



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA POLÍTICA**

AS FAMÍLIAS E OS SEUS DIREITOS NO BRASIL:
Conceituação sócio-histórica, previsão legal e decisões judiciais
do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça
entre a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002

MESTRADO

Vanessa Wendt Kroth

Florianópolis, 2008.

AS FAMÍLIAS E OS SEUS DIREITOS NO BRASIL:

Conceituação sócio-histórica, previsão legal e decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça entre a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002

por

Vanessa Wendt Kroth

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC, SC), como requisito parcial para a obtenção do grau de **Mestre em Sociologia Política.**

Orientador: Prof. Dr. Héctor Ricardo Leis

Florianópolis, SC, Brasil

2008

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Héctor Ricardo Leis, pela liberdade e pela confiança na escolha do tema e na construção deste trabalho, pelas orientações e leituras.

Aos professores e servidores do Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política (PPGSP), pela atenção e competência, e ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), pelo auxílio financeiro que possibilitou a realização desta pesquisa.

Aos meus colegas do Mestrado, pelas experiências que compartilhamos neste período.

A Prof. Dra. Márcia Grisotti, pelos diálogos que contribuíram para a construção deste trabalho desta maneira, e a Prof. Dra. Josiane Rose Petry Veronese e Dra. Helen Crystine Corrêa Sanches, por trabalharem para garantir os direitos das crianças e dos adolescentes.

Aos meus pais, Rose e Cláudio, por acreditarem e investirem no “crescimento” da minha vida profissional, e ao meu irmão Cláudio, minha irmã Karine e meu cunhado Fabrício, que me acompanham mesmo de longe.

A Cita, Gunvor e Kristin, pelas nossas famílias.

A Michelli, pela maneira de compreender as famílias e os seus direitos, pelo afeto e escuta nos momentos em que precisava “me divorciar” da dissertação.

A Lívia, pelo apoio no momento de terminar a dissertação (e, claro, por evitar que as folhas faltassem na hora da impressão!).

A Beatriz, pela ajuda em lidar com as angústias do Mestrado e da escrita da dissertação (e por tantas outras durante e após o término!).

A Sônia, pela ajuda nos momentos iniciais da mudança para Florianópolis e por ter acompanhado, mesmo de longe, o desenvolvimento da dissertação e estado presente na defesa.

Aos meus queridos amigos: Josiane (Obrigada pelo constante incentivo!), Tainá, Cláudia, Ramiéli, Daniel, Alberto, Mônica, Mariana, Adriano, Pozzatti, Camila (*Merci pour les traductions!*), Paola, Lucas.

“Há uma ‘escolha’ por parte da sociedade brasileira, que valoriza e institucionaliza a família como uma instituição fundamental à própria vida social (...). Pertencer bem ou mal a uma ‘família’ (...) é mais significativo do que ter um elo com pessoas e instituições: de fato, esse pertencer é tão crítico que vale por uma classificação social. Uma pessoa que ‘vem’ de uma ‘família sem pai’ permite definir uma linha dramática precisa; do mesmo modo, quem faz parte de uma família sem ‘eira nem beira’ encontra dificuldades ao realizar certas coisas em determinados ambientes, no caso brasileiro. É curioso observar que tomamos o ‘legal’ e a lei como um valor (daí o adjetivo *legal* para exprimir o certo, o positivo e o bom: aquilo que é realizado de acordo com as boas normas de sociabilidade e de moralidade) da mesma forma que tomamos a ‘família’ para exprimir um dado empírico e um modo de ser, bem como um valor e até mesmo a condição de existência. Quem *não tem família* já desperta pena antes de começar o entrecho dramático; e que renega sua família tem, de saída, a nossa mais franca antipatia”.

(Roberto DA MATTA, 1987, p. 125).

RESUMO

Dissertação de Mestrado
Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política- UFSC

AS FAMÍLIAS E OS SEUS DIREITOS NO BRASIL:

Conceituação sócio-histórica, previsão legal e decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça entre a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002

AUTORA: VANESSA WENDT KROTH

ORIENTADOR: PROF. DR. HÉCTOR RICARDO LEIS

Data e Local de Defesa: Florianópolis, 15 de dezembro de 2008.

Na história legislativa brasileira, há permeabilidade das regras religiosas nas normas de direito de família, apesar da separação formal entre Igreja e Estado desde 1890. Desde o período colonial, a instituição familiar se manteve como central na sociedade e as práticas sociais evidenciam diferenças em relação ao modelo de família previsto em lei. O objetivo deste trabalho foi caracterizar modelos e conceitos de família determinados na legislação e utilizados pelos juízes em suas decisões, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o início da vigência do Código Civil de 2002. A pesquisa documental foi realizada por meio da análise de conteúdo temática dos discursos dos parlamentares que construíram as normas de direito de família presentes na CF/88, das leis brasileiras e das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no referido período. Os discursos dos constituintes abordaram o modelo de família brasileira como sinônimo do modelo nuclear da família, “naturalizando” as relações familiares. A análise da CF/88 mostrou a inclusão de “novas” relações familiares, quais sejam, a união estável e a monoparentalidade, as quais eram, para os constituintes, hierarquicamente inferiores ao casamento; a concessão de direitos iguais ao homem e a mulher na família e na sociedade, embora os constituintes afirmem a sua desigualdade “natural”; a definição das crianças e dos adolescentes como “sujeitos de direito” em razão da atuação dos movimentos sociais e da “desatenção” dos constituintes; a proibição de classificar a filiação por meio da relação conjugal dos genitores. Constatou-se a importância da promulgação das leis sobre a união estável de 1994 e de 1996, e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, que procedimentalizaram os direitos constitucionais previstos às famílias e aos seus membros. Nas decisões judiciais do STF e do STJ, identificou-se a construção de “verdades jurídicas” sobre a conjugalidade (constituída pelo casamento e pela união estável) e sobre a parentalidade (baseada preferencialmente em vínculos biológicos); a significativa influência do término das relações conjugais nas paterno-filiais; o tratamento pelo direito das obrigações das relações de concubinato e da relação conjugal entre homossexuais; a inexistência de decisões relativas a parentalidade em famílias reconstituídas, em famílias homossexuais e a “circulação de crianças”. Além disso, foi observado que a estrutura da família define a sua existência jurídica e é baseada no núcleo pai-mãe-filhos. A função do homem persiste como “provedor” e “chefe da família”, e a mulher detém a “função doméstica” e o dever de cuidado com o lar, o marido e os filhos. A família continua a ser valorada positivamente, mesmo nas decisões que abordam a violência intrafamiliar, e a sua definição como “base da sociedade” é traduzida em “fonte de referências”. A “proteção especial” da família é interpretada como a concessão de direitos às famílias, o que está presente em decisões nos diversos ramos do direito. Enfatiza-se a necessidade de repensar o modelo e o conceito de família nas leis e nas decisões judiciais, e de construir as normas a partir das práticas sociais e do contexto histórico e social. Evidencia-se também a importância de abordar a família a partir dos vínculos entre adultos e crianças, os quais pressupõem o estabelecimento de papéis e responsabilidades que não dependem da estrutura familiar e de funções “naturalizadas” do homem e da mulher.

Palavras-chave: modelo de família, conceito de família, direito de família, conjugalidade, parentalidade, filiação.

ABSTRACT

THE FAMILIES AND THEIR RIGHTS IN BRAZIL:

Social-historical conceptualization, legal prediction and judicial decisions by the Supreme Federal Court and Superior Court of Justice between the Federal Constitution of 1988 and the Civil Code of 2002.

In Brazilian legislative history there is the permeability of religious rules in the norms of family rights, even though the church is formally separate from the state since 1890. Since the colonial period the family institution has maintained itself as central in society, and the social practices evidence differences in relation to the law forecast model. The objective of this work was to characterize models and concepts of family determined in legislation and utilized by judges in their decisions, since the promulgation of the Federal Constitution of 1988 until the start of the term of the Civil Code of 2002. The documental research was made through thematic content analysis of the discourses of Parliamentarians that built the norms of family rights present in CF/88, also Brazilian laws and the judicial decisions of the Supreme Federal Court and Superior Court of Justice in the referred period. The discourses of the constituents addressed the family model of Brazil as being a nuclear family model, “naturalizing” the family relations. The analysis of the CF/88 showed the inclusion of “new” family relations, which are, the stable union and monoparentality, which were for the constituents hierarchically inferior to marriage; the concession of equal rights for men and women in the family and in society, even though the constituents affirmed their “natural” inequality; the definition of children and adolescents as “subjects of rights” in reason of the social movements and the “inattentiveness” of the constituents; the prohibition of filial classification by means of the conjugal relation between genitors. The importance of the promulgation of the 1994 and 1996 laws on stable unions was noted, and the Child and Adolescent Statute of 1990, that turned into procedures the constitutional rights forecast to the families and their members. In the judicial decisions of the STF and STJ there was the identification of the construction of “juridical truths” about conjugality (constituted by marriage and stable union) and about parentality (based preferentially on biological links); the meaningful influence of the end of conjugal relationships on the paternal-filial; the treatment by the right of obligations of concubinage relations and the conjugal relations between homosexuals; the inexistence of decisions relative to parentality in reconstituted families, in homosexual families and the “circulation of children”. It was also observed that the family structure defines its juridical existence and is based on the father-mother-children nucleus. The function of the man remains as a “provider” and “chief of family”, and the woman detains the “domestic function” and the duty of caring for the home, husband and children. The family is still positively valued, even in decisions relative to intrafamily violence, and its definition as “base of society” is translated to “source of references”. The “special protection” of the family is interpreted as the concession of rights to the families, which is present in decisions in various branches of the law. The necessity to rethink the model and concept of family in the laws and judicial decisions, the construction of norms from social practices and historical and social contexts is emphasized. The importance of addressing the family through the links between adults and children is evidenced, which presuppose the establishment of roles and responsibilities that do not depend on the family structure and “naturalized” functions for men and women.

Keywords: family model, concept of family, family law, conjugality, parentality, filiations.

RÉSUMÉ

LES FAMILLES ET LEURS DROITS AU BRÉSIL:

La conceptualisation socio-historique, la prévision juridique et les décisions judiciaires de la Cour Suprême Fédérale et de la Cour Supérieure de Justice entre la Constitution Fédérale de 1988 et le Code Civil de 2002.

Dans l'histoire législative brésilienne, il y a perméabilité des règles religieuses sur les normes de droit de la famille, en dépit de la séparation formelle entre l'Église et l'État depuis 1890. Depuis la période coloniale, l'institution de la famille est restée centrale au sein de la société et les pratiques sociales démontrent des différences avec le modèle fourni par le droit de la famille. Le but de ce travail a été caractériser modèles et concepts de famille déterminés par la législation et utilisés par les juges dans leurs décisions, depuis la promulgation de la Constitution Fédérale de 1988 jusqu'à l'entrée en vigueur du Code Civil de 2002. La recherche documentaire a été réalisée en analysant le contenu thématique des interventions des parlementaires qui ont construit les règles de droit de la famille au sein de la CF/88, des lois brésiliennes et des décisions judiciaires de la Cour Suprême Fédérale (STF) et de la Cour Supérieure de Justice (STJ), au cours de cette période. Les discours des parlementaires constituants ont évoqué le modèle de famille brésilienne en tant que synonyme du modèle nucléaire de famille, ce qui "naturalise" les relations de famille. L'analyse de la CF/88 démontre l'inclusion des «nouvelles» relations familiales, à savoir, l'union stable et la monoparentalité, qui étaient, pour les parlementaires constituants, hiérarchiquement inférieur au mariage ; l'octroi de droits égaux aux hommes et aux femmes dans la famille et en société, malgré les parlementaires constituants affirment leur inégalité "naturelle" ; la définition des enfants et des adolescents comme « sujets de droit » à partir de l'action des mouvements sociaux et en raison de la "négligence" des constituants; l'interdiction de classer la filiation par le biais de la relation conjugale des parents. Il a été vérifié l'importance de la promulgation de lois sur l'union stable en 1994 et en 1996, et du Statut de l'enfant et l'adolescent de 1990, qui ont créé des procédures pour garantir les droits constitutionnels reconnus aux familles et à leurs membres. Dans les arrêts de la STF et la STJ, s'est vérifiée la construction de « vérités juridiques» sur la conjugalité (composé de mariage et union stable) et sur le rôle parental (de préférence fondée sur des liens biologiques), l'influence de la fin des relations conjugales dans les relations entre les parents e les enfants, le traitement par le droit des obligations des relations de concubinage et de la relation conjugale entre homosexuels ; l'absence de décisions sur la parentalité dans les familles reconstituées et dans les familles homosexuels et la circulation des enfants. En outre, il a fait observer que la structure de la famille définit son existence légale et est basée dans le modèle nucléaire, père-mère-enfants. La fonction de l'homme reste la « économique » et de « chef de famille », et la femme est responsable de la « fonction domestique » et de l'obligation de soins pour la maison, son mari et des enfants. La famille continue d'être considérée positivement, même dans les décisions qui traitent de la violence familiale, et sa définition en tant que "base de la société" est traduit en "source de références." La "protection spéciale" de la famille est interprété comme l'octroi de droits pour les familles, ce qui est présente en décisions dans les diverses branches du droit. On souligne la nécessité de repenser le modèle et la notion de famille dans les lois et décisions judiciaires, et de construire les normes à partir de pratiques sociales et du contexte social et historique. Il est également important de aborder la famille selon les liens entre les adultes et les enfants, qui exigent l'établissement de rôles et des responsabilités qui ne dépendent pas de la structure de la famille et les fonctions "naturalisés" des hommes et des femmes.

Mots-clés: modèle de la famille, concept de la famille, droit de la famille, conjugalité, parentalité, filiation.

LISTA DE QUADROS E TABELAS

QUADRO 1.	Caracterização do modelo patriarcal de família nos períodos Colonial e Imperial, considerando o lugar da família na sociedade, as funções da família, a estrutura familiar e as funções dos membros da família.....	21
QUADRO 2.	Caracterização do modelo nuclear de família considerando o lugar da família na sociedade, as funções da família, a estrutura familiar e as funções dos membros da família.....	32
QUADRO 3.	Caracterização do modelo de família das Ordenações Filipinas, com vigência no Período Colonial e Imperial, considerando o lugar da família na sociedade, as funções da família, a estrutura familiar e as funções dos membros da família.....	37
QUADRO 4.	Caracterização do modelo de família do direito canônico (Código de Direito Canônico de 1917), considerando o lugar da família na sociedade, as funções da família, a estrutura familiar e as funções dos membros da família.....	39
QUADRO 5.	Caracterização do modelo de família presente nas primeiras leis brasileiras, considerando o lugar da família na sociedade, as funções da família, a estrutura familiar e as funções dos membros da família.....	46
QUADRO 6.	Caracterização do modelo de família presente no Decreto 181 de 1890, considerando o lugar da família na sociedade, as funções da família, a estrutura familiar e as funções dos membros da família.....	55
QUADRO 7.	Caracterização do modelo de família presente no Código Civil de 1916, considerando o lugar da família na sociedade, as funções da família, a garantia de direitos à família, a estrutura familiar e as funções dos membros da família.....	66
QUADRO 8.	Caracterização das formas de proteção especial às famílias entre o Código Civil de 1916 e a Constituição Federal de 1988, considerando objetivo, legislações e direitos concedidos.....	70
QUADRO 9.	Caracterização do tratamento jurídico concedido às crianças e aos adolescentes como “objetos de proteção” do Estado, entre o Código Civil de 1916 e a Constituição Federal de 1988, considerando legislação infraconstitucional e as regras estabelecidas.....	88
QUADRO 10.	Caracterização do modelo de família presente na legislação entre o Código Civil de 1916 e a Constituição Federal de 1988, considerando o lugar da família na sociedade, as funções da família, a garantia de direitos à família, a estrutura familiar e as funções dos membros da família.....	96
QUADRO 11.	Caracterização do modelo de família presente no direito canônico (Código de Direito Canônico de 1983), considerando o lugar da família na sociedade, as funções da família, a estrutura familiar e as funções dos membros da família.....	101
QUADRO 12.	Caracterização dos direitos e deveres da família e de seus membros conforme previsão na Constituição Federal de 1988.....	124
QUADRO 13.	Caracterização da legislação infraconstitucional que concede direitos à família e define diferentes estruturas familiares, no período de 1988 até	

	2002.....	126
QUADRO 14.	Caracterização do modelo de família presente na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional posterior, até o início da vigência do Código Civil de 2002, considerando o lugar da família na sociedade, as funções da família, a garantia de direitos à família, a estrutura familiar e as funções dos membros da família.....	134
QUADRO 15.	Caracterização da proteção especial da família nas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, considerando o ramo do direito, o fundamento do recurso das “partes” e a decisão dos Ministros.....	146
TABELA 1.	Caracterização das decisões judiciais do STF e do STJ em relação aos diferentes ramos do direito.....	138
TABELA 2.	Caracterização dos Núcleos Temáticos e Temas.....	140

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 AS FAMÍLIAS NO PERÍODO COLONIAL E IMPERIAL: O MODELO PATRIARCAL, NUCLEAR E CANÔNICO E AS INFLUÊNCIAS NAS PRIMEIRAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS.....	16
1.1 O MODELO PATRIARCAL DE FAMÍLIA E AS OBRAS DE GILBERTO FREYRE, OLIVEIRA VIANNA E SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA.....	16
1.2 REVISITANDO O MODELO PATRIARCAL DE FAMÍLIA: A COMPLEXIDADE DAS RELAÇÕES FAMILIARES E O REGRAMENTO DA IGREJA E DO ESTADO.....	21
1.3 O “DESEMBARQUE” DE UMA “NOVA” COMPREENSÃO SOBRE A FAMÍLIA DURANTE O SÉCULO XIX: O MODELO NUCLEAR DE FAMÍLIA.....	29
1.4 PERÍODO IMPERIAL E A INTRINCADA LEGISLAÇÃO DA ÉPOCA: ORDENAÇÕES FILIPINAS, DIREITO CANÔNICO E AS PRIMEIRAS LEIS BRASILEIRAS.....	35
2 PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA E SEPARAÇÃO FORMAL ENTRE IGREJA E ESTADO: INFLUÊNCIAS NAS DETERMINAÇÕES LEGAIS E NAS FAMÍLIAS BRASILEIRAS.....	48
2.1 SEPARAÇÃO FORMAL ENTRE IGREJA E ESTADO: A DEFINIÇÃO DE FAMÍLIA NA PRIMEIRA LEI SOBRE O CASAMENTO CIVIL.....	48
2.2 CÓDIGO CIVIL DE 1916: PERMANÊNCIAS E MUDANÇAS NO MODELO DE FAMÍLIA.....	59
3 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A CONCESSÃO DE DIREITOS ÀS FAMÍLIAS E AS ALTERAÇÕES NAS FUNÇÕES DO HOMEM, DA MULHER E DAS CRIANÇAS.....	68
3.1 DIREITOS GARANTIDOS À FAMÍLIA.....	68
3.2 MUDANÇAS NA RELAÇÃO CONJUGAL.....	73
3.2.1 Ampliação dos direitos concedidos à mulher.....	73
3.2.2 Concubinato como relação econômica.....	79
3.2.3 Reconhecimento do divórcio.....	81
3.3 OS PRIMEIROS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES E OS CRITÉRIOS DE FILIAÇÃO.....	87
4 AS FAMÍLIAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL ATÉ A PROMULGAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	99
4.1 ASPECTOS SÓCIO-HISTÓRICOS QUE INFLUENCIARAM O PROCESSO CONSTITUINTE DE 1987.....	99
4.2 ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE: DISCURSOS QUE CONSTRUÍRAM O TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	108
4.3 PREVISÃO CONSTITUCIONAL E INTERPRETAÇÕES DOS JURISTAS	112
4.4 CONCEITOS DE FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.....	126
5 DECISÕES JUDICIAIS ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	138
5.1 A FAMÍLIA COMO “BASE DA SOCIEDADE”	141

