ou curador;

No CCB/2002 os impedimentos foram mantidos e receberam a denominação simples de impedimento. Esse Código acabou, no entanto, com a subdivisão em absolutamente e relativamente dirimentes, substituindo-se os impedientes pelas causas suspensivas, que abrem a possibilidade de anulação. Os impedimentos que tornam o casamento nulo estão elencados no art. 1.521⁹⁸ deste Código, abordando três aspectos que são taxativos: incesto (I a V), bigamia (VI) e homicídio (VII). Se realizado, infringindo essas determinações, será declarado nulo a requerimento do Ministério Público ou qualquer interessado. Os impedimentos relativamente dirimentes da codificação anterior que não se referiam a causas de incapacidade foram suprimidos, por exemplo, a vedação do casamento do raptor com a raptada, que caiu em desuso; a supressão do erro essencial, que se referia ao defloramento da mulher, ignorado pelo marido, que também caiu em desuso e por isso foram revogados pela codificação atual.

As causas suspensivas estão dispostas no art. 1.523, estabelecendo que não devem casar viúvo ou viúva que tiver filho do cônjuge falecido enquanto não fizer o inventário e der partilha dos bens (I); a viúva ou mulher cujo o casamento se desfez por nulidade ou anulação e até dez meses depois da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal (II); o divorciado, enquanto não houver feito a partilha dos bens do casal (III); o tutor, curador e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, enquanto não tiverem cessado a tutela, curatela ou saldadas as contas (IV), submetendo à apreciação do juiz o pedido de desconsideração das causas suspensivas. Observa-se aqui uma correspondência com os Incisos XIII a XV do art. 183 do antigo Código. Por fim, o art.1.524 do CCB/2002, indicando quem tem legitimidade para arguir,

XII – as mulheres de 16 (dezesesseis) anos e os homens menores de 18 (dezoito);

XIII – o viúvo ou a viúva que tiver filhos do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

XIV – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até 10(dez) meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, salvo se antes de findo esse prazo der à luz algum filho;

XV – o tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna manifestada em escrito autêntico ou em testamento;

XVI – o juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior.

⁹⁸ Art. 1.521. Não podem casar:

I- os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II- os afins em linha reta;

III- o adotante com quem foi cônjuge do adotado o adotado com quem foi adotante;

IV- os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V- o adotado com o filho do adotante;

VI- as pessoas casadas;

VII- o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

que são os parentes em linha reta de um dos nubentes, consangüíneos ou afins, e os colaterais em segundo grau, também consangüíneos ou afins, repetindo o art. 190⁹⁹ do CCB/1916.

Houve alteração também com relação à idade núbil, que passou a ser de dezesseis anos, tanto para homem como para mulher, modificando a determinação anterior em que para o homem era dezoito anos e a mulher dezesseis anos, atendendo-se ao princípio da igualdade, circunscrito na Carta Constitucional de 1988, e que determinava, na redação do art. 1.517: “*O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.*” Antes desta idade só é permitido o casamento para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal e em caso de gravidez (art.1.520)¹⁰⁰.

Também foram suprimidos da codificação atual os “direitos e deveres do marido” (arts. 233 a 239, do CCB/1916) e “direitos e deveres da mulher” (arts.240 a 255, CCB/1916) que foram equiparados e dispostos nos arts. 1.565 a 1570 do CCB/2002. O art. 1.566 trata especificamente dos deveres dos cônjuges, sem a polarização do Código anterior e que transporta do art. 231¹⁰¹, do CCB/1916, acrescentando a este o Inciso V.

Art. 1.566 São deveres de ambos os cônjuges:
 I – fidelidade recíproca;
 II - vida em comum, no domicílio conjugal;
 III – mútua assistência;
 IV – sustento, guarda e educação dos filhos;
 V – respeito e consideração mútuos.

Observa-se uma reformulação das normas em decorrência da mudança de valores e do dinamismo da sociedade, as quais aos poucos vão sendo substituídas com acolhimento pela legislação, que passa a reconhecê-las fazendo os reajustes e tomando como parâmetro os princípios trazidos pela Carta Magna que norteiam as relações familiares. O princípio da igualdade é um deles, amparado pelo princípio maior, viga mestra do ordenamento

⁹⁹ Art. 190. Os outros impedimentos só poderão ser opostos:

I – pelos parentes em linha reta, de um dos nubentes, sejam consangüíneos ou afins;

II – pelos colaterais, em segundo grau, sejam consangüíneos ou afins.

¹⁰⁰ Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art.1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

¹⁰¹ Art. 231. São deveres de ambos os cônjuges:

I – fidelidade recíproca;

II – vida em comum no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV – sustento, guarda e educação dos filhos.

constitucional, que é a dignidade da pessoa humana, que permitiu estabelecer a paridade dos direitos e as obrigações de homem e mulher na relação conjugal, suprimindo os privilégios que detinha o marido na codificação anterior na condução da vida do casal e dos filhos. O casamento permanece contemplado pela legislação atual, exigindo-se para sua realização formalidades e solenidades, mas já não é a única forma que as pessoas têm para constituir família. Outras foram acrescentadas a partir do advento da Lei Maior, dentre elas a união estável e a família monoparental, o que abriu o debate entre os operadores e estudiosos do Direito, que por sua vez encetaram discussão acerca de outras entidades familiares que não estão contempladas na Carta Constitucional, mas que existem na sociedade, a exemplo da união homossexual ou homoafetiva, que vem cogitada no Projeto de Lei nº 2.285/2007, Estatuto das Famílias, em tramitação no Congresso Nacional.

3.1.2 DIVÓRCIO

Outro instituto que sofreu alterações foi o divórcio. Obedecendo ao princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana, pode-se destacar a mudança no lapso temporal da separação consensual, que é proveniente da determinação constante no § 6º, do art. 226, da CF/1988, que determina: *“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.”*

Quando o divórcio foi instituído no Brasil, motivado pela Emenda Constitucional nº 9/1977, que deu nova redação ao art.175, da CF/1967, permitindo a implantação do divórcio, ele trouxe algumas restrições e limitações que não mais vigem. À época somente era possível ao interessado requerer o divórcio apenas uma vez e após um período de separação judicial de cinco anos. Atualmente, este prazo foi reduzido para um ano após o casal ter pleiteado a separação judicial, ou dois anos para aqueles que estavam separados de fato, inovação trazida pela Carta Constitucional de 1988.

Com a separação judicial, a sociedade é dissolvida, extinguem-se os deveres conjugais de coabitação, fidelidade recíproca e regime matrimonial de bens. Após o período estipulado, o vínculo matrimonial é definitivamente partido com a decretação do divórcio. A Constituição Federal/1988, ao reduzir o prazo, inspirou o art. 1.580, do CCB/2002, que se alinhou aos ditames constitucionais, como se segue:

Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação, ou de decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

A lei diminuiu o prazo entre separação e divórcio, o que indica interesse da sociedade na supressão desse período, dando-se o passo direto do casamento para o divórcio, sem a necessidade do interstício que permeia um e outro. Tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei nº 4.945/2005¹⁰², que altera a Lei nº 10.406/2002, CCB/2002, estabelecendo critérios para a separação judicial, autorizando a ação independentemente do período do casamento. Esse projeto merece reflexão, uma vez que o divórcio põe fim ao vínculo e não permite a reconciliação do casal. Na separação, a lei exige obediência ao período até que se possa ingressar com o pedido de divórcio e nesse período, abre-se espaço para a reconciliação do casal, se assim desejarem os separados porque o vínculo ainda não foi cortado. Alguns autores consideram de pouca relevância a manutenção desse período, a exemplo de Farias e Rosenvald (2008),¹⁰³ ao afirmarem que o volume de casais separados que retornam à vida conjugal é insignificante, comparando-se quantitativamente ao número de separações convertidas em divórcio, indicando que quem ingressa com pedido de separação tem como objetivo a realização do divórcio e que só não é imediato por obediência ao impedimento legal. Também foi apresentado ao Congresso Nacional um Projeto de Emenda Constitucional (PEC) nº33/2007, de autoria do Deputado Sérgio Carneiro, que visa alterar o art. 226, §6º da Lei Maior, excluindo a separação judicial, cuja finalidade é evitar despesas desnecessárias com os dois processos, a saber, a separação judicial e o divórcio.

