



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA  
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

**TACIANO CORREIA DA SILVA**

**FAMÍLIA E DIREITO: A INFLUÊNCIA DO CONTEXTO HISTÓRICO SOBRE O  
CONCEITO JURÍDICO DE FAMÍLIA NO BRASIL**

**JOÃO PESSOA  
2020**

**TACIANO CORREIA DA SILVA**

**FAMÍLIA E DIREITO: A INFLUÊNCIA DO CONTEXTO HISTÓRICO SOBRE O  
CONCEITO JURÍDICO DE FAMÍLIA NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Graduação em  
Direito de João Pessoa, do Centro de  
Ciências Jurídicas, da Universidade  
Federal da Paraíba, como requisito parcial  
da obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Raquel Moraes de  
Lima

**JOÃO PESSOA  
2020**

**Catálogo na publicação**  
**Seção de Catalogação e Classificação**

S586f Silva, Taciano Correia da.

FAMÍLIA E DIREITO: A INFLUÊNCIA DO CONTEXTO HISTÓRICO  
SOBRE O CONCEITO JURÍDICO DE FAMÍLIA NO BRASIL /  
Taciano Correia da Silva. - João Pessoa, 2020.  
77f.

Orientação: Raquel Moraes de Lima.  
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Famílias. Historicidade. Afetividade. Dignidade. I.  
Lima, Raquel Moraes de. II. Título.

UFPB/CCJ

**TACIANO CORREIA DA SILVA**

**FAMÍLIA E DIREITO: A INFLUÊNCIA DO CONTEXTO HISTÓRICO SOBRE O  
CONCEITO JURÍDICO DE FAMÍLIA NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Graduação em  
Direito de João Pessoa, do Centro de  
Ciências Jurídicas, da Universidade  
Federal da Paraíba, como requisito parcial  
da obtenção do grau de Bacharel em  
Direito

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Raquel Moraes de  
Lima

**DATA DA APROVAÇÃO: 31 DE MARÇO DE 2020**

**BANCA EXAMINADORA:**

**Prof<sup>a</sup>. Dra. RAQUEL MORAES DE LIMA  
(ORIENTADORA)**

**Prof<sup>a</sup>. Dra. MARCIA GLEBYANE MACIEL QUIRINO  
(AVALIADORA)**

**Prof<sup>a</sup>. Dra. DUINA MOTA DE FIGUEIREDO PORTO  
(AVALIADORA)**

Dedico este trabalho à minha mãe, Ednalva Regina, à minha esposa, companheira e amiga, Gláudia Martins, e ao meu filho, João Miguel Correia, por serem as pessoas que me ensinam todos os dias, cada um a seu modo e a seu tempo, desde quando cheguei ao mundo.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, primeiramente, e aos meus mentores espirituais pela minha vida, saúde, proteção e pela oportunidade de alcançar grandes conquistas, concedendo-me sempre o amparo necessário.

À minha família, aos meus pais, em especial à minha mãe, Ednalva Regina, que, com muita luta, deu-me o maior bem que estava ao seu alcance, inclusive, aquilo que não pode ter, a oportunidade de estudar e, com isso, alçar voos cada vez mais longe.

Ao meu Tio Heleno e à minha Tia Bella, por estarem sempre presentes na minha vida, responsáveis pelas melhores férias de janeiro da minha infância, inclusive pelos vários passeios ao centro do Recife em busca do meu material escolar.

À minha esposa, companheira e amiga, Gláudia Martins, pelo apoio intelectual, emocional e material imprescindíveis, durante os árduos anos desta graduação. Aos meus filhos, Miguel, meu anjinho, que do céu sei que olha por mim, e João Miguel, pelo simples fato de existir em minha vida e por me acompanhar nessa trajetória desde o seu nascimento, cujo amor é meu “combustível” diário.

À minha orientadora, Prof<sup>a</sup> Dra Raquel Moraes de Lima, pela paciência, apoio e, sobretudo, pela sensibilidade em unir no mesmo trabalho as minhas duas formações: História e Direito, sendo uma referência de pessoa e profissional para mim.

Aos meus amigos do Wilson Moraes Sociedade de Advogados, por cada momento de aprendizado e experiência na seara jurídica, fundamentais para a minha formação acadêmica e profissional, em especial à Jordana Parente, Wilson Moraes e Rayana Leitão.

A todos os meus amigos da turma de Direito 2015.1 (UFPB/CCJ/Noite), pela convivência, apoio e solidariedade de todos os dias, nesses mais de cinco anos juntos. A turma mais incrível que aquela universidade já teve! Se não fossem vocês tudo isso teria sido mais difícil, em especial, Josias Xavier, Tarsila Almeida, Bianca de Bessa, Gabriel Lopes, Aretha Lira e Amanda Alves, por quem tenho admiração e gratidão.

A todos os docentes do curso de Direito de quem tive o privilégio e a satisfação de receber os mais valiosos ensinamentos, em especial ao Prof. Dr. Solon Henriques de Sá e Benevides, por quem nutro grande admiração e respeito.

À Universidade Federal da Paraíba (UFPB), uma das melhores universidades públicas do Brasil, pela grandiosa oportunidade de ter sido seu aluno. Viva a universidade pública, gratuita e de qualidade!

*O tempo é uma coisa curiosa. Para marcá-lo, registrá-lo, consumá-lo, inventamos aparelhos implacáveis que se impõem a nós e, não raro, nos fazem servos de nossas próprias invenções. Relógios e calendários nos dominam de tal forma que dão a impressão de que há um tempo comum a todos nós. Ledo engano. O tempo não é único para todas as pessoas, nem é vivido da mesma maneira em todas as sociedades.*

(Luís Edmundo Moraes, 2019)

## RESUMO

Definir o conceito de família é uma tarefa muito complicada, e essa dificuldade tem muito a ver com o seu caráter dinâmico e histórico e com a diversidade dos padrões familiares encontrados em diferentes sociedades e modelos culturais. Por esta razão, este trabalho tem por objetivo analisar a historicidade do conceito de família, uma instituição social tão antiga quanto a própria humanidade, assim como a influência do contexto histórico, político e social sobre a concepção jurídica de família no Brasil. Para isso, utilizou-se de metodologia de natureza jurídico-dogmática, por meio do método dedutivo, abordagem histórica e técnica bibliográfica a partir de artigos, livros e textos legais relacionados ao tema. Constatou-se que o conceito de família apresentou diversas concepções e modelos ao longo do tempo, revelando-se como resultado do comportamento humano, influenciado pelos aspectos econômicos, religiosos, sociais e políticos. Assim, reconhece-se a família como um fenômeno histórico e cultural, constituída pela diversidade de sua configuração, em detrimento da concepção que a percebe exclusivamente como um fenômeno natural/biológico, pela qual se admite apenas um modelo, gerado a partir do matrimônio entre um homem e uma mulher. Com a pesquisa, percebeu-se que o contexto histórico brasileiro influencia sobremaneira o conceito jurídico de família, de modo que a produção legislativa, incluindo as Constituições, e o sistema jurídico nacional estão em conformidade com seu respectivo contexto, marcado, em geral, pela exclusão de reconhecimento e proteção jurídica de toda composição familiar diversa do modelo vigente em cada época. Observou-se, ainda, que houve uma importante mudança paradigmática na seara *familiarista*, a partir da promulgação da Constituição Federal em 1988, cuja elaboração ocorreu no momento de abertura política do país, que saía de uma ditadura de quase 21 (vinte e um) anos, comandada pelas forças amadas e marcada pela arbitrariedade, violência, censura, perseguição e mortes, escalonada por medidas moralizantes que impactaram diretamente a organização familiar. A “Constituição Cidadã” representou, portanto, uma reposta a essa ordem política e social anterior, com o intuito de que ela não mais retornasse ao Brasil. No que se refere ao Direito de Família, passou-se de uma concepção patrimonial que permeava o Código Civil de 1916, para o reconhecimento das novas situações subjetivas envolvendo os litígios familiares, com fins à realização pessoal de seus componentes, baseada no afeto, na igualdade e no pluralismo, reclamando-se, assim, não mais por um direito da família, mas por um direito das famílias.

**Palavras-chave:** Famílias. Historicidade. Afetividade. Dignidade.

## SUMÁRIO

|                                                                                                      |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>                                                                            | <b>10</b> |
| <b>2. A FAMÍLIA AO LONGO DO TEMPO.....</b>                                                           | <b>13</b> |
| 2.1 A FAMÍLIA NA PRÉ-HISTÓRIA.....                                                                   | 14        |
| 2.2 A FAMÍLIA NA ANTIGUIDADE .....                                                                   | 17        |
| 2.3 A FAMÍLIA NA IDADE MÉDIA .....                                                                   | 25        |
| 2.4 A FAMÍLIA NA IDADE MODERNA .....                                                                 | 29        |
| 2.5 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA .....                                                                    | 31        |
| <b>3. DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL.....</b>                                                          | <b>37</b> |
| 3.1 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO.....                                     | 37        |
| 3.2 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E O DIREITO DE FAMÍLIA.....                                         | 44        |
| 3.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS<br>APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA ..... | 50        |
| 3.4 AS “NOVAS” FAMÍLIAS E O DIREITO DAS FAMÍLIAS.....                                                | 58        |
| <b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>                                                                  | <b>71</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>                                                                              | <b>73</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

Definir o conceito de família é uma tarefa demasiadamente difícil e essa dificuldade tem muito a ver com o seu caráter dinâmico e histórico e com a diversidade dos padrões familiares encontrados em diferentes sociedades e modelos culturais. Há pouco tempo, diversos setores da sociedade brasileira costumavam considerar a família apenas como um fenômeno natural/biológico, valorizando, portanto, o conceito difundido no mundo ocidental, que é o da família nuclear, composta por pai, mãe e filhos. Ou seja, o modelo de família a partir de um homem e uma mulher. Contudo, as ciências sociais preferem assumir a postura que compreende a família como um fenômeno que ultrapassa a esfera biológica e ganha significados culturais, sociais e históricos.

Desse modo, pretende-se, nesta pesquisa, demonstrar a historicidade da família, enquanto instituição social, através da análise das transformações que vem sofrendo ao longo do tempo, destacando-se as mais relevantes, visto ser impossível abordar todas as passagens históricas em razão da imensidão do seu conteúdo. Ademais, pretende-se, principalmente, constatar a influência que o contexto histórico exerce sobre o conceito jurídico de família no Brasil, demonstrando-se que a produção legislativa, assim como o sistema jurídico nacional, está em conformidade com o respectivo contexto histórico no qual se insere. Para isso, utilizou-se de metodologia de natureza jurídico-dogmática, por meio do método dedutivo, abordagem histórica e técnica bibliográfica a partir de artigos, livros e textos legais relacionados ao tema.

O trabalho está organizado em dois capítulos, sendo o primeiro responsável pela análise das concepções de família ao longo do tempo, seguindo o percurso da divisão tradicional da história, adotada pelos livros didáticos. Desse modo, inicia-se pela Pré-história, com o desenvolvimento material dos primeiros agrupamentos humanos, passando pelas primeiras formas de relacionamentos conjugais, onde foi possível discutir a classificação lançada pelo antropólogo do século XIX, Lewi Henry Morgan, influenciada pela teoria evolucionista da época, em contraponto à análise de Friedrich Engels sobre os matrimônios por grupo.

Na Idade Antiga, marcada pelo surgimento das primeiras sociedades complexas, ateu-se às duas principais civilizações da chamada Antiguidade Clássica, que foram a grega e a romana, as quais foram marcadas pela consolidação do modelo monogâmico de família, intimamente relacionado à concepção patriarcal,

na qual o papel das mulheres, em regra, estava ligado às tarefas domésticas, e delas se exigiam que tolerassem a infidelidade de seus maridos, além de guardar uma castidade e uma fidelidade conjugal rigorosas. Essa concepção de família representava um marco da evolução humana, pela qual teria se atingido à fase da civilização, na visão de Lewi Henry Morgan, combatida por Friedrich Engels.

Na Idade Média, a concepção de família era percebida numa perspectiva comunitária, em razão da unidade que caracterizava a convivência na vida em comum, consubstanciada pelos laços de ajuda e proteção mútuas. Nesse contexto, a família era ligada à base material, ao patrimônio, que podia ser um arrendamento servil ou um domínio senhorial. As relações sociais, no medievo europeu, constituíam-se dentro de um quadro de parentesco, por isso predominava o pacto biológico e moral, através do modelo monogâmico, estando as relações familiares pautada no direito canônico, sendo o casamento religioso o único reconhecido, tendo em vista a forte influência do catolicismo naquela sociedade.

A partir da Idade Moderna, a instituição familiar passou a ser retratada em sua vida cotidiana, deixando de se dedicar a fatos públicos para se tornar particular, sem aquele espírito grupal, coletivo, que existia entre seus membros nas épocas anteriores, e, por isso, separava-os cada vez mais. Assim, temas que até então eram despercebidos na família passam a ser destacados, tais como a intimidade familiar, a frequência escolar dos filhos, a preservação da inocência infantil, etc. Destaca-se, ainda, o papel econômico conferido à família, às vésperas da Revolução Industrial, onde a casa, o ambiente doméstico, era tomada por uma pequena oficina, tornando-se o centro de produção, cujo homem era considerado, além de chefe de família, o chefe dessa produção. Todavia, apesar de toda transformação ocorrida a partir da Revoluções Industrial e da Revolução Francesa, responsáveis pela transição à Idade Contemporânea, a família ainda continuou a conservar traços do modelo de outros tempos. Assim, a configuração familiar, embalada pela família nuclear, assumida no final o século XVIII, e denominada pelos estudiosos de “família moderna”, tornou-se o modelo padrão do ocidente até começar a declinar, em meados do século XX, quando delineou-se a “família contemporânea” ou “pós-moderna”, a partir da década de 1960, na chamada “Revolução Cultural”.

As extensas e profundas transformações ocorridas do decorrer do século XX viabilizaram a explicitação social de diversas formas de relacionamentos interpessoais, tendo como “pedra de toque” o novo papel conferido à subjetividade,

através do qual permitiu-se ao indivíduo amplas possibilidades de busca pela sua realização pessoal, reduzindo, assim, as funções econômicas, políticas, religiosas e sociais que se conferiam às relações familiares.

Já o segundo capítulo, por sua vez, dedica-se à análise do contexto histórico brasileiro e a sua influência no conceito jurídico de família, através da produção legislativa e do sistema jurídico nacional. Para tal, também se levou em consideração a tradicional divisão da história do Brasil, empreendida pelos livros didáticos. Assim, inicia-se pelo período colonial, marcado pela ausência de uma legislação nacional, sendo aqui aplicada as Ordenações portuguesas, reproduzindo o sistema jurídico lusitano. Passa-se pelo período imperial, no qual a produção legislativa nacional é inaugurada, a partir da independência política do país, com a outorga de sua primeira constituição e elaboração dos primeiros códigos de lei. E, por fim, chega-se ao período republicano, onde se concentra a maior parte da produção legislativa nacional, inclusive no que diz respeito ao direito de família.

No que se refere ao direito de família, destaca-se a sua primeira codificação, através do Código Civil de 1916, além da inserção da matéria nas constituições nacionais, de 1824 a 1988, com desataque para a mudança paradigmática trazida pela atual carta constitucional, passando-se de uma concepção patrimonial para o reconhecimento das novas situações subjetivas envolvendo os litígios familiares, com fins à realização pessoal de seus componentes, baseada no afeto, na igualdade e no pluralismo, reclamando-se, assim, não mais por um direito da família, mas por um direito das famílias.

## 2. A FAMÍLIA AO LONGO DO TEMPO

De acordo com os historiadores Silva & Silva (2006, p.136), definir o conceito de família é uma tarefa muito complicada, muito mais complicada do que o senso comum faz acreditar. Essa dificuldade tem muito a ver com o seu caráter dinâmico e histórico e com a diversidade dos padrões familiares encontrados em diferentes sociedades e modelos culturais. Alertam ainda que é preciso reconhecer, em primeiro lugar, que existem múltiplos modelos de família.

Há pouco tempo atrás, segundo os autores, diversos setores da sociedade brasileira costumavam considerar a família apenas como um fenômeno natural/biológico, valorizando, portanto, o conceito de família até então difundido no mundo ocidental, que era o da família nuclear, composta por pai, mãe e filhos. Ou seja, o modelo de família a partir de um homem e uma mulher. Contudo, as ciências sociais preferem assumir a postura que compreende a família como um fenômeno que ultrapassa a esfera biológica e ganha significados culturais, sociais e históricos. Consideram os autores que “qualquer definição de família deve se precaver para não tomar o modelo de família vigente na sua própria sociedade como ‘normal’ e considerar os outros tipos ‘patológicos’ ou de menor valor” (SILVA & SILVA, 2006, p. 136).

A família como fenômeno histórico e cultural pode ser percebida pela existência de diversos modelos, em diferentes sociedades, ao longo do tempo. Observa-se que tais modelos se diferem tanto no espaço, ou seja, de uma sociedade para outra, como no tempo, isto é, no interior de uma mesma sociedade. E esses modelos têm muito mais a ver com fatores sociais ou culturais, como a economia e a religião, por exemplo, do que com fatores biológicos ou naturais. Se estivessem ligados mais a estes últimos certamente não se enxergariam tantas diferenças em sua composição como de fato se observam.

Desse modo, considerando-se a sua historicidade, pretende-se, neste capítulo, explicitar as transformações que a família, enquanto instituição social, vem sofrendo ao longo do tempo, destacando-se as mais relevantes, com a finalidade de interligar tal instituto ao Direito.

## 2.1 A FAMÍLIA NA PRÉ-HISTÓRIA

Segundo o filósofo grego Aristóteles (Séc. IV a.C.), “o homem é um animal cívico, mais social do que as abelhas e os outros animais que vivem juntos”, sendo o único ser com o dom da comunicação, que não apenas emite sons, como os outros animais, mas que é capaz de transmitir ideias e conhecimentos, traduzindo-se a fala como verdadeiro elo que une toda sociedade (ARISTÓTELES, 2020, pag.11).

Sendo assim, depreende-se que a origem da família se confunde mesmo com a origem da espécie humana no planeta, pois, segundo o pensamento aristotélico, a necessidade de conviver com seus semelhantes fez emergir a instituição familiar, responsável pelo surgimento da sociedade e seu desenvolvimento, bem como de todas as outras instituições sociais.

A família pode ser considerada, portanto, a “célula-tronco” da sociedade, sendo possível extrair sua existência desde os primeiros grupos humanos que se tem notícia. Entretanto, a Pré-história, na qual reuniram-se todos os acontecimentos anteriores à invenção da escrita, considerada o período mais longo da história da humanidade, é marcada pela carência de dados, em razão da divisão classificatória realizada pelos historiadores do século XIX, e que ainda hoje se utiliza com fins didáticos. De acordo com Silva & Silva:

A Pré-história, ao ser abordada pelos livros didáticos, em geral é tratada como a ante-sala da História, sua introdução, e não como parte dela. Isso se deve a seu próprio conceito e a como ele é interpretado normalmente, pois a Pré-história é definida como o campo de estudos do passado mais remoto da humanidade, desde seu surgimento até o aparecimento da escrita. Mais especificamente, até o surgimento da escrita no Egito e na Mesopotâmia, cerca de 3000 a 2000 a.C (SILVA & SILVA, 2006, p. 342).