5.2 A “PROTEÇÃO ESPECIAL” DA FAMÍLIA.....	145
5.3 A CONSTRUÇÃO DAS “VERDADES JURÍDICAS” SOBRE AS FAMÍLIAS.....	151
5.3.1 A formação “jurídica” das relações conjugais.....	151
5.3.2 As “outras” relações conjugais.....	155
5.3.3 A “culpa” no término “jurídico” das relações conjugais constituídas pelo casamento.....	161
5.3.4 Os efeitos jurídicos decorrentes do término “jurídico” das relações conjugais.....	164
5.3.5 A influência das relações conjugais na parentalidade.....	171
5.3.6 A determinação jurídica da parentalidade.....	177
5.3.6.1 Formas de “investigação de paternidade”	177
5.3.6.2 “Adoção legal”	183
5.3.6.3 “Adoção à brasileira”	189
5.3.6.4 Temáticas não identificadas nas decisões.....	191
5.3.7 A responsabilização jurídica pela morte de um membro da família.....	198
5.4 A ESTRUTURA DA FAMÍLIA.....	202
5.5 MEMBROS DA FAMÍLIA.....	206
5.5.1 A função do homem e da mulher.....	207
5.5.2 A função da criança e do adolescente.....	210
5.6 VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR.....	212
5.7 A “EVOLUÇÃO DAS NORMAS FAMILIARES”	214
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	218
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	228
ANEXOS.....	256
ANEXO A.....	257
ANEXO B	259
ANEXO C.....	261
ANEXO D.....	263
ANEXO E	266
ANEXO F.....	269

INTRODUÇÃO

“Jusnaturalismo, historicismo, positivismo, ‘direito livre’, realismo – (e aqui também a enumeração não é evidentemente exaustiva) – e a correspectiva atitude ou papel do juiz em conformidade com cada uma destas concepções, ensejando o problema, não menos relevante, da criatividade maior ou menor do Direito pela via jurisprudencial – tudo isto são noções que necessitam de concretude, indispensável ao iniciante no estudo do

Direito.

(...)

Como já em certo sentido escrevemos alhures, é no plano dinâmico da interpretação e aplicação do Direito que se desvelam as suas grandes questões. São os práticos – o advogado, o juiz, o consultor jurídico, o representante do Ministério Público, que, buscando solução aos casos concretos, deparam com a possível inadequação das normas jurídicas aos fatos a que são prepostas. E apenas mediante adequada formação, que se deve iniciar nos primórdios do curso jurídico, é que poderão solver tais dificuldades, não confundindo o Direito com a Lei, e nem esta com a Justiça” (PLAUTO FARACO DE AZEVEDO, 1976, p. IX, XI e XII).

Ao iniciar o Curso de Direito, “O Caso dos Exploradores de Cavernas” foi uma das primeiras obras que me foi indicada para a leitura. Esta sugestão proveio de um professor do Direito que lecionava a disciplina “Introdução à Ciência do Direito”, o qual explicou que nós, alunos do Curso de Direito, precisávamos nos acostumar e aceitar que pode haver similitudes e diferenças entre as práticas sociais, a lei, as decisões judiciais e, claro, a Justiça.

O autor deste livro, Lon L. Fuller, narra uma sentença judicial fictícia. Primeiramente, há o relato, feito por um juiz, de um crime cometido e do seu contexto, motivos e circunstâncias, e, após, as sentenças judiciais. As sentenças mostram divergências de compreensões e opiniões a respeito da situação que foi julgada, refletem a diversidade de enfoques dados por cada juiz e a descrição de alguns sentimentos a florados, a utilização ou não da “interpretação literal” da lei e de conceitos como “jusnaturalismo” e “positivismo” e a influência da “opinião pública”. A relevância destes aspectos e a valoração atribuída a cada um deles pelos juízes repercutiram na condenação ou na absolvição dos acusados.

Os Cursos de Direito transmitem aos acadêmicos, geralmente, a lei e as suas interpretações jurídicas. Estas interpretações podem ser denominadas de “interpretação literal”, quando o operador do direito lê a lei e a aplica, tal como escrito; de “interpretação”, quando há tradução do significado que está contido na lei; ou, em uma análise contemporânea, de “interpretação conforme”, quando a interpretação tem por consideração os princípios e as regras previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88). De acordo com Koerner (2002),

as Faculdades de Direito organizam seus cursos segundo o paradigma do positivismo normativista, funcionando como escolas da legalidade para os futuros profissionais e os quadros burocráticos do Estado. O paradigma jurídico prevalecente entre nós encara a lei como a técnica exclusiva de disciplina das relações sociais. A legalidade estatal é a fonte

central de todo o direito, a lei forma um sistema lógico, coerente e hierarquizado de normas. É o sistema de normas que confere significado jurídico aos fatos sociais e os deveres jurídicos são abordados como válidos enquanto parte do sistema, desvinculados de significado moral. Esse paradigma privilegia os aspectos técnicos e procedimentais das leis e dos códigos, os quais procuram submeter à axiomatização e a processos lógico-dedutivos de interpretação. Assim, o sistema de normas recebe do conhecimento jurídico um caráter racional e universal e são deixados de lado os aspectos históricos e políticos do fenômeno jurídico, vistos como empiricamente contingentes (p. 42).

Esta forma de aprendizado e conhecimento da lei e de suas interpretações jurídicas que temos no Curso de Direito, portanto, não privilegia o estudo dos “aspectos históricos e políticos do fenômeno jurídico”, conforme é esboçado pelo autor. Dentre estes aspectos, podemos identificar as condições sócio-históricas, culturais e políticas envolvidas no processo de elaboração da lei e de sua aplicação. Neste processo estão presentes “valores”, “concepções” e “conceitos”, que são “despercebidos”, “ocultos”, “inconscientes” ou simplesmente “esquecidos”, quando está em questão a interpretação jurídica da lei pelos operadores do direito. Nos momentos em que eles se tornam “conscientes”, são tratados como “empiricamente contingentes” e podem ser definidos como aspectos determinantes da vida humana, como partes da “natureza imutável” do homem e da mulher, ou como partes integrantes da “nossa cultura” e da “nossa sociedade”.

Em função da inquietação proveniente desta abordagem que promove distanciamentos entre as decisões judiciais e as práticas sociais, iniciei a graduação em Ciências Sociais de forma concomitante com a graduação em Direito. Foi e continua sendo desafiador construir uma integração entre essas áreas. As experiências de estágio e pesquisa realizadas nas duas áreas me confrontaram com as questões do Direito de Família e dos direitos das famílias, e ocorreram na Assistência Judiciária da Universidade Federal de Santa Maria, na “Vara de Família e Sucessões e no Centro de Atendimento Terapêutico e Social (CATES¹) no Fórum da Comarca de Santa Maria/RS, nos Conselhos Tutelares e na Delegacia de Defesa da Mulher da mesma cidade.

O atendimento das demandas dos “clientes” na Assistência Judiciária e na “Vara de Família e Sucessões” permitiram perceber a diferença das estruturas² e funções³ das famílias e de seus membros nas narrativas dos “clientes” e dos advogados no processo ou, mesmo, das julgadas pelos juízes ao final da tramitação das ações judiciais. No CATES, era freqüente identificar que a estrutura familiar em que a pessoa estava inserida, a partir de sua própria concepção, não coincidia – necessariamente – com a estrutura explicitada no processo. “Por que, então, a

¹ O CATES tem por objetivo prestar atendimento psicológico e de assistência social aos indivíduos (vítimas, vitimizados, acusados, infratores e réus) envolvidos em ações litigiosas cuja natureza provém de conflitos intrafamiliares e uso de drogas. O estágio foi realizado sob orientação de uma socióloga durante o último ano da graduação em Ciências Sociais e teve como objetivo geral caracterizar a população encaminhada pelos juízes a este Centro.

² Determinação da família por meio da presença/ausência de indivíduos, de acordo com o sexo e a faixa etária.

³ Tarefas e responsabilidades atribuídas a famílias e/ou a seus membros.

diferença?” – eu me perguntava. Esta pergunta (aliás, ingênua) estava, na realidade, relacionada com outra: “afinal, de que ‘família’ estamos todos falando?”

A importância em responder esta questão não está apenas na compreensão das relações familiares que transitam pelas decisões de Poder Judiciário, mas também nos direitos previdenciários, assistenciais, trabalhistas, entre outros, que são conferidos às famílias e aos seus membros. Políticas públicas, como o “bolsa-família” (“bolsa-escola”); intervenções na área da saúde, como o Programa da Saúde da Família, utilizam como público-alvo as “famílias”. Elas são a prioridade das normas que garantem condição econômica básica e propiciam atendimento à saúde. Aos seus membros são garantidos, assim, direitos e cidadania.

Estes direitos, como as outras normas que regulam as relações familiares, derivam de um processo de elaboração das leis. Ao elaborar uma norma, os legisladores possuem o poder e o direito de normatizar diferentes compreensões de família, determinando o que é “legal” e “ilegal” em suas relações. Constroem, dessa forma, um conceito que é oficializado e colocado como parâmetro para as famílias; as que não condizem, portanto, não são juridicamente consideradas como famílias.

No momento em que as leis são publicadas e estão em vigência⁴, passam a ser utilizadas por juízes em suas decisões judiciais. Similarmente ao que ocorre com os legisladores, a estes profissionais é atribuído o direito de julgar condutas, tendo como base, por um lado, as histórias que lhe são contadas pelas “partes” de um processo, e por outro, as normas previamente elaboradas pelo Poder Legislativo e sancionadas pelo Poder Executivo. Ao final de um processo judicial, as normas são interpretadas e aplicadas, a depender do entendimento dos juízes.

Em outros termos, as funções essenciais desenvolvidas pelos legisladores e juízes, a quem são socialmente conferidos estes poderes, justificam a necessária compreensão de como os seus discursos constroem as leis e de como as leis são interpretadas e aplicadas; em especial, quando eles estão na posição de quem pode determinar as pessoas que juridicamente constituem uma família, e as que não podem constituir. Por esses motivos, o objetivo geral deste trabalho é compreender os modelos⁵ e os conceitos⁶ de família presentes na CF/88 e na legislação posterior até o início da vigência do Código Civil de 2002 (CC/02), bem como nas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), deste período. Os objetivos específicos são: identificar as normas e decisões judiciais que definem modelos e conceitos de família desde a promulgação da CF/88 até o início da vigência do CC/02;

⁴ De acordo com Plácido e Silva (2007), a vigência “revela a qualidade, ou o estado, do que está em vigor, permanece efetivo, exerce toda sua força, ou se encontra em plena eficácia, ou efeito. Vigência da lei é a que ainda se mantém em voga, para ser efetivamente aplicada aos casos sob seu regime” (p. 1485).

⁵ Caracterização de requisitos do que é e do que não é uma família na legislação, que funciona como fonte de comparação para as decisões sobre as famílias no contexto social.

⁶ Caracterização do lugar social atribuído à família.

caracterizar os modelos e os conceitos de família presentes nas normas e nas decisões judiciais do STF e do STJ, neste período; e contextualizar a elaboração e aplicação dessas normas a partir dos debates contemporâneos presentes no campo das ciências sociais sobre família.

Para identificar no ordenamento jurídico brasileiro as leis que tratavam sobre as famílias, neste período, realizou-se a catalogação de leis entre o dia 05 de outubro de 1988 (promulgação da CF/88) e o dia 11 de janeiro de 2003 (início da vigência do CC/02). Esta catalogação foi realizada por meio de pesquisa no *site* da Câmara de Deputados, no *link* “legislação”, em que foram encontrados 2.985 documentos com a palavra-chave “família”. Destes documentos, foram excluídos os que não estavam inseridos no marco temporal estabelecido, obtendo-se 351 documentos. A partir destes documentos, foram excluídos os decretos executivos, decretos legislativos⁷ e resoluções⁸, restando 80 documentos, os quais foram analisados.

Este procedimento também foi realizado para análise das decisões judiciais do STF e do STJ. Nos *sites* destas instituições, na ferramenta de pesquisa, colocou-se a palavra-chave “família”. No primeiro Tribunal, identificaram-se 69 decisões judiciais (acórdãos⁹), enquanto no segundo, 1.436 decisões (acórdãos), o que totalizou 1.505 decisões. Foram analisadas todas as decisões judiciais, pois, para o objetivo deste trabalho, também era importante visualizar os ramos do direito¹⁰ que se utilizam do conceito e do modelo de família.

Já no início da análise das decisões judiciais, foi evidente a dificuldade de analisá-las sem refletir acerca das legislações anteriores. Nestas decisões eram largamente referidas leis, decretos-leis e decretos que vigoraram durante o século XX e, inclusive, expressões presentes nas primeiras leis brasileiras. Por esta razão, foram abordadas as primeiras legislações brasileiras, desde o período colonial, e analisadas a história legislativa brasileira a partir do modelo e do conceito de “família” nela identificados. Cabe referir que a legislação foi analisada conforme o texto na data de publicação, considerando as atualizações realizadas até a entrada em vigor do CC/02.

⁷ O decreto legislativo “compreende as deliberações em que se consagra uma medida qualquer de caráter administrativo ou político do Congresso Nacional” (PLÁCIDO E SILVA, 2007, p. 419), enquanto o decreto executivo se constitui nas decisões de caráter administrativo ou político do Poder Executivo. É importante atentar ao fato de que o decreto legislativo, tal como o executivo “não se confunde com a lei. Não tem por função estabelecer direito novo, nem possui a natureza e caráter orgânico, que é elementar na lei, embora se exteriorize sob a mesma forma” (PLÁCIDO E SILVA, 2007, p. 419).

⁸ Segundo Plácido e Silva (2007), resolução é “o ato pelo qual a autoridade pública ou o poder público toma uma decisão, impõe uma ordem ou estabelece uma medida. Tem significação genérica, pois que atinge qualquer espécie de deliberação ou de determinação, baixada para ser obrigatoriamente cumprida ou geralmente acatada. (...) Nesta razão, as resoluções entendem-se sempre atos de autoridade. E, em regra, dizem respeito a questões de ordem administrativa ou regulamentar” (p. 1221).

⁹ De acordo com Plácido e Silva (2007), “acórdão” é a “*resolução* ou *decisão* tomada coletivamente pelos tribunais. A denominação vem do fato de serem todas as sentenças, ou decisões proferida pelos tribunais, na sua conclusão definitiva e final, precedidas do verbo *acordam*, que bem representa a vontade superior do poder, ditando o seu veredicto (...) O conjunto de acórdãos dos tribunais forma a sua *jurisprudência*, que se diz *mansa* e *pacífica* quando se verifica repetida e uniforme para os mesmo casos e iguais relações jurídicas, submetidas a seu veredicto” (p. 56).

¹⁰ Neste trabalho, aborda-se “ramos do direito” no sentido de *divisão* ou de *especialização* do direito (Plácido e Silva, 2007).

Esta dificuldade se somou a outras preocupações, como a diversidade de conceitos de família presentes na literatura científica brasileira que, ora antagônicos, ora convergentes, coexistem e, em geral, explicitam uma visão do que é, como se constitui e o que representa, para os estudiosos e os seus estudados, uma família. Por vezes, observam-se pesquisas com abordagens quantitativas, a fim de verificar e comprovar os membros que a compõem, a sua estrutura; por outras, evidenciam-se as suas relações, a sua dinâmica, por meio de pesquisas qualitativas, com método etnográfico (o que não significa que “cada caso é um caso”¹¹).

Nesse sentido, Teruya (2008) afirma que diferentes tendências sobre a família “coexistem e se alimentam reciprocamente” (p. 1), o que posiciona “os pesquisadores em debates que confrontam teoria/empíria, análises econômicas/análises culturais, estudos diacrônicos/estudos sincrônicos e abordagens ‘quantitativas’/abordagens ‘qualitativas’” (p. 1). A coincidência entre estes estudos está em evidenciar a importância das famílias para o contexto social e o seu lugar de instituição influenciada e influenciadora na dicotomia “indivíduo e sociedade”, e a diversidade de estruturas e dinâmicas familiares presentes na sociedade brasileira. E é nesta coincidência que reside a preocupação deste trabalho; em outros termos, é na relação, ora convergente, ora antagônica, entre as práticas sociais e a definição legal que se produz a análise da intrincada conceituação de família identificada nas leis e nas decisões judiciais.

O primeiro capítulo aborda as famílias no período colonial e imperial quanto aos modelos patriarcal, nuclear e canônico de família que influenciaram as primeiras legislações brasileiras e constituíram regras e ideais sociais de família. O segundo capítulo se refere à primeira lei que instituiu o casamento civil e ao CC/16, tratando, especialmente, da definição e da caracterização da “família legítima”.

O terceiro capítulo tem como foco as leis que estabelecem regras às famílias e aos seus direitos e que iniciaram sua vigência entre o CC/16 e a CF/88, evidenciando as alterações e as permanências no modelo legal de família adotado por este Código. Objetiva-se, no quarto e no quinto capítulo, respectivamente, identificar o modelo de família que se apresenta na Constituição e nas leis que determinam normas às famílias e aos seus direitos até o início da vigência do CC/02, e nas decisões judiciais do STF e do STJ deste período.