Os legisladores vêm atendendo às solicitações da sociedade, adotando mecanismos que facilitem a separação daqueles que não mais querem permanecer casados, apresentando projetos de lei tendentes a reformular o ordenamento jurídico, adequando-o à realidade social. A publicação da Lei nº. 11.441/2007 possibilita a separação consensual e o divórcio, por escritura pública de casais que não tenham filhos menores ou incapazes, o que representa atendimento aos anseios sociais, no que se refere à dissolução do casamento de forma célere. Tudo isso culminou no acréscimo do art. 1.124-A ao CPC, que disciplina a realização da separação e divórcio consensuais por escritura pública.

¹⁰² <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/385568.pdf> . Acesso em 03 de fevereiro de 2009.

¹⁰³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias.*: De acordo com a Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha e com a Lei nº11.441/07 – Lei da Separação, Divórcio e Inventário Extrajudiciais. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2008. p. 283

Art. 1.124 – A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

A dissolução do casamento, com base nos princípios ditados pela Carta Constitucional de 1988, representa o respeito ao direito da pessoa quanto à opção de não mais permanecer casada. Assim vem aos poucos adequando a legislação aos interesses sociais e à concepção de família desenhada pela Lei Maior, tomando por base os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, que devem permear as relações familiares.

3.1.3 PODER FAMILIAR

Ainda na esteira do princípio da igualdade, que forneceu a base para a transformação das relações jurídicas familiares, surge o instituto do poder familiar em substituição ao instituto anterior do pátrio poder, inspirado no Direito Romano, em que o *patria potestas* investia o chefe da família de poder incontestável, sob o qual estavam submetidos a mulher e os filhos e que influenciou o ordenamento português, fonte de referência da legislação brasileira, que herdou a configuração da família patriarcal, cuja característica perdurou por um longo período quase um século, sofrendo alteração após a CF/1988.

Denise Damo Comel destaca que:

O que se tinha de fato, eram direitos outorgados ao pai, o cabeça do casal, com relação aos filhos. Era a noção de pátrio poder como direito subjetivo do pai, exercício de poder do pai sobre o filho, concepção diametralmente oposta a atual. (COMEL, 2003, p.28)

O pátrio poder somente era exercido sobre os filhos reconhecidos, não recaindo sobre os adúlteros, incestuosos ou espúrios, conforme se pode depreender do art. 379, do CCB/1916, que determina: “*Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.*” A mãe tinha posição subalterna no exercício

do pátrio poder, uma vez que a sua participação era como coadjuvante ou substituta na falta do marido.

Alguns fatores como urbanização, industrialização, a nova posição assumida pela mulher no mundo ocidental, o avanço das telecomunicações e a globalização da sociedade (VENOSA, 2008)¹⁰⁴ foram responsáveis pela redução da força desse poder até chegar a atual substituição legal pelo poder familiar. Na legislação brasileira pode-se destacar a Lei nº.4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada) como um dos fatores de relevante contribuição para amenizar o assujeitamento da mulher ao marido, que modificou o art. 380, do CCB/1916, incluindo a colaboração da mulher para o exercício do pátrio poder e o direito de recorrer à justiça em busca deste direito, caso houvesse divergência, obrigando o marido a compartilhar com a mulher o exercício da autoridade no seio da família.

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução de divergência.

Assim também foi a alteração do art. 393, do CCB/1916, pela Lei do Divórcio, (6.515/77) que determina a conservação do pátrio poder da mãe em relação aos filhos quando esta contrair novas núpcias, o que anteriormente era-lhe vedado.

Art. 393. A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido.

Após o advento da CF/1988, a legislação foi incorporando os princípios lá constantes. A inovação trazida pelo CCB/2002, em seu art. 1.566, V, demonstra o perfilhamento à Lei Maior com relação ao princípio da igualdade, que marca como um dos deveres do casamento “*o respeito e a consideração mútuos*”, e que não constava na legislação anterior, extinguindo os privilégios que eram designados ao cônjuge masculino como chefe da família.

¹⁰⁴ Op.cit. p. 294

A CF/1988 disciplinou as relações familiares existentes na sociedade, considerando as espécies de organização que não tinham sido acolhidas em sua totalidade pelo Código vigente à época, CCB/1916, e transformou a concepção de família que imperou ao longo do século XX, trazendo para a norma legal princípios que devem embasar o Direito de Família, conseqüentemente ressoando na estrutura e função dos membros da família.

A atual Constituição Federal reflete uma modificação do entendimento da relação entre cônjuges, pais e filhos que a doutrina transmudou de “pátrio poder” para “pátrio dever,” por trazer o exercício desse dever implicação no cuidado e zelo que os pais devem ter em relação aos filhos, como: o de respeitar, educar, criar, alimentar, etc., redimensionando a compreensão das relações que não mais estão embasadas na supremacia do chefe de família, mas visando à proteção dos filhos menores, contemplando o respeito mútuo entre cônjuges e uma convivência permeada pelo diálogo entre as gerações e os gêneros.

Há uma troca do pátrio poder para poder familiar, revelando que o exercício da autoridade é conjunto, evitando-se fazer possível associação ao antigo pátrio poder, o que na interpretação de Denise Damo Comel não significa criação de nova figura jurídica.

Assim o que se tem é que o Código Civil (2002) evoluiu da denominação de pátrio poder para poder familiar, sendo certo que não criou uma nova figura jurídica, mas assim o fez para compatibilizar a tradicional e secular existente aos novos conceitos jurídicos e valores sociais, em especial para que se evidenciasse qualquer discriminação entre os filhos a ele sujeitos, também entre o casal de pais com relação ao encargo de criar e educar os filhos destacando o caráter instrumental da função. (COMEL, 2003, p.54)¹⁰⁵

Na verdade, houve uma mudança substancial. A autoridade que antes era exercida somente pelo chefe da família, o pai/esposo, passou a contar com a colaboração da mulher, que não a exerceu efetivamente, porque o poder de decisão era dele. Com essa mudança, é efetivado o poder feminino que adquire condições de igualdade legal ao poder masculino na condução do destino da relação conjugal e dos filhos menores.

Ficou expresso que o pátrio poder é conferido ao pai e à mãe, exercido simultaneamente pelos dois, em virtude do princípio de igualdade entre homem e mulher inserto na CF/1988, o que equiparou direitos e obrigações dos dois cônjuges na condução da família, ao tempo em que estabeleceu simetria no tratamento e cuidado em relação aos filhos, independentemente da origem, proibindo qualquer discriminação.