Destarte, diante da impossibilidade de basearem-se em textos escritos, os pesquisadores utilizam-se de outras fontes para conseguirem informações acerca dessa época. Lewi Henry Morgan, antropólogo do século XIX, orientado pela teoria evolucionista e tomando por base os progressos obtidos pela espécie humana na produção de meios materiais de existência, introduziu uma ordem de classificação na “pré-história” da humanidade, que, segundo Engels (1984, p. 21), permaneceria em vigor até que uma riqueza de dados muito mais considerável fosse capaz de modificá-la.

Em sua classificação, o antropólogo dividiu a humanidade em três épocas – selvageria, barbárie e civilização – das quais, ocupou-se das duas primeiras e da passagem à terceira (o que representaria a Pré-história), subdividindo-as nas fases inferior, média e superior, levando-se em consideração o domínio do ser humano sobre a produção material com vistas à sua sobrevivência.

As investigações mais recentes sobre a condição primitiva da raça humana tendem a demonstrar que a humanidade iniciou a sua carreira no ponto mais baixo da escala, abrindo caminho, do estado selvagem até à civilização, através da lenta acumulação do saber empírico. Assim como é inegável que uma parte da família humana viveu no estado selvagem, outra no estado de barbárie e outra ainda no estado civilizado, do mesmo modo é inegável a existência de uma progressão natural e necessária, ligando entre si estes três estados distintos (MORGAN, 1973, p. 13).

Assim, para o estudioso, a passagem entre uma fase e outra ocorreu pelo descobrimento e invenções tecnológicas realizadas pelo homem ao longo do tempo, defendendo, ainda, que cada uma dessas fases continha em si o germe potencial da posterior (MORGAN, 1973, P. 8). Segundo Engels, o desenvolvimento da família ocorreu em paralelo ao progresso material, porém, diferente do desenvolvimento material captado por Morgan, não oferece critérios tão conclusivos capazes de delimitá-lo em períodos (ENGELS, 1984, p. 22).

No que diz respeito à história da família, Morgan concluiu, assim como a maioria dos estudiosos de seu tempo, que houve uma época na qual imperava, no seio da tribo, a “promiscuidade sexual”, “de modo que cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres” (ENGELS, 1984, p. 31). Todavia, Engels (1984) rebate tal conclusão, por basear-se na ideia da monogamia como a forma natural de relacionamento, amparada por uma visão tradicional que busca justificá-la através de uma evolução igualmente natural, fundamentando-se nos exemplos dos demais seres vivos, para, então, demonstrar que a promiscuidade completa só é própria das espécies inferiores.

Mas, de todos esses fatos só posso tirar uma conclusão: não provam coisa alguma quanto ao homem e suas primitivas condições de existência. A união por longo tempo entre os vertebrados pode ser explicada, de modo cabal, por motivos fisiológicos; nas aves, por exemplo, deve-se à necessidade de proteção à fêmea enquanto esta choca os ovos; os exemplos de fiel monogamia que se encontram entre as aves nada provam quanto ao homem, pois o homem não descende da ave. E, se a estrita monogamia é o ápice da virtude, então a palma deve ser dada, á ténia solitária que, em cada um dos seus cinqüenta a duzentos anéis, possui um aparelho sexual masculino e feminino completo, e passa a vida inteira coabitando consigo mesma em cada um desses anéis reprodutores (ENGELS, 1984, p. 32).

Para o autor, essa visão tradicional conhece apenas a monogamia, ao lado da poligamia do homem e talvez a poliandria de uma mulher, silenciando sobre o fato de que, na prática, aquelas barreiras impostas pela sociedade oficial foram tácita e inescrupulosamente transgredidas. Defende, portanto, que não houve nenhum estado de promiscuidade sexual, e sim uma forma muito posterior: o matrimônio por grupos, no qual os homens praticavam a poligamia e suas mulheres a poliandria, e que, por consequência, os filhos de uns e de outros tinham que ser considerados comuns (ENGELS, 1984, p. 31).

Desse modo, amparando-se na visão de Engels (1984), é possível depreender que a monogamia nada mais é do que uma construção humana ocorrida ao longo do tempo e de forma lenta, cujo início de sua experiência conjugal não concebia a ideia de exclusividade, exemplificado pelos relacionamentos em grupo. Demonstra-se, com isso, a historicidade do comportamento humano, assim como sua ideia de moralidade, sentimentos e afeições.

De acordo com a divisão didaticamente abordada pelos livros de História, a invenção da escrita, ocorrida no Egito e na Mesopotâmia, por volta de 4000 a 3500 a.C., marcou o fim da Pré-história, dando início ao período conhecido como Idade Antiga ou Antiguidade, que, segundo os historiadores responsáveis por tal divisão, representaria o início da história. Não obstante toda discussão teórica acerca dessa periodização da História, a qual perdura até os dias de hoje, é na Idade Antiga que se observa o surgimento das primeiras sociedades complexas, resultantes do desenvolvimento material empreendido pela humanidade desde o período anterior.

E com o desenvolvimento dessas sociedades complexas (as chamadas primeiras civilizações), desenvolve-se o matrimônio monogâmico, que, segundo

Engels (1984), encerra as três principais formas de matrimônio, que correspondem, na visão de Morgan, aos três estágios da evolução humana<sup>1</sup>.

## 2.2 A FAMÍLIA NA ANTIGUIDADE

Dentre as civilizações da Antiguidade, para o estudo que aqui se delineia, destacam-se duas, quais sejam: a grega e a romana, sobre as quais há muito se debruçam os historiadores com o escopo de compreender as similitudes e o legado deixado ao mundo ocidental contemporâneo.

Há mais de 4.000 (quatro) mil anos, povos de origem indo-europeia, tais como aqueus, eólios, jônios e dórios, começaram a se estabelecer na Península Balcânica, uma região excessivamente acidentada, banhada pelo mar Egeu, onde formaram cidades autônomas (*pólis*), através das quais deram origem à antiga civilização grega. Politicamente, a Grécia antiga não era caracterizada por um Estado unificado. Pelo contrário, o território grego era formado por diversas cidades-Estados, isto é, cidades independentes, que possuíam cada qual sua própria organização social e política, em que muitas divergiam bastante entre si, como acontecia, por exemplo, com Atenas e Esparta.

Todavia, essas cidades possuíam em comum a língua, a religião, alguns costumes e algumas leis, compartilhando, de modo geral, a mesma identidade cultural, o que permite serem classificadas como pertencentes a uma mesma civilização. Entretanto, é importante salientar que os antigos gregos denominavam seu território de *Hellas* e a si próprios de helenos (habitantes da *Hellas*), sendo os termos

---

<sup>1</sup> De acordo Engels (1984), Morgan classificou os tipos de família em *família consanguínea ou punaluna*, que marcou o primeiro estágio da existência humana (estado selvagem), caracterizando-se pelo casamento coletivo de grupos de irmãos e irmãs, carnavais e colaterais, no seio de uma tribo, a qual denominou de “*promiscuidade sexual*”, ao que Engels discordou, concebendo-a como uma forma posterior de matrimônio: o matrimônio por grupos, sem atribuir-lhe juízo de valor marcado pela concepção patriarcal de família; *família sindiásmica*, que, por sua vez, diz respeito às uniões por casal, por um tempo mais ou menos longo, já sob o regime do casamento por grupos, ou mesmo mais cedo; o homem tinha uma mulher principal, entre o número das suas mulheres, e era para ela o esposo principal entre todos os outros (corresponde à fase da barbárie); por fim, a *família monogâmica*, que pode ser definida como a união de um só casal, com coabitação exclusiva dos cônjuges (que marca a fase da civilização), intimamente relacionada à concepção patriarcal, com seus complementos: o adultério e a prostituição. (ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Rio de Janeiro: 9ª ed. Civilização Brasileira, 1984, págs. 28 – 81).

*Grécia e gregos*, com os quais são conhecidos na atualidade, posteriores a sua dominação pelos antigos romanos.

No tocante ao modelo de família, os antigos gregos viviam sob a égide da família monogâmica, a qual nasceu da família sindiásmica, no período de transição entre a fase média e a fase superior da barbárie, cujo triunfo definitivo marcou o surgimento da civilização. Sobre a família monogâmica, enuncia Engels:

Baseia-se no predomínio do homem; sua finalidade expressa é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível; e exige-se essa paternidade indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão, um dia, na posse dos bens de seu pai. A família monogâmica diferencia-se do matrimônio sindiásmico por uma solidez muito maior dos laços conjugais, que já não podem ser rompidos por vontade de qualquer das partes. Agora, como regra, só o homem pode rompê-los e repudiar a sua mulher. Ao homem, igualmente, se concede o direito à infidelidade conjugal, sancionado ao menos pelo costume (o Código de Napoleão outorga-o expressamente, desde que ele não traga a concubina ao domicílio conjugal), e esse direito se exerce cada vez mais amplamente, à medida que se processa a evolução da sociedade. Quando a mulher, por acaso, recorda as antigas práticas sexuais e intenta renová-las, é castigada mais rigorosamente do que em qualquer outra época anterior (ENGELS, 1984, p. 66).

Segundo o autor, essa nova forma de família pode ser encontrada com “toda a sua severidade” entre os antigos gregos, onde as mulheres, do período civilizado, em comparação às dos períodos anteriores, possuíam menos liberdade e levavam uma vida reclusa. Na maioria das vezes, o seu papel era ligado às tarefas domésticas, e delas se exigiam que tolerassem a infidelidade de seus maridos, além de guardar uma castidade e uma fidelidade conjugal rigorosas.

Entretanto, em sua análise, com relação aos gregos de uma época mais recente, Engels (1984, p. 67) fez uma distinção entre os dórios, dos quais a cidade-Estado de Esparta é o exemplo clássico, e os jônios, para os quais é característico o regime da cidade-Estado de Atenas. A primeira era marcada pela existência de um matrimônio sindiásmico modificado pelo Estado, no qual, segundo o autor, conservavam-se inúmeros vestígios do matrimônio por grupos. Dessa forma, em Esparta, vários irmãos, por exemplo, podiam ter a mesma mulher, assim como o homem que preferisse a mulher do seu amigo, podia partilhá-la com ele, sendo, inclusive, considerado decente colocar a própria mulher à disposição de um vigoroso “ganhão”, ainda que não fosse este “concidadão”.

De um trecho de Plutarco<sup>2</sup>, em que uma espartana envia ao marido o amante que a perseguia com suas propostas, pode-se concluir que havia na cidade peloponesa uma liberdade de costumes ainda maior. “Por esta razão, era coisa inaudita o adultério efetivo, a infidelidade da mulher às escondidas do seu marido”, possuindo as espartanas uma situação de maior respeito que entre outros gregos. (ENGELS, 1984, p. 68).

Já entre os jônios de Atenas, a situação era diversa, visto que lá, segundo Engels (1984, págs. 68 e 69), as “donzelas aprendiam a fiar, tecer e coser, e quando muito, a ler e a escrever. Eram praticamente cativas e só lidavam com outras mulheres.” Os homens, principalmente os estranhos, não tinham acesso fácil aos aposentos destinados às mulheres, que eram separados e situados no alto ou atrás das residências. Ao saírem, deveriam ser acompanhadas por escravas e dentro de casa eram submetidas à vigilância.

Com o passar do tempo, o modelo de família ateniense passou a ser o tipo ideal, não apenas entre os jônios, mas entre todos os gregos da metrópole e das colônias. Mas, apesar de toda vigilância sobre as mulheres, as gregas encontravam oportunidades para enganar seus maridos, os quais, além da prática do heterismo (sistema de prostituição praticado com as heteras, que podiam ser tanto escravas quanto mulheres livres), também eram afeitos à pederastia.

De um modo geral, sobre o papel feminino na civilização grega da Antiguidade, também argumenta Acker (1994, p. 21) que as mulheres das classes mais abastadas ficavam restritas ao ambiente doméstico de seus lares, uma vez que, para aquele povo, homens e mulheres deveriam ocupar espaços muito distintos, à semelhança dos deuses Héstia e Hermes<sup>3</sup>. Assim, essas mulheres não precisavam trabalhar, estando sua circulação pelo espaço das cidades, por exemplo, condicionada quase que somente aos dias de festa, diferente dos homens, a quem era reservada a vida pública como expressão de sua superioridade. Nesse sentido, assevera Engels:

---

<sup>2</sup> Plutarco ou Lúcio Méstrio Plutarco (46 d.C. – 120 d.C.) foi um historiador, biógrafo, ensaísta e filósofo grego, conhecido, principalmente, por suas obras *Vidas Paralelas* e *Morália*.

<sup>3</sup> Héstia era relacionada sobretudo com a lareira que existia no centro das casas; e Hermes, o protetor dos mensageiros, estava sempre colocado na soleira das portas, ligado, portanto, ao lado exterior, ao mundo das conquistas, do comércio e do trabalho fora de casa (ACKER, 1994, p. 21).

A monogamia não aparece na história, portanto, absolutamente, como uma reconciliação entre o homem e a mulher e, menos ainda, como a forma mais elevada de matrimônio. Pelo contrário, ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre os sexos, ignorado, até então, na pré-história. Num velho manuscrito inédito, redigido em 1846 por Marx e por mim, encontro a seguinte frase: “A primeira divisão do trabalho é a que se fez entre o homem e a mulher para a procriação dos filhos”. Hoje posso acrescentar: o primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo sobre o homem e a mulher na monogamia; e a primeira opressão de classes, com a opressão do sexo feminino pelo masculino (ENGELS, 1984, p. 70).

Essa realidade, contudo, não se tornou exclusiva da população grega. Entre os antigos romanos, a família monogâmica, imbuída do patriarcalismo, também teve imperiosa expressão, inclusive, em razão da forte influência da cultura grega. Não por acaso, os historiadores afirmam que os romanos conquistaram os gregos militarmente, mas foram conquistados por eles culturalmente.

Entretanto, ainda segundo Engels (1984, p. 73), entre os romanos, a família monogâmica não se revestiu da “forma clássica e rígida” que teve entre os gregos, uma vez que “o romano acreditava suficientemente garantida a fidelidade da sua mulher pelo direito de vida e morte que tinha sobre ela. Além disso, a mulher, lá, podia romper o vínculo matrimonial à sua vontade, tal como o homem”. Já de acordo com Gonçalves (2018, p. 31), no direito romano, a família era organizada sob o princípio da autoridade, exercendo o *pater familias* direito de vida e de morte (*jus vitae ac necis*) sobre os filhos, de modo que poderia vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tira-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

A história de Roma remonta ao ano de 753 a.C., com a fundação de um pequeno povoado na Península Itálica, cuja origem se baseia em duas versões principais: uma contada pelos antigos romanos, respaldada no imaginário mitológico daquele povo, e outra arguida pelos historiadores, através dos diversos vestígios deixados pela antiga sociedade latina, nos quais se fundamenta a pesquisa historiográfica. Sobre esses vestígios, leciona Funari (2002), que para conhecer o mundo romano, diversas são as fontes de informação, tais como: documentos escritos, objetos, pinturas, esculturas, edifícios, moedas, entre outros. Ainda segundo o autor, romanos falavam o latim, idioma que está na origem da língua portuguesa, e utilizavam-se do alfabeto latino, cujas letras maiúsculas são as mesmas na atualidade.

“Os romanos escreveram muitas obras, de diferentes gêneros, que chegaram até nós graças à cópia manual feita pelos religiosos da Idade Média” (FUNARI, 2002, p. 49).

Segundo a versão mitológica, a fundação da cidade de Roma está relacionada à história dos irmãos gêmeos Rômulo e Remo, filhos do deus da guerra, Marte, e de Réia Sílvia, filha do rei Numítor, de Alba Longa, que foram atirados ao rio Tibre, por sua mãe, para não serem mortos pelo tio-avô Amúlio, que desejava tomar o trono dos meninos, depois de destronar o irmão Numítor. Milagrosamente, salvaram-se e foram amamentados por uma loba, tendo sido depois adotados por um casal de pastores. Ao tornarem-se adultos, os irmãos restauraram o trono ao avô e pediram permissão para fundarem uma cidade às margens do Tibre. Todavia, após uma briga, Rômulo acabou matando o irmão (FUNARI, 2002, p. 51)

Já de acordo com os historiadores, não há detalhes sobre a fundação histórica de Roma, mas uma das hipóteses mais aceitas é que a cidade tenha sido fundada na região do Lácio por chefes etruscos, um dos povos de origem indo-europeia, que ocupavam a Península Itálica, no início do primeiro milênio a.C., os quais teriam conseguido unir numa única comunidade diferentes povoados de sabinos e latinos. Assim, explica Funari:

Entre 753 a.C e 509 a.C., Roma cresceu, deixou de ser uma pequena povoação e transformou-se numa cidade dotada de calçadas, fortificações e sistema de esgoto, tendo o latim consolidado-se como língua corrente. Em 509 a.C., os nobres romanos chamados de patrícios, teriam se revoltado contra seus dominadores etruscos, deposto o rei etrusco que governava a cidade e instaurado um sistema republicano. Segundo os romanos, Brutus foi o líder da revolta contra os Tarquínios, reis etruscos de Roma, e tornou-se o primeiro magistrado da nova República (FUNARI, 2002, p. 52).

A história romana na Antiguidade, a que os romanistas denominam de história externa, é organizada de acordo com as diferentes formas de governo que teve Roma, dividindo-se, assim, em Monarquia (753 a.C. a 509 a.C.), República (509 a.C. a 27 a.C.) e Império (27 a.C. a 476 d.C), finalizando com a queda do Império Romano do Ocidente, evento que marcou, inclusive, o fim da Idade Antiga e o início da Idade Média, de acordo com a divisão didaticamente adotada pelos livros de História. No entanto, o Império Romano do Oriente (ou Império Bizantino) permaneceu durante todo o período do medievo, e nele se destacou o governo do imperador Justiniano,

responsável por redigir o *Corpus Juris Civilis* (ou Código de Justiniano), uma compilação dos institutos jurídicos do direito privado de Roma.

De acordo com Alves (2018), a morte de Justiniano marcou o fim do período em que a sociedade romana era regida por um direito próprio, o qual é objeto de estudo dos romanistas ainda hoje, responsável por influenciar o direito no mundo ocidental contemporâneo. Segundo Alves, o objeto do direito romano “é o conjunto de normas que regeram a sociedade romana desde as origens (segundo a tradição, Roma foi fundada em 753 a.C.) até o ano 565 d.C., quando ocorreu a morte do imperador Justiniano” (2018, p. 601).

Em relação à família, o autor afirma que o direito romano considera cinco grupos de pessoas vinculadas pelo parentesco ou pelo casamento, quais sejam: a *gens*, a família *comuni iure*, o conjunto de cognados em sentido estrito, a família *proprio iure* e a família *natural*. Em comparação ao direito de família atual, cuja atenção se volta para a família em sentido estrito (que corresponde à *família natural*), o autor alude que no direito de família romano estuda-se não apenas a *família natural*, mas também a família *proprio iure*, sendo aquela constituída pelo casamento, enquanto esta fundada na *potestas* (poder) do *pater familias* (ALVES, 2018, p. 601). Segundo Rizzardo, o termo família no direito romano:

expressa a reunião de pessoas colocadas sob o poder familiar ou o mando de um único chefe – o *pater familias* –, que era o chefe sob cujas ordens se encontravam os descendentes e a mulher, a qual era considerada em condição análoga a uma filha. Submetiam-se a ele todos os integrantes daquele organismo social: mulher, filhos, netos, bisnetos e respectivos bens. Estava a família *jure proprio*, ou o grupo de pessoas submetidas a uma única autoridade. De outro lado, conhecia-se também a família *communi jure*, uma união de pessoas pelo laço do parentesco civil do pai, ou *agnatio*, sem importar se eram ou não descendentes. Não se considerando o parentesco pelo laço da mulher, o filho era estranho à família de origem da mãe. Considerava-se a família patriarcal propriamente dita (RIZZARDO, 2019, p. 9).