¹¹ Fonseca (1999) explica que não há equivalência entre a “filosofia do cada caso é um caso” e o método etnográfico, pois “a insistência – na visão antropológica – no aspecto social de comportamento leva à procura por sistemas que vão sempre além do caso individual (...). Enfim, o método etnográfico é visto como o encontro tenso entre o individualismo metodológico (que tende para a sacralização do indivíduo) e a perspectiva sociológica (que tende para a reificação do social)” (p. 59). A autora, assim, ao demonstrar a sua explicação por meio do seu estudo sobre a “circulação de crianças em classes populares”, torna claro que de “dados tirados do estudo qualitativo de um certo segmento da vida social podem dar ensejo a modelos abstratos” (FONSECA, 1999, p. 75) por meio de generalizações de dados particulares. Cabe referir, conforme ressalva Fonseca (1999), que essas generalizações são criações abstratas – “simplificação grosseira da realidade” – que auxiliam a compreensão do fenômeno, e não podem ser tratadas como a “chave da compreensão”, pois, com o trabalho, elas servem como alternativa “para abrir o leque de interpretações possíveis, não para fechar o assunto ou criar novas fórmulas dogmáticas” (FONSECA, 1999, p. 75).

CAPÍTULO 1

AS FAMÍLIAS NO PERÍODO COLONIAL E IMPERIAL: O MODELO PATRIARCAL, NUCLEAR E CANÔNICO E AS INFLUÊNCIAS NAS PRIMEIRAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS

O estudo das legislações e das decisões judiciais que tratam sobre as famílias deve ser contextualizado a partir das abordagens sociológicas e históricas e das primeiras legislações que abordam as famílias no período colonial e imperial. Nesse sentido, os modelos de família patriarcal, nuclear e canônico influenciaram as primeiras legislações brasileiras e constituíram regras e ideais sociais de família.

A importância da família, a sua estrutura e funções, bem como as funções do homem, da mulher e da criança, são os fatores definidos pelas legislações que compõem os parâmetros para determinar a “família legítima”. Tal contextualização parte do pressuposto de que as legislações são construídas tendo como referência as concepções e as práticas sociais e culturais ao longo da história.

1.1 O MODELO PATRIARCAL DE FAMÍLIA E AS OBRAS DE GILBERTO FREYRE, OLIVEIRA VIANNA E SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA

A compreensão a respeito da família, na época colonial e imperial brasileiras, foi alterada conforme o período histórico em que foram estudadas. De acordo com Samara (2003) e Teruya (2008), o estudo das famílias está vinculado a dois períodos distintos: nas primeiras décadas do século XX, em que se evidenciava a predominância do modelo patriarcal de família para a formação da estrutura social; e a partir da década de setenta, com a impossibilidade de conceber este modelo de família como o único para as diversas classes sociais.

A matriz conceitual do primeiro período é identificada em Gilberto Freyre, especialmente na sua obra “Casa Grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal”, cuja primeira edição é de 1933; em Oliveira Vianna, “Instituições Políticas Brasileiras”, cuja primeira edição é de 1949, e “Populações Meridionais do Brasil”, de 1920; e em Sérgio Buarque de Holanda, “Raízes do Brasil”, cuja primeira edição é de 1936, que foi reformulada na publicação da segunda edição em 1947.

A estrutura social, para estes autores, explicou a predominância do modelo patriarcal de família. Como a representação do Governo português não estava presente em toda a Colônia,

cabia ao proprietário de terras exercer o poder local. “Desta forma, o poderio patriarcal foi gestado na ausência de um Estado forte, e seu declínio se verificaria quando este Estado assumisse seus papéis” (TERUYA, 2008, p. 4).

Gilberto Freyre (1992) apresentou, em sua obra, a estrutura colonial como

um processo de equilíbrio de antagonismos. Antagonismos de economia e de cultura. A cultura européia e a indígena. A européia e a africana. A africana e a indígena. A economia agrária e a pastoril. A agrária e a mineira. O católico e o herege. O jesuíta e o fazendeiro. O bandeirante e o senhor de engenho. O paulista e o emboaba. O pernambucano e o mascate. O grande proprietário e o pária. O bacharel e o analfabeto. Mas predominante sobre todos os antagonismos, o mais geral e o mais profundo: o senhor e o escravo. (p. 53).

Com base na afirmação do autor, a sociedade colonial brasileira constituiu-se em um “luxo de antagonismos”, cujos excessos despontavam em cada aspecto da vida social (Calazans, 2007). Esses antagonismos estavam em equilíbrio e em harmonia, o que dava condições para a confraternização e para a mobilidade social peculiares ao Brasil; em outros termos, para a miscigenação.

No Prefácio à Primeira Edição de sua obra, Gilberto Freyre (1992) afirmou que

a casa-grande, completada pela senzala, representa todo um sistema econômico, social, político: de produção (a monocultura latifundiária); de trabalho (a escravidão); de transporte (o carro de boi, o bangüê, a rede, o cavalo); de religião (o catolicismo de família, com capelão subordinado ao *pater familias*, culto dos mortos etc.); de vida sexual e de família (o patriarcalismo polígamo); de higiene do corpo e da casa (o “tigre”, a touceira de bananeira, o banho de rio, o banho de gamela, o banho de assento, o lava-pés); de política (o compadrismo).

Assim, a casa-grande, associada à senzala, era percebida pelo autor como o centro da vida econômica, social e política da região e reunia a atuação da Igreja, do Estado e de todas as instituições sociais e econômicas. A equilibrada e harmônica estrutura social brasileira, portanto, estava presente no poder local do chefe da casa-grande: o patriarca.

Para Souza e Botelho (2001), a obra de Gilberto Freyre impõe uma visão única e genérica de família, a qual revela o “modo como se davam as relações entre brancos e negros sob a autoridade do senhor branco proprietário e chefe de família” (p. 415). Ela, também, localiza “a mulher (branca e negra) no conjunto de papéis hierarquicamente posicionados para os atores da trama cotidiana entre a casa e a senzala” (SOUZA E BOTELHO, 2001, p. 415).

Garcia (2006) explica que o poder dos patriarcas – senhores brancos – estava presente no espaço de imensas plantações de culturas tropicais, nesta oposição entre a casa-grande e a senzala. O poder, também, existia nos corpos dos indivíduos, já que a mestiçagem (símbolo, para Gilberto Freyre, de uma sociedade cujos antagonismos estavam em equilíbrio e em harmonia), era indício

de “uma relação mais ou menos antiga, mais ou menos durável, entre um senhor branco e as mulheres negras, ameríndias ou mestiças” (GARCIA, 2006, p. 317).

Essa multiplicidade de uniões temporárias ou permanentes entre o patriarca e as mulheres negras, ameríndias ou mestiças (em geral, suas escravas) não era impedida pela relação entre o patriarca e a esposa branca, a qual era sancionada pelo casamento católico. A multiplicidade de uniões atestava a sua virilidade e o seu poder na casa-grande e na senzala. De acordo com Garcia (2006), “como as relações familiares eram regradas pela moral católica, o objeto de estudo de Freyre não são as práticas de alianças e de filiações legítimas, mas sim os efeitos múltiplos da poligamia dos patriarcas brancos sobre ‘a vida íntima dos Brasileiros’” (p. 317).

Oliveira Vianna, em suas obras, procurou compreender o tipo de povoamento e de ser humano próprio de cada uma das diferentes regiões do Brasil e apontou para a valorização do passado brasileiro e para a contribuição da colonização lusitana. Segundo Prado (2008), o autor pretendia demonstrar “a necessidade de se promover a modernização econômica e social do Brasil a partir da valorização dos traços culturais herdados do período colonial” (p. 1).

A estrutura colonial, para Oliveira Vianna (1987a), constituía-se de acordo com o modelo patriarcal; em outros termos, configurava uma “estrutura social clânica”. Esta estrutura baseada em “clãs” era, na sua compreensão, fato inevitável, “dada a inexistência, ou a insuficiência de instituições sociais tutelares e a extrema miserabilidade de nossas classes inferiores” (OLIVEIRA VIANNA, 1987a, p. 145).

O homem miserável no clã, para ele, buscava um chefe, um patriarca. As famílias eram compostas por consangüíneos e por agregados, que viam na figura do patriarca o centro da decisão de âmbito familiar e do poder local. As “famílias senhoriais” de tradição aristocrática, assim, comandavam os clãs parentais e substituíam as instituições de ordens administrativa e política, “num sistema caracterizado pela concentração fundiária, escravidão, dispersão populacional e descentralização administrativa” (TERUYA, 2008, p. 5).

Oliveira Vianna (1987) afirma que o localismo na vida política levou a “despreocupação do interesse coletivo, ausência de espírito público, de espírito do bem comum, de sentimento de solidariedade comunal e coletiva, carência das instituições corporativas em prol do interesse do ‘lugar’, da ‘vila’, da ‘cidade’” (p. 129). Em outra obra do autor, denominada de “O Idealismo da Constituição”, ele explica que “somos ainda um povo em fase elementar de integração social; temos uma estrutura extremamente fragmentária, dispersa, pulverizada em miríades de pequenos grupos patriarcais, que cobrem por inteiro o nosso território” (OLIVEIRA VIANNA, 1939, p. 65).

A existência de uma estrutura social formada por poderes locais, cujo poder era centralizado na figura do patriarca na casa-grande ou nas famílias senhoriais, é semelhante, portanto, nas obras de Gilberto Freyre e de Oliveira Vianna. E esta estrutura também está presente

na obra de Sérgio Buarque de Holanda, o qual, em “Raízes do Brasil”, analisa a colonização do território brasileiro.

De acordo com este autor, na estrutura colonial, o poder local era dos senhores de engenho, os quais eram sinônimos de solidez na sociedade. O engenho era um organismo completo, era uma micro-sociedade, onde as leis respeitadas eram as leis impostas pelos senhores (Sanchez, 2001). A família, neste contexto, era a base e o centro de toda a organização. O patriarcalismo, o ruralismo e o colonialismo fundamentavam, concomitantemente, as relações familiares e as outras relações sociais (Castro, 2008). Para Sérgio Buarque de Holanda (1981), a dificuldade na transição para o trabalho industrial no Brasil está na generalização das relações familiares para as outras relações sociais, pois elas obstaculizam a formação de homens responsáveis, de cidadãos.

Segundo o autor, “o Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo” (SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, 1981, p. 101). Dessa forma, o Estado não é a continuidade da família e “só pela transgressão da ordem doméstica e familiar é que nasce o Estado e que o simples indivíduo se faz cidadão, contribuinte, eleitor, elegível, recrutável e responsável, ante as leis da Cidade” (p. 101).

A impossibilidade da publicização das relações políticas e sociais e do homem se desvincular dos laços familiares embasa a formação do “homem cordial” (Rezende, 1996). Cordial, para o autor, é o que vem do coração e pode ser o amor ou o ódio, o sentimento de perdão ou a vingança, a concórdia ou a discórdia. “A inimizade bem pode ser tão cordial como a amizade, visto que uma ou outra nascem do coração” (SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, 1981, p. 108).

Este homem tem como características a generosidade, o bom trato e a confiança no outro, desde que o conheça primeiro. A relação entre “homens cordiais” dificulta a distinção entre o público e o privado, pois a amizade e os laços sentimentais e familiares são transportados para o ambiente do Estado. Decca (2006) explica que o “homem cordial” demonstra a “completa exterioridade e ausência de interior” (p. 430). Em outros termos, o “homem cordial, a vida em sociedade é, de certo modo, uma verdadeira libertação do pavor que ele sente em viver consigo mesmo, em apoiar-se sobre si próprio em todas as circunstâncias da existência (...). Ele é antes um viver nos outros” (SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, 1981, p. 108).

A compreensão de Sérgio Buarque de Holanda a respeito do “homem cordial” e das suas repercussões para a sociedade brasileira evidencia a diferenciação na valoração e no significado das características estruturantes do sistema colonial brasileiro, especialmente, quanto ao entendimento de Gilberto Freyre. Para este autor, a estrutura colonial brasileira vivia em

equilíbrio e em harmonia, mesmo com antagonismos; para aquele, a estrutura social levou à cordialidade do homem, dificultando a diferenciação entre o público e o privado e a compreensão do homem como cidadão; já para Oliveira Vianna, propiciou o localismo na vida política, que decorreu na despreocupação do interesse coletivo e do espírito público.

Embora exista nas suas obras diferenças quanto à valoração e ao significado, pode-se observar que é uniforme a definição do modelo de família identificado como predominante na estrutura colonial. Conforme explica Samara (1998),

esse modelo de estrutura familiar [modelo patriarcal de família] necessariamente enfatizava a autoridade do marido, relegando à esposa um papel mais restrito ao âmbito da família. As mulheres depois de casadas passavam da tutela do pai para a do marido, cuidando dos filhos e da casa no desempenho da função doméstica que lhes estava reservada. Monocultura, latifúndio e mão-de-obra escrava reforçavam essa situação, ou seja, a da distribuição desigual de poderes no casamento, o que conseqüentemente criou o mito da mulher submissa e do marido dominador. (p. 14)

O modelo patriarcal de família era composto pelo núcleo conjugal e sua prole legítima, com a diferenciação de funções do homem e da mulher, e incorporava, sob a autoridade do patriarca, os parentes, afilhados, agregados, escravos e até mesmo concubinas e bastardos. “A anexação de outros elementos, como filhos ilegítimos ou de criação, parentes, afilhados, expostos, serviçais, amigos, agregados e escravos, é que conferia à família patriarcal uma forma específica de organização, já que a historiografia utiliza o conceito de família patriarcal como sinônimo de família extensa” (SAMARA, 1998, p. 11).

Para Da Matta (1987), este modelo compreende a “parentela de mais de duas gerações, com agregados, que age de modo corporado quando em crise e possui uma chefia indiscutível” (p. 119). Ele possui “baixa mobilidade social e geográfica, alta taxa de fertilidade e manutenção de laços de parentesco com colaterais e ascendentes, tratando-se de um grupo multifuncional” (TERUYA, 2008, p. 4). Segundo Almeida (1987), a família patriarcal é

uma espécie de matriz que permeia todas as esferas do social: a da política, através do clientelismo e do populismo; a das relações de trabalho e de poder, onde o favor e a alternativa da violência preponderam nos contratos de trabalho e na formação dos feudos políticos, muitos mais que a idéia de direitos universais do cidadão; e por fim nas próprias relações interpessoais em que a personalidade ‘cordial’ do brasileiro impõe pela intimidade e desrespeita a privacidade e a independência do indivíduo (p. 55 e 56).

Assim, a família estava presente, conforme a autora, em todas as esferas do social, quais sejam, a política, a econômica e a interpessoal. De acordo com ela, a matriz da família patriarcal possui uma ética implícita dominante, que se espalhou sobre as formas concretas de organização

familiar, seja dos escravos, seja dos homens livres. O Quadro 1 mostra as características do modelo patriarcal de família, identificado nas obras analisadas:

Quadro 1. Caracterização do modelo patriarcal de família nos períodos Colonial e Imperial, considerando o lugar da família na sociedade, as funções da família, a estrutura familiar e as funções dos membros da família.

MODELO DE FAMÍLIA		MODELO PATRIARCAL DE FAMÍLIA
CARACTERÍSTICAS		
LUGAR DA FAMÍLIA		- centralidade da família na sociedade.
FUNÇÕES DA FAMÍLIA		- grupo multifuncional; - o patriarca detinha: a) as decisões de todas as esferas do social (políticas, econômicas, interpessoais); b) sob sua guarda e responsabilidade, os parentes, afilhados, agregados, escravos, concubinas e bastardos.
ESTRUTURA FAMILIAR		- a família era constituída pelo casamento e pelos filhos desta relação; - características do casamento: a) heterossexual; b) indissolúvel.
FUNÇÕES DOS MEMBROS DAS FAMÍLIAS	HOMEM	- representante da família na sociedade e chefe da família; - incorporava decisões de todas as esferas do social, e guarda e responsabilidade sobre os agregados.
	MULHER	- submissa em relação ao poder do homem; - função doméstica.
	CRIANÇA	- obediência em relação ao poder paterno.

Teruya (2008) evidencia que até a década de 60 era comum a adoção do modelo patriarcal de família na compreensão da estrutura colonial brasileira, mesmo que se vinculassem a temas específicos. A autora cita, além dos autores já expostos, as obras de Luís A. de Costa Pinto, “Lutas de Família no Brasil: era colonial”, publicada em 1943; Nestor Duarte, “A Ordem Privada e a Organização Política Nacional”, publicada em 1939; Alcântara Machado, “Vida e Morte do Bandeirante”, publicada em 1929; e Alfredo Ellis Jr., “Os Primeiros Troncos Paulistas e o Cruzamento Euro-Americano”, publicada em 1936.

1.2 REVISITANDO O MODELO PATRIARCAL DE FAMÍLIA: A COMPLEXIDADE DAS RELAÇÕES FAMILIARES E O REGRAMENTO DA IGREJA E DO ESTADO

Influenciados por novos métodos específicos de análise, especialmente nos anos sessenta e setenta, como a análise demográfica de Henry, Goubert e Fleury¹², a publicação da obra “História

¹² Conforme Marcílio (1977), o demógrafo Louis Henry e os historiadores Pierre Goubert e Michel Flery, do “Institute National des Etudes Demographiques”, principalmente nos anos cinquenta, analisavam os processos vitais das populações por meio de informações obtidas nos registros paroquiais ou de um grupo de paróquias, com o objetivo de reconstituir as famílias. Essa escola demográfica francesa proporcionou a mensuração de “mudanças populacionais, mobilidade, fertilidade, controle de natalidade, mortalidade infantil e modelos de casamento. Mais importante, a técnica de reconstituição de famílias permitiu aos historiadores reconstruir modelos familiares de um número vasto de povos anônimos, e traçar-lhes várias gerações” (TERUYA, 2008, p. 14).

Social da Criança e da Família” em 1960 por Philippe Ariès¹³, e o Grupo de Cambridge¹⁴, os pesquisadores brasileiros ampliaram a compreensão de família, revisando a exclusividade do modelo patriarcal de família para explicar a complexidade das relações familiares durante o período colonial e imperial. Nesse momento, é observado o segundo período histórico no estudo das famílias, qual seja, a compreensão de que é impossível conceber este modelo de família como o único para as diversas classes sociais.

A revisão deste modelo foi realizada, de acordo com Teruya (2008), por meio de pesquisas que se utilizavam do método de reconstituição de famílias, com a análise de registros paroquiais de batismo, casamento e óbito, e listas nominativas de habitantes, realizadas por censos governamentais. Conforme Marcílio (1977), na década de 1960, Luis Lisanti foi o primeiro a demonstrar as listas nominativas de habitantes do Brasil Colonial. Em 1973, a própria Maria Luiza Marcílio estudou o povoamento e a população da cidade de São Paulo no período de 1750 a 1850, na sua obra intitulada “A Cidade de São Paulo: povoamento e população”.