¹⁰⁵ Op. cit. p54

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/90, trouxe, dois anos após o advento da CF/1988, a disciplina legal para o exercício do pátrio poder, como é observado no artigo a seguir transcrito.

Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução de divergência.

Por força do hábito e por estar sedimentado o pátrio poder na norma legal, o ECA, mesmo após a CF/1988 consagrar o princípio da igualdade para ambos os gêneros, ainda a ele se refere, recomendando o Poder Judiciário em caso de divergência, marcando a dificuldade na quebra de paradigma.

O referido Estatuto entrou em vigor quando ainda vigia o CCB/1916. Portanto, eram encontradas dificuldades na aplicação do poder conjunto delineado pela CF/1988 face à igualdade dos cônjuges. O ECA estabelecia igualdade de condições entre pai e mãe para o exercício do poder familiar, mas o perfil patriarcal ainda vigente era o do CCB/1916, gerando conflito que foi definitivamente solucionado após o advento do CC/2002, que disciplinou o exercício do poder familiar estabelecido nos arts. 1.630 a 1.633¹⁰⁶, pelo pai e pela mãe em condições de igualdade, definitivamente, já que o referido Código tinha como pano de fundo a CF/1988, que ditou os princípios embaixadores do exercício do poder familiar.

3.1.4 GUARDA DE FILHOS

A guarda de filhos é outro instituto que sofreu remodelação face aos princípios expostos na Carta Constitucional de 1988, que colocou como vértice da proteção jurídica os interesses dos menores, gerando efeitos em outras leis, a exemplo, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹⁰⁶ 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 desacordo.

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob o poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

A guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. (LÔBO, 2008,p.169). Com a ruptura conjugal cada vez mais freqüente na sociedade dos dias atuais, os estudos se ampliaram acerca da guarda dos filhos menores do casal, tendendo a adotar mecanismos que sejam mais justos e benéficos para os filhos, que estão em fase de formação e têm o direito a uma assistência dos pais separados, constituindo-se para estes um direito/dever. A separação ocorre entre os cônjuges e não entre os filhos, que necessitam dessa convivência para o desenvolvimento de uma personalidade saudável. Ainda de acordo com Paulo Lôbo (2008, p.168), “*a cessação da convivência entre os pais não faz cessar a convivência familiar entre os filhos e seus pais, ainda que estes passem a viver em residências distintas.*” Os operadores do Direito, doutrinadores e estudiosos da área da Psicologia têm se debruçado sobre o tema para uma reflexão conjunta, para assim poderem estabelecer normas que disciplinem as relações entre os membros da família, priorizando a garantia da proteção jurídica e também psicológica dos menores.

A composição diversificada da família atual impõe a necessidade de constante reformulação e adequação das regras jurídicas ao panorama vigente. A introdução pelo CCB/2002 da guarda compartilhada, nos arts. 1.583 e 1.584, com redação dada pela Lei 11.698/2008, que é fruto da reflexão conjunta de profissionais da área jurídica e também da Psicologia para minorar os efeitos da separação do casal, no que diz respeito à preservação da integridade física e psíquica dos filhos, coloca nas mãos dos juízes um instrumento a mais para decidirem com maior segurança sobre o destino dos filhos após a separação dos pais, priorizando o equilíbrio que deve permear as relações familiares, preservando principalmente o interesse dos menores.

A lei especificou dois tipos de guarda: a unilateral e a compartilhada, definindo cada um dos tipos observados no artigo transcrito a seguir:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que substitua (art.1.584 § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivem sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não o detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

Com a família modificada pela separação dos pais, os filhos tendem a readaptar-se a uma situação nova e, com a guarda compartilhada, a convivência com ambos os pais continua preservada, não afetando o ambiente familiar, contribuindo para a aceitação social da dinâmica redesenhada.

A guarda compartilhada foi pensada a partir das vivências do cotidiano, nas quais os juízes das varas de família tinham o dever de interferir para solucionar os conflitos, buscando alternativas embasadas na lei para preservar o equilíbrio entre os membros da família após a separação. Maria Antonieta Pisano Motta¹⁰⁷ deduz que:

“A experiência tem nos mostrado que a guarda única ou uniparental tem, com frequência, incitado as partes a disputas pelos filhos. Por sua vez, em exame mais acurado é fácil perceber que a disputa de guarda entre os pais oculta, em verdade, problemas outros que sejam da ordem dos alimentos, da disputa pelo poder, da vingança entre as partes por conflitos referentes à conjugalidade desfeita. Enfim, a disputa de guarda muitas vezes oculta questões que nada têm a ver com o melhor para os filhos” (MOTTA, 2006, p.593)

Este instituto se reveste de mais um instrumento jurídico adotado pela lei para minorar os conflitos dos casais em fase de separação, mas não indica que seja suficiente para soluções pacíficas, porque nem sempre o que o casal acorda é fruto de entendimento. Às vezes estabelece um acordo momentâneo, que depois é revertido, conforme observa Motta (2006). Somente surte o efeito jurídico esperado se os pais forem capazes de conduzir o processo de separação sem se desqualificarem mutuamente perante os filhos. Caso contrário, eles provavelmente não sairão ilesos, como pretende o instituto e, conseqüentemente, haverá prejuízo para o andamento da guarda. Em havendo atitudes que prejudiquem a imagem de qualquer dos genitores perante o filho, uma vez que na guarda compartilhada os pais estão em contato, seria apropriada a guarda

¹⁰⁷ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Compartilhando a guarda no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana. São Paulo:IBDFAM/IOB/Thomson, 2006

unilateral, em que o filho menor fica sob a responsabilidade de um dos genitores, de acordo com o que expõe o § 2º do art. 1.583, cabendo ao outro supervisionar.

Vale ressaltar que se houver a disposição de litigar por parte dos separados, nem a guarda unilateral, nem a compartilhada surte o efeito esperado que é a proteção integral dos interesses dos menores. Afirma Paulo Lôbo¹⁰⁸ que:

A guarda também pode ser modificada pelo juiz ou mesmo subtraída do guardião se este abusar de seu direito, em virtude de regra geral estabelecida no art. 187 do Código Civil, quando exceder manifestamente dos limites impostos pelo fim social da guarda, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (LÔBO, 2008, p.170)

A guarda compartilhada permite o exercício do poder familiar aos pais separados em que os dois dividem as responsabilidades, deveres e obrigações; ao passo que na guarda unilateral um deles é o guardião e o outro é o visitante, a este é atribuída a supervisão dos atos do guardião. O juiz também pode deferir a guarda a terceiro, em caso excepcional, se os pais não demonstram agir preservando os melhores interesses da criança, após analisar o conjunto de fatores que conduzam a essa preservação, inclusive com auxílio de equipe multidisciplinar, com a presença de psicólogos, pedagogos e assistente social que possam fornecer elementos para a decisão. Essa inovação foi possível a partir dos ditames constitucionais que impuseram o respeito à dignidade dos membros componentes das famílias nas suas variadas formas.

A guarda é deferida àquele membro da família que tiver melhores condições psicológicas de cuidar do menor, observando a preservação do seu direito à convivência com ambos os pais, priorizada pelo regramento jurídico que afasta a perspectiva de mera “visita” ao genitor que não fosse o guardião, medida anteriormente adotada. Os princípios constitucionais que regem o Direito de Família se encarregaram de reformular a sua concepção e traçar diretrizes que contemplem a dignidade da pessoa humana, preservando no instituto da guarda a mesma filosofia. E como bem assevera Paulo Lôbo (2008) os princípios constitucionais priorizaram o melhor interesse dos filhos e da família, a igualdade de gênero e o exercício equilibrado do poder familiar, respeitando a família como um sistema que se transforma, mas continua com a função, dentre outras, de cuidar e proteger o menor.