A família *proprio iure*, portanto, refere-se ao conjunto de todas as pessoas que se encontravam sob o poder do patriarca da família (o *pater familia*), que exercia esse poder sobre os escravos, os filhos e as mulheres, estando aí incluída, também, a família natural<sup>4</sup>, tornando-se, assim, o modelo de família predominante na sociedade

---

<sup>4</sup> “A *família natural* (denominação devida a romanistas modernos), agrupamento constituído apenas dos cônjuges e de seus filhos, independentemente de o marido e pai ser, ou não, *pater familias* da mulher e dos descendentes imediatos”. (ALVES, 2018, p. 601).

romana da Antiguidade. Eram três as formas de ingresso nesse modelo de família, sendo a *procriação em justas núpcias*, segundo Alves (2018), o modo normal de sua admissão, através da qual a criança nascida de justas núpcias, seja seu pai *pater familia* ou *filius familia*, ingressava na família paterna pelo simples fato do nascimento.

Ao lado da procriação em justas núpcias, existiam também a **adoção**, que “é o ato jurídico pelo qual alguém ingressa, como *filius familia*, em família *proprio iure* que não é a sua de origem”, classificando-se em *adoptio* (adoção em sentido estrito)<sup>5</sup> e *adrogatio* (ad-rogação)<sup>6</sup>, e a legitimação, que, por sua vez, “é o ato pelo qual os filhos nascidos de concubinato adquirem a condição de filhos legítimos”. (ALVES, 2018, p. 611). Sobre os poderes do *pater familias*, assim como sua extensão, denominada de *patria potestas*<sup>7</sup>, explana Gonçalves:

O pater exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com manus com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça. Havia, inicialmente, um patrimônio familiar, administrado pelo pater. Somente numa fase mais evoluída do direito romano surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do pater (GONÇALVES, 2018, p. 31).

Nesse mesmo sentido, explica Alves (2018, p. 621) que os poderes do *pater familia* eram absolutos, podendo ser comparado, inclusive, a um déspota. Havia, ainda, o ingresso na família *próprio iure* pela sujeição à *manu*, sendo este um instituto destinando às mulheres, pelo qual ingressavam na família do marido, sujeitando-se à *manus* (poder marital) deste, ou de seu *pater familia*, caso fosse *alieni iuris*. E, segundo Alves (2018), essa forma de ingresso produzia efeitos não apenas quanto à pessoa da mulher, mas também quanto aos seus bens. Com relação à pessoa da mulher, os efeitos eram os seguintes:

<sup>5</sup> “A *adoptio* (também denominada *datio in adoptionem*) é o ato jurídico pelo qual um *alieni iuris* ingressa na família do adotante como seu filho ou neto”. (Idem, p. 612).

<sup>6</sup> “Pela *adrogatio* (ad-rogação) um *pater familias* ingressa, na posição de *filius familias* (ele sofre, portanto, uma *capitis deminutio minima*, passando de pessoa *sui iuris* a *alieni iuris*), na família de outro *pater familias*”. (Idem, p. 615).

<sup>7</sup> A *patria potestas* (pátrio poder) é o conjunto de poderes que o *pater familias* tem sobre seus *filiis familias*. (Idem, p. 621)

a) a mulher ingressa na família do marido *in loco filiae* (como se fosse filha dele, e consequentemente, com relação aos seus próprios filhos, é considerada como irmã deles – *in loco sororis*), tornando-se, assim, para todos os efeitos, sua parenta agnada; em virtude disso, ela se desvincula da família de origem, deixando de ser agnada, também para todos os efeitos, dos membros desta, embora continue cognada deles (e isso porque o parentesco consanguíneo não se extingue com a *conuentio in manum*); b) assim sendo, a mulher sofre uma *capitis deminutio minima*: se é *sui iuris*, torna-se *alieni iuris*; se *alieni iuris*, continua a sê-lo, porém na família do marido; c) o marido (ou seu *pater familias*) adquire a *manus*, passando a ter sobre a mulher poderes semelhantes aos que possui com relação aos seus *filii familias*: 1 – o *ius uitae et necis* (direito de vida e de morte): segundo parece, o marido (ou o *pater familias* dele) para exercer o *ius uitae et necis* devia ouvir o tribunal *domesticus*, de que participavam, também os parentes cognados da mulher até o sexto grau; 2 – o *ius uendendi* (direito de vender): como salienta Gaio, a mulher *in manu* podia ser objeto de *mancipatio* (mas, segundo parece, só nas hipóteses de venda fictícia, e não de venda efetiva); e 3 – o *ius noxae dandi*: a mulher *in manu* – e a informação também é de Gaio – podia sofrer o abandono noxal, por parte do marido (ou, se fosse o caso, de seu *pater familias*) (ALVES, 2018, p. 628).

Já em relação aos bens da mulher, preleciona Alves (2008), que se fosse *sui iuris*, todos os seus bens, com exceção dos direitos que se extinguíssem com *capitis deminutio mínima* de seu titular, como, por exemplo, o usufruto e o uso, passariam a integrar o patrimônio do seu novo *pater familias*, verificando-se, pois, uma das hipóteses de sucessão universal *inter uiuos*. Se a mulher fosse *alieni iuris*, não possuiria bens, e, consequentemente, nada transmitiria ao novo *pater familias*, sendo, certo, porém, que ela poderia trazer dote para o marido. Já por outro lado, à semelhança do que ocorria com o *filius familias*, tudo aquilo que a mulher *in manu* adquirisse, adquiriria para o titular da *manus* (o marido ou seu *pater familias*); por fim, tinha ela capacidade para obrigar-se pelos delitos que cometesse, mas não poderia obrigar-se civilmente (ALVES, 2018, p. 682).

Desse modo, observando-se a relação conjugal, desenvolvida nas duas principais civilizações da antiguidade ocidental, por meio da família monogâmica, é possível perceber que a mesma, de acordo com o pensamento de Engels, não foi de modo algum “fruto do amor sexual individual”, sendo a monogamia a primeira forma de família que “não se baseava em condições naturais, mas econômicas, e concretamente no triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva, originada espontaneamente” (ENGELS, 1984, p. 70).

Conclui o autor que, para os antigos gregos, os únicos objetivos da monogamia eram a preponderância do homem na família e a procriação de filhos para que pudessem ser seus herdeiros. Ademais, o casamento era para eles uma carga, um dever para com os deuses, o Estado e seus antepassados, ao qual estavam obrigados a cumprir. (ENGELS, 1984, p. 70).

## 2.3 A FAMÍLIA NA IDADE MÉDIA

De acordo com a historiografia tradicional, a Idade Média refere-se ao período da história da humanidade compreendido entre o fim do Império Romano do Oriente, em 476 d.C. (século V), ocasionado pela invasão dos povos “bárbaros”, e a tomada de Constantinopla (centro do Império Romano do Oriente), pelos turcos-otomanos, no ano de 1453 (século XV), tendo, portanto, uma duração de quase mil anos.

Esse período teve como principais características: a ruralização da sociedade europeia ocidental, resultante da “fuga” da população das cidades, que eram os alvos das invasões dos povos “bárbaros”; a organização social em estamentos, o que acirrava ainda mais as desigualdades, uma vez que a posição social do indivíduo era estabelecida pelos seu nascimento e praticamente não existia mobilidade social; a fragmentação política, pois não mais existia o poder central do imperador, e os monarcas não exerciam poder absoluto, fragmentando-o com os senhores feudais (soberanos em seus feudos) e com a Igreja Católica; e a forte religiosidade cristã, através qual exercia a Igreja Católica importante influência sobre a vida e a morte das pessoas no medievo europeu.

Desse modo, em linhas gerais, conclui-se que se tratava de uma sociedade rural, pois boa parte de suas relações, assim como de sua produção, desenvolviam-se no campo; com poder político fragmentando, estando este a cargo, principalmente dos senhores feudais, que eram os responsáveis por criar as leis, cobrar os impostos e comandar a vida nos seus feudos; e fortemente influenciada pela Igreja Católica, responsável por dar unidade cultural e espiritual ao ocidente europeu.

Segundo a historiadora Pernoud (1997), o conceito de família é a *chave* para compreender a vida na Idade Média. Isso porque as relações sociais, segundo a autora, na época, constituíam-se dentro de um quadro de parentesco. Assim, os laços familiares amarravam as relações entre senhor-vassalo, entre mestre-aprendiz, dentre

outros, os quais justificavam a cotidiana vida rural, característica do medievo, consolidando-se a história do solo europeu.

Os altos barões são antes de tudo pais de famílias, agrupando à sua volta todos os seres que, pelo seu nascimento, fazem parte do domínio patrimonial; as suas lutas são querelas de família, nas quais toma parte toda essa corte, a qual têm o cargo de defender e de administrar (PERNOUD, 1997, p. 14).

Com o fim do Império Romano Ocidental, alguns dos povos “bárbaros”, como os francos, os germânicos e o visigodos, por exemplo, exerceram forte intervenção na organização social e política da sociedade medieval e, segundo a autora, na dinâmica das linhagens desses povos, pode-se reconhecer a solidariedade familiar como um de seus importantes traços. Nesse sentido, a família era considerada como um corpo, no qual em todos os membros circulam o mesmo sangue, ou um mundo reduzido onde cada ser desempenha o seu papel com a consciência de estar ligado a um todo (PERNOUD, 1997, p. 16).

Assim, a família medieval era unida pelo pacto biológico e moral, isto é, por carne e sangue. Dessa forma, os interesses da linhagem eram defendidos solidariamente em razão da unidade que caracteriza a convivência na vida em comum. Ainda de acordo com a autora, os grupos familiares da Idade Média eram unidos por um espírito potente superior ao que une qualquer outro agrupamento, de modo que, num combate, não se devia esperar fidelidade de estranhos. Era, portanto, a solidariedade familiar que resolvia o dilema da segurança de um indivíduo (PERNOUD, 1997, p.17).

Ademais, na esteira desse pensamento, defende-se que a noção de família, na Idade Média, era ligada à base material, ao patrimônio, que podia ser um arrendamento servil ou um domínio senhorial, por exemplo, cujo proprietário seria a linhagem e não o indivíduo. Com isso, a herança principal passava ao filho primogênito, enquanto que as outras eram partilhadas entre os demais filhos. O filho mais velho era aquele que, depois do pai, mais contribuiria para a manutenção do patrimônio. Não havia herdeiro por testamento, apenas por consanguinidade.

A economia medieval era basicamente agrícola, em razão de sua produção se concentrar, principalmente, no campo, e dependia da unidade da família, de forma que sob sua gestão não deveria haver desvalorização do patrimônio. Para isso, fazia-se necessário evitar a fragmentação da propriedade rural, uma vez que a grande

extensão fundiária possibilitava um melhor aproveitamento da terra, além de grande variedade de culturas.

De acordo com Pernoud (1997), sob a perspectiva medieval, o indivíduo era passageiro, mas seu patrimônio não. Por isso, o herdeiro da linha direta recebia, além do sangue, a responsabilidade pela *manere* (a que une a linhagem, concede abrigo a todos os familiares do passado e do presente). *Manso* era a denominação dada à extensão da terra suficiente à manutenção da vida familiar, que variava de acordo com o clima, o solo, as condições de existência, dentre outros.

A propriedade tinha, portanto, a missão de assegurar uma base fixa à família, sendo, por isso, inalienável e impenhorável. Afirma Pernoud (1997, p. 21) que “o homem não é senão o guardião temporário, o usufrutuário; o verdadeiro proprietário é a linhagem”. Sobre a família na Idade Média, importante transcrever a lição de Gonçalves, quando este afirma que:

Durante a Idade Média as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Embora as normas romanas continuassem a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, observava-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica (GONÇALVES, 2018, p. 32).

Apesar da crescente influência dos povos “bárbaros” (sobretudo dos germânicos) nas relações patrimoniais e no pátrio poder familiar, no período medieval, a sua base ainda emanava das normas romanas, só que agora imbuídas pelo grande poder exercido pela Igreja, que, por sua vez, ditava o regramento moral e jurídico a ser cumprido pela população, com vistas a seus interesses políticos e econômicos.

Segundo Segalen (2012), o antropólogo Jack Goody, ao estudar a história da família e do casamento na Europa, observa que, desde o século IV d.C., após a conversão de Constantino ao cristianismo, as normas familiares das sociedades romanas foram profundamente transformadas por influência da Igreja. A adoção, o casamento de viúvas, o casamento entre primos, o divórcio, o concubinato e o levirato, práticas recorrentes até então, foram proibidas.

Ainda segundo o autor, tais proibições não apenas não estavam apoiadas nas Escrituras como também as contradiziam, como no caso do levirato, uma prática descrita no Antigo Testamento e que obrigava os homens a se casarem com as viúvas

de irmãos mortos sem descendência. Além disso, as novas regras também não se baseavam no antigo Direito Romano. Em tempos de grande mortalidade, a proibição da adoção e do novo casamento das viúvas contribuiu para limitar bastante as descendências. A Igreja, que pregava o abandono dos bens materiais em troca da salvação eterna, tornou-se a herdeira das propriedades que ficavam sem herdeiros, conseguindo, com isso, realizar uma impressionante acumulação de terras na Europa Ocidental. Estima-se que, ao final do século VII, um terço das terras aráveis na França pertencia à Igreja. O controle sobre as regras do casamento, o combate à adoção e ao divórcio constituíram, portanto, uma verdadeira política de “captação de heranças”, permitindo a Igreja Católica converter-se em uma poderosa instituição.

Nessa perspectiva, leciona Varela (1999) que a família, ao deixar de constituir um organismo político para converter-se numa comunidade natural, passou a compreender somente as pessoas ligadas entre si pelo vínculo sacramental do casamento e laços biológicos da procriação, passando a mulher a ocupar um lugar próprio na família, diverso dos filhos e netos, incumbindo-lhe especialmente o governo doméstico e a educação da prole. Explica o autor que, entre os povos germânicos, esse governo era chamado de poder das chaves: “*die Schlüsselgewalt*” (VARELA, 1999, p. 47).

Nota-se que, não obstante as mudanças ocorridas, a sociedade permanecia patriarcal e a monogamia o modelo de relacionamento conjugal a ser seguido, pelo qual apenas as mulheres se obrigavam ao dever de fidelidade ao marido. De acordo com Richards (1993), apesar de haver proibição de homens casados frequentarem os bordéis, por exemplo, estes os frequentavam sem maiores problemas. Segundo o autor, Humberto Romano, mestre-geral dos dominicanos, observou que as prostitutas urbanas profissionais “recebem não apenas poucos, mas um número muito grande de homens; uma hora seus próprios parentes; outra hora até monges e frades (RICHARDS, 1993, p. 132).

Observa-se, portanto, que na sociedade medieval, os homens, principalmente os jovens e não-casados, possuíam maior liberdade sexual do que as mulheres, pois enquanto estas deveriam permanecer sob vigilância para que se mantivessem íntegras para o casamento, devendo guardar a experiência sexual para tê-la apenas com o seu marido, aqueles estavam entre o maior grupo de clientes servidos pelas prostitutas. A esse respeito, ratifica Richards:

Provavelmente o maior grupo de clientes servidos pelas prostitutas da Europa medieval era o dos homens jovens e não-casados. Não importa o que a Igreja pudesse dizer sobre sexo, havia uma tolerância social generalizada da atividade sexual masculina pré-marital e extraconjugal no mundo medieval. Um pregador do século XV queixava-se aos pais de sua comunidade: “Vocês dão a seus filhos dinheiro e permissão para ir ao bordel, às casas de banho e às tavernas.” Mas a prostituição era vista como um meio prático de permitir que os jovens de todas as classes afirmassem sua masculinidade e aliviassem suas necessidades sexuais, enquanto evitava, ao mesmo tempo, que se aproximassem de esposas e filhas respeitáveis, desestimulando-os dos estupros em gangues e desencorajando-os em relação à homossexualidade (RICHARDS, 1993, p. 132).

Conforme apontado por Gonçalves (2018), o único casamento conhecido no medievo era o religioso, que se tornou o alicerce da família e passou a usufruir de natureza perpétua, isto é, “o que Deus uniu apenas Ele poderia separar”, estando as mulheres, principalmente, ligadas por toda a sua vida aos seus maridos, a quem deveria respeitar e tolerar a sua infidelidade.

## 2.4 A FAMÍLIA NA IDADE MODERNA

A Idade Moderna refere-se ao período que, no Ocidente, costuma ser datado entre a tomada de Constantinopla – atual Istambul – pelos turcos-otomanos, com a consequente queda do Império Romano do Oriente (ou Império Bizantino), em 29 de maio de 1453, e a deflagração da Revolução Francesa, em 14 de julho de 1789, quando se iniciaria a Idade Contemporânea (MICELI, 2019, p. 10).

Esse período histórico marcou a transição do modo de produção feudal para o modo de produção capitalista. Nessa época, as monarquias europeias constituíram-se e fortaleceram-se, expandindo seu poder para os cinco continentes do mundo, e a Igreja Católica deixou de deter o monopólio religioso na Europa com o advento da Reforma Protestante, iniciada com Martinho Lutero, em 1517. Na arte e nas ciências, foi marcado pelo Renascimento Cultural, que representou um resgate da arte *greco-romana* da Antiguidade. (PINTO, 2020).

Todavia, apesar de todas as mudanças na esfera cultural, a mulher continuou a ser vista como inferior e a família sofreu pouca alteração em relação aos períodos anteriores. Nesse sentido, Ariès (1981), em sua obra, afirma que, nessa era:

“o homem passa a ter o seu poder mais intensificado, retirando o poder da esposa, que a torna uma incapaz e submissa a ele, juntamente com os filhos, estabelecendo assim uma ‘monarquia doméstica’. Ainda segundo o autor, “a configuração parental era o próprio princípio de família, que era associado a essa homenagem rendida à família de Cristo. Todas as famílias eram convidadas a considerar a Sagrada Família como modelo” (ARIÈS, 1981).

Desse modo, é possível depreender que, embora não possuísse mais o monopólio religioso na Europa, a Igreja Católica, que logo tratou de se aliar às monarquias absolutistas, garantindo-lhes legitimidade em troca de manutenção de sua influência sobre a sociedade da época, desempenhou importante papel nesse período, reforçando o patriarcado, através do qual defendia a imagem do homem como o principal na família, além da devoção familiar. Com relação ao papel da Igreja junto às monarquias absolutistas da Era Moderna, explicam Silva & Silva:

Nesse processo, é notável a ligação entre política e religião, pois o Absolutismo tendia a conceder ao rei um caráter sacralizado. Esse aspecto foi mais enfatizado na França pela teoria do direito divino dos reis, defendida no século XVII por filósofos como o bispo [*Jean-Jacques*] Bossuet. Uma teoria que legitimava o poder absoluto da monarquia francesa, cujo principal expoente foi Luís XIV, o chamado Rei Sol, defendendo que o poder absoluto do rei e a centralização do Estado se deviam a Deus. Deus escolhia o rei e sua linhagem, e logo seu poder não deveria ser contestado por nenhum dos súditos (SILVA & SILVA, 2006, p. 11).