Machado (2001) esclarece que os estudos brasileiros evidenciaram aspectos históricos e sociais diferenciados nestas análises, a depender do seu entendimento sobre a construção de modelo familiar e a influência simbólica deste modelo. As autoras Eni de Mesquita Samara e Mariza Corrêa enfatizaram, em suas obras, “a diversidade de arranjos e modelos em toda a história colonial e moderna, enfraquecendo a idéia de uma família monolítica gilbertiana de Casa-Grande e Senzala ou de Sobrados e Mocambos” (MACHADO, 2001, p. 15); enquanto Ângela Mendes de Almeida e Roberto da Matta realçaram “a dominância do modelo patriarcal

¹³ A obra de Phillippe Ariès, conforme explica Chiozzini (2007), é um resumo de seu estudo publicado no ano de 1960, acrescentado por um prefácio do autor que trouxe um balanço das repercussões e críticas que sua obra despertou. Ele foi influenciado pelo movimento da “História Nova”, o qual propôs o estudo através de novos objetos, novos métodos e novas linguagens na escrita da história. Chiozzini (2007) afirma que este movimento enfatizou o estudo do cotidiano dos “homens comuns” pela história, temas até então reservados à antropologia. A sua fonte principal de pesquisa foi o comportamento das classes altas e elites francesas, especialmente, a partir dos séculos XVI e XVII. Áries (1981) dividiu a sua obra em três capítulos, quais sejam, “O sentimento da infância”, “A vida escolástica” e “A família”, embora seja possível analisar o seu texto sob dois prismas principais. O primeiro trata da constatação da ausência do sentido de infância, que se evidenciou até o fim da Idade Média. No segundo, o autor aborda o processo de definição da infância como um período distinto da vida adulta e possibilita a análise do novo lugar assumido pela criança e pela família nas sociedades modernas.

A obra de Phillippe Ariès influenciou, posteriormente, outros pesquisadores que estudavam relações familiares e são, atualmente, referências sobre o tema, tais como John Demos, “Little Commonwealth: family life in Plymouth Colony”; Edward Shorter; “The Making of the Modern Family”; Lawrence Stone, “The Family, Sex and Marriage in England 1500-1800”.

¹⁴ De acordo com Teruya (2008), o “Cambridge Group for the History of Population and Social Structure”, conhecido no Brasil como “Grupo de Cambridge”, foi fundado em 1964 e teve como expoente Peter Laslett. A pesquisa de Laslett, rejeitando a teoria evolucionista para explicar a família, focou-se na análise do grupo familiar residente (*household*) e apontou para padrões familiares diversos dos até então atribuídos para o período pré-industrial, como a idade do casamento mais tardia, o uso de métodos para controlar o nascimento dos filhos, a prevalência de domicílios nucleares em relação aos extensos, e considerável mobilidade geográfica. Dentre as obras publicadas pelo autor, é importante citar: “The world we have lost: english society before the coming of industry”, em 1965; “Household and family in past time”, em 1972; “Family Life and Illicit Love in Earlier Generations”, em 1977; “Statistical Studies in Historical Social Structure”, em 1979; “Bastardy an its comparative history”, em 1980; “Family forms in Historic Europe”, em 1983.

gilbertiano, não só na história colonial como na moderna e contemporânea” (MACHADO, 2001, p. 15).

Em relação aos estudos das primeiras autoras, Corrêa (1994) e Samara (1987) definem que, no plano conceitual, os pesquisadores brasileiros enfrentaram a dificuldade ligada ao próprio modelo de família e da necessidade de revisão. Para as autoras, a adoção deste modelo de família propiciou o esquecimento das “variações que ocorrem na organização da família em função do tempo, do espaço e dos diferentes grupos sociais” (SAMARA, 1987, p. 30).

Em São Paulo da primeira metade do século XIX, explica esta autora, conviviam poucos senhores de grandes escravarias, homens não proprietários e mulheres chefes de domicílio, o que era similar a outras regiões do território brasileiro (Samara, 1981; Samara, 1987/1988). “O que se percebe claramente nesse período é que os diferentes segmentos que compunham a sociedade encontraram formas diversas de organização” (SAMARA, 1987, p. 31), inclusive, “o padrão de família descrito por Freyre deixou resquícios na sociedade brasileira, especialmente nas camadas mais abastadas da população, que constituíam famílias legítimas com maior número de integrantes” (SAMARA, 1987, p. 33).

Quanto aos pesquisadores brasileiros Ângela Mendes de Almeida e Roberto da Matta, a sua ênfase estava na afirmação do modelo patriarcal de família como referencial e como formador da sociedade brasileira (Machado, 2001). De acordo com Da Matta (1987), este modelo é estruturador da concepção hierárquica de formas de famílias, que as classifica em “completas” e “incompletas”.

Almeida (2008) explica que “Freyre não falava de um ‘modelo’ e sim de uma mentalidade que ultrapassava de longe o âmbito da família biológica e institucional, para se aninhar no seio da própria sociedade colonial, com repercussões até os dias presentes” (p. 4). Em outros termos, para a autora, as obras do primeiro momento que tratavam sobre o modelo patriarcal de família não foram “negadas” ou “limitadas” a determinado espaço físico, mas compreendidas dentro de uma análise mais ampla sobre as famílias, que considera a significativa influência deste modelo na “família biológica e institucional”.

Além do questionamento do modelo patriarcal de família como predominante, as pesquisas a partir da década de setenta consideraram novas abordagens nos estudos que tratavam das famílias. Dentre elas, pode-se citar o estudo sobre o alto índice de ilegitimidade dos filhos de Mesgravis (1976); a família escrava de Alaniz (1977); as uniões consensuais e as ameaças da Igreja aos que viviam em concubinato de Mott (1983); a “roda dos expostos” e o abandono de crianças nascidas de “amores ilícitos” de Gonçalves (1987); a rebeldia e a insubmissão frequentes das mulheres na família patriarcal, contrariando a sua visão submissa, de Samara (1989); a transmissão de fortunas no período colonial de Melo (1990).

Recentemente, é possível identificar estudos que tratam sobre as famílias, as estruturas familiares, e as funções desempenhadas pelos seus membros no período colonial e imperial. Eles evidenciam a diferença entre as práticas sociais e o rigor no regramento exercido pelo Estado e pela Igreja, bem como as semelhanças entre estas instituições no controle das relações familiares e dos membros das famílias.

Os estudos relacionam o lugar da mulher, do homem e da criança no casamento e nas famílias, tal como foi regrado e controlado pelo Estado e pela Igreja, com questões que envolvem sexualidade, corpo, orientação sexual, gênero. Nesse sentido, estão os estudos a respeito da diferenciação entre a visão da mulher como submissa e passiva frente ao homem pregada pela Igreja e pelo Estado e a ocupação por ela do lugar como chefe de família e como trabalhadora (Del Priore, 2005; Figueiredo, 2001; Samara, 2008) do estabelecimento do casamento e o controle da sexualidade, por estas instituições, como mecanismo de ordenamento social e de divisão sócio-econômica e racial entre a população (Araújo, 2001; Del Priore, 1993; Samara, 1998; Vainfas, 1988, 2001); da separação entre as crianças que podiam ter o *status* e os direitos de filho legítimo e as que não podiam, e as conseqüências da ilegitimidade (Marcílio, 1993, 2001, 2006; Neves, 1993; Samara, 1998; Venâncio, 2001).

Samara (2008) explica que, durante a expansão do povoamento paulista, era forte a presença feminina, conjuntamente com os homens, na ocupação de terras e na fundação de vilarejos, pois existem diversos casos de pedidos de datas de sesmaria, comprovadas por registros. As mulheres “se embrenhavam pelo sertão, desbravando, ocupando terras virgens e fundando vilarejos novos” (SAMARA, 2008, p. 12). Ao mesmo tempo, menciona a autora que se verificam, em registros, histórias de viúvas ricas e poderosas e de mulheres comuns, chefes de famílias. As primeiras precisavam demonstrar em juízo que honravam a memória dos seus maridos para conseguir a tutela dos filhos; enquanto estas sustentavam os filhos com seu próprio trabalho.

De acordo com a autora, “comprovadamente, o sexo feminino tinha uma participação mais ativa, à testa de família e dos negócios, contribuindo com recursos para a manutenção da casa” (SAMARA, 1998, p. 61). Inclusive, ela identifica, em testamentos da época, mulheres que tiveram filhos enquanto solteiras, contrapondo-se a idéia de pureza e castidade, e viúvas que contraíram segundas núpcias, provando que havia colocação social para a mulher com filhos naturais.

Ao analisar a história das mulheres em Minas Gerais, Figueiredo (2001) evidencia a participação da mulher no trabalho e na economia e o enfrentamento, por elas, das normas dominantes, preconceitos, perseguições, contrariando a visão de que elas eram submissas e passivas frente ao homem. “Sob esse quadro de tensões extremas, o cotidiano feminino saiu

fortalecido. Se pesadas e rigorosas foram as medidas para controlá-lo, hábeis e engenhosas foram as alternativas de sobrevivência encontradas para transgredi-las” (FIGUEIREDO, 2001, p. 185).

Em outros termos, existia, concomitantemente, a mulher que trabalhava e chefiava a sua família e a que desempenhava as funções de “santa”, “mãe”, “casada”, “boa esposa”, “humilde, obediente e devota”, sob a supervisão da Igreja (Del Priore, 1993). Esta instituição “apropriou-se da mentalidade patriarcal presente no caráter colonial e explorou relações de dominação que presidiam o encontro entre os sexos” (DEL PRIORE, 2005, p. 22), a tal ponto que, nestas funções, a mulher podia casar e, quando casada, a vida conjugal era regulada pela obediência, paciência, fidelidade e assistência feminina, “uma vez que o sexo era considerado um audacioso pecado contra a vontade divina” (DEL PRIORE, 1993, p. 174).

O casamento era utilizado pela Igreja como mecanismo de ordenamento social, de respeitabilidade, de ascensão social e de segurança, e a família como “uma revolução silenciosa de comportamentos” sobre o corpo da mulher (DEL PRIORE, 1993, p. 180). As mulheres – que não tinham maridos – eram desclassificadas socialmente e almejavam, para Vainfas (1988), “uma vida minimamente alicerçada segundo os costumes sociais e a ética oficial” (p. 87).

Segundo Araújo (2001), as leis do Estado e da Igreja, aliados a coerção informal dos costumes, objetivaram o abafamento da sexualidade feminina com a finalidade de manter “o equilíbrio doméstico, a segurança do grupo social e a própria ordem das instituições civis e eclesiásticas” (p. 45). Conforme o autor,

A própria Igreja, que permitia casamentos tão precoces, cuidava disso no confessional, vigiando de perto gestos, atos, sentimentos e até sonhos, como instruem os manuais de confessores da época, com perguntas muito objetivas, para saber:
 “Se pecou com tocamientos desonestos consigo ou com outrem.
 Se tem retratos, prendas ou memórias de quem ama lascivamente.
 Se solicitou para pecar com cartas, retratos ou dádivas.
 Se foi medianeira para isso gente maligna que devia ser sepultada viva.
 Se falou palavras torpes com ânimo lascivo.
 Se se ornou com ânimo de provocar a outrem a luxúria em comum ou em particular.
 Se fez jogos de abraços ou outros semelhantes desonestos.
 Se teve gosto e complacência dos pecados passados ou de sonhos torpes”.
 Com o desejo e as sensações pretensamente domados, vinha afinal o casamento, que podia ser com um homem bem mais velho, de trinta, sessenta e até setenta anos. Agora seu senhor passava a ser o marido. O casal, porém, continuava a sofrer interferência da Igreja mesmo no leito conjugal. Nada de excesso, nada de erotismo. (ARAÚJO, 2001, p. 51 e 52)

O controle exercido pela Igreja na sexualidade feminina não dava conta de evitar os “desvios”. Araújo (2001) aponta que eles se expressavam pela sedução, pela vaidade, pelo desejo. “A sexualidade feminina na época colonial manifestava-se sob vários aspectos, sempre se esgueirando pelos desvãos de uma sociedade misógina e suportando a culpa do pecado a ela atribuído pela Igreja” (ARAÚJO, 2001, p. 73).

Da mesma maneira acontecia com a orientação sexual. A homossexualidade era proibida pelo Estado e pela Igreja. O Santo Ofício possuía um Regimento Interno em 1640, com o objetivo de orientar a investigação da vida sexual dos acusados de práticas denominadas de “sodomíticas”. Vainfas (2001) esclarece os fatos levados em consideração durante o julgamento: “a publicidade das atitudes, os possíveis dramas de consciência, a disposição de colaborar com os inquisidores, a convicção do erro” (p. 120).

O objetivo do Santo Ofício era punir os “sodomitas assumidos”, que ostentassem ou não o “vício” no cotidiano. Poucos casos que tratavam sobre a “sodomia feminina” foram julgados pela Inquisição, já que os inquisidores tinham dúvidas e debatiam se a mulher era ou não capaz de praticar ato sexual com outra mulher. De acordo com Vainfas (2001), antes de o Conselho Geral da Inquisição reconhecer a incompetência do Santo Ofício para julgar “mulheres sodomitas”, pelas relações entre as mulheres não serem consideradas como sexuais, algumas foram julgadas na Colônia entre os anos de 1591 e 1595, com a vinda do visitador Heitor Furtado.

O desdém e o desprezo de Heitor Furtado no julgamento da “sodomia feminina” demonstram, com base neste autor, uma faceta da misoginia que reinava na cultura letrada ocidental. “A mesma cultura que inspirava leis proibitivas mais rigorosas contra a exibição do corpo feminino em relação à do masculino; a mesma que, reproduzindo o ‘corpo hipocrático’, estigmatizava a vagina e o útero como órgãos imperfeitos e doentios, quando comparados ao falo” (VAINFAS, 2001, p. 138).

Vainfas (2001) explica que a relação entre os “homens sodomitas” era percebida por meio de um “frenesi puramente sexual”, pela alta circulação de parceiros, pelos encontros breves e pela falta de demonstração de afetividade; enquanto entre as mulheres, visualizam-se enredos amorosos, paixões, cartas enamoradas e monotonia no que diz respeito aos atos sexuais, se não a impossibilidade da sua realização. A homossexualidade masculina e a feminina eram, portanto, tratadas de forma diferenciada pela Inquisição em virtude do desdém e do desprezo quanto às mulheres, seus corpos, sua sexualidade, seus desejos, sua capacidade intelectual.

A definição das funções da família pela Igreja e pelo Estado não se resumia aos papéis desempenhados pelo homem e pela mulher no casamento, ao heterocentrismo (que representava a reprodução) e à manutenção de um ordenamento social. Eram, também, determinados por estas instituições quais grupos sociais poderiam casar e fariam parte de uma relação legítima, e – em decorrência dessa determinação – quais os filhos seriam considerados como legítimos ou ilegítimos.

Nesse sentido, Samara (1998) afirma que “é possível estabelecer uma relação íntima entre casamento, cor e grupo social” (p. 42). A autora explica que o matrimônio era opção para certa

parcela da população, o qual representava a conveniente união entre a elite branca interessada na manutenção do prestígio e da estabilidade social.

O alto custo das despesas matrimoniais e a limitação, críticas e desaconselhamentos da Igreja dificultavam o casamento pelas famílias nas camadas mais baixas da população, o que pode ser demonstrado pelo inexpressivo número de casamentos mistos quanto à cor. Para a autora, “numa sociedade onde a maior parte dos seus integrantes professava a fé católica, a religião foi outro sério obstáculo à realização de casamentos mistos” (SAMARA, 1998, p. 52).

Os indivíduos que não se casavam em virtude da origem e da posição sócio-econômica ocupada – embora constituíssem uma parcela representativa da população – permaneciam nas uniões ilegítimas ou no celibato. “A ilegitimidade, vista a partir desse contexto onde proliferavam os concubinatos e o próprio celibato, pode ser encarada como um acontecimento normal, o que não significa que houvesse tolerância para indivíduos com marca de bastardia” (SAMARA, 1998, p. 22).

A aprovação na escala social dos filhos que nasciam em decorrência das uniões ilegítimas, denominados de bastardos ou ilegítimos, estava intimamente relacionada à aceitação pelo pai de seu filho e, em especial, à posição sócio-econômica ocupada por ele (Samara, 1998). Em outros termos, importavam o desejo do pai de reconhecer o seu filho e o lugar que ele ocupava na estrutura social.

Essa situação ocorria, inclusive, com os filhos cujos pais eram padres. Neves (1993) explica que, durante o período colonial, identificam-se diversas cartas de legitimação de filhos escritas por padres com o objetivo de “habilitar e instituir como herdeiros os filhos nascidos de uniões ilegais e, no caso dos padres, os filhos sacrílegos” (p. 137). O autor afirma que os filhos sacrílegos, em geral, eram aceitos pelas famílias e pela sociedade e criados pelos padres, desde pequenos. Apesar de aceitos, os filhos não eram tratados como os legítimos. A diferenciação era percebida no processo em que se julgavam as cartas de legitimação, onde, normalmente, não se identificava o nome da mãe da criança nem a relação desta com o padre, mesmo que a mulher tivesse diversos filhos com ele e a relação fosse contínua e conjugal.

A tolerância com a bastardia, evidencia Samara (1998), “era mais aparente que real e estava na dependência de vários fatores de natureza econômica, racial, familiar e moral” (p. 26). Por esses motivos, conclui a autora que os “filhos ilegítimos nem sempre permaneciam junto a seus pais e muitas mães não assumiam essa responsabilidade, conservando-os longe da sua própria casa ou mesmo os expondo à caridade pública. A Roda de Santa Casa [de Misericórdia] é um exemplo típico” (SAMARA, 1998, p. 23).

Segundo Venâncio (2001), “durante o período colonial, muitas mulheres viram-se diante da necessidade de abandonar os próprios filhos” (p. 189). Neste período e no imperial, a

responsabilidade de cuidar as crianças abandonadas era das Câmaras Municipais, por exigência legal. Essa obrigação, em geral, era vista “como um encargo acima de suas possibilidades materiais e organizacionais.” (MARCÍLIO, 2001, p. 69), o que justificava o atendimento de uma parcela ínfima das crianças abandonadas em espaço físico próprio.

Com a decretação da Lei dos Municípios de 1828, permitiu-se às Câmaras Municipais transferir essa responsabilidade para as Santas Casas de Misericórdia, que cuidariam do recolhimento das crianças abandonadas por meio do sistema da roda dos expostos¹⁵ (Marcílio, 2006). As Santas Casas de Misericórdia, incumbidas deste sistema, tinham como meta a assistência caritativa e missionária. Esta caridade pública visava recolher as crianças expostas ou abandonadas num único lugar, garantir o anonimato dos pais, regular o tamanho das famílias e “defender a honra das famílias cujas filhas teriam engravidado fora do casamento” (MARCÍLIO, 2001, p. 74). A intenção era evitar que as crianças expostas fossem abandonadas “pelos caminhos, bosques, lixos, portas de igreja ou de casas de família, como era de costume, na falta de outra opção” (MARCÍLIO, 2001, p. 54). Como consequência desse abandono, a maioria das crianças era morta em virtude de fome, frio ou mesmo comidas por animais.