¹⁰⁸ Op. cit.

As mudanças provocadas nos institutos do casamento, do divórcio, do poder familiar e da guarda de filhos tiveram como insumo básico os princípios erigidos à norma legal pela Constituição de 1988, denominada Constituição Cidadã, por contemplar, no exercício dos direitos e no cumprimento dos deveres, a perspectiva de respeito à dignidade dos membros componentes da família. Essas mudanças obrigaram frequentes reajustes das legislações infraconstitucionais para atender às exigências e demandas da sociedade do século XXI. O Direito deve disciplinar as regras para as relações das famílias e não mais da família, pela configuração plural adquirida, indicador de que, malgrado o seu ritmo, têm sido feitos esforços para alcançar e materializar juridicamente as demandas da sociedade. Trata-se de uma sensibilidade necessária, em tempos de frenéticas modificações. Ao pensar e conferir garantias jurídicas à nova realidade em constante “camaleonamento,” ao tornar mais sincrônicas tais garantias, não estaria o Direito oferecendo à sociedade contornos mais flexíveis para os movimentos que ela historicamente enceta? Ao tempo em que estabelece a força dos princípios que devem reger a humanidade, esteja ela “habitando” quaisquer tempos, tendo que se haver sob seus influxos?

3.2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ESTATUTO DAS FAMÍLIAS

O Projeto de Lei nº 2.285/2007, denominado Estatuto das Famílias, aguarda aprovação no Congresso Nacional. Ele foi concebido a partir dos debates travados pelos operadores e estudiosos da área do Direito de Família, face às alterações introduzidas pela CF/1988 na constituição e função dos membros da família.

A atual Constituição é considerada um marco referencial para a configuração da família brasileira do século XXI, por transportar em seus artigos os princípios que devem orientar as relações familiares. Trouxe alterações que impactaram a tradicional concepção de família esboçada pelo Código de 1916, formada pelo pai e mãe unidos pelo laço matrimonial, bem como os filhos advindos desta união. Tinha sua base fixada no patriarcalismo, que a legislação atual se encarregou de dissolver, inspirada nos princípios norteadores do Direito de Família ditados pela CF/1988, principalmente pelo respeito à dignidade da pessoa humana, considerando a: igualdade substancial dos seus membros, proibindo qualquer espécie de discriminação, acolhendo a pluralidade familiar existente na sociedade e que estava alijada do regramento jurídico, deixando órfãs de direitos as pessoas que formavam uniões livres e extramatrimoniais. Pretendia como fim

último a proteção do sujeito de direito incluído na instituição familiar, considerada como o “locus” indispensável para o desenvolvimento da pessoa.

Após o advento da Constituição Federal/1988, surgiram leis que passaram a disciplinar o conteúdo das relações familiares de acordo com o delineamento constitucional. A Carta Magna inspirou o ECA, Lei 8.069/90, que traz a proteção integral dos interesses da criança e do adolescente, positivada nos seus artigos, que estabelecem como regra fundamental a garantia de um desenvolvimento digno e saudável, perfilhando-se ao princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana. Com a mesma finalidade, foi promulgado o Estatuto do Idoso (Lei 11.741/03), que impõe um tratamento diferenciado e prioritário aos idosos.

No mesmo viés de reflexão acerca da proteção jurídica integral do sujeito, respaldada pelo preceito constitucional que erigiu a dignidade da pessoa humana como pedra angular da normatização dos direitos do cidadão, e também orientou a proteção da família, surge a necessidade de reordenar as relações familiares face às alterações trazidas pela Carta Constitucional de 1988, que se atritavam com a disciplina do Direito de Família, constante no CCB/1916, que concebia a família formada pelo casamento como “legítima”, arquitetada nas solenidades e na indissolubilidade do matrimônio, com a mulher e os filhos submetidos à autoridade do seu chefe. Portanto, uma tensão se confere de 1988 até os dias que correm. Trata-se de um contraste interno entre o perfil familiar, desenhado pelo CCB/1916 e a atual Constituição, que acolheu os arranjos e as composições familiares existentes na sociedade e no Direito de Família ao que se demandam alterações, inclusive na nomeação mais plural.

A vigência do antigo CCB/1916 por quase um século, bem como as transformações ocorridas no seio da família nesse período não encontravam guarida em seus dispositivos, necessitando de uma reformulação do ordenamento jurídico para se adequar aos ditames constitucionais. O novo Código foi gestado no final da década de 1960 e início da de 1970, com institutos que reproduziam o paradigma familiar diverso do que foi estabelecido pela norma constitucional. Apesar de alterado para se adequar ao perfil de família desenhado pela Lei Maior, não foi possível uma adaptação completa dos institutos, princípios e categorias deste diploma legal, porque pertencem a uma realidade diferente, face às transformações sociais ocorridas e, especialmente, nos últimos trinta anos, recepcionadas pela Carta Constitucional. O Projeto de Código Civil que já tramitava no Congresso Nacional foi promulgado em 2002, passando a vigor em 2003, porém, criticado por não trazer a clareza necessária para reger as relações familiares da

sociedade atual. De acordo com a avaliação de Maria Berenice Dias,¹⁰⁹ não pode ser considerado como um novo código.

Não se pode dizer que é um novo código – é um código antigo com um novo texto. Tenta, sem muito sucesso, afeiçoar-se às profundas alterações por que passou a família no século XX. Talvez o grande ganho tenha sido excluir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade. (DIAS, 2006, p.30)

O Código não disciplinou sobre a guarda compartilhada, instituto de Direito de Família, que somente foi incluído em junho de 2008, pela Lei 11.698, que deu redação aos arts. 1.583 e 1.584, do CCB/2002, não fazendo referência à união entre pessoas do mesmo sexo. Segundo alguns doutrinadores aqui já referenciados, o vínculo afetivo existente entre essas pessoas merece um regramento jurídico que possa assegurar os seus direitos, que vêm recebendo tratamento e interpretação dos Tribunais.

Recentemente, foi sancionada a Lei nº. 11.804/08, que trata de alimentos gravídicos, pondo a salvo o interesse da criança desde sua concepção. Esta lei disciplina o direito da mulher gestante aos alimentos, salvaguardando as despesas com a gravidez, que vai desde a concepção até o parto. É deferido pelo juiz quando este estiver convencido da existência de indícios da paternidade. Os alimentos perdurarão até o nascimento da criança que, se nascer com vida, receberá esses alimentos transformados em pensão alimentícia. A separação dos pais não altera os deveres destes para com os filhos (art. 1.579)¹¹⁰ de mantê-los e orientá-los (art.1.634). Todas essas alterações feitas no novo Código são fruto da hermenêutica jurídica adotada pelos operadores do Direito em função do direcionamento estabelecido pelo CF/1988.

Procedeu o legislador constituinte o alargamento do conceito de família, calcado na nova realidade que se impôs, emprestando juridicidade ao relacionamento existente fora do casamento. Afastou da idéia de família o pressuposto do casamento, identificando como família também a união estável entre um homem e uma mulher. (DIAS, 2006, p.34)

¹⁰⁹ Op. cit. p. 30

¹¹⁰ Art. 1.579. O divórcio não modificará o direito e deveres dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.