Segundo Ariès (1981), “antes da Idade Moderna, a família era retratada pela ótica iconográfica dos locais públicos”. Entretanto, a partir do período moderno, a instituição familiar passa a ser retratada em sua vida cotidiana, deixando de se dedicar a fatos públicos para se tornar particular, sem aquele espírito grupal, coletivo, que existia entre seus membros nas épocas anteriores, e, por isso, separava-os cada vez mais.

Assim, temas que até então eram despercebidos na família passam a ser destacados, tais como a intimidade familiar, a frequência escolar dos filhos, a preservação da inocência infantil, etc. Segundo Poster (1979), “a família moderna ou burguesa é chave para a família contemporânea que conhecemos hoje”. Todavia, é importante ressaltar que, na Idade Moderna, a família era concebida como um núcleo econômico e de produção, e seu papel, às vésperas da Revolução Industrial, consistia

principalmente no exercício da atividade produtiva, onde a casa, na qual existia uma pequena oficina, tornava-se o centro da produção doméstica e cujo homem, além de chefe da família, era considerado também o chefe dessa produção. De acordo com Gonçalves (2012, p. 243), essa situação reverteu-se somente com a Revolução Industrial, pois com a industrialização, a família perde sua característica de centro de produção e, por conseguinte, seu papel econômico.

A industrialização, portanto, além de modificar a relação familiar existente à época, configurou-se como importante passo para a consolidação do capitalismo em seus momentos iniciais, tendo em vista que foi responsável pela superação da fase em que os trabalhadores produziam em suas próprias casas para um empresário, que possuía domínio sobre a matéria-prima e a distribuição dos produtos no mercado de consumo, no chamado sistema de produção doméstico, para a fase das unidades manufatureiras, com o que foram criadas a base para o sistema fabril em si. “No comando dessa produção baseada no trabalho assalariado estavam alguns artesão e mestres de corporação, os quais foram transformando-se nos primeiros industriais capitalistas” (MICELE, 2019, p. 140).

Enquanto os ingleses vivenciavam a implantação do sistema de máquinas, em meados do século XVIII, que mudou radicalmente a economia e, sobretudo, as relações de produção e de consumo, com repercussão nas mais diversas esferas da vida cotidiana, na França, as ideias iluministas, na seara política, demonstravam sua força em oposição ao absolutismo real naquele momento personificado pelo monarca Luís XVI, que culminaram num movimento revolucionário responsável por sua deposição e decapitação na guilhotina, em janeiro de 1793.

Segundo Miceli (2019), a razão de existir do movimento revolucionário responsável pela deposição e execução do monarca francês está no esgotamento daquele regime político, que não mais respondia aos anseios da sociedade da época. Esse acontecimento, ao lado da industrialização inglesa, repercutiu como grande divisor de águas, cerrando-se as cortinas da Idade Moderna.

## 2.5 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

A chamada Idade Contemporânea teve início com uma série de acontecimentos ocorridos na França, a partir de 1789, que ficaram conhecidos mais

tarde, no século XIX, como Revolução Francesa, e que, segundo Moraes (2019), ultrapassaram as fronteiras daquele país, produzindo impacto profundo não apenas na época de sua ocorrência, mas também muito tempo depois.

De fato, as referências políticas decisivas daquilo que conhecemos por “sociedade burguesa” – que sintetizam alguns dos valores e das ideias liberais, envolvendo a noção de um Estado laico, regido por uma constituição elaborada por representantes escolhidos pelo povo, prevendo igualdade dos cidadãos perante a lei – foram transformadas em norma pela primeira vez por meio dessa revolução (MORAES, 2019, p. 11).

Segundo o autor, a Revolução Francesa resultou em um sistema político e em um tipo de organização social, que favoreceram a consolidação de uma sociedade liberal e capitalista. Todavia, ela não foi o resultado da “ação burguesa”, mas de pessoas pertencentes a grupos sociais e profissões distintas, que, ao questionarem o regime social e político vigente na França daquela época, em geral não apontavam para os resultados que de fato foram alcançados ao final do processo, os quais acabaram por favorecer a burguesia.

Esses projetos foram se afirmando em momentos diferentes do processo, o que significa que, de fato, tratou-se não de uma, mas de revoluções francesas distintas, concorrentes e sequenciais, com cada uma delas produzindo resultados, em maior ou menor grau, imprevistos e não planejados. No início, o que reuniu pessoas de aspirações distintas em um campo comum e as fez tomar, em fins do século XVIII, os rumos da revolução foi o fato de elas *recusarem o seu mundo*, aquilo que ficou conhecido como Antigo Regime (MORAES, 2019, p. 13).

Destarte, ao lado da Revolução Industrial, a Revolução Francesa ocasionou profundas transformações na sociedade europeia ocidental, tomando por base os valores burgueses, que influenciaram sobremaneira a família, a qual, nesse contexto, ganhou novos contornos e significados, com o predomínio, por exemplo, da família nuclear, formada pelo pai, mãe e seus filhos, em detrimento da família extensa que marcou os períodos anteriores. A produção, como visto alhures, deixou de concentrar-se na família e passou para o mercado, e a inserção das mulheres no mercado de trabalho para complementar a renda familiar, diante da pressão pelo consumo de bens e serviços, características inerentes ao capitalismo, contribuiu para uma nova configuração familiar.

Entretanto, segundo Oliveira (2009, p. 65), apesar de todas as transformações sofridas, a família ainda continuou a conservar traços do modelo familiar de outros tempos, quais sejam: “o de controlar a sexualidade feminina e preservar as relações de classe”. Isso pode ser percebido pelo Código Napoleônico, que configurou a família como um instituto patriarcal, hierarquizado, biológico, matrimonial e indissolúvel, baseando-se no modelo originário das tradições romanas e canônicas (BEVILÁQUA apud PORFÍRIO, 2015). Nessa senda, esclarece Porfírio:

A justificativa provável é que se entendia que a sociedade não estaria preparada para pluralismo absoluto, podendo colocar em risco a ordem social. A Europa estava rompendo com sua tradição comunitária e sua ordem moral, de natureza religiosa, que eram fortes elementos de agregação coletiva. Uma transição acelerada rumo aos valores da modernidade poderia acarretar na inviabilização do projeto (PORFÍRIO, 2015, p. 3).

Assim, a configuração familiar, embalada pela família nuclear, assumida no final o século XVIII e denominada pelos estudiosos de “família moderna”, tornou-se o modelo padrão do ocidente até começar a declinar, em meados do século XX, quando delineou-se a “família contemporânea” ou “pós-moderna”, a partir da década de 1960. Hobsbawm, em seu livro “A Era dos Extremos” (1998), denominou esse período de “A Revolução Cultural do Século XX”, ao qual dedicou o capítulo 11 de sua obra. Segundo ele, “a melhor abordagem dessa revolução cultural é, portanto, através da família e da casa, isto é, através da estrutura de relações entre os sexos e gerações” (HOBBSAWN, 1998, p. 250).

Desse modo, segundo o historiador, a “Revolução Cultural” produziu uma nova concepção de mundo e de sociedade para os séculos XX e XXI, uma vez que o neoliberalismo, que se espalhou pelo mundo, a partir da segunda metade do século XX, garantiu a manutenção de uma ordem internacional injusta e excludente, pautada na permanência de imensas desigualdades sociais, no crescimento da distância entre os países centrais e periféricos, na consolidação de ideais conservadores, na valorização da liberdade do comércio, nas privatizações em massa e, na restrição do papel do Estado, através da minimização da sua atuação nas questões sociais.

Assim, pode-se afirmar que a reestruturação do sistema capitalista mundial influenciou as relações de poder no interior da família. E a crise da família, como afirmou o historiador, estava relacionada às mudanças nos padrões públicos que

“governavam a conduta sexual, a parceria e a procriação, sendo uma era de extraordinária liberalização para as mulheres e para os homossexuais, além de outras formas de dissidência cultural-sexual” (HOBBSBAWM, 1998, p. 316).

A Revolução Cultural de Hobsbawn (1998) remete-se, principalmente, à emancipação da juventude, tendo em vista que, para os capitalistas, os jovens tornaram-se um público detentor de expressivo poder de consumo, vez que ingressavam no mercado de trabalho formal muito mais cedo que seus pais, graças às oportunidade de emprego oferecidas pelas indústrias, sem, contudo, auxiliar nas despesas familiares. Esta característica estendia-se também às mulheres, que, além de constituir mão de obra para a indústria, trabalhavam em escritórios e lojas em plena expansão.

As mudanças nos modos e costumes dos jovens tiveram como fontes de inspiração a música (*rock'n roll*), o vestuário (jeans) e a oposição às leis e convenções estabelecidas, por meio de expressões intelectuais sintetizadas em cartazes e slogans como: *“É proibido proibir”*, *“Tomo meus desejos por realidade, pois acredito na realidade de meus desejos”* ou, ainda, *“O pessoal é político”*, importante *“slogan do novo feminismo, talvez o resultado mais duradouro dos anos de radicalização”* (HOBBSBAWN, 1998, p. 325-326). Fávero, por sua vez, bem resume as mudanças geradas pela Revolução Cultural descritas por Hobsbawn:

[...] O modelo de família nuclear, que se estabeleceu como padrão no ocidente, começou a mudar, ainda que de forma desigual, em suas diversas regiões. Embora não tenha afetado todas as partes do mundo igualmente, de maneira geral aumentou a tendência de famílias chefiadas por mulheres e de pessoas vivendo sozinhas. A mudança na relação entre os sexos, um dos pontos centrais da revolução cultural, foi marcada pelo direito ao divórcio, nascimentos ilegítimos, aumento de famílias com apenas um dos pais (uma maioria de mães solteiras), além do aumento das uniões consensuais – com predomínio dos laços afetivos em detrimento da formalização da união. Também se caracterizou pela ampliação da cultura juvenil, com acentuado abismo entre gerações, revelado pela desvalorização de regras e valores da geração mais velha, implicadoras de controle do comportamento humano. Em síntese, a família tradicional teve seus laços afrouxados nas várias classes sociais. (FÁVERO, 2007, p. 120).

Segundo Calderon (2017), as extensas e profundas transformações ocorridas do decorrer do século XX viabilizaram a explicitação social de diversas formas de relacionamentos interpessoais, tendo como “pedra de toque” o novo papel conferido

à subjetividade, através do qual permitiu-se ao indivíduo amplas possibilidades de busca pela sua realização pessoal, reduzindo, assim, as funções econômicas, políticas, religiosas e sociais que se conferiam às relações familiares.

Ainda segundo o autor, houve um paulatino reconhecimento de outras configurações familiares, com feições diversas da família tradicional de outros tempos, com alterações, inclusive, e principalmente, nas relações entre seus membros, as quais não mais se apresentam da mesma forma de quando imperava a família enquanto instituição. Houve, portanto, uma interessante mudança de enfoque no direito de família, passando a sua centralidade da família, enquanto instituição, ao indivíduo, enquanto pessoa, e não o contrário como antes. Defende que esse novo contexto evidenciou a existência de uma “pluralidade de formações familiares” que passaram a ser vistas com normalidade e a exigir atenção jurídica.

Paralelamente se reconheceu que as relações familiares podem se configurar com diversos liames e não apenas com base em um ou outro modelo: laços biológicos, afetivos, registrais, jurídicos e matrimoniais desfilam lado a lado na multicolorida sociedade do novo milênio. [...] A afetividade passa a ser elemento presente em diversas relações familiares contemporâneas, sendo cada vez mais percebida tanto pelo direito como pelas outras ciências humanas. Mesmo sem regulação expressa, a sociedade adotou o vínculo afetivo como relevante no trato relativo aos relacionamentos familiares (CALDERON, 2017, p. 7).

Na esteira do pensamento de Calderon (2017), conclui-se que, na atualidade, a família não decorre apenas da consanguinidade, muito menos, busca fundamento em motivos econômicos, como no passado. A mesma decorre da solidariedade mútua, isto é, do afeto existente entre seus membros, tornando-se o ambiente familiar o centro de realização pessoal, não se limitando mais a cumprir papéis econômico, político, religioso e procriacional, outrora desempenhados.

Dessa forma, o “afeto”, que antes ficava à sombra do debate jurídico, na virada do século XX para o XXI, adquiriu dimensões significativas, revelando-se como elemento propulsor da relação familiar, reclamando por amparo jurídico. Todavia, distante de um consenso, tornou-se o centro de acalorado debate doutrinário entre os juristas brasileiros, advogando-se de um lado os que defendem a sua condição de princípio constitucional derivado da dignidade da pessoa humana, de outro os que o enxergam como um conceito de relevante valor jurídico, mas longe de ser considerado um princípio constitucional, e, por fim, os que defendem ser um elemento subjetivo,

ligado ao sentimento humano, e que, por isso, deve ser objeto de preocupação de outras áreas do conhecimento, menos para o direito.

### 3. DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL

#### 3.1 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

A História do Brasil é didaticamente organizada em três grandes períodos, quais sejam: Brasil Colônia (1500 – 1822), Brasil Império (1822-1889) e Brasil República (1889 – hoje). O período colonial foi marcado pela dominação portuguesa aqui na América, iniciada com a chegada dos lusitanos no litoral da Bahia, em 1500, no contexto da expansão marítima europeia. De acordo com Mesgravis, “o termo colônia designa a posição jurídica de um país que é posse de outro (a metrópole), que, por sua vez, tem toda autoridade sobre ele do ponto de vista político, administrativo e, sobretudo, econômico” (MESGRAVIS, 2019, p. 9).

Dessa forma, enquanto colônia, o Brasil não possuía autonomia político-administrativa e, por conseguinte, também não possuía autonomia jurídica, motivo pelo qual toda estrutura administrativa tinha que ser transplantada da metrópole, fato que se deu com a nomeação de nobres portugueses para assumirem postos de comando na colônia, através da criação do sistema de Capitanias-Hereditárias e, mediante seu fracasso, do Governo-geral. Assim, o Brasil dessa época não elaborava suas próprias leis, não possuindo, com isso, ordenamento jurídico próprio, sendo aqui aplicada a legislação lusitana, composta pelas Ordenações, que, segundo Mesgravis:

[...] eram as leis que regiam quase todos os aspectos da vida dos portugueses e colonos do Império português. Elas surgiram após um processo de codificação de leis gerais e locais de Portugal iniciado na Idade Média (ou na Antiguidade, se levarmos em consideração que sua base era o Direito Romano e o Canônico com umas tinturas do Visigótico e do Árabe). No fim do século XIV e por todo o século XV, desenvolveram-se os trabalhos de codificação do chamado Código Afonsino, aprovado pelo rei D. João I em 1446. Esse código foi usado até a reforma de D. Manuel feita entre 1505 e 1520, dando origem às Ordenações Manuelinas, em vigor até a reforma de Felipe II em 1595. As Ordenações Filipinas, publicadas em 1603, foram aplicadas no Brasil até a Independência. Determinações que surgiram ao longo do tempo fora das Ordenações originais foram compiladas periodicamente com o nome de Leis Extravagantes (MESGRAVIS, 2019, p. 48).

Segundo o jurista Wolkmer (2014), no século XVIII, com as reformas do Marquês de Pombal, a grande mudança em matéria legislativa foi a “*Lei da Boa*

*Razão*” (1769), que definia regras para interpretação e aplicação das leis, em caso de omissão, imprecisão ou lacuna. Para o autor, essa lei minimizava a autoridade do Direito Romano, da glosa e dos arestos, dando “preferência e dignidade às leis pátrias e só recorrendo àquele direito, subsidiariamente, se estivesse de acordo com o direito natural e as leis das Nações Cristãs iluminadas e polidas, se em boa razão fossem fundadas” (WOLKMER, 2014, p. 23).

De acordo com Marcos, Mathias e Noronha (2014, p. 40), a “Lei da Boa Razão” acabou por tornar obsoleto o pluralismo jurídico do Brasil marcado pelo emprego do costume como fonte subsidiária na aplicação das Ordenações à realidade colonial, visto que passou a submeter esse costume a uma pauta “demolidora de requisitos”. Isso com o objetivo, segundo Wolkmer (2014), de beneficiar, favorecer e defender os intentos políticos e econômicos da Metrópole, pois o interesse maior do governo português era criar regras para assegurar o pagamento dos impostos e tributos aduaneiros, bem como estabelecer um ordenamento penal rigoroso para precaver-se de ameaças diretas à sua dominação.

Os autores, por sua vez, propõem uma periodização para o que denominaram de “processo evolutivo do direito aplicável em terras brasileiras”, durante o período colonial, distinguindo-o em “três fases ou períodos fundamentais, bem diferentes entre si”, com o primeiro correspondendo ao “Direito no Brasil sob o signo do pluralismo jurídico” (1500 a 1750); dirigindo-se o segundo ao “Direito no Brasil sob o signo *jusracionalista* do *pombalismo*” (1750 até 1808); e o terceiro designado de “Direito brasileiro emergente sob o signo joanino” (1808 a 1822) (MARCOS, MATHIAS e NORONHA, 2014, p. 40).

Desse modo, afirmam Marcos, Mathias e Noronha (2014) que as marcas jurídicas pombalinas foram escorregando no tempo e, em 1808, a transferência da Família Real para o Brasil acabaram por remodelar o próprio direito através das mudanças na seara política que a chegada da Corte Portuguesa provocou na vida colonial, muitas das quais acabaram por impulsionar a sua independência.

No que se refere à família, segundo Mesgravis, a sociedade brasileira colonial se pautava em valores patriarcais, seguidos em geral por todas as regiões da Europa desde a Antiguidade, e sacramentados pelo cristianismo, pelo qual propagavam-se como verdades incontestáveis a superioridade masculina e a inferioridade feminina. Esse imaginário se transferiu para o Brasil, onde o “*pater famílias*” era definido como proprietário não só de bens materiais, como também de seus escravos, trabalhadores

livres e agregados que viviam sob sua autoridade, e também de sua mulher e filhos” (MESGRAVIS, 2019, p. 54).

O homem (fosse ele rico ou pobre) tinha poder total na sua família e em sua propriedade. Era ele quem, por exemplo, decidia qual profissão seus filhos seguiriam, com que se casariam, como fariam uso de seus bens ou se e quando poderiam viajar. Exerciam poder de vida e de morte sobre todos que estavam sob seu domínio, sendo, inclusive, tratado com complacência pela justiça caso cometesse algum crime contra quem lhe devesse alguma obediência (MESGRAVIS, 2019, p. 54).

Ainda de acordo com a historiadora, mesmo com variações de locais, condição social ou “cor”, as mulheres do período colonial tinham seus destinos definidos pelo mundo masculino e “brutal” em que viviam, e no qual “até a Justiça e a Igreja atuavam como forças repressoras que chegavam a privá-las de direitos com expressões que já envolviam um pré-julgamento das suas ações”. Como exemplo, citou a privação que poderiam sofrer as viúvas de usufruir de seus bens ou de seus filhos, conforme previsão das Ordenações, senão veja-se:

Desejamos compensar a *imbecilidade das viúvas*, que após o falecimento de seus maridos malbaratam o que possuem, e como resultado tornam-se pobres e necessitadas, e desejando, além disso, assegurar que seus sucessores não venham sofrer, ordenamos que, se puder ser provado que uma viúva, maliciosa ou irracionalmente, esbanja ou aliena sua propriedade, a Justiça da área onde se localiza a propriedade dela tome conta (e) disso nos fará conhecimento, a fim de que possamos ordenar que a propriedade seja avaliada para que aqueles que devem herdá-la não sofram danos (*Ordenações*, 3/201-202) (MESGRAVIS, 2019, p. 48).