A primeira preocupação deste sistema era providenciar o batismo das crianças expostas (MARCÍLIO, 1993). A Igreja católica, “em sua sabedoria milenar”, permitia o batismo a todas as crianças, com a finalidade de “salvar as suas almas”. Após o batismo, determinava a rigorosa distinção das crianças nos livros de registros de batismo e criava diferentes categorias sociais para registrar, em livros distintos, os filhos legítimos, os ilegítimos, os expostos, os adulterinos, os sacrílegos, entre outras classificações (Marcílio, 2006).

Como foram criadas tardiamente e em número insuficiente, as rodas de expostos representam um fenômeno urbano e pontual e não atenderam a demanda da época (Marcílio, 2006). “A mortalidade dos expostos, assistidos pelas rodas, pelas Câmaras ou criados em famílias substitutas, sempre foi a mais elevada de todos os segmentos sociais do Brasil, em todos os tempos” (MARCÍLIO, 2001, p. 55). As crianças – que eram encontradas e não recebiam a proteção devida da Câmara ou da roda dos expostos – eram criadas por famílias substitutas, no seu dever de caridade ou de compaixão. Esta prática foi, para Marcílio (2001), amplamente difundida e aceita no Brasil mesmo antes de existir o instituto da adoção.

¹⁵ De acordo com Marcílio (2001), “a roda dos expostos foi uma das instituições brasileiras de mais longa vida, sobrevivendo aos três grandes regimes de nossa História. Criada na Colônia, perpassou e multiplicou-se no período imperial, conseguiu manter-se durante a República e só foi extinta definitivamente na recente década de 1950! Sendo o Brasil o último país a abolir a chaga da escravidão, foi ele igualmente o último a acabar com o triste sistema da roda dos enjeitados. Mas essa instituição cumpriu importante papel. Quase por século e meio a roda de expostos foi praticamente a única instituição de assistência à criança abandonada em todo o Brasil.” (p. 53) Em decorrência desta lei, foram criadas nove rodas (Porto Alegre, Rio Grande e Pelotas no Rio Grande do Sul; Cachoeira na Bahia; Olinda em Pernambuco; Campos no Rio de Janeiro; Vitória no Espírito Santo; Desterro [Florianópolis] em Santa Catarina; e Cuiabá em Mato Grosso), somando-se as quatro já existentes (Salvador, Rio de Janeiro, Recife e São Paulo).

A autora relata que em algumas famílias, inclusive, inseriam-se os filhos de criação como filhos legítimos nos recenseamentos. “Este fato era recorrente entre os roceiros e sitianteiros pobres, que praticamente nenhuma preocupação tinham com a transmissão de propriedades. A herança sempre foi o nó para a aceitação dos expostos (e dos filhos naturais) como filhos pelas famílias. Está na essência do sistema dominante” (MARCÍLIO, 2001, p. 71).

A família que era regulada pela Igreja e pelo Estado, portanto, estava ao alcance de quem se engajava nas regras estabelecidas, quer para desempenhar a função da mulher obediente, paciente, fiel e submissa, quer para se enquadrar no grupo social a que foi legitimado o casamento e a filiação. De acordo com Corrêa (1994), “tão importante quanto o questionamento empírico e teórico (de que outras maneiras, sob que outros ângulos, esta história poderia ser contada?) é o questionamento político (a que, ou quem, serve a versão assim contada?)” (p. 37).

A ampliação na compreensão da estrutura e organização das famílias existentes durante o período colonial e imperial permitiu, assim, o questionamento do modelo patriarcal de família, que era representativo apenas para uma parte da população. Os estudos sobre as famílias, em especial a partir da década de setenta, evidenciam a significativa influência que este modelo exerceu nas práticas sociais ao determinar a “completude” e a “incompletude” das famílias e mostram a complexidade das relações familiares que ultrapassa as noções de heterocentrismo, de autoridade patriarcal, de diferenciação de funções entre o homem e a mulher, de grupo multifuncional (consideradas como as principais características do modelo patriarcal de família), e a exclusão das relações conjugais e parentais que não atendiam aos regramentos da legitimidade – e, portanto, da ilegitimidade – das famílias.

1.3 O “DESEMBARQUE” DE UMA “NOVA” COMPREENSÃO SOBRE A FAMÍLIA DURANTE O SÉCULO XIX: O MODELO NUCLEAR DE FAMÍLIA

Com as mudanças políticas e econômicas ocorridas durante o século XIX, novas correntes de pensamento que tratavam sobre as famílias, em especial, vindas do pensamento político europeu, “desembarcaram” no Brasil. “Recém tornado independente e tendo acesso ao notável movimento de idéias desse século, o Brasil viu-se invadido por uma série de concepções que traziam consigo novos princípios, novas modas, novos procedimentos de estar em sociedade e em família, novos ideais públicos e privados” (ALMEIDA, 1999, p. 9).

Esse movimento de idéias, em sua maioria, ressaltava a importância da família na sociedade. Perrot (1997) afirma que tal concepção era tão evidente que “para os liberais, a família – comunidade de certo modo ‘natural’ – é a chave da felicidade individual e do bem público” (p. 97). Inclusive, evidencia a autora, a centralidade da família na sociedade se constituiu em objeto

de discussão do movimento socialista e de teóricos anarquistas da época; dentre estes, Proudhon, o qual defendia que “a família conjugal é a célula viva de um privado que devia absorver o público e extinguir o Estado” (PERROT, 1997, p. 102).

Nesse sentido, Ariès (1981) define que “toda a evolução de nossos costumes contemporâneos torna-se incompreensível se desprezarmos esse prodigioso crescimento do sentimento da família. Não foi o individualismo que triunfou, foi a família” (p. 274). Este lugar significativo da família na sociedade pode ser evidenciado, ainda, pelas funções a ela atribuídas, assim sintetizadas por Perrot (1997a):

A família, átomo da sociedade civil, é a responsável pelo gerenciamento dos ‘interesses privados’, cujo bom andamento é fundamental para o vigor dos Estados e o progresso da humanidade. Cabe-lhe um sem número de funções. Elemento essencial da produção, ela assegura o funcionamento econômico e a transmissão dos patrimônios. Como célula reprodutora, ela produz as crianças e proporciona-lhes uma primeira forma de socialização. Garantia da espécie, ela zela por sua pureza e saúde. Cadinho da consciência nacional, ela transmite os valores simbólicos e a memória fundadora. É a criadora da cidadania e da civilidade. A ‘boa família’ é o fundamento do Estado (p. 105).

As inúmeras funções da família, com base na autora, relacionavam-se à estruturação da sociedade (átomo da sociedade civil), à essencialidade da produção e do funcionamento econômico, à reprodução e primeira socialização das crianças, à garantia da perpetuação da espécie, à consciência nacional, à cidadania e civilidade. A sua função essencial era fundamentar o Estado.

A importância da família na sociedade firmava-se em um novo aspecto até então não predominante: o sentimento de ser uma família. De acordo com Ariès (1981), a nuclearização da família evidenciou este aspecto e influenciou na nova delimitação entre o público e o privado e no novo lugar concedido ao homem, à mulher e, especialmente, à criança na família e na sociedade.

O modelo moderno, nuclear e burguês tinha na residência um recinto fechado, íntimo e privado, “onde o homem, fatigado da vida pública, refugiava-se e gozava das delícias da família” (ALMEIDA, 1999, p. 12). Na família foram construídos os limites para o indivíduo agir, circular, demonstrar afeto e amor, e satisfazer seus impulsos sexuais.

O matrimônio tornou-se o meio mais favorável para o bom regime sexual. A medicina auxiliou na normatização da família nuclear pela prescrição do casamento, pois “os médicos, novos sacerdotes, sacralizaram o casamento ao mesmo tempo como regulador das energias e forma de evitar as perigosas relações dos bordéis, destruidores da raça” (PERROT, 1997a, p. 113).

Templo da sexualidade comum, a família nuclear erige normas e desqualifica sexualidades periféricas. O leito conjugal é o altar das celebrações legítimas. Já não é

circundado por cortinas, mas pela espessura das paredes do quarto ‘de dormir’, pela fechadura de uma porta que apenas excepcionalmente é franqueada aos filhos, ao passo que os pais podem entrar a qualquer momento no local de repouso. A Igreja, antes tão preocupada, agora prescreve aos padres confessores que não importunem mais as pessoas – as mulheres – casadas com perguntas. Paz para a santa noite conjugal! (PERROT, 1997a, p. 115 e 116).

O casamento era realizado entre homem e mulher. A “complementação entre os sexos” era percebida como uma norma “natural” e incentivou a construção das funções do homem e da mulher. O homem, no espaço público, servia como modelo moral de cidadão e sua função era o sustento econômico da família; no espaço privado, desempenhava a função de chefe de sua família e detentor do poder de decisão. A concessão de poder ao homem era explicada por meio da significativa valorização das atividades masculinas em detrimento das atividades femininas.

O homem e a mulher eram vistos como “naturalmente” desiguais no modelo nuclear de família. Essas desigualdades entre homem e mulher podem ser comparadas às diferenças naturalizadas entre pobres e ricos. De acordo com Almeida (1999), “todos os homens são iguais perante a lei, os ricos enriquecem e os pobres empobrecem por causa das leis ‘naturais’ do mercado” (p. 61), embora “a família, estando excluída da produção, teria constituído uma célula perigosamente igualitária se não houvesse também leis ‘naturais’ que colocassem a mulher no seu lugar, que não é igual ao do homem” (p. 61).

Sobre a mulher recaiu-se a preocupação dos moralistas e dos médico-higienistas (Costa, 1983). Esta preocupação se baseava no desempenho da mulher frente aos seus deveres, que se constituíam no cuidado do lar e no afeto e educação dos filhos. Para tanto, foram criadas normas para a maternidade, que, quando cumpridas à risca, demonstravam que a mulher enquadrava-se no esperado como “normalidade feminina” e na imagem de “mãe”, que possui o “instinto materno”¹⁶ (Badinter, 1985).

Era com essas características e com a valorização da intimidade que uma nova mulher “nasceu” para as relações privadas da família burguesa. D’Incao (2001) explica que em “um sólido ambiente familiar, o lar acolhedor, filhos educados e esposa dedicada ao marido, às crianças e desobrigada de qualquer trabalho produtivo representavam o ideal de retidão e probidade, um tesouro social imprescindível” (p. 221).

A “boa” mãe preocupava-se com todos os aspectos da vida dos filhos, embora quem decidia a respeito deles era o pai. Acreditava-se que a decisão do pai se fundava nos “argumentos da ciência e da razão” e sustentava os “direitos da inteligência”; enquanto as mulheres eram

¹⁶ Conforme explica Badinter (1985), o interesse e a dedicação à criança não existiram em todas as épocas e em todos os meios sociais de maneira semelhante. “No final do século XVIII, o amor materno parece um conceito novo” (BADINTER, 1985, p. 145). Já início do século XIX, esclarece a autora, o papel da mãe modifica-se radicalmente devido às influências dos moralistas, educadores e filósofos, e passa a ser compreendido como um sentimento inerente à condição da mulher.

“devotas e obscurantistas”, “demasiado suscetíveis ao sentimento”, “tentadas pela paixão”, “espreitadas pela loucura” (Perrot, 1997b).

Os filhos passaram a ter um tratamento diferenciado com a nuclearização da família. Eles ocuparam o centro da família e eram objetos “de todos os tipos de investimentos: afetivo, claro, mas também econômico, educativo, existencial. Como herdeiro, o filho é o futuro da família, sua imagem sonhada e projetada, sua forma de lutar contra o tempo e a morte” (PERROT, 1997b, p. 146).

O significativo lugar das crianças baseava-se na importância destas para a família e a sociedade, como projeção de imortalidade dos pais e como continuação da espécie, e para as “colônias a povoar e trabalhos para braços antes desocupados” (ALMEIDA, 1999, p. 12). O enfrentamento das altas taxas de mortalidade, em virtude da necessária colonização e mão-de-obra, durante esse período, era imperioso. Conforme explica Perrot (1997b), o filho constituiu-se no “futuro da nação e da raça, produtor, reprodutor, cidadão e soldado do amanhã” (p. 148).

Percebeu-se, neste modelo de família, a infância como uma etapa do ciclo vital diferenciada da vida adulta, o que permitiu a diferenciação entre o adulto e a criança, propiciou o cuidado desta pelos pais e instituiu deveres e limites na educação e nas relações entre os pais e os filhos (Ariès, 1981). O cuidado com a criança abrangia “os interesses mais altos da coletividade: a criança como ‘ser social’” (PERROT, 1997b, p. 148), embora o seu lugar na família e na sociedade e a sensibilidade à infância não tenham afetado “a autoridade da família nem a do poder paterno” (PERROT, 1997b, p. 122).

As principais características do modelo nuclear de família são apresentadas no Quadro 2:

Quadro 2. Caracterização do modelo nuclear de família considerando o lugar da família na sociedade, as funções da família, a estrutura familiar e as funções dos membros da família.

MODELO DE FAMÍLIA		MODELO NUCLEAR DE FAMÍLIA
CARACTERÍSTICAS		
LUGAR DA FAMÍLIA		- centralidade da família na sociedade (“prodigioso crescimento do sentimento de ser uma família”).
FUNÇÕES DA FAMÍLIA		- estruturação da sociedade (“átomo da sociedade civil”); - essencialidade da produção e do funcionamento econômico; - reprodução e primeira socialização das crianças; - garantia da perpetuação da espécie; - consciência nacional, cidadania e civilidade; - fundamento do Estado.
ESTRUTURA FAMILIAR		- a família era constituída pelo casamento e pelos filhos desta relação; - características do casamento: a) heterossexual (complementação dos sexos e “naturalização” da desigualdade dos sexos); b) monogâmico (demonstração de afeto e de amor e satisfação dos impulsos sexuais).
FUNÇÕES DOS	HOMEM	- público: sustento econômico e modelo moral de cidadão; - privado: chefe da família e detentor do poder de decisão em relação à esposa e aos filhos.
		- submissa em relação ao poder do marido;

MEMBROS DAS FAMÍLIAS	MULHER	- função doméstica; - afeto e cuidado dos filhos (“instinto materno”).
	CRIANÇA	- centralidade na família; - herdeiro da família (futuro da família, imagem sonhada e projetada); - objeto de investimentos: afetivo, econômico, educativo, existencial; - infância como etapa do ciclo vital diferenciada da vida adulta.

O modelo nuclear de família foi construído, portanto, com base na redefinição do espaço público e do privado; na “privatização” das relações familiares, inclusive para o bom regime sexual; na “naturalização” da desigualdade e na definição de funções para o homem e a mulher; no patriarcalismo; no heterocentrismo; na diferenciação da infância como etapa do ciclo vital e no cuidado das crianças, que se tornaram objeto central de sentimentos e investimentos. A família se constituiu num “‘ser moral’ que se diz, se pensa e se representa como um todo. Percorrem-na fluxos que conservam sua unidade: o sangue, o dinheiro, os sentimentos, os segredos, a memória” (PERROT, 1997c, p. 187).

Este novo ideal teve repercussões entre os moralistas, médicos e higienistas no Brasil. Se “antes” a família era encarada apenas do ponto de vista do patrimônio, o pensamento da “moda” estava sob a forma de um ideário moderno, higiênico, científico e normalizador. De acordo com Almeida (1999), “analisar a família no Brasil do século XIX implica em destrinchar o nó emaranhado entre a influência da mentalidade burguesa que ‘chegava de fora’ e as resistências e adaptações praticadas em nome da mentalidade derivada das raízes rurais e coloniais” (p. 16).

As influências, as resistências e as adaptações do modelo nuclear de família na sociedade da época podem ser observadas, em especial, nas famílias ricas e burguesas, o que “deixou ainda mais claros os limites do convívio e as distâncias sociais entre a nova classe e o povo”¹⁷ (D’INCAO, 2001, p. 228). Segundo Neder (2002), “evidentemente, este projeto voltava-se para a modernização da família branca, de origem européia, e inscrevia-se no quadro das modificações da família tradicional, que tendia a alterar-se com a urbanização e os modismos que impunham

¹⁷ Ao estudar as mulheres no Sertão Nordeste, Falci (2001) evidencia que as da classe mais abastada não tinham e não poderiam ter atividades fora do lar. Elas “eram treinadas para desempenhar o papel de mãe e as chamadas ‘prendas domésticas’ – orientar os filhos, fazer ou mandar fazer a cozinha, costurar e bordar” (FALCI, 2001, p. 249). As mulheres menos afortunadas, que eram viúvas ou pertencentes a uma elite empobrecida, exerciam algumas atividades para ajudar no sustento e na educação da prole, tais como fazer doces por encomenda, arranjos de flores, bordos a crivo, ou dar aulas de piano e solfejo, embora escondessem o seu trabalho para não serem socialmente criticadas. Caso seu trabalho fosse descoberto, estas mulheres “tornavam-se facilmente alvo de maledicência por parte de homens e mulheres que acusavam a incapacidade do homem da casa, ou observavam sua decadência econômica” (FALCI, 2001, p. 249). As pobres, como não tinham outra escolha, garantiam o seu sustento e, geralmente, o de seus filhos, e eram “costureiras e rendeiras, lavadeiras, fiadeiras ou roceiras – estas últimas, na enxada, ao lado de irmãos, pais ou companheiros, faziam todo o trabalho considerado masculino: torar paus, carregar feixes de lenha, cavoucar, semear, limpar a roça do mato e colher” (FALCI, 2001, p. 250). Já as escravas eram usadas para trabalhar, pelos seus senhores, em qualquer serviço. Podiam trabalhar na roça ou ser “tecelãs, fiadeiras, rendeiras, carpinteiras, azeiteiras, amas-de-leite, pajens, cozinheiras, costureiras, engomadeiras e mão-de-obra para todo e qualquer serviço doméstico” (FALCI, 2001, p. 250).

mimeticamente novos padrões de comportamento, uma vez que o país estava inserido no mercado mundial” (p. 32).

A adoção do modelo nuclear de família influenciou significativamente na sexualidade e no corpo das mulheres (Almeida, 1987; D’Incao, 2001; Falci, 2001). Conforme afirma D’Incao (2001), “os homens eram bastante dependentes da imagem que suas mulheres pudessem traduzir para o restante das pessoas de seu grupo de convívio.” (p. 229). O homem era, assim, rodeado de um grupo de mulheres (esposas, tias, filhas, irmãs, sobrinhas, serviçais), das quais ele esperava auxílio para ascender ou manter a sua posição social.