Em virtude das constantes emendas recebidas pelo CCB/2002 para se adequar ao perfil de família esboçado na Carta Constitucional, entendeu-se necessário que a família deveria ser tratada por um corpo de lei específico, surgindo então o Projeto de Lei nº.2.285/07, denominado Estatuto das Famílias. Elaborado a partir da reconfiguração pós-constitucional, uniu os institutos que tratam das peculiaridades das relações familiares as quais exigem um tratamento diferenciado daquele adotado pelo CCB/2002. O Estatuto das Famílias constitui lei específica, que trata dos interesses da família, inspirado nos princípios norteadores do direito de família como núcleo axiológico ditados pela CF/1988. De acordo com a interpretação do Prof. Sílvio Venosa (2008),¹¹¹ representou o grande divisor de águas do direito privado, com as reformulações e adaptações ao contexto familiar contemporâneo. É preciso certo cuidado por conta das fragilidades conceituais e imprecisões na enunciação de direitos e deveres à família, o que exige um olhar crítico, um esforço de limagem e adequação da ferramenta jurídica.

A Carta Constitucional de 1988 trouxe um perfil familiar mais consentâneo com a realidade da família brasileira, daí ter surgido a necessidade de se redimensionar, juridicamente, a concepção familiar. O CCB/2002 tentou, mas não alcançou êxito porque deixou de fora do pálio jurídico alguns arranjos familiares existentes na sociedade e que ficaram excluídos ou pelo menos não foram tratados expressamente. O Estatuto das Famílias foi a tentativa dos operadores do Direito e dos legisladores em suprirem essa lacuna, reunindo um corpo de leis que disciplinam as variadas formas de relações familiares não previstas nas legislações vigentes.

A família é um instituto que exige dos operadores do Direito sensibilidade no tratamento dos conflitos que a envolvem e que, na análise do Prof. Sílvio Venosa¹¹² exige dos membros do Poder Judiciário mais do que a lei que a disciplina.

Por outro lado, nenhum outro campo do Direito exige mais do jurista, do legislador, do juiz, do Ministério Público e do advogado, uma mentalidade aberta e um perfil próprio, suscetíveis para absorver prontamente as modificações e pulsações sociais que o rodeiam. Quem não acompanha a evolução social certamente se conduzirá em desarmonia com as necessidades do seu tempo. A jurisprudência deve dar pronta e apropriada resposta aos anseios da sociedade. Exige-se do operador do Direito que seja pleno conhecedor da sociedade e do meio em que vive. Neste Brasil, não há como dirimir o conflito familiar da mesma natureza com idênticas soluções no meio rural e no meio urbano, na região Norte e na região Sul, nas pequenas e nas grandes comunidades etc. As questões de família abrem palco para o advogado e o juiz conciliador e mediador.(VENOSA, 2008, p.13)

¹¹¹ Op. cit. p.7

¹¹² Op. cit. p. 13

O Estatuto das Famílias traz em seus artigos a disciplina legal sobre as categorias familiares, ampliando aquelas já expressas na Carta Constitucional e CCB/2002. Trata, no Capítulo II, do Casamento; no Capítulo III, da União Estável; Capítulo IV, União Homoafetiva e Capítulo V, Família Parental. Destas categorias a única que não foi contemplada pela Constituição atual e nem pelo Código foi a união homossexual ou homoafetiva, assim denominada pelo Estatuto, que no entendimento de Maria Berenice Dias (2006), tal referência não foi feita por “absoluto preconceito” e deveria ter sido contemplada, uma vez que se trata de relação de afeto e por isso merecedora de proteção do Estado, já que a Constituição atual tem como norma pétrea o respeito à dignidade da pessoa humana, na qual o referido princípio está inserido. De acordo com o que afirma a autora, qualquer vínculo que envolva o afeto merece proteção jurídica.

A família formada pelo casamento estabelece a diversidade de sexo, traduzida no art. 1.514 do CCB/2002, que diz: “ *O casamento se realiza no momento em que o homem e mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.*” A Constituição de 1988 estendeu a concepção de família incluindo a união estável, mas mantendo a diversidade de sexo para esta forma de entidade familiar e o CCB/2002 mantém os mesmos impedimentos que possui o casamento, os deveres de lealdade e respeito mútuo entre os conviventes. Constata-se a reformulação da estrutura familiar jurídica brasileira a partir da Carta Magna, com influência direta nas leis a ela posteriores, mas foram mantidos os impedimentos da formação da família pelo casamento e a união estável de pessoas do mesmo sexo.

O Estatuto das Famílias, assim denominado o PL nº 2.285/2007 que tramita no Congresso Nacional, trata dos nubentes sem fazer a distinção sobre o sexo, não deixando explícito, nos artigos seguintes, o gênero dos componentes. No art.21 traz: “*O casamento é civil e produz efeitos a partir do momento em que os nubentes manifestam a vontade de estabelecer o vínculo conjugal e a autoridade os declara casados.*” Portanto, o Estatuto das Famílias difere das leis que estão em vigor e disciplina as normas que regem o casamento, mantidas em sua grande maioria ao longo da trajetória histórica, do núcleo matrimonial.

O Estatuto traz regulamentação com relação a condutas familiares existentes na sociedade, chocando-se com a regulação vigente de formação da família. A prova reside no esforço em conhecer a união homossexual, causando ruptura no padrão estabelecido que disciplinava a formação da família a partir da união de gêneros diferentes, implicando um desafio de interpretação para os operadores do Direito.

Os casos de união homossexual vêm sendo tratados pelos Tribunais com base nos princípios dispostos na CF/1988. É o que exemplifica o Acórdão a seguir transcrito, da lavra da Des^a. Heloísa Combat:

À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. O art. 226 da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito. (TJMG; AC-RN 1.0024.06.930324-6/001; 7^a C.Civ.; Rel^a. Des^a. Heloísa Combat; DJMG 27/07/2007)

O referido Acórdão afirma que a união homossexual preenche os requisitos da união estável. A CF/1988 estabelece que a união estável se configura como entidade familiar quando formada por seres de sexos diferentes, há, ao que parece um equívoco, ao menos neste requisito. Poder-se-ia optar pela afetividade, buscando-se uma analogia mais consentânea com o caso em discussão, e ainda o amparo no princípio da dignidade humana respeitando-se a escolha de cada indivíduo com relação ao seu projeto de felicidade.

O que se assiste é um esforço no âmbito jurídico para se fazer uma reformulação de conceitos relacionados à família, uma vez que, alguns dos seus institutos sofreram modificações.

Em virtude das exigências sociais, os operadores do Direito devem buscá-las sem perder de vista o cidadão contemplado na sua dignidade de pessoa humana, tomando por base os princípios norteadores das relações familiares, que devem vir em primeiro lugar, subsidiando as decisões quando não existir norma específica. Tais princípios conduzem à adoção de uma nova hermenêutica, alimentada pela norma constitucional, que abriu espaço para a realização de uniões familiares independentemente dos laços matrimoniais, pugnano pelo respeito à dignidade da pessoa humana e circunscrevendo os comportamentos familiares de acordo com as normas já sedimentadas. A Lei Maior traz em seu art. 226, de forma expressa, a união familiar formada a partir do casamento (§1º), união consagrada entre um homem e uma mulher; a formada por união estável (§3º), também por homem e mulher e a formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§4º). Não faz alusão à união homossexual ou

homoafetiva, embora seja respeitada a opção sexual com base no princípio da dignidade da pessoa humana, inserto no corpo da Carta Maior, assim como a proibição de qualquer tipo de discriminação, dando suporte aos tribunais para dirimir questões envolvendo relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo.