Pode-se afirmar que a produção jurídica nacional propriamente dita tem início a partir da independência política brasileira, ocorrida em 1822, ocasião que marcou a ruptura política com a metrópole portuguesa. Politicamente, o movimento pela independência do Brasil foi liderado pela elite, influenciados pelas ideias liberais, que temia a perda do status de reino unido concedida por D.João VI à antiga colônia, e, com isso, a perda de todas as *benesses* comerciais advindas dessa nova condição. Nesse sentido, preleciona Wolkmer (2014, p. 32):

Com a Independência do país, o liberalismo acabou constituindo-se na proposta de progresso e modernização superadora do colonialismo, ainda que, contraditoriamente, admitisse a propriedade escrava e convivesse com a estrutura patrimonialista de poder. Ao conferir as bases ideológicas para a transposição do status colonial, o liberalismo não só se tornou componente indispensável na vida cultural brasileira durante o Império, como também na projeção das bases essenciais de organização do Estado e de integração da sociedade nacional. Entretanto, o projeto liberal que se impôs expressaria a vitória dos conservadores sobre os radicais, estando dissociado de práticas democráticas e excluindo grande parte das aspirações dos setores rurais e urbanos populares, e movia-se convivendo e ajustando-se com procedimentos burocrático-centralizadores inerentes à dominação patrimonial (WOLKMER, 2014, p. 32).

Dolhnikoff, em seu livro *História do Brasil Império* (2020), demonstra as rupturas e continuidades empreendidas pela independência brasileira, tendo em vista que, ao passo que promoveu uma ruptura com a metrópole, separando-se do Império português e resultando num complexo processo de construção do Estado e da nação, pautado pelos princípios do liberalismo, acabou por adotar a monarquia como forma de governo, mantendo algumas características herdadas do período colonial, como a profunda hierarquização social cujo topo era ocupado pelos latifundiários escravocratas e a própria escravidão. A primeira legislação brasileira imperial foi a carta constitucional outorgada em 1824, pelo imperador D. Pedro I, que resultou da dissolução da Assembleia Constituinte reunida em 1823 pelo próprio governante. A outorga de uma constituição representou outra contradição aos princípios sobre os quais se firmava a nova ordem política do país. Segundo Dolhnikoff:

O fechamento da Constituinte, contudo, não foi ato no sentido de impedir a organização de uma monarquia constitucional, seguindo os preceitos liberais. D. Pedro I não tinha ambições absolutistas, pois compreendia que esse era um caminho sem volta. Não teria condições de governar sozinho, sem sustentação de pelo menos parte de elite nacional. Essa base de sustentação só existiria se ele se mantivesse fiel ao regime liberal. Em março de 1824, o imperador outorgou uma Constituição. A origem de nova Carta, primeira da história brasileira, contrariava os princípios liberais por ter sido outorgada pelo imperador e não elaborada e aprovada por uma assembleia de representantes eleitos. Mas apesar desse vício de origem, seu conteúdo estava em harmonia com os preceitos liberais (DOLHNIKOFF, 2020, p. 38).

Marcos, Mathias e Noronha (2014) ressaltam o movimento de codificação surgido na Europa do século XVIII, ao lado do movimento da enciclopédia e em meio

à euforia do Iluminismo, que objetivava “a sistematização do Direito pela razão iluminada, atendidas as exigências do *jusracionalismo*”, cuja “Lei da Boa Razão” e a “Reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra” abriram o caminho para a modernização do direito no Império português. Segundo os autores, restou ao Brasil independente “levar a cabo a consagração dos princípios do individualismo e do liberalismo de seus textos de lei”.

Certo é que a abertura dos portos inaugurara, *avant la lettre*, a época de um Brasil a aplicar as doutrinas smithianas. Mas a Independência saturara a sociedade brasileira com as ideias progressistas que se traduziam em franca oposição àquelas que faziam parte do espírito colonial. Será, portanto, necessário proceder à transformação através das leis. Estas, por sua vez, serão apresentadas nos Códigos (MARCOS, MATHIAS E NORONHA, 2014, p. 309).

Assim, a constituição imperial, em seu *art. 179, parágrafo XVIII*, proclamava a necessidade imediatas dos códigos civil e criminal, os quais teriam de ser organizados o quanto antes, e fundados nas “sólidas bases da justiça e da equidade”.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade (BRASIL, 1824).

Com isso, em 1830, foi promulgado o primeiro Código Criminal do Brasil, tendo os trabalhos de sua codificação iniciados em 1827. Ainda de acordo com os autores, tendo sido o primeiro Código promulgado na América Latina, o Código Criminal do Império inspirou e influenciou diversos Códigos posteriores, não apenas na América do Sul, mas também na Europa. Na senda do Código Criminal, veio o *Código de Processo Criminal* em 1831. Já no Segundo Reinado veio à luz o Código Comercial, em 1850. Todavia, a codificação do Direito Civil, também recomendada pela Constituição Imperial, no dispositivo supramencionado, diferente dos demais, acabou por fracassar, mesmo a tarefa de sua elaboração tendo sido atribuída talvez ao maior nome da História do Direito Privado no Brasil: Augusto Teixeira de Freitas (MARCOS, MATHIAS E NORONHA, 2014, p. 312 - 314).

A primeira codificação civil resultou da lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, vigente a partir de 1ª de janeiro do ano seguinte, resultado do projeto concluído pelo

jurista Clóvis Beviláqua em 1899, no qual diversos institutos do direito privado, dentre eles, o Direito de Família, passaram a ser disciplinados pela legislação nacional, já sob a vigência da constituição republicana de 1891. De acordo com Marcos, Mathias e Noronha (2014, p. 413), antes do diploma de 1916, outras quatro tentativas não deram certo, sendo três ainda nos tempos do imperador, como a dos projetos de Teixeira de Freitas (1859), Nabuco de Araújo (1872) e o de Felício dos Santos (1881), e uma já na República, com o projeto de Coelho Rodrigues (1893).

Segundo Gonçalves (2018), o Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século XX, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada. Na mesma esteira, defende Simão (2017), que “o modelo de família unitário”, o “tratamento desigual de seus membros” e “o casamento civil indissolúvel” foram as formas pelas quais o referido código buscou conceituar a família e balizar a distribuição de direitos e deveres entre seus membros.

Desse modo, o referido código desconsiderava toda e qualquer união que não fosse por meio do casamento civil contraído entre um homem e uma mulher, denominando de “concubinato” as “uniões ilegítimas”, fazendo diferenciação e estabelecendo tratamento desigual entre os filhos havidos dentro do casamento ou nas “uniões ilegítimas e, por fim, proibindo o divórcio, cujo debate passava longe da seara puramente jurídica para adentrar à seara da moral e da religião (SIMÃO, 2017, p. 541 a 548). Nesse mesmo sentido, afirma Calderon (2017) que o modelo de família tutelado pela codificação civil brasileira de 1916 era o da “grande família”, que representava o ideal de família da elite agrária brasileira da época, a qual, por sua vez, ainda refletia os ideais dos passados colonial e imperial. Assim, o diploma cível de 1916 estava mais preocupado com as questões econômicas e, portanto, patrimoniais, desprezando-se as necessidades das parcelas menos favorecidas da população, seguindo um modelo único de família, formado exclusivamente a partir do matrimônio, excluindo do sistema todas as demais formas de união, que não eram reconhecidas pelo direito.

No modelo de família patriarcal contemplado pela codificação anterior, era quase absoluta a prevalência do homem, que exercia todas as funções públicas da família, enquanto que as mulheres ficavam restritas à administração do lar. Nesse modelo, com relação à filiação, a tutela jurisdicional buscava muito mais a preservação da família enquanto instituição do que a realização do indivíduo, motivo pelo qual não

havia espaço para a subjetividade nas relações e, conseqüentemente, para a afetividade.

Nessa família transpessoal não prevalecia a preocupação com o reconhecimento da subjetividade dos membros familiares. Conseqüentemente, não se tratava do tema da afetividade, que sequer era ventilado pelo direito positivo de então. Até a metade do século passado, o aspecto subjetivo das relações pessoais restava subjugado pelo direito e, de certo modo, pela própria sociedade. (CALDERON, 2017, p. 186 e 187).

No entanto, após a Segunda Guerra Mundial, foi possível perceber uma mudança na família brasileira, com o crescimento da família nuclear, composta pelos cônjuges e seus filhos. Assim, nas décadas de 1960 e 1970, algumas disposições legais infraconstitucionais que foram aprovadas atenuaram o formalismo do Código Civil de então, à exemplo do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 1964) e da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 1977). Mas foi com a promulgação da Constituição de 1988, que ocorreu uma profunda alteração no direito civil, sobretudo, no direito de família, destacando uma nova realidade jurídica calcada nos direitos fundamentais, centrando-se na realização subjetiva dos indivíduos e não mais na manutenção estanque das instituições sociais, como ocorria antes.

A Carta Magna do Brasil de 1988 passou a se pautar em princípios, considerados regras norteadoras de todo o ordenamento jurídico nacional. Muitos desses princípios passaram a exercer influência ímpar no direito de família, dentre os quais: o da liberdade e o da igualdade. O princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, é considerado por alguns estudiosos um “macroprincípio”, do qual derivam todos os demais. Dessa forma, ao alçar a dignidade da pessoa humana como um “macroprincípio”, segundo esses estudiosos, a Constituição Federal o colocou no ápice do ordenamento constitucional, o que se exige a adoção de medidas promocionais, a fim de que esta dignidade seja plenamente alcançada, trazendo diversas conseqüências também para o direito de família.

Segundo Calderon (2017), os princípios constitucionais da solidariedade, igualdade, liberdade e dignidade contribuíram para a construção de outro modelo de família, denominado de família constitucional. Nesse modelo de família, pautada na realização pessoal de seus membros, consideram-se, sobretudo, os laços de afeto,

servindo estes como verdadeiro amálgama na sua composição, revelando a diversidade de suas configurações, sem distinção pela consanguinidade.

Ainda de acordo com o autor, a pluralidade de formas familiares admitida na Constituição de 1988 atendeu a um reclame social há muito pulsante, que não se conformava mais com modelos únicos, o que já era desconexo da realidade. A partir de então, admitiram-se diversas entidades familiares com dignidade constitucional, com a jurisprudência contribuindo ativamente para isso (CALDERON, 2017, p. 192).

### 3.2 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E O DIREITO DE FAMÍLIA

A história constitucional brasileira teve início com a outorga da Constituição Imperial de 1824, por D. Pedro I. Considerada a primeira Constituição do Brasil, a carta magna do Império fora concebida por um grupo de pessoas escolhido pelo imperador, após ter mandado fechar a Assembleia Constituinte. Entretanto, de acordo com Dolhnikoff (2020, p. 38), na sua maior parte, a constituição outorgada era igual ao projeto apresentado na Constituinte, segundo o qual o Brasil seria regido por uma monarquia constitucional com os direitos individuais reconhecido, devendo as leis serem elaboradas por uma assembleia bicameral de representantes eleitos.

A carta imperial, em seu art. 5º, estabeleceu a religião católica como a religião oficial do Império, podendo o Imperador nomear Bispos católicos e prover benefícios eclesiásticos, nos termos do seu art. 102, § II, unindo-se, assim, o Estado e a Religião. Segundo Costa (2006, p. 14), a Constituição do Império tratou dos cidadãos brasileiros, seus direitos e garantias, mas nada de especial sobre a família, exceto a família imperial e sua sucessão ao poder.

Dessa forma, a Constituição de 1824 reservou 11 (onze) de seus artigos (art. 105 ao art. 115) para tratar da família imperial, os quais dispunham sobre dotação financeira à família imperial; fornecimento de alimentação aos príncipes e princesas; pagamentos de ordenados aos mestres educadores dos príncipes; dote de casamento às princesas; herança imobiliária aos sucessores do Imperador; aquisições ou construções para o recreio da família imperial, mostrando-se silente com relação à proteção pelo Estado Imperial à família de um modo geral.

O casamento admitido era apenas o religioso, regulado pelas normas do Concílio Tridentino e pela Constituição do Arcebispado da Bahia, sendo a legislação

eclesiástica sobreposta à civil como a única legítima. Assim, a carta magna imperial colocou toda a vida civil sob o controle da Igreja Católica, que era a responsável pelos registros de nascimento, casamento e morte, e, segundo Diniz (2008, p. 51), a titular quase absoluta dos direitos matrimoniais por muito tempo.

Em 11 de setembro de 1861, foi promulgada a lei nº 1.144, a qual estabeleceu que os casamentos entre pessoas não católicas fossem realizados conforme as prescrições da sua respectiva religião, dando grande impulso à instituição do casamento civil, pois, segundo o Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira (1956, p. 38-39 *apud* COSTA, 2006, p. 13), essa lei consagrou uma inovação à época, que cumpre salientar: “passou para a autoridade civil a faculdade de dispensar os impedimentos e a de julgar da nulidade desta forma de casamento”.

Com a Proclamação da República brasileira, em 15 de novembro de 1889, houve uma mudança de regime político no país, passando-se de uma monarquia constitucional a uma república federativa. A Constituição de 1824 foi revogada, e em seu lugar foi promulgada a Constituição Republicana de 1891, que promoveu mudanças nas estruturas político-administrativas do Brasil, como o fim do Poder Moderador, do Senado Vitalício e do Conselho de Estado, passando o Poder Executivo a ser ocupado por um presidente eleito. Houve a separação entre o Estado e a Igreja, deixando o catolicismo de ser a religião oficial, porém não deixou de exercer influência sobre a vida dos brasileiros.

De acordo com Costa (2006, p. 14), antes mesmo da promulgação da nova constituição e logo após a proclamação da República, o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, passou a regular o casamento, considerando válidos apenas os casamentos realizados no Brasil conforme suas normas. Permitiu, contudo, aos contraentes celebrar o matrimônio religioso, segundo suas respectivas religiões, antes ou depois do casamento civil.

Todavia, explica o autor que, diante da persistência da realização exclusiva do casamento católico, foi expedido novo Decreto, nº 521, de 26/06/1890, determinando que a celebração de casamento religioso em qualquer culto, com que desejassem celebrá-los os nubentes, deveria ser precedida do casamento civil, nos termos do Decreto anterior, sob pena de punição com 6 (seis) meses de prisão e multa da metade do tempo ao ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimônias religiosas do casamento antes do ato civil, sendo aplicado o dobro da mesma pena em caso de reincidência (COSTA, 2006, p. 14).

Assim como a anterior, a Constituição republicana de 24 de fevereiro de 1891 também não continha disciplina especial sobre a família, constando em seu texto apenas 1 (um) artigo ou disposição sobre a matéria, sendo ele o art. 72, §4º, no Título IV, dos cidadãos brasileiros, Seção II, sobre declaração de direitos, que dispunha, *in verbis*:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita (BRASIL, 1891).

A Constituição de 1934, promulgada no dia 16 de julho daquele ano, foi a primeira a consagrar os direitos sociais no Brasil, sendo considerada, segundo Napolitano (2020), avançada para a época, mas de pouca efetividade no dia a dia da sociedade. Foi resultado de acalorado debate entre os diversos grupos políticos que compuseram a Assembleia Constituinte, eleita conforme as regras do Código Eleitoral de 1932, segundo o qual, pela primeira vez, o voto seria secreto, as mulheres poderiam votar e haveria uma justiça eleitoral para monitorar o processo de votação. Todavia, a carta magna representou também a face autoritária do Governo Provisório de Getúlio Vargas, que impôs um regimento interno à Assembleia e apresentou um anteprojeto de Constituição, o qual só poderia ser “emendado” pelos constituintes eleitos e não redigido desde o começo, e assim foi feito (NAPOLITANO, 2020, p.103-104).

No tocante à família, a Constituição de 1934 trouxe apenas 4 (quatro) artigos (art. 144 – art.147) e disposições sobre a mesma, destacando-se o artigo 146, que possibilitou a reintrodução do casamento de confissão religiosa, dando-lhe efeitos civis, desde que observadas as prescrições legais (DINIZ, 2008, p. 52), inovação que, segundo Abrão (2011, p. 1240), demonstra o estranhamento da sociedade, de maioria católica, pelo reconhecimento apenas do casamento civil na Constituição de 1891. Outro ponto de destaque a respeito da família na carta magna brasileira de 1934 diz respeito a sua constituição a partir do casamento indissolúvel, sob a proteção especial do Estado, devendo os casos de desquite e de anulação do casamento serem determinados pela lei civil, nos termos do art. 144, *caput*, e parágrafo único.

Segundo Napolitano (2020, p.104), a Igreja Católica, tradicionalmente influente na sociedade e na vida política brasileira, não ficou de fora das mobilizações em torno

de uma nova constituição. Assim, intelectuais católicos, com o apoio do alto clero, formaram a chamada Ação Católica, pois temiam que setores laicos e positivistas realizassem reformas sociais e educacionais na nova Constituição que pudessem ameaçar a influência da Igreja sobre a sociedade brasileira, responsável em grande parte pelos valores morais dominantes. Ademais, outro grupo católico, denominado de Liga Eleitoral Católica, conseguiu impor uma agenda no debate constituinte, com o objetivo de impedir que “o esquerdismo e as propostas laicas levassem a um desvio da tradição católica que imperava na sociedade brasileira, sobretudo na definição constitucional sobre o papel da família e o sistema educacional”. Desse modo, ainda segundo o historiador supra, a oficialização do casamento religioso e do casamento indissolúvel, com a proibição do divórcio, são exemplos da pressão católica sobre a Constituinte, costurando-se, assim, um acordo político-jurídico entre Igreja e Estado.

Segundo Costa (2006, p. 15), a Constituição seguinte, outorgada em 10 de novembro de 1937, apenas reiterou que a família é constituída pelo casamento indissolúvel, sem, contudo, se referir a sua forma. Assim como na Constituição anterior, em seu texto constavam apenas 4 (quatro) artigos ou disposições sobre a família (do art. 124 ao art. 127), que, além da manutenção do casamento indissolúvel, também mantiveram o reconhecimento dos filhos naturais, prevendo a educação dos filhos como dever e direito dos pais e colaboração do Estado, podendo os pais miseráveis invocar o auxílio estatal.

A Constituição de 1937 foi a segunda constituição brasileira outorgada, desta vez por Getúlio Vargas, que instaurou uma ditadura no país, denominada de Estado Novo, culminada pelo fechamento do Congresso Nacional e a suspensão da constituição até então vigente. Segundo Napolitano (2020), a Constituição de 1937 foi uma das constituições mais autoritárias da história brasileira. Ela previa a pena de morte, o fim da autonomia administrativa federativa e a eleição indireta para presidente com mandato de seis anos (NAPOLITANO, 2020, p. 115).

O Estado Novo se estendeu de 1937 a 1945, quando Getúlio Vargas foi deposto e novas eleições convocadas, depois de 15 (quinze) anos sem que os brasileiros elegeassem o presidente da república, em razão das várias manobras arquitetadas por Vargas para se manter no poder, incluindo a instauração de uma ditadura. Entretanto, o general Eurico Gaspar Dutra, candidato que recebeu o apoio partidário de Getúlio, saiu vitorioso nas eleições de dezembro de 1945, inaugurando um novo capítulo da

história do Brasil, denominado por muitos historiadores de “redemocratização brasileira”, o qual se encerraria com um novo golpe de Estado em 1964.