As mulheres, dessa maneira, precisavam ajudar na ascensão ou manutenção da posição social do pai, do marido e da família, e garantir a honra, a boa fama e a imagem destes. Estas funções foram assumidas na medida em que passaram a freqüentar cafés, bailes, teatros e certos acontecimentos sociais, e a abrir as salas de visitas e salões de sua casa (espaços intermediários entre o lar e a rua) para a realização de saraus noturnos, jantares e festas, desde que a intimidade, que começou a ser percebida como um valor, fosse resguardada. “Essas mulheres tiveram de aprender a comportar-se em público, a conviver de maneira educada” (D’INCAO, 2001, p. 228).

A ascensão ou manutenção do *status* social dependia da imagem transmitida pela mulher, que deveria ser a de “esposa modelar” e a de “boa mãe”. “Cada vez mais é reforçada a idéia de que ser mulher é ser quase integralmente mãe dedicada e atenciosa, um ideal que só pode ser plenamente atingido dentro da esfera da família ‘burguesa e higienizada’” (D’INCAO, 2001, p. 229).

A intervenção sobre as mulheres, em especial as de elite, estavam no uso diário de roupas (que deveriam ser adequadas a de uma mulher recatada), no encontro sexual com o marido, nos seus comportamentos em público e os das filhas, no controle da castidade e da virgindade destas. A virgindade feminina era considerada um requisito fundamental e funcionava como “objeto de valor econômico e político, sobre o qual se assentaria o sistema de herança de propriedade que garantia linhagem de parentela” (D’INCAO, 2001, p. 235).

Como os casamentos se baseavam nestes valores, a afinidade sexual e o afeto não tinham espaço nesta decisão. Falci (2001) evidencia que esses fatores intensificavam o nível de violência das relações conjugais, além do próprio controle exercido sobre a mulher, que “passava a se vestir de preto, não se perfumava mais, não mais amarrava seus cabelos com laços ou fitas, não comprava vestidos novos” (p. 269).

Já que nem todas as mulheres garantiam um “bom” casamento, as mais jovens sem *status* e sem bens relacionavam-se com homens mais velhos e, geralmente, casados, os quais concediam a elas o amparo financeiro e social que precisavam. Conforme afirma Falci (2001), no Sertão

Nordestino, “mesmo sendo a segunda ou a terceira ‘esposa do senhor juiz’, o poder e o prestígio que advinham do seu cargo era partilhado pela mulher” (p. 269).

A influência, ou mesmo adaptação ou resistência, ao ideal de família nuclear foi, portanto, gradual e atingiu diferentemente as classes sociais. Como este modelo adotou, em geral, as mesmas determinações do modelo patriarcal de família, ele foi “reapropriado e adaptado pela mentalidade da família patriarcal” (ALMEIDA, 1987, p. 63). As semelhanças entre os dois modelos estão relacionadas à centralidade da família na sociedade, à legitimação das relações conjugais e da filiação exclusivamente pelo casamento (heterossexual e monogâmico), à autoridade do homem como chefe da família e à submissão e obediência da mulher e dos filhos. As principais mudanças para a adoção do modelo nuclear de família se baseavam na estrutura, pois neste era central o casal e os filhos legítimos (núcleo familiar), enquanto no patriarcal a centralidade era o homem e seus agregados; e na função essencial desempenhada pelas crianças para a família, que as tornavam objetos de investimentos afetivos, econômicos, educativos, existenciais.

1.4 PERÍODO IMPERIAL E A INTRINCADA LEGISLAÇÃO DA ÉPOCA: ORDENAÇÕES FILIPINAS, DIREITO CANÔNICO E AS PRIMEIRAS LEIS BRASILEIRAS

Na legislação do período imperial persistiram as mesmas normas sobre o casamento que vigoravam na época colonial e se baseavam nas regras do Estado e da Igreja. A legislação vigente no Brasil, nesse período, eram as Ordenações do Reino, denominadas de “Ordenações Filipinas”, as quais foram decretadas em 11 de janeiro de 1603 e confirmadas e revalidadas em 29 de janeiro de 1643, e permaneceram em vigência devido à Lei de 20 de outubro de 1823 (art. 1º), decretada pela Assembléia Constituinte. “É o que se verifica pela [obra] Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas, escritas no terceiro quartel do século passado” (ALMEIDA, 1999, p. 55).

As regras previstas nessas Ordenações tratavam, principalmente, sobre o respeito à hierarquia social vigente e o resguardo do patrimônio (Samara, 1987/1988). Caso o marido encontrasse sua esposa em adultério, por exemplo, ele poderia matá-la e o adúltero, desde que este não possuísse mais patrimônio ou estivesse em um cargo hierárquico superior ao primeiro. Se o fizesse, seria expulso para a África¹⁸.

¹⁸ Ordenações Filipinas, Livro V, Título XXXVIII “Do que matou sua mulher póla achar em adulterio. Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assi a ella, como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adultero Fidalgo, ou nosso Dezembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adultério, não morrerá por isso, mas será degradado para Africa com pregão na audiência pelo tempo, que aos Julgadores bem parecer, segundo a pessoa que matar não passando de trez annos”.

O fato de um homem se relacionar sexualmente com uma mulher que não estava casada “de feito e de direito”, impedia que ele sofresse a pena de morte, que era a determinada para quem tivesse relação sexual com mulher casada. Neste caso, “haverá outra pena que seja aquela de morte, segundo arbítrio do Julgador” (Ordenações Filipinas, Livro V, Título XXVI).

Na maioria dos crimes, a pena constituía-se pelo pagamento de dinheiro, pela morte, ou pelo banimento, e ela era concedida em razão da posição hierárquica ocupada pelo autor do crime. Eles tratavam de adultério, de traição¹⁹ ou de qualquer ato que fosse considerado um desvio, como vestir-se com roupas do sexo oposto²⁰ ou ter práticas homossexuais²¹.

A caracterização da família era similar ao da Igreja Católica, inclusive, eram excluídos e penalizados os considerados hereges²². A união legitimada era formada pelo matrimônio, heterossexual, monogâmico e indissolúvel, com o objetivo de resguardar o patrimônio e com nítida preocupação de evitar o incesto²³.

Era exercido um significativo controle sobre as mulheres para assegurar estes objetivos, em especial, o primeiro. Dessa forma, a decisão a respeito do casamento cabia ao pai, que podia escolher e verificar se o suposto genro tinha condições necessárias para contrair matrimônio com sua filha.

¹⁹ Ordenações Filipinas, Livro V, Título XXXIII “Dos ruffiães e mulheres solteiras. Defendemos que nenhuma pessoa tenha manceba teúda em mancebia de que receba bemfazer, ou ella delle. E o que o contrario fizer, assi elle, como ella, sejam açoutadas publicamente pelo lugar, em que isto for e elle será degradado para Africa, e ella para o Couto de Castro Marim até nossa mercê e mais cada hum delles pague mil réis, para quem os accusar. Porém, sendo elle Scudeiro, ou se tratar como tal, seja sómente degradado para fora de Villa e termo para sempre com pregão na audiência, e mais pague os ditos mil réis”.

²⁰ Ordenações Filipinas, Livro V, Título XXXIV “Do homem que se vestir em trajos de mulher, ou mulher em trajos de homem, e dos que trazem mascarar. Defendemos que nenhum homem se vista, nem ande em trajos de mulher, nem mulher em trajos de homem, nem isso mesmo andem com mascarar, salvo se for para festas, ou jogos, que se houverem de fazer fora da Igrejas, e das Procissões. E quem o contrario de cada huma das ditas cousas fizer, se for peão, seja açoutado publicamente, e se for Scudeiro, e dahi para cima, será degradado dous annos para Africa, e sendo mulher da dita qualidade, será degradada trez annos para Castro-Marim. E mais cada hum, a que o sobredito for provado, pagará dous mil réis para quem o accusar”.

²¹ Ordenações Filipinas, Livro V, Título XIII “Dos que commettem peccado de sodomia, e com alimarias. Toda a pessoa, de qualquer qualidade que seja, que peccado de sodomia per qualquer maneira commetter, seja queimado e feito per fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória, e todos seus bens sejam confiscados para a Coroa de nossos Reinos, postoque tenha descendentes, pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inhabiles e infames, assi como os daquelles que commettem crime de Lesa Magestade. 1. E esta Lei queremos que também se entenda, e haja lugar nas mulheres, que humas com as outras commettem peccado contra natura, e da maneira que temos dito nos homes”.

²² Inclusive, encontram-se diversas referências para a deserdação ou para crimes em virtude da heresia. Ordenações Filipinas, Livro IV, título LXXXVIII: “Das causas, porque o pai ou mãe podem desherdar seus filhos (...) 17. Item poderá o pai, ou mãe, que forem Catholicos Christãos, desherdar livremente os filhos hereges, que perfeitamente não creem em nossa Santa Fé Catholica, desviando-se do que tem e crê a Santa Madre Igreja”.

Ordenações Filipinas, Livro V, Título XIV “Do Infiel que dorme com alguma Christã, e do Christão que dorme com Infiel. Qualquer Christão, que tiver ajuntamento carnal com alguma Moura, ou com qualquer outra Infiel, ou Christã com Mouro, ou Judeu, ou com qualquer outro Infiel, morra por isso, e esta mesma pena haverá o Infiel”.

²³ Ordenações Filipinas, Livro IV, título LXXXVIII “Das causas, porque o pai ou mãe podem desherdar seus filhos. As causas porque os pais, ou mães podem desherdar os filhos, são as seguintes. (...) 10. Item, se houve afeição, ou ajuntamento carnal com a mulher de seu pai, ou com sua manceba, que comsigo tinha em casa manteúda e governada; e o mesmo dizemos na filha, que semelhante ajuntamento tiver com o marido de sua mãe, ou seu barrigão, que a tivesse comsigo em casa manteúda”.

Se a filha casasse contra a vontade do pai, o cônjuge era penalizado com pena pecuniária e com banimento para a África²⁴. Entretanto, se ele “notoriamente conhecido”, e “ella casou melhor com elle, do que a seu pai, ou mãe, ou pessoa, em cujo poder stava, podra casar, não incorrerá elle, nem as testemunhas na dita pena” (Ordenações Filipinas, Livro V, Título XXII).

O matrimônio era a “pena” para o homem que tivesse relações sexuais com mulher virgem ou viúva “honesta”. Caso ele preenchesse os requisitos adequados para ser marido e casasse, não sofria qualquer penalização por ter se relacionado sexualmente antes do casamento; caso contrário, podia ser açoitado, banido e/ou sofrer pena pecuniária²⁵. O Quadro 3 mostra as características do modelo de família presente nas Ordenações Filipinas:

Quadro 3. Caracterização do modelo de família das Ordenações Filipinas, com vigência no Período Colonial e Imperial, considerando o lugar da família na sociedade, as funções da família, a estrutura familiar e as funções dos membros da família.

MODELO DE FAMÍLIA CARACTERÍSTICAS		ORDENAÇÕES FILIPINAS
FUNÇÕES DA FAMÍLIA		- reprodução da espécie; - legitimação dos filhos; - resguardo do patrimônio.
ESTRUTURA FAMILIAR		- a família legítima era constituída exclusivamente pelo casamento e pelos filhos legítimos e legitimados; - características do casamento: a) heterossexual; b) monogâmico ^{26 27} ; c) indissolúvel.
FUNÇÕES DOS	HOMEM	- poder em relação à mulher e aos filhos.
		- submissa ao poder do marido;

²⁴ Ordenações Filipinas, Livro V, Título XXII “Do que casa com mulher virgem, ou viúva que stiver em poder de seu pai, mãe, avô, ou senhor, sem sua vontade. Defendemos que nenhuma homem case com alguma mulher virgem, ou viúva honesta, que não passar de vinco cinco annos, que stê em poder de seu pai, ou sua mãe, ou avô, vivendo com elles em sua caza, ou stando em poder de outra alguma pessoa, com quem viver, ou a em caza tiver, sem consentimento de cada huma das sobreditas pessoas. E fazendo o contrario, perderá toda sua fazenda para aquelle, em cujo poder a mulher stava, e mais será degradado hum anno para Africa. E se aquelle a que damos a dita fazenda a não quizer, seja ametade della para nossa Camera, e a outra para os Captivos. E estas mesmas penas de fazenda e degredo haverão as testemunhas, que ao tal casamento forem presentes. Porém, se for pessoa que notoriamente seja conhecido, que ella casou melhor com elle do que a seu pai, ou mãe, ou pessoa, em cujo poder stava, poderá casar, não incorrerá elle, nem as testemunhas na dita pena”.

²⁵ Ordenações Filipinas, Livro V, Título XXIII “Do que dorme com mulher virgem ou viúva honesta per sua vontade. Mandamos que o homem que dormir com mulher virgem per sua vontade, case com ella, se ella quizer, e se for convinhável, e de condição para com ella casar. E não casando, ou não querendo ella casar com elle, seja condenado para casamento della na quantia, que for arbitrada pelo Julgador, segundo sua qualidade, fazenda, e condição de seu pai. E se não tiver bens, per onde pague, se for Fidalgo, ou de qualidade, que não deva ser açoitado, será degradado para Africa até nossa mercê. E ser for pessoa em que caibão açoutes, seja açoutado com barco e pregão pela Villa, e degradado para Africa ate a nossa mercê”.

²⁶ Ordenações Filipinas, Livro V, Título XIX “Do homem que casa com duas mulheres, e da mulher que casa com dous maridos. Todo homem, que sendo casado e recebido com huma mulher, e não sendo o Matrimonio julgado por invalido per Juizo da Igreja, se com outra casar, e se receber, morra por isso. (...) E esta mesma pena haja toda a mulher que dous maridos receber, e com elles casar pela sobredita maneira, o que tudo haverá lugar, ora ambos os Matrimonios fossem inválidos per Direito, ora hum delles”.

²⁷ Ordenações Filipinas, Livro V, Título XXV. “Do que dorme com mulher casada. Mandamos que o homem que dormir com mulher casada, e que em fama de casadas stiver, morra por ello. Porém, se o adúltero for de maior condição que o marido della, assi como, se o tal adúltero fosse Fidalgo, e o marido Cavalleiro, ou Seudeiro, ou o adúltero Cavalleiro ou Scudeiro, e o marido peão, não farão as Justiças nelle execução, até nol-o fazerem saber e verem sobre isso nosso mandado”.

MEMBROS DAS FAMÍLIAS	MULHER	- rígido controle da sua sexualidade e do seu corpo, bem como na determinação do casamento, em virtude do patrimônio ²⁸ .
	CRIANÇA	- submissa ao poder paterno ²⁹ .

Até a República, a “Religião Católica Apostólica Romana” era declarada a Religião Oficial do Estado e controlava os registros civis de nascimentos, casamentos e óbitos. Para a Igreja Católica, o matrimônio era (e ainda é) um dos sete sacramentos do catolicismo³⁰ e tinha (e tem) o objetivo de unir o homem e a mulher de maneira una e indissolúvel diante de Deus e da comunidade (Sampel, 2001).

A família legítima era composta pelo casamento. Assim, participavam da família o marido, a esposa e os filhos nascidos em virtude de um vínculo matrimonial entre um homem e uma mulher (filhos legítimos ou legitimados). De acordo com Santos (2006),

a Igreja considera que, por meio do matrimônio, forma-se a família legítima, constituindo-se esta não somente dos cônjuges, mas também da prole a ser gerada por

²⁸ Ordenações Filipinas, Livro II, Título XXXVII “Das mulheres que tem cousas da Corôa do Reino, e se casam sem licença d’El-Rey. Considerando Nós, como em algumas doações feitas pelos Reys, nossos antecessores, e per Nós, para alguns bens da Coroa, ou jurisdições, e quaesquer outras rendas, ou Direitos, haverem de vir a fêmeas, quer per via de doação, quer per successão, sempre se houve respeito, e He razão que haja, as taes mulheres haverem de casar com pessoas, que hajam de servir bem a El-Rey, que então for. E por isto ser cousa que muito importa a nosso serviço, e a bem commum de nossos Reinos, e a honra dos pais, e daquelles de que ellas descendem, determinamos que qualquer das mulheres, de qualquer estado e condição que seja, que jurisdição, renda, ou tença, que passe de cinquenta mil reis, de Nós tiver, ou dos Reys passados, per Nós confirmada, que se casar sem nossa licença, per Nós assinada, perca por esse mesmo feito todo o que assi de Nós e da Coroa de nossos Reinos tiver. E o mesmo queremos que seja, havendo ajuntamento carnal com qualquer outra pessoa, vivendo deshonestamente. E esta Lei queremos que se guarde e cumpra inteiramente sem embargo de quaesquer clausulas, que nas doações forem postas, posto que para derogação dellas, seja necessário fazer-se dellas expressa menção. E não será relevada do perdimento, do que de Nós tiver por nenhuma causa, que por si allegar possa, como casar sem nossa licença. O que todo haverá lugar, assi nas doações feitas pelos Reys, que ante Nós foram, como por Nós, ou pólos que ao diante forem. E mandamos ao Procurador da nossa Coroa, que quando souber que algumas mulheres vão contra esta nossa Ordenação, nol-o faça saber, para mandarmos proceder contra ellas pólas penas conteúdas nesta Lei”.

²⁹ Ordenações Filipinas, Livro IV, título LXXXVIII “Das causas, porque o pai ou mãe podem desherdar seus filhos. As causas porque os pais, ou mãis podem desherdar os filhos, são as seguintes. 1. E se alguma filha, antes de ter vinte e cinco annos dormir com algum homem, ou se casar sem mandado de seu pai, ou de sua mãe não tendo pai, por esse mesmo feito será desherdada e excluída de todos os bens e fazenda do pai, ou mãe postoque não seja per elles desherdada expressamente. (...) 3. Porém, se a filha casasse com homem, que notoriamente seja conhecido que casou melhor, e mais honradamente, do que seu pai e mãe a podiam casar, não fica desherdada e excluída de todos os bens e fazenda, como acima dito hé; mas sómete o pai, ou mãe poderão desherdar, se quizerem, da metade da legítima, que lhe pertencia diretamente por morte de cada hum delles. E não a desherdando expressamente da dita ametade pela dita causa, haverá livremente sua legítima em todo, como se o casamento fora per consentimento do pai, ou mãe. E isto, quer ao tempo da morte haja outro filho, ou filha legítimo, ou neto da cada hum delles, quer os não haja. (...)”