A união homossexual encontra-se na mesma condição do companheirismo no período anterior à promulgação da Carta Constitucional de 1988. Não tem a garantia da norma legal porque essa união não está prevista no Direito de Família, mas é um fato social que busca tutela, recebendo tratamento equiparado ao de sociedade de fato.

O Estatuto das Famílias, pretendendo acolher esse tipo de união no corpo do ordenamento jurídico familiar traz, em seu art. 21, retomado, a possibilidade da união e/ou casamento entre pessoas do mesmo sexo, atendendo aos anseios desse grupo social que pleiteia a igualdade conferida aos casais heterossexuais.

As discussões em torno deste assunto são frequentes, com decisões favoráveis amparadas no respeito ao princípio da dignidade humana, outras mais adstritas aos ditames expressos na CF/1988 e ainda, outras, negando a possibilidade de equiparação da união homossexual às entidades familiares compostas pela união estável.

No exame dos casos concretos, os julgadores não podem se eximir de dar uma decisão. Para tanto, buscam a lei e, se nela não encontram respaldo, buscam os princípios, estando atualmente alguns deles insertos na Constituição. Buscam também a analogia, a doutrina e os costumes para dar suporte às decisões. O conhecimento técnico e a capacidade de discernimento devem permear as decisões, uma vez que os conceitos sofrem mutação em virtude das transformações sociais que por sua vez demoram a ser regulamentadas no corpo normativo, o que exige do operador do Direito, na seara das relações familiares, pôr na balança em equilíbrio o conhecimento e a sensibilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família é concebida pela Constituição Federal/1988 como instituição que é plural, porque além da união formalizada pelo casamento, acolhe também outros modelos institucionais que até então não faziam parte do corpo das Constituições anteriores. Exemplar, nesse sentido, é a união estável, a família que é formada por um dos membros e seus descendentes, cujos contornos, na Carta Magna, exibem caráter finalístico, encarregando-se de promover o bem estar dos seus membros, considerados sujeitos de direitos.

No CCB/1916 a família vem delineada com um perfil mais ou menos fechado em torno da constituição legal, que é formada pelo casamento. Fora dele, esta lei nada disciplinava, embora houvesse uniões livres fora daquele parâmetro legal, e que ficavam à margem da sociedade. Os membros desta união não tinham os seus direitos reconhecidos legalmente, o que conseqüentemente gerava um desconforto pelo preconceito social, em virtude do não reconhecimento legal. A concubina, a companheira, eram desconsideradas e às vezes hostilizadas, porque representavam uma ameaça à família legalmente constituída. Os filhos oriundos dessas relações também eram discriminados, não possuíam os mesmos direitos daqueles da família formada pelo casamento, recebiam adjetivações que se constituíam num estigma: filho “natural,” “incestuoso,” “adulterino,” “espúrio,” “ilegítimo.” Vítimas do preconceito, tinham seus direitos cerceados pela legislação vigente. A posição de mulher “honesta,” casada, estava submetida às ordens do marido.

A partir dos anos 1960 e 1970, os reflexos de movimentos sociais influenciam na concepção de família. Um deles é a Revolução Sexual, que pressiona pelo reconhecimento dos direitos da mulher, então assujeitada ao marido. Surge nessa época a Lei nº. 4.121/62, denominada Estatuto da Mulher Casada que aos poucos passa a reconhecer alguns direitos da mulher, antes inexistentes. A mulher passa a ser a colaboradora do marido na condução da família e o exercício de sua profissão também não dependia mais da autorização dele. A norma foi editada, mas ainda permaneceu o resquício da supremacia marital como o chefe da família que foi diluindo até a troca do poder patriarcal pelo poder familiar, implicando a modificação do papel social da mulher. Como corolário que a beneficia diretamente, o referido Estatuto tira-lhe da condição de incapacidade. Evidentemente que esses novos ares ensejadores de novas enunciações jurídicas decorrem, segundo certos autores arrolados neste trabalho, dos movimentos feministas, considerados por alguns autores aqui referenciados como um dos responsáveis pela conquista do lugar social do gênero feminino.

Foram superados os óbices ao reconhecimento de filho oriundo de relação extramatrimonial, passando ele a ser sujeito de direito tanto quanto o outro filho de família fundada no casamento. Do mesmo modo ocorreu com o filho adotivo e, finalmente, a letra da lei impôs para todos, indistintamente, a proibição da discriminação de qualquer espécie nesse terreno.

Outra lei que impactou na formação da família, fruto das modificações que se instalaram no seio da sociedade, foi a Lei do Divórcio (Lei nº.6.515/77), permitindo a dissolução do vínculo matrimonial até então indissolúvel. Considerada por alguns como medida que destruiria a família, e por outros um avanço pela possibilidade de regularizar juridicamente a situação daqueles que se encontravam separados de fato. A lei do divórcio possibilita que uma dimensão da intimidade seja enunciada com maior precisão e clareza. O divórcio salva a instituição casamento, uma vez que este somente perdura com a presença da união afetiva e/ou do interesse de ambos e promove o desaparecimento dos motivos que levam os cônjuges a ficar livres para contrair novas relações amorosas, não os obrigando a permanecerem unidos pelo vínculo meramente social ou formal.

Os dois diplomas legais contribuíram de forma decisiva para os avanços do Direito de Família, abriram caminho para as propostas de um Direito de Família mais democrático, descolado dos grilhões do patriarcalismo, da hierarquia e da desigualdade constante na legislação de 1916.

Com o advento da Carta Constitucional de 1988, foram normatizados os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, e da solidariedade, provocando um redimensionamento do Direito de Família, que foi obrigado a se perfilhar ao Diploma Constitucional, e como consequência adotar uma nova hermenêutica para a solução dos conflitos que envolvem a família.

A família pós-constitucional passa a ser concebida e analisada a partir da pauta axiológica constante na Lei Maior, que difere substancialmente daquela normatizada pelo CCB/1916, concebida e envolvida pelo dogmatismo legal, caracterizada como: patriarcal, hierarquizada, matrimonializada, patrimonialista e transpessoal. Após a CF/1988 passou a família a ser concebida com características diversas daquelas e já suavizada pelas inúmeras leis extravagantes que protegeram os titulares de direitos consagrados pela sociedade. A instituição familiar tem caráter democrático, é pluralizada, igualitária, biológica e/ou sócio-afetiva, implicando uma “repersonalização” da sua organização, que é observada como fenômeno plural, aberto, finalístico e dinâmico, devendo a hermenêutica e a jurisprudência aplicarem o Direito,

tomando por base esse conceito redefinido da instituição familiar bem mais complexa. O legislador e o operador do Direito precisam estar atentos a esse novo perfil familiar desenhado a partir da concepção constitucionalista de família, sem perder de vista o contexto histórico da sociedade onde está inserida a família

O Direito colhe da sociedade as informações para criação das normas, bem como para a transformação, porque os costumes e valores sociais mudam, exigindo da lei maior adesão às demandas da sociedade. A lei tende a refletir o social, requerendo do operador do Direito além de conhecimento técnico, a sensibilidade para decidir juridicamente sobre os conflitos que envolvem os membros da família.