Com o governo do Presidente Dutra, em 18/09/1946, outra Constituição foi promulgada, em substituição a do Estado Novo. No texto dessa nova constituição brasileira constavam 3 (três) artigos ou disposições sobre a família, sendo eles os artigos 163, 164 e 165, que, segundo Costa (2006, p. 15), mantiveram o casamento de vínculo indissolúvel; o casamento civil; o casamento religioso equivalente ao civil se, observadas as prescrições da lei, assim requeresse o celebrante ou qualquer interessado, e inscrito o ato no registro público; o casamento religioso celebrado sem prévia habilitação civil, mas inscrito posteriormente no registro público, a requerimento do casal, mediante habilitação civil posterior à cerimônia religiosa, nos termos do art. 163, §§ 1º e 2º. Nessa mesma esteira, afirma Diniz:

A Constituição de 46, no art. 163, §1º, com a redemocratização do país, manteve a concessão anterior, condicionando-a à observância dos impedimentos e às prescrições da lei, se assim o requeresse o celebrante ou qualquer interessado, com a inscrição do ato no Registro Público. Em seguida a Lei n.1.110, de 23 de maio de 1950, regulamentou por completo o reconhecimento dos efeitos civis ao casamento religioso, quando os nubentes requeressem sua inscrição no Registro após sua realização [...] (DINIZ, 2008, p. 52).

A primeira fase de redemocratização encerrou-se com outro golpe de Estado, ocorrido em 1964, liderado pelo exército, que inaugurou o período de quase 21 anos da ditadura militar brasileira, a qual, segundo Rico (2020, p. 62), foi muito violenta desde o início, mas que a partir de 1968, essa violência se ampliou muito com a institucionalização de aparatos de repressão que criaram um sistema nacional de espionagem, uma polícia política, um departamento de propaganda e outro de censura política, além de um tribunal de exceção para o julgamento de pessoas supostamente implicadas em corrupção. Uma nova Constituição foi promulgada, no dia 24 de janeiro de 1967, pelo Congresso Nacional, antes de seu fechamento pelo Ato Institucional nº 5 (AI-5), de 13 de dezembro de 1968.

O Ato Institucional nº 4 (AI-4) transformou o Congresso Nacional em Assembleia Nacional Constituinte, já sem os membros da oposição, para elaborar uma constituição que atendesse aos interesses militares, revogando a de 1946, uma vez que suas normas conflitavam com os atos e a normatividade institucional dos

militares, desde 1964. Ressalta-se que a Constituinte, na realidade, apenas aprovou, sem grandes alterações, um projeto redigido pelo governo militar.

No tocante à família, a Constituição de 1967, sexta carta brasileira e quinta da república, no artigo 167 e §§, e a Emenda nº 1 de 1969, no artigo 175 e §§, mantiveram, em geral, as regras do artigo 163 §§ da Constituição de 1946, do casamento indissolúvel, assim como do casamento religioso com efeitos civis. Todavia, segundo Diniz (2008, p. 53), essa indissolubilidade matrimonial foi quebrada pela EC nº 9, de 28 de junho de 1977, que passou a reconhecer a sua dissolução nos casos previstos em lei.

De acordo com Costa (2006, p. 15), a EC nº 9/77 pôs fim ao caráter indissolúvel do casamento civil e instituiu o divórcio em nosso país, que, por sua vez, foi regulamentado pela chamada Lei do Divórcio, promulgada em 26 de dezembro de 1977, atualmente disciplinado nos artigos 1571 a 1590 do Código Civil de 2002. Portanto, para o autor, essa mudança legislativa conferiu grande passo para a flexibilização do casamento e sua adaptação à realidade familiar, ao permitir, por exemplo, o fim dos casamentos frustrados e inoperantes, ensejando a sua renovação.

Entretanto, ainda para esse autor, o maior avanço nos direitos da personalidade e da família ocorreu, na realidade, com a promulgação da Constituição de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, que consagrou, não apenas a “socialização”, mas a “personalização” dos direitos subjetivos privados, com repercussão, no diploma civil atual e nos “microssistemas”, de sistemas de proteção ao cidadão, à família, à criança e ao adolescente, ao idoso, aos consumidor e a outros vulneráveis. Além do casamento civil e do casamento religioso com efeitos civis imediatos ou por transformação posterior, com prova mediante simples certidão pública, a carta magna brasileira de 1988 instituiu mais uma forma de união matrimonial, qual seja, a *união estável*, convertida em casamento e inscrita no registro civil. (COSTA, 2006, p. 18).

O tópico a seguir dedicar-se-á à análise da Constituição de 1988 e seus princípios aplicáveis ao direito de família, levando-se em consideração as mudanças ocorridas nesta área do direito, a partir de suas inovações e avanços, impulsionados, principalmente, pelo contexto histórico, social e cultural.

### 3.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Segundo Calderon (2017), a Constituição de 1988 tratou expressamente de alguns institutos do direito de família, com destaque para o fim da diferenciação entre os filhos havidos fora da constância matrimonial, incluindo os adotados, pondo fim, portanto, a desigualdade entre irmãos, nos termos do art. 227, §6º, bem como entre homem e mulher, na redação do art. 226, §5º; o reconhecimento da união estável, conferindo, assim, dignidade a outras entidades familiares, nos termos do art. 226, §§3º e 4º; e a consagração, ainda, do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, em seu art. 227.

De acordo com Silva (1994, p. 17), Constituição é “um conjunto de normas e princípios consubstanciados num documento solene estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processo especiais previstos no seu texto”. Sobre princípios constitucionais, Silva (1994, p. 18), então, afirma que “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais”. Para o autor, os princípios integram o Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais, normas-síntese ou norma matriz, que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, ou seja, são normas que contém as decisões políticas fundamentais que o legislador constituinte abrigou no texto constitucional. (SILVA, 1994, p. 20).

Cruz (2003) define os princípios constitucionais como sendo normas jurídicas inscritas nos textos constitucionais formais, caracterizadas por seu grau de abstração e de generalidade, que estabelecem os valores e indicam a ideologia fundamentais de determinada sociedade, assim como de seu ordenamento jurídico, a partir dos quais todas as outras normas são criadas, interpretadas e aplicadas. Ainda segundo esse autor, tais princípios possuem as seguintes características: por serem gerais, condicionam toda criação, interpretação e aplicação do Direito; por serem primárias, condicionam os outros princípios constitucionais; e, por sua dimensão axiológica, condicionam os valores expressos em todo o ordenamento jurídico (CRUZ, 2003, p. 99).

Conforme Dias (2015, p.42), “os princípios constitucionais vêm em primeiro lugar e são as portas de entrada para qualquer leitura interpretativa do direito”. Para

a autora, os princípios constitucionais gozam, portanto, de preferência sobre a lei, sendo indispensáveis à hermenêutica de todo o sistema jurídico.

Desse modo, a partir dos conceitos e características dispostos pelos ilustres doutrinadores supra, conclui-se que princípios constitucionais são normas abstratas e genéricas, inscritas no texto constitucional, de forma expressa ou implícita, a partir das quais se fundamentam a elaboração, interpretação e aplicação de todas as demais normas do sistema jurídico, revelando os valores e a ideologia da sociedade na qual se insere a Constituição, em sintonia com o seu contexto histórico, social e político.

Nessa esteira de pensamento, a Constituição de 1988, portanto, representou, de modo geral, uma resposta à ordem constitucional anterior, erigida pelo regime ditatorial que assolou a democracia brasileira entre os anos de 1964 e 1985, de modo que, segundo Castro (2010, p. 561-562), o caráter enciclopédico da carta magna de 1988 seria derivado do medo do retorno do arbítrio desse período recente na memória nacional. Assim, a Constituição parecia ser o lugar mais seguro e protegido para as conquistas democráticas. Dessa forma, segundo Soares (2008, p. 323), a Constituição de 1988 erige o paradigma do Estado Democrático de Direito, que pressupõe a vinculação dos atos estatais e do legislativo à Lei Fundamental.

De acordo com Madaleno (2020, p. 46-47), a Carta Magna de 1988 colaciona diversos princípios, expressos e implícitos, com vários deles endereçados ao Direito de Família, atuando a dignidade da pessoa humana, na órbita constitucional, na condição de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. E como princípio constitucional, consagra os valores mais importantes da ordem jurídica, gozando de plena eficácia e efetividade, por ser de alta hierarquia e fundamental prevalência, conciliando a segurança jurídica com a busca da justiça. Assim, ainda de acordo com o autor, quando trata do Direito de Família, a Carta Constitucional consigna em seu art. 226, §7º, que o planejamento familiar está assentado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Apesar de alguns doutrinadores garantirem não haver hierarquia entre os princípios constitucionais, Dias (2015, p. 44) afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana é “o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal”, integrando, portanto, neste aspecto, a mesma linha de pensamento de Madaleno. Em conformidade com Dias e Madaleno, Gagliano e Filho, em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, afirmam o seguinte:

Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade (AGLIANO e FILHO, 2012, p. 75).

Nesse sentido, no artigo 227, continua Madaleno (2020, p. 48), a Constituição de 1988 prescreve que é “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 deixá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, tendo em vista que são as garantias e os fundamentos mínimos de uma vida tutelada sob o aceno da dignidade da pessoa humana, pelo qual merece especial proteção até pelo fato de o menor estar formando a personalidade durante o estágio de seu crescimento e desenvolvimento físico e mental.

Gonçalves (2018, p. 34), por sua vez, preleciona que a Constituição de 1988 adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução do Direito de Família, a partir de três eixos básicos, sendo eles: a pluralidade da configuração familiar consignada no art. 226, ao afirmar que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”; o segundo eixo transformador diz respeito à igualdade entre os filhos havidos dentro ou fora do casamento, sendo vedada designações discriminatórias entre eles, nos termos do art. 227, §6º; e a terceira e grande revolução, segundo o autor, situa-se “nos artigos 5º, inciso I, e 226, §5º, ao consagrarem o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogando, assim, mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916”.

De acordo com Dias (2015, p. 43), é no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios que a Constituição Federal consagra como valores sociais fundamentais, e que não podem se distanciar da atual concepção da família, com sua feição desdobrada em múltiplas facetas. Ainda de acordo com a autora, é difícil quantificar ou tentar nominar todos os princípios que norteiam o direito das famílias. Cada autor traz uma quantidade diferenciada de princípios, não se conseguindo sequer encontrar um número mínimo em que haja consenso. Assim, qualquer forma

de sistematização principiológica poderá se apresentar incompleta ou imperfeita, variando de acordo com os doutrinadores.

Segundo Madaleno (2020), através do princípio da igualdade, a Constituição atual retirou da gênese do Direito de Família o caráter autoritário da prevalência da função masculina, quando tratou de eliminar as relações de subordinação até então existentes entre os integrantes do grupo familiar, conferindo à carta política de 1988, assim como afirmado acima por Gonçalves, uma posição revolucionária em relação às constituições brasileiras anteriores, visto que essa igualdade, trazida por ela, provocou de imediato profundas incursões no terreno da proteção à união estável, assim como nas ideias de igualdade dos filhos e cônjuges, com olhar também voltado para a facilitação e não limitação do divórcio. Senão, veja-se:

Essa igualdade dos cônjuges e não só deles, pois a igualdade é das pessoas, e nem mais precisa ser civilmente casado para merecer tratamento igualitário nas relações afetivas; é, sobretudo, uma isonomia ostentada no fundamento supremo do Estado Democrático de Direito da Carta da República brasileira, de defesa da dignidade humana, traduzida pela solidariedade econômica dos cônjuges, que passam a contribuir com o seu trabalho no atendimento das necessidades do seu grupo familiar e outras diretivas também proclamadas pelo calor da progressão isonômica, mas contestadas no mundo axiológico pelo contrafluxo de evidências que, lamentavelmente, ainda apontam e sinalizam para a existência de uma distância abismal da desejada paridade e o Código Civil brasileiro ainda é um celeiro destas inaceitáveis diferenças quando se tratava de comparar o casamento com a união estável e que somente sofreu equiparação na concorrência sucessória com a intervenção do STF nos julgamentos dos REs 878.694 e 646.721 (MADALENO, 2020, p. 49).

Dias (2012, p. 46) afirma que “a liberdade e a igualdade foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, de modo a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana”, pois “a Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar”. Para a autora, a liberdade necessita de tratamento isonômico na esfera familiar, de forma que a todos seja conferida a liberdade, por exemplo, de escolher seu par e constituir sua família de acordo com o tipo que considerar e reconhecer como legítima. Assim, essa liberdade constitucional, segundo o pensamento da jurista, acabou por consagrar e dimensionar a autoridade parental, consolidando-se os “laços de solidariedade”

entre pais e filhos, a igualdade entre os cônjuges no que tange ao exercício do poder familiar, com a liberdade do casal no planejamento familiar e na escolha do regime de bens no casamento. A liberdade para optarem pelo que julgarem mais conveniente na formação educacional, cultural e religiosa de sua prole também constitui autonomia e isonomia na administração do patrimônio familiar.

De acordo com Madaleno (2020), no Direito de Família, sempre houve maior intervenção do Estado-juiz na dinâmica familiar, através do qual impunham-se freios e restrições nessa liberdade de ação, pois havia uma maior preocupação na preservação da família, não com vistas à realização dos seus componentes, mas à garantia patrimonial que permeava as suas relações. Todavia, ainda segundo o autor, com a promulgação da Constituição de 1988, elevando a preocupação com a preservação da dignidade da pessoa humana, em detrimento dos interesses patrimoniais das pessoas, na esteira dessa evolução, “o Código Civil de 2002 reviu seus conceitos e institutos para a despatrimonialização das relações familiares, passando a valorizar o indivíduo e suas conexões jurídicas” (MADALENO, 2020, p. 92).

Dessa forma, para Madaleno (2020), a partir da carta magna de 1988, o princípio da autonomia privada passou a integrar os princípios do Direito de Família, em contraposição à intervenção estatal de outros tempos, o qual se liga ao exercício pleno da liberdade da pessoa, corolário natural de sua dignidade humana, não restrito, apenas à capacidade de estabelecer acordos eminentemente judiciais. Contudo, o autor ressalta que “exercer com amplitude a autonomia privada não se configura em um poder absoluto, sem limites, o que seria impensável, porque nenhuma pessoa age completamente livre ou com total autonomia” (MADALENO, 2020, p. 92).

Por oportuno, cumpre destacar que, não obstante cada doutrinador elencar a quantidade de princípios constitucionais que se relacionam com o direito *familiista*, dois destes princípios saltam aos olhos de grande parte desses estudiosos, justamente por representarem a quebra do paradigma relacionado à família nas constituições anteriores, consubstanciada na consanguinidade, patrimonialidade e supremacia de gênero; são eles o princípio da solidariedade familiar e o princípio da afetividade, que, embora não estejam registrados de maneira expressa na carta magna brasileira, fundamentam-se no caráter ético que sustenta as relações de convivência e os laços que originam o grupo familiar, objetivando à realização pessoal dos indivíduos em suas relações no núcleo da família. De acordo com Dias (2015, p. 48), “solidariedade

é o que cada um deve ao outro”, sendo a família, portanto, “uma das técnicas originárias de proteção social que até hoje se mantém”, e que ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, livra-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão.

O princípio da solidariedade pode ser observado, por exemplo, no art. 227 da Constituição de 1988, que dispõe sobre a reponsabilidade da família, em seguida, da sociedade, e, por fim, do Estado sobre os deveres básicos para com as crianças e adolescentes. A carta magna prevê, em seu art. 230, amparo também à pessoa idosa, de modo que confere à família deveres enquanto ente coletivo, estendendo-os a cada um de seus membros de forma individual, gerando, assim, assistência mútua entre todos os seus componentes, partilhando-se a responsabilidade entre a família, a sociedade e o Estado.

Esse princípio, por sua vez, relaciona-se diretamente com o princípio da afetividade, pois, segundo grande parte dos doutrinadores, a solidariedade se consolida quando há afeto. Um desses doutrinadores, Santos (2009, p. 146) afirma que, “na atualidade, a afetividade se consagra como um verdadeiro princípio jurídico, correlato ao princípio da solidariedade que tem assento constitucional”.

De acordo com Calderon (2017, p. 65), a afetividade começou a ganhar destaque, assumindo o papel antes destinado à família legítima, ao matrimônio, às orientações religiosas e à “verdade biológica”, com a mudança de paradigma nos relacionamentos familiares ocorrida no final do século passado, a qual não fora tempestivamente acompanhada pela legislação do Direito de Família, de matriz moderna, “engessada no corpo codificado e na ideia de que sua única fonte era a lei”. Esclarece o autor, que tal mudança paradigmática exigiu uma revisão das categorias jurídicas ligadas às questões de família, cabendo, assim, à doutrina e à jurisprudência elaborarem as repostas para os conflitos decorrentes do novo paradigma familiar.

Ainda segundo Calderon (2017, p. 65-67), no Brasil, o precursor dessa questão foi João Batista Vilella, que, em seu estudo publicado em 1979, abordou o tema da *afetividade* a partir da paternidade, sustentando expressamente que o parentesco não estava restrito ao biológico, reconhecendo a paternidade, portanto, como um fator cultural. Sua ideia partia da distinção entre *genitor* e *pai*, estranha aos juristas daquela época. Ressalta-se que o seu argumento em favor da “desbiologização da paternidade” foi um dos pioneiros da relevância da afetividade para a análise das questões de parentesco. Nesse mesmo sentido, afirma Pinheiro:

Não obstante parecer que esta valorização do afeto e reconhecimento da importância da afetividade referem-se a uma novidade no campo jurídico, trata-se de uma prática que já vem sendo falada e valorizada desde o final da década de 70, quando o jurista João Batista Vilella inaugura o termo desbiologização da paternidade. Este termo foi utilizado num trabalho onde foi apontada a primazia do vínculo do afeto nas relações familiares, em detrimento ou retrocesso da importância dos laços biológicos (PINHEIRO, 2009, p. 32).

A partir desses estudos, outros juristas passaram a desenvolver análises no sentido de dissociar a figura do *genitor* da figura *paterna*, com destaque para Luiz Edson Fachin, que, segundo Calderon (2017), analisou a afetividade, principalmente sob o enfoque da parentalidade. Em suas obras ligadas ao tema, Luiz Edson Fachin sustenta uma abertura ao reconhecimento da paternidade a partir da *posse do estado de filho*, conceito partilhado com outros autores, como Guilherme de Oliveira, que se refere à uma paternidade consubstanciada pela realidade concreta, isto é, pela realidade fática, privilegiando-se a “verdade sociológica”, em detrimento da “verdade biológica” expressa na presunção *pater is est*, na qual se baseava o Código Civil de 1916 (CALDERON, 2017, p. 70).

Calderon afirma, portanto, que a leitura de Luiz Edson Fachin “auxiliou a percepção do caráter tríplice que envolvia a questão da paternidade: aspecto biológico, afetivo e jurídico, e contribuiu para a difusão da afetividade presente em tais relações a partir da defesa da utilização do critério da posse de estado”. Segundo o autor, outro jurista para quem a afetividade é um termo muito caro é Paulo Luiz Netto Lôbo, que foi um dos primeiros a defender a sua condição principiológica, sob o fundamento de que não incidiria apenas em questões pontuais do Direito de Família, como no caso da filiação, por exemplo, mas sobressairia de modo que passaria em revista todos os institutos desse ramo do direito, consistindo em verdadeiro princípio norteador (CALDERON, 2017, p. 71-74).