³⁰ A Igreja Católica entende que os sacramentos são a legítima manifestação do poder e da graça de Deus e a sua função é auxiliar a caminhada dos fiéis em direção à plena realização no Céu (Sampel, 2001; Santos, 2006). Conforme Santos (2006), “são sete os sacramentos do catolicismo: (1) o Batismo, através do qual a pessoa é perdoada do pecado original a todos transmitido desde os tempos de Adão e Eva; (2) a Confirmação, ou Crisma, ato através do qual o batizado, após ter recebido completa instrução na doutrina da Igreja, resolve oficialmente assumir o compromisso de fazer parte dela; (3) a Eucaristia, ou Comunhão, que é o ato de compartilhar o pão e o vinho, conforme Jesus Cristo o fez na Última Ceia; (4) a Penitência, através da qual o fiel deve sinceramente sentir remorso por seus pecados recém confessos e comprometer-se a não mais cometê-los; (5) a Unção dos Enfermos, antiga “Extrema-Unção”, benção destinada aos gravemente doentes para que recebam força espiritual e consolo durante a enfermidade³⁰; (6) a Ordem, através da qual os padres recebem dos bispos o direito de administrar os sacramentos da Igreja; e (7) o Matrimônio, ato através do qual homem e mulher unem-se diante de Deus e da comunidade de forma una e indissolúvel” (p. 16).

eles. Assim, um dos objetivos principais do matrimônio, excetuando o da união indissolúvel entre dois indivíduos, é o da procriação. O desejo de ter filhos é considerado a expressão mais sublime das manifestações de amor entre os cônjuges, sendo o ato sexual procriativo a realização do amor conjugal em sua plenitude. Posto que a fecundidade é um dom e um objetivo do matrimônio, qualquer ato matrimonial precisa estar aberto à transmissão da vida (p. 20).

A compreensão da Igreja Católica³¹ a respeito das famílias, nesta época, centrava-se na formação da família por meio do casamento e se baseava na indissolubilidade, perpetuidade e exclusividade do vínculo matrimonial, no heterocentrismo, na procriação e legitimação dos filhos, na autoridade do homem em relação à mulher e aos filhos, dentre outras características. O Quadro 4 mostra as características do modelo de família presente no direito canônico:

Quadro 4. Caracterização do modelo de família do direito canônico (Código de Direito Canônico de 1917), considerando o lugar da família na sociedade, as funções da família, a estrutura familiar e as funções dos membros da família.

MODELO DE FAMÍLIA CARACTERÍSTICAS	DIREITO CANÔNICO (Código de Direito Canônico de 1917)
LUGAR DA FAMÍLIA	- centralidade da família na sociedade (o matrimônio era um dos sete sacramentos do catolicismo ³²).
	- finalidade do matrimônio ³³ :

³¹ As definições do lugar, da estrutura e das funções da família, bem como as funções do homem, da mulher e da criança, realizadas pela Igreja Católica na época, foram estudadas com base no Código de Direito Canônico de 1917, tendo em vista a dificuldade em analisar a complexidade de normas presentes no “Corpus Iuris Canonici” (“Corpo de Direito Canônico”). O Código de Direito Canônico de 1917 foi organizado pelo Papa Benedito XV e foi o único a ter suas leis universalmente vinculativas (Castellano, 2008).

O “Corpus Iuris Canonici” (“Corpo do Direito Canônico”), por sua vez, é considerado, conforme afirma Alvarenga (2003) “o Direito iluminado pelo Evangelho” e “humanizou o mundo jurídico, tornando-o mais harmonioso na sua complexidade, sem prescindir da estrutura lógica do Direito” (p. 77), especialmente pela atuação do canonista e teólogo Graciano, considerado o “pai do Direito Canônico” (Roesler, 2004). O “Corpus Iuris Canonici” foi construído a partir do decretos compilados de Graciano (“Concordia discordantium Canonum”), dos “Decretali” do Papa Gregório IX, do “Liber Sextus” de Bonifácio VIII, das “Constitutiones Clementinae” (cujos cânones, em sua maioria, derivaram da Conferência de Viena) do Papa Clemente V, entre outras incrementações. “Após o Concílio de Trento, uma nova edição do “Corpus Iuris Canonici” foi complementada sob os ordens do Papa Clemente VIII, mas nem esta complementação, nem posteriores edições suprimiram as fontes dos textos. Dessa maneira, em grande parte da era moderna, o direito canônico consistiu nos cânones do Concílio de Trento, no corpo de cânones de Graciano a Clemente V, acrescido, posteriormente, de inúmeros decretos papais, resultando em uma situação não oposta ao início da época medieval, onde nem sempre foi possível determinar quais cânones eram obrigatórias. O estudo do direito canônico se tornou um campo de antiguidades legais, em que os peritos não concordavam com as definições legais, muito menos com a forma de interpretá-la” (CASTELLANO, 2008, tradução livre*).

* No original: “After the Council of Trent, a new edition of the Corpus Iuris Canonici was completed under Pope Clement VIII, but neither this nor later editions presumed to supplant the source texts. Thus, for most of the modern era, canon law consisted of the canons of the Council of Trent, the body of canons from Gratian to Clement V, plus a confusing array of later papal decretals, resulting in a situation not altogether unlike that of the early medieval period, where it was not always possible to determine which canons were binding. The study of canon law became an arcane field of legal antiquarianism, as experts could not agree on what the law was, much less how to interpret it”.

³² Código Canônico de 1917, cânon 1012, p.1 “Cristo elevou à dignidade de sacramento o contrato matrimonial em si entre batizados”; e p. 2 “É por isso que o contrato conjugal entre batizados não pode existir de forma válida sem ser ao mesmo tempo sacramento”*.

* No original: “Canon 1012, p.1 Le Christ a élevé à la dignité de sacrement le contrat matrimonial lui-même entre baptisés”; p. 2 “C’est pourquoi entre baptisés le contrat matrimonial ne peut exister valablement, sans être en même temps sacrement.”

³³ Código Canônico de 1917, cânon 1013, p.1 “A finalidade primeira do casamento é a procriação e a educação dos filhos; a finalidade secundária é a ajuda mútua e o remédio à concupiscência”*.

FUNÇÕES DA FAMÍLIA	a) primeira: a procriação e a educação dos filhos; b) segunda: a ajuda mútua e o remédio à concupiscência. - reprodução da espécie ³⁴³⁵ ; - legitimação dos filhos ³⁶³⁷³⁸ ; - organização da sociedade.
ESTRUTURA FAMILIAR	- a família legítima era constituída exclusivamente pelo matrimônio ³⁹ e pelos filhos legítimos e legitimados; - características do matrimônio: a) indissolúvel ⁴⁰⁴¹ ;

* No original: “Canon 1013, La fin première du mariage est la procréation et l'éducation des enfants; la fin secondaire est l'aide mutuelle et le remède à la concupiscence”.

³⁴ Código Canônico de 1917, cânon 1015, p.1 “O matrimônio válido entre os batizados chama-se só ratificado, se não foi consumado; ratificado e consumado ratificado e consumado será, se o ato conjugal, ao qual se direciona o matrimônio em razão de sua natureza e pelo qual os cônjuges se tornam uma só carne, ocorrer entre eles.

* No original: “Canon 1015, p.1 Le mariage valide des baptisés est appelé 'ratum', s'il n'a pas été complété par la consommation; ratum et consummatum, si l'acte conjugal, auquel le contrat matrimonial est ordonné de sa nature et par lequel les conjoints font une seule chair, a eu lieu entre ceux-ci”.

³⁵ Código Canônico de 1917, cânon 1068, p. 1 “A antecedente e perpétua impotência do homem ou da mulher, independentemente de serem conhecidos ou desconhecidos pela outra parte, e seja ela absoluta ou relativa, torna de acordo com o próprio direito natural, o casamento nulo”; p. 2 “Se o impedimento de impotência é duvidoso, por uma questão de fato ou de direito, o casamento não deve ser impedido”; p. 3 “A esterilidade não é um impedimento nem uma dirimente nem um proibitivo”*.

* No original: “Canon 1068, p.1 L'impuissance antécédente et perpétuelle soit du côté de l'homme, soit du côté de la femme, qu'elle soit connue ou non de l'autre partie, absolue ou relative, rend de par le droit naturel lui-même le mariage invalide; p.2 Si l'empêchement d'impuissance est douteux, que ce soit d'un doute de droit ou de fait, le mariage ne doit pas être empêché; p.3 La stérilité n'est empêchement ni dirimant ni prohibitif”.

³⁶ Código Canônico de 1917, cânon 1114, “São legítimos os filhos concebidos ou nascidos de um casamento válido ou putativo, a menos que o uso de um casamento contraído antes se torne proibido aos pais no momento da concepção, em consequência da profissão solene ou recepção de sagrada ordem”*.

* No original: “Canon 1114 Sont légitimes les fils conçus ou nés d'un mariage valide ou putatif, à moins que l'usage d'un mariage contracté auparavant soit devenu interdit aux parents au moment de la conception, par suite de la profession solennelle ou de la réception de l'ordre sacré”.

³⁷ Código Canônico de 1917, cânon 1115, p. 2, “Presumem-se legítimos os filhos nascidos, pelo menos, seis meses após o casamento ou nos últimos dez meses após a dissolução da vida conjugal”*.

* No original: “Canon 1115, p.2 Sont présumés légitimes les enfants nés au moins six mois après la célébration du mariage ou dans les dix derniers mois qui suivent la dissolution de la vie conjugale”.

³⁸ Código Canônico de 1917, cânon 1116 “Pelo subsequente casamento dos pais, real ou putativo, recém-contratado, convalidado ou mesmo não consumado, seus descendentes se tornam legítimos, desde que eles tenham tido capacidade para casar no momento da concepção, da gestação e do nascimento”*.

* No original: “Par le mariage subséquent des parents, vrai ou putatif, contracté nouvellement ou convalidé, même non consommé, leur descendance devient légitime, pourvu qu'ils aient été capables de contracter mariage entre eux au moment soit de la conception, soit de la gestation, soit de la naissance”.

³⁹ Existem, no Código Canônico de 1917, impedimentos para casar (cânones 1035 a 1093), motivos que provocam a nulidade do casamento depois de celebrado (cânones 1118 a 1132), e revalidação do casamento (cânones 1133 a 1141). Além disso, o Código disciplinou a possibilidade de contrair segundas núpcias. Dentre as regras, estabeleceu-se que as mulheres não podem receber uma segunda bênção nupcial, diferentemente dos homens, e valorou-se a vida de um casto em relação a quem quer se casar novamente.

Código Canônico de 1917, cânon 1142 “Embora uma viuvez casta seja mais honrosa, segundas núpcias e outras depois são válidas e lícitas, devendo o Can. 1060, p.2 ser observado”*.

Código Canônico de 1917, cânon 1143 “A mulher a quem a bênção nupcial foi dada uma vez não pode recebê-la novamente nos casamentos que se seguem”***.

* No original: “Canon 1142 Bien qu'une chaste viduité soit plus honorable, de secondes nocces et d'autres après sont valides et licites, le Can. 1060 p.2 étant observe”.

** No original: “Canon 1143 La femme à qui la bénédiction nuptiale a été donnée une fois ne peut la recevoir dans les mariages qui suivraient”.

⁴⁰ Código Canônico de 1917, cânon 1118, “O casamento válido, ratificado e consumado, não pode ser dissolvido por nenhum poder humano ou por qualquer motivo, exceto a morte.”*.

* No original: “Canon 1118 Le mariage valide 'ratum et consummatum' ne peut être dissous par aucune puissance humaine ni par aucune cause, sauf la mort”.

⁴¹ Código Canônico de 1917, cânon 1013, p. 2 “As propriedades essenciais do casamento são a unidade e a indissolubilidade, que obtém uma especial firmeza no matrimônio cristão devido ao sacramento”*.

		b) heterossexual; c) monogâmico ⁴² .
FUNÇÕES DOS MEMBROS DAS FAMÍLIAS⁴³	HOMEM	- idade mínima para casar: 14 anos de idade ⁴⁴ ; - poder em relação à esposa e aos filhos; - presunção de paternidade: a) decorria do matrimônio com a mãe; b) decorria do nascimento do filho após 180 dias depois da data da celebração do matrimônio, ou 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal.
	DEVERES COMUNS	- obrigação de educar religiosa, moral, física e civilmente os filhos ⁴⁵ .
	MULHER	- idade mínima para casar: 12 anos de idade; - submissa em relação ao poder do marido ^{46,47,48} .
	CRIANÇA	- submissa ao poder paterno ⁴⁹ ; - os filhos eram classificados em: a) legítimos; b) legitimados; c) ilegítimos; - os filhos ilegítimos eram legitimados pelo matrimônio, com

* No original: “Canon 1013, p.2 Les propriétés essentielles du mariage sont l'unité et l'indissolubilité, qui obtiennent une fermeté particulière dans le mariage chrétien à cause du sacrement”.

⁴² Código Canônico de 1917, cânon 1110 “A partir de um casamento válido, nasce uma ligação entre os cônjuges, que é, por sua própria natureza, exclusiva e perpétua; além disso, o matrimônio cristão confere a graça aos cônjuges que não lhe colocam obstáculos.”*

* No original: “Canon 1110 D'un mariage valide naît entre les conjoints un lien de par sa nature perpétuel et exclusif; en outre, le mariage chrétien confère la grâce aux époux qui n'y mettent pas obstacle”.

⁴³ Código Canônico de 1917, cânon 87 “Através do batismo, o homem se torna, na Igreja de Cristo, uma pessoa com todos os direitos e os deveres dos cristãos, a menos, no que se refere aos direitos, que um obstáculo se oponha ao vínculo da comunhão eclesial, ou que uma censura tenha sido colocada pela Igreja.”*

* No original: “Canon 87 Par le baptême, l'homme devient dans l'Eglise du Christ une personne avec tous les droits et les devoirs des chrétiens, à moins, en ce qui concerne les droits, qu'un obstacle s'oppose au lien de la communion ecclésiastique, ou qu'une censure ait été portée par l'Eglise”.

⁴⁴ Código Canônico de 1917, cânon 88, p.2 “O homem é considerado púbere a partir de quatorze anos de idade; a mulher, a partir de doze anos.”*

* No original: “Canon 88, p.2 Le mineur homme est considéré comme pubère à partir de quatorze ans accomplis; la femme, à partir de douze ans”.

⁴⁵ Código Canônico de 1917, cânon 1113 “Os pais são fortemente obrigados a garantir com os seus meios a educação religiosa e moral, física e civil das crianças, e também de cuidar do seu bem temporal”*

* No original: “Les parents sont tenus par une très grave obligation d'assurer selon leurs moyens l'éducation religieuse et morale, physique et civile, des enfants, et de veiller également à leur bien temporel”.

⁴⁶ Código Canônico de 1917, cânon 1112 “Salvo disposição de direito especial, a mulher se torna participante do estado de seu marido, para todos os efeitos canônicos”*

* No original: “Canon 1112 A moins qu'il n'en soit statué autrement par un droit spécial, la femme devient participante de l'état du mari, pour tous les effets canoniques”.

⁴⁷ Código Canônico de 1917, cânon 93, p. 1 “A mulher que não está legalmente separada de seu marido, tem necessariamente o domicílio de seu marido; o louco tem o domicílio de seu curador; os menores têm o domicílio de quem detém o poder a que é submetido”*

* No original: “Canon 93, p. 1 - L'épouse qui n'est pas légalement séparée de son mari a nécessairement le domicile de son mari; le fou a le domicile de son curateur; le mineur a le domicile de celui à la puissance duquel il est soumis”.

⁴⁸ Código Canônico de 1917, cânon 98, p. 4 “É permitido a uma mulher de rito (religião?) passar ao rito do seu marido, seja se casando, seja durante a vigência da união; quando da dissolução do casamento, ela tem liberdade para retomar seu próprio rito, a não ser que tenha sido decidido diferentemente pelo direito particular”*

* No original: “Canon 98, p. 4 Il est permis à une femme de rite différent de passer au rite de son mari, soit en se mariant soit pendant la durée de l'union; à la dissolution du mariage, elle a libre faculté de reprendre son propre rite, à moins qu'il en ait été décidé autrement par le droit particulier”.

⁴⁹ Código Canônico de 1917, cânon 89 “A pessoa maior de idade tem o pleno gozo dos seus direitos; o menor, no exercício dos seus direitos, está sujeito ao poder de seus pais ou tutores, salvo no que diz respeito aos direitos em relação aos quais a lei considera os menores isentos do poder paternal”*

* No original: “Canon 89 La personne majeure a le plein exercice de ses droits; le mineur, dans l'exercice de ses droits, reste soumis à la puissance de ses parents ou tuteurs, sauf en ce qui concerne les droits à propos desquels la loi tient les mineurs pour exempts de la puissance paternelle”.

		equiparação dos filhos concebidos durante o matrimônio e dos filhos legitimados em decorrência do matrimônio ⁵⁰ ; - as crianças eram privadas do uso da razão até os 7 anos ⁵¹ ; após esta idade se presumia o uso da razão.
--	--	---

A tardia aceitação do casamento entre pessoas de religiões diferentes da católica demonstra essa significativa relação entre o Estado e a Igreja Católica no Brasil. Conforme se observa na história legislativa brasileira, apenas com os Decretos nº 1.144, de 11 de setembro de 1861, e nº 3.069, de 17 de abril de 1863 foram regulados os registros de casamentos, nascimentos e óbitos das pessoas que professavam religião diferente da do Estado, desde que elas preenchessem requisitos condizentes com a doutrina católica.

Existiam, assim, os casamentos das “religiões toleradas”⁵² pelo Estado e o matrimônio da religião católica, cujos preceitos foram largamente adotados pela lei. Inclusive, as decisões dos Juízes de Direito a respeito do casamento entre pessoas que professavam religião diferente da católica, em especial sobre a existência ou não desta união legítima entre o homem e a mulher de acordo com a lei (cuja apreciação podia implicar ou não em nulidade⁵³ do casamento), deviam considerar como parâmetro as normas do direito canônico e os julgamentos dos Juízos Eclesiásticos⁵⁴.

Dessa forma, havia, nesta época, três formas de casamento legalmente instituídas no Brasil, conforme explicava o jurista Clóvis Beviláqua (1903):

Com o surgimento da Lei de 11 de setembro de 1861, estabelecendo o chamado casamento acatholico, entre pessoas pertencente a seitas christas não catholicas, e celebrado seguindo o rito respectivo. Foi uma concessão, por certo, mas ainda muito

⁵⁰ Código Canônico de 1917, cânon 1117 “As crianças legitimadas por subsequente casamento são colocadas em pé de igualdade com os filhos legítimos, em tudo o que se refere aos efeitos canônicos, a menos que tenha sido disposto de outro modo.”*

* No original: “Canon 1117 Les enfants légitimés par mariage subséquent sont mis sur le même pied que les enfants légitimes en tout ce qui concerne les effets canoniques, sauf s'il en a été statué autrement”.