A legislação constitucional representou um marco diferencial no tratamento jurídico das questões familiares, redefinindo a concepção de família a partir da introdução de valores e princípios para nortear esse ramo do Direito, priorizando o indivíduo como sujeito de direito, fazendo a sua subjetividade relevante no interior da instituição que antes funcionava sem dar por isso. Há que ser ressaltado o caráter inclusivo da norma legal contido na Constituição cidadã que acolhe tipos de família expressivos na sociedade.

O Estado disciplina as relações no âmbito dos direitos, deveres, obrigações e responsabilidades que os membros componentes da família devem possuir. Não pode regular sentimentos. Estes ficam restritos à inter-subjetividade, fato respeitado, em nossa compreensão, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que vem expresso no pórtico da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. coord. e rev. por Alfredo Bosi. 2.ed. São Paulo:Mestre Jou, 1962.

ABOIM, Sofia. *Conjugalidade em mudança: percursos e dinâmicas da vida a dois*. Lisboa:ICS. Imprensa de Ciências Sociais. 2006.

ARANTES, Antônio Augusto et al. *Colcha de retalhos: estudos sobre a família no Brasil*. 3. ed. Campinas/São Paulo:UNICAMP, 1994.

ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Trad. Flora Flaksman. 2.ed. Rio de Janeiro:LTC Editora, 1981.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo:Martin Claret. 2004.

BASTOS, Eliene Pereira; DIAS, Maria Berenice (coord.). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BAUGMANN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro:Zahar Editor, 2004.

BORGES, Ângela; CASTRO, Mary Garcia. *Família, gênero e gerações: desafio para políticas sociais*. São Paulo:Paulinas, 2007.

BOZON, Michele. *Sexualidade, conjugalidade e relações de gênero na época contemporânea*. In: Intersecções: Revista de Estudos Interdisciplinares. Ano 1, n.1, Rio de Janeiro:UERJ/NAPE, 1999.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº. 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art.226 da Constituição Federal. www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm. Acesso em 02/03/09.

_____. Presidência da República. Lei nº. 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8560.htm. Acesso em 02/03/09.

_____. Presidência da República. Lei nº. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8971.htm. Acesso em 02/03/09

BRASIL. Lei nº. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1962/4121.htm. Acesso em 02/03/09.

BRUSCHINI, Cristina. Uma abordagem antropológica de família. *Revista Brasileira de Estudos de População*. São Paulo, v.6 n.1, jan./jun.1989.

CARNEIRO, Valnêda Cássia Santos, *Filiação e biotecnologia: questões novas na tutela jurídica da família*. Salvador:Romanegra, 2008.

CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.) *A família contemporânea em debate*. 3.ed. São Paulo:EDUC/Cortez, 2000.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: império e república. 1.ed. São Paulo:Sugestões Literárias,1978.

COOPER, David. *A morte da família*. São Paulo:Martins Fontes, 1986.

DIAS, Maria Berenice, *Manual de direito das famílias*. 3.ed. rev. atual. e amp. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 3.ed. aum. e atual. São Paulo:Saraiva, 1997.

_____. *Curso de direito civil brasileiro:direito de família*. 21.ed.rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo:Saraiva:2006.

DONATI, Pierpaolo. *Família no século XXI: abordagem relacional*. Trad. João Carlos Petrini. São Paulo:Paulinas, 2008.

DUARTE, Luiz Fernando Dias. Horizontes do indivíduo e da ética no crepúsculo da família. In: RIBEIRO, Ivete; RIBEIRO, Ana Clara T. (org.) *Família em processos contemporâneos: inovações culturais na sociedade brasileira*. Rio de Janeiro:Fundação João XXIII, 1995. <http://books.google.com.br> . Acesso em 05/01/09.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família da propriedade privada e do estado*. Trad. Leandro Konder 15.ed. Rio de Janeiro:Bertrand Brasil, 2000.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.) *Código civil comentado:direito de família: arts. 1.511 1.590, V. XV*, São Paulo:Atlas, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Princípios constitucionais do direito de família brasileiro contemporâneo. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice. (coords.) *A família além dos mitos*. Belo Horizonte:Del Rey, 2008.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro:Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias.:* De acordo com a Lei nº 11.34/06 – Lei Maria da Penha e com a Lei nº11.441/07 – Lei da Separação, Divórcio e Inventário Extrajudiciais. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2008.

FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês:política e vida privada na época da globalização*. Trad. Jorge Bastos. Rio de Janeiro:Objetiva, 2008.

FIÚZA, César. Diretrizes hermenêuticas do direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha(coord.) *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana*. São Paulo:IBDFAM/IOB/Thomson, 2006.

FONSECA, Cláudia. Concepções de família e práticas de intervenção: uma contribuição antropológica. *Saúde e Sociedade* v.14, n.2, mai/ago, 2005. www.scielo.br/pdf/sausoc/v.14n2/06.pdf. Acesso em 04/01/09.

GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. Trad. Magda Lopes. São Paulo:UNESP, 1993.

GOMES, Orlando.*Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. 2.ed., São Paulo:Martins Fontes, 2006.

GROENINGA, Giselle Câmara; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (coord.) *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro:Imago, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes.A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice. (coords.) *A família além dos mitos*. Belo Horizonte:Del Rey, 2008.

HORCAIO, Ivan. *Dicionário jurídico referenciado*. São Paulo:Primeira Impressão, 2006.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad.,textos adicionais e notas Edson Bini. 2.ed.rev. Bauru/São Paulo:Edipro, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 1994.

LÈVI-STRAUSS, Claude; GOUGH, Kathleen; SPIRO, Melford. *A família: origem e evolução*. Porto Alegre: Editorial Vila Martha, Coleção Rosa dos Ventos, v.1, 1980.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. São Paulo:Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil:direito de família*.37.ed. ver. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva.São Paulo:Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7.ed. atualizada até a EC nº. 55/07, São Paulo:Atlas, 2007.

MORAIS, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha(org.) *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana*. São Paulo:IBDFAM/IOB/Thomson, 2006.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Compartilhando a guarda no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana*. São Paulo:IBDFAM/IOB/Thomson, 2006.

NEVES, Márcia Cristina Ananias. *Vade mecum do direito de família e sucessões*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15.ed. ver. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, v.5, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PETRINI, Giancarlo. Políticas sociais dirigidas à família. In: BORGES, Ângela; CASTRO, Mary Garcia (orgs.) *Família, gênero e gerações: desafios para as políticas sociais*. São Paulo: Paulinas, 2007.

PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, Tomo VII, 1955.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES Out/nov 2007.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família* 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. 1. ed. 2ª. Tiragem, São Paulo: Saraiva. 2007

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

SARTI, Cynthia Andersen. Algumas questões sobre família e políticas sociais. In: JACQUET, Christine; COSTA, Livia Fialho (orgs.) *Família em mudança*. São Paulo: Comanhia Ilimitada, 2004.

SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do Advogado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

THERBORN, Goran . *Sexo e poder: a família no mundo 1900-2000*. Trad. Elisabete Dória Bilac. São Paulo: Contexto, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 16.ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

ANEXO A



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 9.278, DE 10 DE MAIO DE 1996.

Mensagem de veto

Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes:

I - respeito e consideração mútuos;

II - assistência moral e material recíproca;

III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º (VETADO)

Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

§ 1º Cessa a presunção do **caput** deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Art. 6º (VETADO)

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Art. 8º Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

Art. 9º Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 11. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 10 de maio de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Milton Seligman

ANEXO B



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 8.560, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1992.

Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro de nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Art. 2º Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

§ 1º O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída.

§ 2º O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça.

§ 3º No caso do suposto pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação.

§ 4º Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

§ 5º A iniciativa conferida ao Ministério não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade.

Art. 3º E vedado legitimar e reconhecer filho na ata do casamento.

Parágrafo único. É ressalvado o direito de averbar alteração do patronímico materno, em decorrência do casamento, no termo de nascimento do filho.

Art. 4º O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento.

Art. 5º No registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos, ao lugar e cartório do casamento dos pais e ao estado civil destes.

Art. 6º Das certidões de nascimento não constarão indícios de a concepção haver sido decorrente de relação extraconjugal.

§ 1º Não deverá constar, em qualquer caso, o estado civil dos pais e a natureza da filiação, bem como o lugar e cartório do casamento, proibida referência à presente lei.

§ 2º São ressalvadas autorizações ou requisições judiciais de certidões de inteiro teor, mediante decisão fundamentada, assegurados os direitos, as garantias e interesses relevantes do registrado .

Art. 7º Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.

Art. 8º Os registros de nascimento, anteriores à data da presente lei, poderão ser retificados por decisão judicial, ouvido o Ministério Público.

Art. 9º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 10. São revogados os arts. 332, 337 e 347 do Código Civil e demais disposições em contrário.

Brasília, 29 de dezembro de 1992; 171º da Independência e 104º da República.

ITAMAR FRANCO
Maurício Corrêa

ANEXO C



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 8.971, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1994.

Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 29 de dezembro de 1994; 173º da Independência e 106º da República.

ITAMAR FRANCO
Alexandre de Paula Dupeyrat Martins

ANEXO D

LEI Nº 4.121 - DE 27 DE AGÔSTO DE 1962 – DOU DE 3/9/62

Dispõe sôbre a situação jurídica da mulher casada.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os artigos 6º, 233, 240, 242, 246, 248, 263, 269, 273, 326, 380, 393, 1.579 e 1.611 do Código Civil e 469 do Código do Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

I**I - Código Civil**

"Art. 6º São incapazes relativamente a certos atos (art. 147, nº I), ou à maneira de os exercer:

I - Os maiores de 16 e os menores de 21 anos (arts. 154 e 156).

II - Os pródigos.

III - Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.

II

"Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interêsse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251).

Compete-lhe:

I - A representação legal da família;

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, nº I, c, 274, 289, nº I e 311);

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;

IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277".

III

"Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta".

IV

"Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251):

I - praticar os atos que este não poderia sem consentimento da mulher (art. 235);

II - Alienar ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, ns. II, III e VIII, 269, 275 e 310);

III - Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem;

IV - Contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal".

V

"Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e a sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com ele adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos ns. II e III, do artigo 242.

Parágrafo único. Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere este artigo pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família".

VI

"Art. 248. A mulher casada pode livremente:

I - Exercer o direito que lhe competir sobre as pessoas e os bens dos filhos de leito anterior (art. 393);

II - Desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal que o marido tenha gravado ou alegado sem sua outorga ou suprimento do juiz (art. 235, número 1);

III - Anular as fianças ou doações feitas pelo marido com infração do disposto nos números III e IV do art. 285;

IV - Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177).

Parágrafo único. Este direito prevalece, esteja ou não a mulher em companhia do marido, e ainda que a doação se dissimule em venda ou outro contrato;

V - Dispor dos bens adquiridos na conformidade do número anterior e de quaisquer outros que possua, livres da administração do marido, não sendo imóveis;

VI - Promover os meios assecuratórios e as ações que, em razão do dote ou de outros bens seus, sujeitos à administração do marido, contra este lhe competirem;

VII - Praticar quaisquer outros atos não vedados por lei".

VII

"Art. 263. São excluídos da comunhão:

I - As pensões, meios soldos montepios, tenças, e outras rendas semelhantes;

II - Os bens doados ou legados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

III - Os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizar a condição suspensiva;

IV - O dote prometido ou constituído a filhos de outro leito;

V - O dote prometido ou constituído expressamente por um só dos cônjuges a filho comum;

VI - As obrigações provenientes de atos ilícitos (art. 1.518 e 1.532);

VII - As dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

VIII - As doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade (art. 312);

IX - As roupas de uso pessoal, as jóias esponsalícias dadas antes do casamento pelo espôso, os livros e instrumentos de profissão e os retratos da família;

X - A fiança prestada pelo marido sem outorga da mulher (artigos 178, § 9º, nº I alínea b, e 235 nº III);

XI - Os bens da herança necessária, a que se impuser a cláusula de incomunicabilidade (art. 1.723);

XII - Os bens reservados (art. 246, parágrafo único);

XIII - Os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos".

VIII

"Art. 269. No regime de comunhão limitada ou parcial, excluem-se da comunhão:

I - Os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio por doação ou por sucessão;

II - Os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III - Os rendimentos de bens de filhos anteriores ao matrimônio, a que tenha direito qualquer dos cônjuges em consequência do pátrio poder;

IV - Os demais bens que se consideram também excluídos da comunhão universal".

IX

"Art. 273. No regime da comunhão parcial presume-se adquiridos na constância do casamento os móveis, quando não se provar com documento autêntico, que o foram em data anterior".

X

"Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

§ 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita".

XI

"Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência".

XII

"Art. 393. A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido.

XIII

"Art. 1.579. Ao cônjuge sobrevivente, celebrado sobre regime da comunhão de bens cabe continuar até a partilha na posse da herança com o cargo de cabeça do casal.

§ 1º Se porém o cônjuge sobrevivo for a mulher, será mister, para isso que estivesse vivendo com o marido ao tempo de sua morte, salvo prova de que essa convivência se tornou impossível sem culpa dela.

§ 2º Na falta de cônjuge sobrevivente, a nomeação de inventariante, recairá no co-herdeiro que se achar na posse corporal e na administração dos bens. Entre co-herdeiros a preferência se graduará pela idoneidade.

§ 3º Na falta de cônjuge ou de herdeiro, será inventariante o testamenteiro".

XIV

"Art. 1.611. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam desquitados.

§ 1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho deste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do "*de cujus*".

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habilitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar".

II - Código do Processo Civil.

XV

"Art. 469. A nomeação de inventariante recairá:

I - No cônjuge sobrevivente quando da comunhão o regime do casamento, salvo se, sendo a mulher não

estivesse, por culpa sua, convivendo com o marido ao tempo da morte dêste;

II - No herdeiro que se acha, na posse de administração dos bens, na falta de cônjuge sobrevivente ou quando êste não puder ser nomeado;

III - No herdeiro mais idôneo, se nenhum estiver na posse dos bens;

IV - No testamenteiro quando não houver cônjuge ou herdeiro, ou quando o testador lhe conceder a posse e a administração da herança por não haver cônjuge ou herdeiro necessário;

V - Em pessoa estranha na falta de cônjuge, herdeiro ou testamenteiro onde não houver inventariante judicial".

Art. 2º A mulher tendo bens ou rendimentos próprios, será obrigada, como no regime da separação de bens (art. 277 do Código Civil), a contribuir para as despesas comuns, se os bens comuns forem insuficientes para atendê-las.

Art. 3º Pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casado pelo regime de comunhão universal, sômente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação.

Art. 4º Esta lei entrará em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 27 de agosto de 1962; 141º da Independência e 74º da República.

JOÃO GOULART
Francisco Brochado da Rocha
Cândido de Oliveira Neto