Importa destacar que Lôbo (2011), não apenas classifica a *afetividade* como um princípio constitucional relacionado ao Direito de Família, como também é o responsável por fornecer-lhe um recorte jurídico, a fim de distinguir a afetividade como fenômeno social da sua leitura como fenômeno jurídico, de modo que seja nítida a percepção quando se estiver tratando do tema juridicamente. O objetivo do autor é afastar qualquer embaraço entre o afeto como sentimento do trato que lhe é concedido pelo conceito jurídico:

A afetividade, como dever jurídico, não se confunde com a existência real do afeto, porquanto pode ser presumida se a este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O dever jurídico da afetividade entre pais ou filhos apenas deixa de haver com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar ou autoridade parental. Na relação entre cônjuges ou companheiros, o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência. Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem conteúdo conceptual mais estrito (o que une duas pessoas com objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências da psique, na filosofia, nas ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune (amor e ódio, afeição e desafeição, sentimentos de aproximação e de rejeição). Na psicopatologia, por exemplo, a afetividade é o estado psíquico global com que a pessoa se apresenta e vive em relação às outras pessoas e aos objetos, compreendendo ‘o estado de ânimo ou humor, os sentimentos, as emoções e as paixões e reflete sempre a capacidade de experimentar sentimentos e emoções’. Evidentemente que essa compreensão abrangente do fenômeno é inapreensível pelo direito, que opera selecionando os fatos da vida que devem receber a incidência da norma jurídica (LÔBO, 2011, p. 646-647).

Segundo Pinheiro (2009, p. 35), embora pareça como sentimento, o fato é que a afetividade, na verdade, refere-se a um princípio jurídico, que pode ser instrumento capaz de produzir soluções e resultados extremamente benéficos nas questões de ordem social e familiar, assim como da sua inaplicabilidade podem ser gerados fracassos, violências, vinganças ou coisas correlatas. Para a autora, o “Princípio da Afetividade integra o eixo principal de avanços verificados no direito de família”, decorrente da “consagração do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”, e que, muito embora não esteja de forma explícita no texto constitucional, tem a sua “fundamentalidade” reconhecida, sendo aplicado pelos Tribunais Superiores, por exemplo, no reconhecimento da parentalidade socioafetiva, predominante sobre o vínculo biológico.

Assim, observa-se que a Constituição Federal de 1988 representou um avanço para a concepção jurídica de família, ao ampliar e atualizar a percepção sobre a entidade familiar, conferindo-lhe, segundo Dias (2006), importância especial, sem se importar a que modalidade de família se refere. Desse modo, afirma Pinheiro (2009, p. 30), as mudanças que vão surgindo com o avançar do tempo, corroboradas por razões de natureza “cultural, sociopolítica e ideológica”, justificam a modificação do elo que une as famílias e, evidentemente, “a necessidade de novas respostas às

discussões que se levantam na sociedade e no ordenamento jurídico”. Em outras palavras, ainda segundo a autora, é possível afirmar com segurança que a “base familiar não se encontra mais unicamente nos laços de teor genético ou biológico, mas agora aparece como baluarte precípua desta instituição, o afeto, o qual vem caracterizando explicitamente o novo conceito de família”.

Segundo Dias (2005, p. 33), é de considerável importância o reconhecimento da necessidade de constitucionalização do Direito de Família, a fim de promover-lhe e garantir-lhe efetividade, de modo que em relação à Constituição de 1988, percebe-se que grande parte do Direito Civil está nele consagrado, tornando-se cada vez mais “imperioso que o intérprete constitucional releia e redesenhe a textura do Direito Civil sob a nova ótica advinda da carta magna de 1988”. Ainda segundo a autora, a intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil. Todavia, não se deve deixar de privilegiar, sempre que preciso, a autonomia privada nas relações familiares.

### 3.4 AS “NOVAS” FAMÍLIAS E O DIREITO DAS FAMÍLIAS

De acordo com Pinheiro (2009, p. 26), a Constituição de 1988 inaugurou, no tocante à história da família brasileira, importantes e significativas alterações na maneira como a entidade familiar tornou a ser percebida e concebida, passando, definitivamente, a privilegiar e fazer prevalecer o indivíduo, isto é, a realização do indivíduo através das relações desenvolvidas no seio da família, em detrimento do objeto, ou seja, da manutenção da sociedade familiar por razões meramente patrimoniais. Desse modo, conforme expõe Dias (2015, p. 51), a Constituição Federal, no intuito de garantir proteção especial à entidade familiar, acabou por fundamentar as diretrizes do direito das famílias, nos seguintes eixos: “igualdade entre homens e mulheres na convivência familiar; pluralismo das entidades familiares, merecedoras de proteção e o tratamento igualitário entre todos os filhos.”

Segundo Lôbo (2000), encontram-se na Constituição Federal Brasileira três fundamentos essenciais do Princípio da Afetividade, os quais são constitutivos da aguda evolução social da família, principalmente nas últimas décadas do Século XX. São eles: a igualdade dos filhos, independentemente de sua origem, nos termos do art. 227, § 6º, CF/88; a adoção, como escolha afetiva, alçada integralmente ao plano

da igualdade de direitos, conforme disposto no art. 227, §§ 5º e 6º, CF/88; por fim, na proteção da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, chamada família monoparental, que adquiriu a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida, como disposto no art. 226, § 4º.

Desse modo, vários doutrinadores, a exemplo de Maria Berenice Dias, preferem se referir não mais a um direito de família como antes, mas a um *direito das famílias*, através do qual leva-se em consideração o reconhecimento da pluralidade de suas configurações, predominando-se não mais a consaguinidade e patrimonialidade de outrora, mas a solidariedade, o afeto, a igualdade, a liberdade, tudo em favor do reconhecimento e respeito à dignidade da pessoa humana. Todavia, apesar da Constituição Federal, de forma geral, ter representado importante avanço nos institutos do direito familista, principalmente em relação às constituições anteriores, assim como ao diploma cível até então vigente (Código Civil de 1916), o legislador infraconstitucional, não obstante algumas importantes renovações em conformidade com a carta constitucional, manteve-se indiferente a algumas dessas mudanças paradigmáticas, quando da aprovação do Código Civil de 2002.

Nessa esteira de argumentação, observa-se que o legislador infraconstitucional decidiu manter invisível e indiferente ao direito a união civil igualitária, reconhecendo em seu artigo 1.723 apenas a união estável entre um homem e uma mulher, ou seja, a união heterossexual, estabelecendo a sua conversão em casamento. Entretanto, depois de quase uma década da promulgação do novel diploma cível, o artigo também retromencionado foi alvo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI 4277, proposta pelo Procurador-Geral da República e julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 5 de maio de 2011, tendo como relator o ministro Ayres Britto. Sendo assim, o STF ao tomar essa decisão corroborou com a jurisprudência que vinha sendo aplicada por alguns tribunais do país, que contou com o pioneirismo da desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a primeira a reconhecer oficialmente a união civil igualitária. Ou seja, coube à jurisprudência, diante da omissão do legislador, o papel de regularizar e de dar visibilidade jurídica ao direito do um grupo socialmente vulnerável, como é o caso do LGBTQ.

Segundo Cruz & Silva (2015), na votação para o julgamento dessa ADI, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) basearam-se em quatro princípios constitucionais, sendo eles “o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso

III), o princípio da igualdade (art. 5º, caput), o princípio da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV) e o princípio da proteção à segurança jurídica”. As autoras também ressaltam que todos os direitos já alcançados por esse grupo são frutos não apenas do simples reconhecimento jurídico, mas de diversas manifestações e reivindicações, e que todo esse histórico de luta influenciou a decisão da Suprema Corte, “que já não poderia se manter indiferente a essa realidade, que encontra amplo amparo em princípios constitucionais”.

Cruz & Silva (2015) ainda destacaram a posição de alguns ministros que votaram pela inconstitucionalidade do artigo, como o ministro relator Ayres Britto, o ministro Luiz Fux e a ministra Cármen Lúcia, por exemplo. O primeiro foi incisivo ao considerar inconstitucional o artigo 1.723 do código civil, afirmando que “não se pode interpretar de maneira reducionista a Constituição, uma vez que a Carta Magna traz princípios tão abrangentes de direitos”. O segundo apontou a intolerância e o preconceito como “empecilhos para o reconhecimento dos direitos de casais, independente da orientação sexual e/ou identidade de gênero”. Entende-se aqui que esse empecilho também se estende aos direitos de inúmeros outros grupos minoritários, pois a intolerância e o preconceito transformam “diferenças” em “desigualdades”, que acabam por socialmente vulnerabilizar esses grupos. Ainda segundo o ministro Luiz Fux, as práticas de intolerância e preconceito é que devem ser consideradas inconstitucionais, uma vez que a união entre pessoas, independente da sexualidade e/ou da identidade de gênero, está amparada pelo princípio constitucional da igualdade.

No mesmo sentido dos outros dois, a ministra Cármen Lúcia afirmou que toda forma de preconceito deve ser abolida para que se alcance uma sociedade democrática. Segundo ela, os que fazem a opção pela união afetiva não devem ser “desigualados” da maioria, pois defende que num Estado Democrático de Direito não deve haver cidadãos considerados de “segunda classe”. Defende ainda que as escolhas pessoais livres e legítimas devem ser respeitadas e entendidas como válidas. (CRUZ & SILVA, 2015).

A declaração de inconstitucionalidade se deu sem redução de texto, ou seja, o ministro Ayres Britto votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do art. 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas, não importando a orientação sexual e/ou identidade de gênero, como entidade familiar, baseando-se no art. 3º, inciso IV, da

CF/88, que veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Acompanharam o voto do relator, além do ministro Luiz Fux e da ministra Cármen Lúcia, os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso e também a ministra Ellen Gracie.

Assim como a ADI 4277, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, também fora julgada procedente na mesma sessão a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, ajuizada pelo governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. Nela, o governo do Rio alegou que o não reconhecimento da união civil igualitária contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que a Suprema Corte aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no art. 1.723 do Código Civil, às uniões igualitárias de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

Com essa decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), os casais, independente da sua orientação sexual e/ou identidade de gênero, passaram a realizar uma declaração de união estável e registrar em cartórios, o que equivaleria, portanto, ao casamento. Entretanto, eram vários os casos de cartórios de muitos Estados da federação que não reconheciam ou realizavam esse registro, além da alegação de não haver um padrão no procedimento para esse tipo de registro. Sendo assim, as lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros tiveram que enfrentar ainda esse “impasse jurídico”, diga-se de passagem, por um lapso temporal, que se estendeu de 5 de maio de 2011 a 14 de maio de 2013, quando o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução nº 175.

À luz do art. 103-B da Constituição Federal, ao CNJ compete, dentre outras coisas, o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, estando entre as suas funções, a padronização dos procedimentos adotados pelos profissionais do Direito delegados pelo poder público dos serviços notariais e de registro de pessoas naturais. Dessa forma, a Resolução 175/2013, através de seus dois artigos, e baseada na decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), vem solucionar o “impasse jurídico” ao proibir os cartórios a “recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”. O seu descumprimento “implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis”, que, de acordo com o

art. 32 da lei federal nº 8.935/94, poderão ser a aplicação da pena de repreensão, de multa, de suspensão (por noventa dias, prorrogável por mais trinta) ou de perda da delegação.

A Resolução nº 175 do CNJ, portanto, corrobora com o reconhecimento legal do casamento civil igualitário e, com isso, estende-se sobre ele todos os direitos inerentes ao casamento civil heterossexual, inclusive o de constituir filhos pelo instituto da adoção. Sendo assim, fica evidente o longo percurso realizado, e ainda não concluso, para a consolidação de uma igualdade material que compreenda o direito à diferença e o reconhecimento de identidades na legislação brasileira.

Calderon (2017) aponta que uma outra questão decorrente do reconhecimento jurídico da afetividade diz respeito à temática da *multiparentalidade*, que se caracteriza através de situações existenciais nas quais uma pessoa possui vínculo de filiação com dois ou mais pais (ou duas ou mais mães) concomitantemente. Pereira (2015), por sua vez, afirma que os casos mais comuns de *multiparentalidade* ocorre com “os padrastos e madrastas que também se tornam pais e mães pelo exercício das funções paterna e materna ou em substituição a eles”.

O primeiro autor atribui esse fenômeno também aos crescentes casos de famílias recompostas, pelas quais pais jovens se divorciam, ficando o filho menor geralmente em poder da mãe, que estabelece nova relação com outro homem, que passa a conviver diariamente com ela e o filho dela de “forma afetiva, pública e duradoura, por longo período, assumindo a função paterna de fato (socioafetiva)”. Assim, segundo Pereira, “a multiparentalidade, ou seja, a dupla maternidade/paternidade, tornou-se uma realidade dinâmica jurídica impulsionada pela dinâmica da vida e pela compressão de que a paternidade e a maternidade são funções exercidas” (2015, p. 471).

Desse modo, de acordo com Calderon (2017), inúmeros casos concretos passaram a chegar aos tribunais pátrios, solicitando uma resposta jurídica, mesmo sem prévia lei expressa que a preveja, outra omissão do legislador infraconstitucional. Segundo Madaleno (2020, p. 03), há críticas por parte de vários doutrinadores a respeito do Código Civil de 2002, para os quais o texto aprovado se mostra “muito tímido e divorciado do progresso social”, cujo livro familista codificado possui muitos dispositivos que apenas reproduzem a legislação precedente, tendo em vista que seu projeto data da *década de 1970*, demorando vinte e seis anos em tramitação entre as duas casas legislativas federais, e que, na afirmação do autor, não acompanhou as

transformações pelas quais a sociedade passou, sobretudo, no comportamento social da família brasileira.

Dessa forma, restaram à doutrina e à jurisprudência suprir essa “defasagem” legislativa, adequando o diploma cível às mudanças constitucionais, cuja carta fora promulgada alguns anos antes, ao passo que ajudam, de igual forma, a integrar as normas constitucionais. No caso da multiparentalidade, não foi diferente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, segundo Calderon (2017, p. 212), foi o precursor na construção da categoria da “socioafetividade” como “elo parental”, passou a desafiar as categorias clássicas de filiação e de parentesco, ao manter o vínculo socioafetivo, ainda que com a investigação promovida por outra pessoa, no julgamento do REsp. 813.604/SC<sup>8</sup> e REsp. 127.541/RS<sup>9</sup>. Nesse sentido, afirma o autor:

Observa-se, então, que o reconhecimento jurídico das filiações socioafetivas aumentou a possibilidade de cumulação de paternidades e maternidades, justamente por uma espécie de vínculo não mais excluir outras. A peculiaridade do parentesco poder estar decalcada em várias espécies de vínculos (como os biológicos, presuntivos, registrais, adotivos ou socioafetivos), o que faz com que mais de uma espécie de paternidade (ou maternidade) possa coexistir com outra em uma dada situação concreta (CALDERON, 2017, p. 212).

Calderon explica, ainda, que sobre esse tema, durante alguns anos, existiu um amplo debate doutrinário e jurisprudencial, com o objetivo de indicar a decisão mais acertada sem que se recomendasse uma solução apriorística, de modo que apenas analisando o caso concreto deveria se constatar qual modalidade de vínculo deveria prevalecer, ou se deveriam coexistir ambas as modalidades em multiparentalidade, até ser pacificada pela Suprema Corte. O STJ foi o primeiro a “engendrar” uma proposta de solução pela qual era possível apontar a prevalência de um critério aprioristicamente e apenas um vínculo deveria persistir em cada caso concreto. Assim, para o Tribunal da Cidadania, se a ação fosse manejada pelo filho para ver reconhecida uma paternidade biológica, mesmo diante da existência de uma

---

<sup>8</sup> **STJ. REsp 813.604/SC**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., unânime, j. em 16.8.2007. No caso, a decisão permitiu a uma criança adotada a averiguação de seu ascendente genético e, em face das peculiaridades do caso concreto em pauta, concedeu a possibilidade de ela pleitear alimentos ao genitor, mesmo com a adoção que havia sido regularmente celebrada. Relatório e voto deste julgado são inequívocos em adotar a distinção entre as figuras de pai/mãe e dos ascendentes genéticos.

<sup>9</sup> **STJ. REsp 127.541/RS**. Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª T., unânime, j. em 10.4.2000. A decisão reconhece a possibilidade de criança adotada investigar sua origem genética, sem que isso altere seu estado adotivo, distinguindo expressamente o vínculo parental da origem biológica.

socioafetiva consolidada, essa filiação biológica deveria ser declarada, prevalecendo inclusive de modo a excluir a paternidade socioafetiva (visto ser esse o interesse do filho). Por outro lado, se o pai pretendesse rever uma paternidade socioafetiva por ausência de vínculo biológico, o pedido poderia ser negado, prevalecendo, nessa hipótese, a paternidade socioafetiva (visto ser a demanda proposta pelo pai) (CALDERON, 2017, p. 216).

Entretanto, esse debate chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), sendo afetado pela Repercussão Geral 622 (paternidade socioafetiva vs biológica), em setembro de 2016, através de um processo oriundo no Estado de Santa Catarina, no qual uma filha, que já possuía um pai socioafetivo em seu assento registral, ingressou com a demanda em face de seu ascendente genético pleiteando a declaração da paternidade biológica. Na primeira instância, a ação fora julgada procedente, para que fosse reconhecida a paternidade biológica com a retificação do registro de nascimento da autora. Inconformado com a decisão, o pai biológico recorreu ao TJ/SC, que num primeiro momento deu provimento ao recurso, determinando a reforma da sentença de primeiro grau. Todavia, voltou atrás da decisão ao apreciar os embargos infringentes opostos pela recorrida, dando-lhe provimento para reformar o acórdão do próprio tribunal. Por este motivo, o pai biológico manejou o competente Recurso Extraordinário ao STF, recebendo a relatoria do ministro Luiz Fux.

Ao julgar a demanda, o plenário do STF negou provimento ao RE manejado pelo “pai biológico”, o qual sustentava não ser possível excluir o pai socioafetivo anterior, por ofensa aos princípios e regras constitucionais atinentes à família e à filiação, pugnando que fosse declarada apenas a sua ascendência genética, sem os efeitos da filiação, declarando-se a improcedência dos pedidos meritórios. Ocorre que, além de negar provimento, sendo seguido pela maioria, o voto do Ministro Relator deixou evidente a possibilidade de concomitância entre a paternidade biológica e a socioafetiva no registro de nascimento da filha autora. Nesse sentido, o voto foi expresso em permitir a possibilidade de multiparentalidade, vez que, no caso em comento, permitiu que se mantivesse ambas as paternidades de forma simultânea, o que foi acatado, portanto, pela maioria do plenário, sendo divergentes apenas os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio de Melo.

De acordo com Calderon (2017, p. 221), a deliberação da Suprema Corte pela “Pluriparentalidade” foi inovadora e merece destaque, tendo em vista que foi uma solução engendrada pela próprio STF, pois a temática não constava dos pedidos

expressos da autora da demanda, nem foi objeto de debate verticalizado nos autos processuais. Ainda assim, a deliberação foi claramente pelo improvimento do Recurso Extraordinário do pai biológico, mas com a declaração de que era possível a manutenção de ambas as paternidades de forma concomitante (socioafetiva e biológica), em coexistência. Segue, portanto, a ementa da emblemática decisão:

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito civil e constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do direito de família: deslocamento para o plano constitucional. Sobre princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes (STF. RE 898.060/SC. Rel. Min. Luiz Fux *in*: CALDERON, 2017).

Com esta decisão, o autor destacou alguns aspectos que considera principais, como o reconhecimento jurídico da afetividade, a paridade do grau de hierarquia jurídica entre o vínculo socioafetivo e o vínculo biológico, a observância do princípio da parentalidade responsável, previsto expressamente no art. 226, § 7º, CF/88, e a possibilidade jurídica da multiparentalidade. Destacou também alguns efeitos jurídicos ocasionados pela decisão da Suprema Corte, como a possibilidade de aplicação da tese aprovada, no sentido contrário, isto é, mesmo com uma paternidade biológica existente, “resta possível investigar e, eventualmente, reconhecer uma paternidade socioafetiva concomitante”; a alteração do nome e registro da dupla filiação, pois “a filiação produz diversos outros efeitos jurídicos, de modo que é essencial que essa relação de parentesco esteja formalizada, tanto para segurança jurídica das partes como para de terceiros”; a guarda e a convivência familiar, sendo “possível cogitar no compartilhamento da guarda entre os dois pais reconhecidos em multiparentalidade, incluindo-se a mãe, para as situações que envolvam crianças e adolescentes”; alimentos ao filho, que será arbitrado de acordo com o caso concreto, levando em

consideração o melhor interesse da criança; alimentos aos pais idosos, pois a declaração de vínculo parental de filiação cria obrigações recíprocas; por fim, o direito de herdar de ambos os pais (socioafetivo e biológico), que é um dos efeitos mais polêmicos que decorrem da multiparentalidade (CALDERON, 2017, p. 222-230).

Outro ponto complexo com relação ao Direito de Família na atualidade, diz respeito às famílias simultâneas, às relações *poliafetivas* e à possibilidade de concessão de efeitos jurídicos as essas entidades familiares, que sempre existiram na realidade brasileira, mas que, historicamente, gozam de invisibilidade jurídica. Em razão disso, passam atualmente a clamar cada vez mais por reconhecimento frente às mudanças provocadas, sobretudo, pela realidade constitucional.

Segundo Calderon (2017, p. 340), os relacionamentos *poliafetivos* envolvem três ou mais pessoas que vivem uma típica relação de conjugalidade, de maneira harmoniosa e consensual. Ou seja, essas relações possuem um núcleo único de conjugalidade, compartilhado pelos envolvidos, marcado pela anuência e participação de todos. Já as famílias simultâneas ou paralelas, referem-se a núcleos distintos, que não convivem entre si afetivamente, mas que são frequentados por um integrante em comum, isto é, apenas um integra os dois ou mais núcleos, que, às vezes, não há ciência da existência do outro.

Desse modo, resta evidente, para o autor, a relevância que a afetividade pode assumir para o reconhecimento dessas novas configurações familiares, evidenciando, ainda, a existência de agrupamentos que não se amoldam às estruturas formais estabelecidas pela legislação, mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, os quais trouxeram à baila o reconhecimento da união estável e sua equiparação ao casamento civil. Assim, tais situações fáticas merecem guarida jurídica, mesmo que de forma pontual, mediante análise de um dado caso concreto (CALDERON, 2017, p. 342).

Nessa linha de pensamento, Schreiber (online) defende que não se pode conceber o direito de família como um conjunto de normas destinado à proteção de entidades familiares, tendo em vista que seu objeto consiste, na realidade, nas relações de família ostentadas por cada pessoa humana, cuja dignidade merece a mais elevada proteção do ordenamento constitucional. Dessa forma, a família deve ser considerada como uma comunidade funcionalizada à proteção e ao desenvolvimento da personalidade daqueles que a integram.

Todavia, cumpre destacar que há doutrinadores, como Rolf Madaleno, por exemplo, que não reconhecem as famílias simultâneas, ou uniões paralelas, como entidade familiar, sob o fundamento de que o concubinato, nos termos do art. 1.727 do CC/2002, constitui-se tão somente em sociedade de fato, no caso de comprovação de esforço comum para a constituição do patrimônio, não havendo implicações legais para a seara familiarista, salvo se comprovada a boa-fé, configurando-se, assim, a putatividade, sob a falsa crença da constituição de uma família monogâmica, reconhecendo-se, neste caso, efeitos familiares. Dessa forma, para Madaleno (2020, p. 94), entre os princípios que regem o direito de família encontra-se consagrado o “Princípio da Monogamia”, através do qual não deve a monogamia ser considerada apenas como uma norma moral ou moralizante, mas como um princípio básico das relações ocidentais de família em cuja esteira seguem inúmeros valores que com ele estão intimamente ligados, tanto que o adultério já foi considerado como crime no sistema penal brasileiro e, embora a prática da poligamia tenha sido descriminalizada, a fidelidade física e moral, como pressuposto de honestidade, lealdade, respeito e afeto seguem ocupando o topo dos deveres de uma relação conjugal. Continua Madaleno:

O sistema monogâmico não se desconstrói pelo ato de traição ou de infidelidade, conforme lembra Rodrigo da Cunha Pereira, pois seu rompimento decorre do estabelecimento de uma relação afetiva concomitante ou paralela ao casamento ou à união estável e embora a Constituição Federal tenha reconhecido e legitimado outras formas de composição de família, no entanto, a premissa de fidelidade está sempre presente na condenação moral por infração ao pacto social da monogamia,<sup>152</sup> como presente esteve no Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000 feito pela Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS perante o Conselho Nacional de Justiça, que vedou a realização de escrituras públicas de uniões poliafetivas, destacando, entre outros argumentos, “que a sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural e os tribunais repelem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo” (MADALENO, 2020, p. 94).

Muito embora reconheça que alguém que constitua uniões simultâneas não esteja, de antemão, alheio a qualquer eficácia jurídica, levando em consideração que o não reconhecimento jurídico dessa configuração impõe especialmente à mulher, reconhecida como a concubina, o lugar de *não direito*, Madaleno conclui que, presentes na cultura ocidental o princípio e o espírito da monogamia, em seus

estreitos limites, até agora, majoritariamente, não tem sido reconhecido perante os tribunais superiores a possibilidade de constituição de uma família paralela que segue direcionando cônjuges e conviventes para uma relação da mais absoluta fidelidade de sentimentos, propósitos e atitudes (MADALENO, 2020, p. 94).

Por outro lado, a corrente que caminha no sentido de reconhecer as famílias simultâneas e as relações poliafetivas como entidade familiar, entende que a monogamia não é um princípio geral do direito de família. Segundo Dias (2015, p. 51), não reconhecer a existência de família simultâneas é simplesmente ignorar a realidade, acabando a justiça por cometer enormes injustiças. Entretanto, afirma a autora, que, ao contrário do que dizem muitos, e do que tenta dizer a lei (art. 1727 do CC), não é para esse sentido de negação que vem se inclinando a doutrina e decidindo a jurisprudência, pois o concubinato adulterino importa sim para o direito, por constituir relações que repercutem no mundo jurídico, visto que os companheiros conviventes, muitas das vezes têm filhos, e há construção patrimonial em comum. Ademais, continua a autora, reconhecer apenas efeitos patrimoniais, como sociedades de fato, consiste em uma mentira jurídica, porquanto os companheiros não se uniram para constituir uma sociedade.

Para Lôbo (2008, p. 58), os atuais elementos caracterizadores de uma entidade familiar seriam a “afetividade”, “estabilidade” e “ostentabilidade”, não figurando nesse rol, portanto, a “fidelidade”, característico do princípio monogâmico, de modo que tais fatores podem estar presentes em uma relação de “conjugalidade plúrima”, ou em uma “família simultânea”, o que tornam esses relacionamentos exemplos de entidades familiares, que merecem guarida num sistema jurídico amparado pela ordem social expressa na Constituição Federal. Assim, conforme Calderon (2017, p. 344), as famílias simultâneas e as relações poliafetivas devem ser vistas a partir dos princípios constitucionais da dignidade, liberdade, igualdade e solidariedade e afetividade, em hermenêutica civil-constitucional de dimensão prospectiva.

Nessa senda de argumentos, alguns autores, como Fachin (2015), defendem uma leitura do Direito de Família a partir de premissas da “constitucionalização do Direito Privado e da repersonalização do Direito Civil”, de modo que se privilegie a interlocução entre direito e liberdade, numa perspectiva funcional, ou seja, amparada na busca pela realização de seus componentes, não sendo possível ao ordenamento jurídico codificado prever um número fechado de modelos a serem tutelados pelos Direito. Assim, leciona Fachin:

Nesse sentido, não mais existe um número fechado de hipóteses tuteladas, posto que tutelado, fática e juridicamente, deve ser o valor da pessoa em concretude. Bem por isso que excluir as relações jurídicas que não se amoldam às tradicionais cercaduras familiares e que rompem a barreira da predeterminação normativa implica em negar muito mais do que simples modelos: importa, verdadeiramente, em olvidar a própria condição existencial de sujeitos concretos, que vivencialmente buscam a felicidade e a si próprios no afeto para com outrem. Pretender, assim, projetar uma espécie de arrimo a tal painel de possibilidade, no âmbito dessas perspectivas, traduz o sinônimo de respeitar e acatar escolhas pessoais, isso porque se trata, mais do que afirmar liberdade de fazer escolhas no lugar da não-proibição, de verdadeiramente se cogitar uma “liberdade vivida” (FACHIN, 2015, p. 163).

Portanto, segundo Calderon (2017, p. 156), em conformidade com Dias, argumenta-se atualmente por um “Direito das Famílias” para além dos códigos, de maneira a ressaltar a total dimensão do Direito, que não se restringe à lei posta, especialmente no Direito de Família. A percepção da importância e da utilidade das demais formas que o expressam, bem como a adoção de uma metodologia condizente com as exigências que se apresentam no momento da sua realização, evidenciam a complexidade do “mundo jurídico”. Essa perspectiva será relevante na confrontação dos mutantes conflitos hodiernos com a racionalidade do discurso jurídico brasileiro (precipuamente formal), que traz à tona, em *ultima ratio*, a relação entre o Direito e as famílias.

Ademais, foi justamente pela complexidade das transformações socioculturais ocorridas na sociedade brasileira, e diante dessas novas configurações familiares, que o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), em sintonia com essas transformações sociais, assim como deve estar a comunidade jurídica, mostrando a influência do contexto histórico sobre produção legislativa, empenhou-se na construção do Projeto de Lei nº 2.285/2007, para com isso criar o “Estatuto das Famílias”, reescrevendo assim o Direito de Família, apresentado ao Congresso Nacional pelo Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro. De acordo com a exposição de motivos apresentadas pela Comissão de Sistematização do Estatuto das Famílias, da qual participam, dentre outros, os autores citados ao longo deste trabalho, Luiz Edson Fachin, Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Netto Lôbo e Rolf Madeleno, “o Estatuto das Famílias, além de incorporar vários projetos de lei específicos que tramitavam no Congresso Nacional, buscava soluções para conflitos

e demandas familiares, a partir de novos valores jurídicos como o afeto, o cuidado, a solidariedade e a pluralidade” (MADALENO, 2020, p. 3).

Madaleno (2020) ainda destaca que a distância entre o texto do Código Civil de 2002 e a realidade social vivenciada pela família brasileira fora também ressaltada pelo Deputado Federal em sua justificativa, ao deputar o referido Projeto de Lei no Congresso Nacional, aludindo haver “a doutrina especializada demonstrado à sociedade a inadequação da aparente nova roupagem normativa que tem gerado intensas controvérsias e dificuldades em sua aplicação”, referindo-se ao diploma civil. O IBDFAM, ainda, promoveu nova revisão sistemática do Livro IV da Parte Especial do Código Civil e elaborou novo projeto de lei, com a denominação também de “Estatuto das Famílias”, colacionando os valores consagrados nos princípios e garantias constitucionais, cujo encaminhamento ao Senado Federal foi confiado ao Senador Eduardo Suplicy (MADALENO, 2020, p. 3).

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do trabalho desenvolvido, através da bibliografia analisada, constatou-se a historicidade do conceito de família, mediante as diversas concepções e modelos que o permearam ao longo do tempo, revelando-se como resultado do comportamento humano, influenciado pelos aspectos econômicos, religiosos, sociais e políticos. Assim, reconhece-se a família como um fenômeno histórico e cultural, constituída pela diversidade de sua configuração, em detrimento da concepção que a percebe exclusivamente como um fenômeno natural/ biológico, pela qual se admite apenas um modelo, representada pela família nuclear heterossexual, formada a partir do matrimônio entre um homem e uma mulher.

Com a pesquisa, percebeu-se que o contexto histórico influencia sobremaneira o conceito jurídico de família no Brasil, de modo que a produção legislativa, incluindo as suas Constituições, e o sistema jurídico nacional estão em conformidade com o respectivo contexto histórico no qual se inserem, excluindo-se da proteção do direito toda configuração familiar diversa ao conceito jurídico vigente em cada época traçada. Observou-se, ainda, que houve uma importante mudança paradigmática na seara *familiarista*, a partir da promulgação da Constituição Federal em 1988, cuja elaboração ocorreu no momento de abertura política do país, que saía de uma ditadura de quase 21 (vinte e um) anos, comandada pelas forças amadas e marcada pela arbitrariedade, violência, censura, perseguição e mortes, escalonada por medidas moralizantes que impactaram diretamente a organização familiar. A “Constituição Cidadã” representou, portanto, uma reposta a essa ordem anterior, com o intuito de que ela não mais retornasse ao Brasil.

A Constituição de 1988 provocou uma profunda alteração no direito civil, sobretudo, no direito de família, destacando uma nova realidade jurídica calcada nos direitos fundamentais, centrando-se na realização subjetiva dos indivíduos e não mais na manutenção estanque das instituições sociais, como ocorria antes com a família. Desse modo, a Carta Magna do Brasil de 1988 passou a se pautar em princípios, considerados regras norteadoras de todo o ordenamento jurídico nacional. Muitos desses princípios passaram a exercer influência ímpar no direito de família, dentre os quais: o da liberdade, o da igualdade e o da afetividade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, é considerado por alguns estudiosos um “macroprincípio”, do qual derivam todos os demais. Destarte,

ao alçar a dignidade da pessoa humana como um “macroprincípio”, segundo esses estudiosos, a Constituição Federal o colocou no ápice do ordenamento constitucional, o que se exige a adoção de medidas promocionais a fim de que esta dignidade seja plenamente alcançada, trazendo, assim, diversas consequências também para o direito de família.

Todavia, a tardia introdução da afetividade nos textos infraconstitucionais conferiu maior relevância à sua valoração pela Doutrina e jurisprudência, visto que os tribunais já se dedicavam ao tema, antes da mudança do código civilista em 2002, assumindo o “Tribunal da Cidadania” importante papel ao legitimar e respaldar os julgados que reconhecem a afetividade nas relações familiares. Com essa mudança paradigmática provocada pela Constituição, em contraponto à concepção patrimonial que permeava o Código Civil de 1916, vários jurista passaram a argumentar por um Direito das Famílias para além dos códigos, de modo a ressaltar a total dimensão do Direito, que não se restringe à lei posta, especialmente no Direito de Família.

A afetividade passou a prevalecer sobre os critérios econômicos, políticos, religiosos, sociais, de interesse do grupo familiar, preponderando sobre os demais fatores que influenciavam os vínculos familiares até então. O critério afetivo que figurava como coadjuvante no período da família clássica foi alçado à protagonista na família contemporânea, tanto para as suas relações de conjugalidade, como para as suas relações de parentalidade.

Por todo o exposto, é incontroversa a historicidade da instituição familiar, tão antiga quanto à própria humanidade, além da íntima relação entre o contexto histórico e a concepção jurídica de família no Brasil, gozando a mesma de maior ou menor proteção e reconhecimento ao longo do tempo. Atualmente, o conceito jurídico de família brasileiro experimenta maior alargamento, sob a égide do texto constitucional, que, por sua vez, reflete o contexto de redemocratização do país, que teve início na década de 1980, buscando, dentre outros, superar a igualdade formal já consolidada em textos legais anteriores para, assim, alcançar a igualdade substancial. Ademais, estudar as famílias e o direito de família a partir de uma perspectiva histórica não é apenas necessário, mas imprescindível para a compreensão das questões sociais que perpassam a organização e reorganizações do instituto familiar.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 18ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. 2ª ed. Trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

ARISTÓTELES. **Politica**. Disponível em: <https://mega.nz/#F!88FVCbqK!Heay0BIZCI-A29hJjs0uLA>. Acesso em 09.01.2020.

BRASIL. **Constituição política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 31/01/2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 27/02/2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (16 de julho de 1934)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em: 27/02/2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 27/02/2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 27/02/2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: 27/02/2020.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 27/02/2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27/02/2020.

CALDERON, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COSTA, Dilvanir José da. **A família nas Constituições**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92305/Costa%20Dilvanir.pdf?sequence=6>. Acesso em: 25/01/2020.

CRUZ, Cleidiana da Conceição; SILVA, Nayara Maria Pereira da. **A legitimidade da decisão do STF a favor da união homoafetiva frente aos anseios de uma sociedade plural**. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10012](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10012). Acesso em: 04/12/2015.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **União Homossexual: O preconceito & a justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

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

DOLHNIKOFF, Miriam. **História do Brasil Império**. 1ªed. 2ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2020.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: 9ª ed. Civilização Brasileira, 1984.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FÁVERO, Eunice Teresinha. **Questão social e perda do poder familiar**. São Paulo: Veras, 2007.

FUNARI, Pedro Paulo. **Grécia e Roma**. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. **Da Família Moderna. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13. 10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos**. Volume 2. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumell/10anoscodigocivil\\_volll\\_242.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumell/10anoscodigocivil_volll_242.pdf). Acesso em 20/01/2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>. Acesso em: 17/03/2020.

\_\_\_\_\_. **Socioafetividade em Família e a Orientação do Superior Tribunal de Justiça**. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; e NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MICELI, Paulo. **História Moderna**. 1ª ed. 3ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2019.

MORAES, Luís Edmundo. **História Contemporânea**. 1ª ed. 1ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2019.

MORGAN, Lewis H. **A Sociedade Primitiva**. Lisboa: 2ª ed. Presença, 1973.

NAPOLITANO, Marcos. **História do Brasil República: da queda da Monarquia ao fim do Estado Novo**. 1ª ed. 3ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2020.

OLIVEIRA, NHD. **Recomeçar: família, filhos e desafios [online]**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PERNOUD, Régine. **Luz sobre a Idade Média**. Publicações Europa-América: Lisboa, 1997.

PINTO, Tales dos Santos. **Idade Moderna**. Disponível em: <http://www.mundoeducacao.com/historiageral/idade-moderna.htm>. Acesso em 02/02/2020.

PORFIRIO, Danilo. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v. 3 p. 39 - 55, abr./mar. 2015.

RICHARDS, Jeffrey. **Sexo, Desvio e Danação. As Minorias na Idade Médias**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

SEGALEN, Martine. Introdução. In: GOODY, Jack. **L'Évolution de la famille et du mariage en Europe**. Paris: Armand Colin, 2012.

SIMÃO, José Fernando. **Em busca de um conceito de família – notas históricas**. In: BITTAR, Eduardo C. B. (Org). História do direito brasileiro. 4. ed. rev, modif. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

SILVA, José Afonso da. Os Princípios Constitucionais Fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, Brasília, v. 6, n. 4, p. 17-22, out./dez. 1994.

SILVA, Kalina Vanderlei; SILVA, Maciel Henrique. **Dicionário de Conceitos Históricos**. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2006.

VAN ACKER, Maria Teresa Vianna. **Grécia: a vida cotidiana na cidade-Estado**. São Paulo: Atual, 1994.

VARELA, Antunes. **Direito da Família**. Lisboa: Livraria Petrony Lda, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.