⁵¹ Código Canônico de 1917, cânon 88, p.3 “O impúbere antes de sete anos consumados é chamado de 'infans', 'puer' ou 'parvulus', e não é considerado como tendo posse de si próprio, uma vez atingida a idade de sete anos, presume-se tenha o uso da razão. São assimilados à criança todos aqueles que estão privados do uso da razão”*.

* No original: “Canon 88, p.3, L'impubère, avant son septennat accompli, est dit 'infans', 'puer' ou 'parvulus', et il n'est pas considéré comme étant en possession de lui-même; une fois atteint l'âge de sept ans, il est présumé avoir l'usage de la raison. Sont assimilés à l'enfant tous ceux qui sont privés de l'usage de la raison”.

⁵² O art. 52 do Decreto nº 3.069, de 1863 definia que “os pastores e ministros das religiões toleradas possuem praticar actos de seu ministerio religioso, susceptiveis de produzir efeitos civis, é indispensavel, sob pena de não produzirem taes efeitos, que sua nomeação, ou eleição esteja registrada, quanto aos que residirem na côrte, na Secretaria do Imperio; e, quanto aos que residirem nas provincias, na da provincia de sua residência. Para este registro bastará que a nomeação, ou eleição seja apresentada ao chefe da Secretaria, o qual lhe porá o visto, com a designação do official que o deverá fazer”.

⁵³ Para Plácido e Silva (1990b), nulidade, “no sentido técnico-jurídico, quer exprimir inexistência, visto que o ato ineficaz, ou sem valia, é tido com não tendo existência legal. Falta-lhe a força vital, para que possa, validamente, precedentemente, produzir os efeitos jurídicos desejados. A rigor, a nulidade mostra vício mortal, em virtude do que o ato não somente se apresenta como ineficaz ou inválido, como se mostra não tendo vindo”. (p. 258)

⁵⁴ O art. 11 Decreto nº 3.069, de 17 de abril de 1863 estabeleceu que “quanto ao processo dessas acções de nullidade, e medidas provisórias que por occasião dellas sejam necessarias, observar-se-ha, em tudo que fôr applicavel, o que até agora se tem praticado no juizo ecclesiastico, e no juizo civil, em questão da mesma natureza”.

limitada, pois a competência da religião ainda permanecia integral, em matéria de casamento, e todos aqueles que não pertencessem ao grêmio da christandade continuavam na impossibilidade de contrahir, no paiz, matrimônios com efeitos civis perante o direito nacional. Com a publicação dessa lei e seu decreto regulamentar de 17 de abril de 1863, três formas de matrimonio contou o direito pátrio: 1. o catholico, celebrado segundo as prescripções do concilio de Trento e disposições constitucionaes do arcebispado da Bahia (ord. 4, 45, par. 1. e lei de 3 de novembro de 1827); 2. o casamento mixto, contraído segundo essas mesmas disposições e preceitos, porém contraído um catholico e um christão dissidente; 3. finalmente, o casamento acatholico da lei 11 de setembro de 1861. Deu-se assim um passo, meticoloso é certo, para a intervenção da auctoridade civil em matéria de casamento, pois que a citada lei dava aos juizes seculares competência para resolverem sobre o conhecimento e as dispensas de impedimentos, assim como sobre a nullidade do acto. (p. 57 e 58)

Nesse sentido, corroborava o jurista Lafayette Rodrigues Pereira, em 1889, cuja obra “Direito de Família” foi atualizada posteriormente e publicada por José Bonifácio Trindade e Silva, em 1956. Em suma, as três formas de casamento eram o casamento católico, o casamento misto (entre um indivíduo católico e outro dissidente) e o casamento celebrado entre pessoas pertencentes às seitas dissidentes.

Almeida (1999) evidencia que, nesse período, um dos temas mais polêmicos entre os juristas era o da natureza jurídica⁵⁵ do casamento: se ele era um contrato ou algo mais compatível com o matrimônio. Segundo a autora, identifica-se a necessidade de negar que o casamento era um contrato, pois este podia ser rompido pelas partes. Como a maioria dos juristas defendia a indissolubilidade do casamento, eles o definiam como algo mais compatível com o matrimônio.

Outro tema controverso era a adoção do regime⁵⁶ de bens na realização do casamento. Conforme a autora, os juristas definiam que a “comunhão de bens⁵⁷ favorecia a durabilidade de algo ‘natural’ como a família, mantida pelo ‘vínculo indissolúvel do casamento’” (ALMEIDA, 1999, p. 62), quando comparada a outros regimes de bens. A “comunhão de bens”, também chamada de “carta d’a metade”, embora entendida como o regime de bens mais adaptado ao matrimônio, não era adotada em todos os casamentos. Houve “casamentos diferentes, que se realizaram na Igreja, segundo as normas do Concílio Tridentino, mas em que os contraentes resolveram fazer um contrato à parte, para separar os bens” (FALCI, 2001, p. 264).

A realização de “contratos à parte” evidencia a diferença entre o estabelecido pelos juristas como ideal para a manutenção do casamento e para a indissolubilidade do vínculo matrimonial, e as práticas sociais. Este desacordo era influenciado pela significativa dificuldade dos juristas de

⁵⁵ De acordo com Plácido e Silva (1990b), “natureza, na terminologia jurídica, assinala, notadamente, a *essência*, a *substância* ou a *compleição* das coisas. Assim, a natureza se revela pelos requisitos ou atributos essenciais e *que devem vir* com a própria coisa. Eles se mostram, por isso, a *razão de ser*, seja do ato, do contrato ou do negócio” (p. 230).

⁵⁶ Segundo Plácido e Silva (1990b), “no sentido jurídico, *regime* importa no sistema ou no modo de regular, por que as coisas, instituições ou pessoas se devam conduzir” (p. 66).

⁵⁷ A “comunhão de bens”, denominada atualmente de “comunhão universal de bens”, “indica a sociedade conjugal que se estabelece sem qualquer restrição a respeito dos bens, que passam a ser possuídos em comum, pelo marido e pela mulher, quando *comunhão universal*” (PLÁCIDO E SILVA, 1990b, p. 66).

compreender o casamento como um contrato, em que podia ser necessário resguardar o patrimônio ou dar fim a uma relação conjugal insatisfatória, e de reconhecer outros efeitos ao matrimônio que não os relacionados aos preceitos religiosos.

O jurista Lafayette Rodrigues Pereira (1956), por exemplo, afirmava que o casamento, em todas as formas previstas, “abrange a personalidade humana por inteiro; cria a família; funda a legitimidade dos filhos; dá nascimento a relações que só se extinguem com a morte” (p. 35). Conforme o jurista, o casamento e, portanto, a família, eram constituídos pelo homem e pela mulher, os quais deviam desempenhar determinadas funções, e pelos filhos nascidos em virtude dessa relação, denominados de “legítimos”.

O regramento jurídico da legitimidade repercutia em diversos aspectos da vida dos filhos, como na fixação de sua cidadania⁵⁸ e na divisão da herança em razão da morte de seu pai (Almeida, 1999). A filiação era classificada, nessa época, em legítima e ilegítima e dependia da relação do pai com a genitora. Conforme o jurista Clóvis Beviláqua (1903), a filiação legítima, em que o pai da criança era o marido da mãe, era determinada em três situações: no nascimento do filho na constância do casamento (“*pater is est quem justae nuptiae demonstrant*”); no nascimento após cento e oitenta dias da data de realização do casamento; e no nascimento do filho até o período máximo de trezentos dias após a separação do casal. O jurista explica que o prazo de cento e oitenta dias indica a duração mínima da gestação da mulher desde o momento da fecundação até o parto. Já o prazo de trezentos dias se refere ao tempo de duração máxima da gestação. E conclui o autor que “*si mater semper certa est*, não é possível asseverar o mesmo em relação ao pae” (CLOVIS BEVILÁQUA, 1903, p. 422).

Os filhos ilegítimos⁵⁹ eram “todos aqueles que procedem de união sexual a que o direito não presta seu reconhecimento” (CLOVIS BEVILÁQUA, 1903, p. 431). Eles se dividiam em filho adulterino, o qual era resultado de uma concepção ou parto em que o pai ou a mãe biológica estava casado com outrem; e filho incestuoso, que ocorria quando os progenitores são parentes em grau tão próximo que estariam impedidos de casar. Conforme Clovis Beviláqua (1903), “estas

⁵⁸ Foi fixado na Constituição Política do Império do Brasil de 1824 (Constituição de 1824) que as pessoas nascidas no Brasil, ainda que o pai seja estrangeiro; e os filhos de pai brasileiro e os filhos ilegítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro eram cidadãos brasileiros. De acordo com o art. 6º desta Constituição, “São Cidadãos Brasileiros: I. Os que no Brasil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação; II. Os filhos de pai Brasileiro, e os ilegítimos de mãe Brasileira, nascidos em país estrangeiro, que vierem estabelecer domicílio no Imperio; III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em país estrangeiro em serviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicílio no Brazil; IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residência; V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalisação”.

⁵⁹ Conforme Plácido e Silva (1990a), “filho ilegítimo, na técnica jurídica, é denominação genérica que se atribui a todo filho que não provenha de *casamento legítimo (justas nupcias)*, ou seja, aquela que é concebido *fora do matrimônio*, pelo que não tem, por lei, assegurada a *filiação*. Opõe-se, naturalmente, ao *filho legítimo*” (p. 294)

duas subespécies, a dos adulterinos e a dos incestuosos, formam a espécie dos bastardos ou, antes, espúrios” (p. 431). Ademais, os filhos ilegítimos eram, também, aqueles nascidos de uma relação entre um casal, mas sem o vínculo do casamento firmado de acordo com as regras do Estado e da Igreja.

A legitimação de um filho dependia exclusivamente da vontade do pai (Araújo, 1959). Nesse sentido, estava estabelecido na Lei nº 463, sancionada pelo Imperador no dia 2 de setembro de 1847, que determinava o reconhecimento do filho pelo pai, realizado por meio de escritura pública ou de testamento (art. 3º), como indispensável para o primeiro ter direito à herança paterna (art. 2º).

Não era possível a propositura de uma ação judicial pelos filhos ilegítimos para “investigar” a suposta paternidade (denominada na ciência jurídica de “ação de investigação de paternidade ilegítima”). O motivo dessa proibição, conforme explicava o jurista Clóvis Beviláqua (1903), estava no resultado desfavorável desse processo judicial (com o reconhecimento da paternidade), o que “atingiria o pretense pai”, chefe de família, e “macularia a honra da sua família”.

As leis eram criadas, neste período, com a finalidade de proteger os direitos do homem, restando à mulher e às crianças a tutela a partir da sua relação de parentesco com ele. De acordo com a lei, o homem era considerado o chefe de família e o representante da família na sociedade, com a exclusão da mulher. Estas funções a ele atribuídas podem ser visualizadas, por exemplo, na Constituição de 1824, em que se estabeleceu o direito ao voto exclusivo dos homens. Com base nesta Constituição, eles podiam votar nas Assembléias Paroquiais, inclusive os casados e os filhos-famílias⁶⁰ que estiverem na companhia de seus pais.

No mesmo sentido, a Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, que fixou o primeiro Código Comercial do Império do Brasil (Código Comercial de 1850), permitiu ao homem exercer livremente a atividade de comerciante e a autorizar, ou não, a mulher e os filhos-famílias a ter esta atividade (art. 1º⁶¹). O homem era compreendido, pelos juristas da época, como o “cabeça do casal” e as decisões sobre as questões familiares cabiam a ele, “a tal ponto que, morto ele,

⁶⁰ De acordo com Plácido e Silva (1990a), “filho-família é o filho que, por ser ainda menor, se encontra sob o *pátrio poder*. É o filho *alieni juris*, ou seja, submetido ainda ao poder paterno, enquanto não tenha atingido a maioridade ou não se tenha legamente antecipado” (p. 294)

⁶¹ Código Comercial de 1850, art. 1º “1. Todas as pessoas que, na conformidade das Leis deste Imperio, se acharem na livre administração de suas pessoas e bens, e não forem expressamente prohibidas neste Codigo. 2. Os menores legitimamente emancipados. 3. Os filhos-familias que tiverem mais de dezoito annos de idade, com autorisação dos paes, provada por escriptura publica. O filho maior de vinte e hum annos, que for associado ao commercio do pae, e o que com sua approvação, provada por escripto, levantar algum estabelecimento commercial, será reputado emancipado e maior para todos os effeitos legaes nas negociações mercantis. 4. As mulheres casadas maiores de dezoito annos, com autorisação de seus maridos para poderem commerciar em seu proprio nome, provada por escriptura publica. As que se acharem separadas da cohabitação dos maridos por sentença de divorcio perpetuo, não precisão da sua autorisação. Os menores, os filhos-familias e as mulheres casadas devem inscrever os titulos da sua habilitação civil, antes de principiarem a commerciar, no Registro do Commercio do respectivo districto”.

automaticamente seria necessário nomear um tutor para o órfão, significando esta palavra, órfão do pai de família” (ALMEIDA, 1999, p. 65).

A diferenciação pelo sexo, na legislação, era mais expressiva do que por idade, tanto em relação ao direito de votar, quanto ao direito de realizar de exercer uma atividade profissional e de administrar os próprios bens. Os filhos podiam, com o passar do tempo, assumir o lugar do pai, enquanto as mulheres permaneciam na função a elas atribuída. É possível demonstrar esta diferença no Código Comercial de 1850: o art. 26 fixou que os filhos-famílias poderiam onerar⁶², hipotecar e vender validamente⁶³ seus bens e em caso de dúvida, todas as obrigações⁶⁴ por eles contraídas presumiam-se comerciais; o art. 27 definiu que a mulher casada, embora autorizada a ser comerciante, não poderia onerar, hipotecar ou vender os bens do casal sem a autorização especial do marido. Inclusive, o homem poderia retirar ou “revogar”⁶⁵ a autorização concedida à mulher, por meio de sentença ou escritura pública, o que ele não poderia fazer em relação ao filho (art. 28).

O Quadro 5 mostra as características previstas pelas primeiras leis brasileiras⁶⁶ sobre o casamento e a família:

Quadro 5. Caracterização do modelo de família presente nas primeiras leis brasileiras, considerando o lugar da família na sociedade, as funções da família, a estrutura familiar e as funções dos membros da família.

MODELO DE FAMÍLIA	PRIMEIRAS LEIS BRASILEIRAS
CARACTERÍSTICAS	
LUGAR DA FAMÍLIA	- centralidade da família na sociedade.
FUNÇÕES DA FAMÍLIA	- reprodução da espécie; - legitimação dos filhos.
ESTRUTURA FAMILIAR	- a família legítima era constituída exclusivamente pelo casamento e pelos filhos legítimos e legitimados; - características do casamento: a) heterossexual; b) monogâmico; c) indissolúvel; - o casamento poderia ser: a) católico; b) misto; c) celebrado entre pessoas de “seitas dissidentes”.
HOMEM	- público: representante da família na sociedade;

⁶² Segundo Plácido e Silva (1990b), onerar, “na significação jurídica quer exprimir: agravar, impor encargos ou obrigações” (p. 282).

⁶³ Com base em Plácido e Silva (1990b), validade, para a ciência jurídica, “mostra a qualidade de válido, ou de legítimo, que se atribui aos atos e às coisas, que se fizeram de conformidade com as leis, ou segundo suas regras. É a qualidade de todo ato, não viciado, nem atacado de defeito, que o torne nulo, ou ineficaz” (p. 453).

⁶⁴ As obrigações, no significado jurídico, são os deveres ou as necessidades “a que se está sujeito, de cumprir ou fazer alguma coisa, ou se abster delas, em virtude do que a *vontade* do homem é submetida a um princípio superior. Restritamente, conforme já a compreendiam os romanos, a *obrigação* revela-se a *relação* ou o *vínculo*, que se estabelece entre duas pessoas determinadas, em virtude do que uma delas deve uma prestação à outra, prestação esta que tanto pode constar de *ação* como de *abstenção*” (PLÁCIDO E SILVA, 1990b, p. 268).

⁶⁵ Revogar, em termos jurídicos, é o ato de anular, desfazer, desvigorar. Assim, “pela *revogação*, lícitamente permitida, cessa toda eficácia ou força jurídica do ato revogado”. (Plácido e Silva, 1990b, p. 145).

⁶⁶ Constituição Política do Império do Brasil de 1824; Lei nº 556, de 25 de junho de 1850; Decreto nº 1.144, de 11 de setembro de 1861; Decreto nº 3.069, de 17 de abril de 1863.

FUNÇÕES DOS MEMBROS DAS FAMÍLIAS		- privado: chefe de família (“cabeça do casal”).
	MULHER	- submissa ao poder do marido; - incapacidade civil: não votava e precisava de autorização do pai ou do marido para exercer uma profissão (exemplo: comerciante).
	CRIANÇA	- submissa ao poder paterno; - os filhos eram classificados em: a) legítimos; b) legitimados; c) ilegítimos, que eram classificados em ilegítimos; adulterinos; incestuosos; - o processo de legitimação dependia exclusivamente da vontade do pai e do casamento deste com a mãe.

A identificação destas características concedidas às famílias por meio das Ordenações Filipinas e das primeiras leis brasileiras permite afirmar a significativa relação entre o Estado e a Igreja, durante o século XIX, na definição de regras às famílias. A interferência desta instituição nas questões públicas e privadas e nas concepções das leis e dos juristas a respeito do casamento, da filiação e da família repercutiu na determinação de um modelo de família constituído exclusivamente pelo matrimônio.

Este modelo até então previsto na lei e defendido pelos juristas se fundamentava no heterocentrismo; na diferenciação de funções entre o homem e a mulher; no poder do homem em relação à mulher e ao filho; na indissolubilidade do vínculo matrimonial; e na procriação e legitimação dos filhos. Os “novos” questionamentos a este modelo estavam mais vinculados, portanto, às mudanças trazidas pelo modelo nuclear de família e tratavam, especialmente, da função da criança na família e dos investimentos a ela destinados, bem como do afeto e cuidado dirigido aos filhos por suas mães (“instinto materno”). Entretanto, estas alterações aconteceram lentamente, já que repercutiam no poder do pai.

CAPÍTULO 2

PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA E SEPARAÇÃO FORMAL ENTRE IGREJA E ESTADO: INFLUÊNCIAS NAS DETERMINAÇÕES LEGAIS E NAS FAMÍLIAS BRASILEIRAS

Considerando que as primeiras legislações brasileiras a respeito das famílias refletem a permeabilidade entre o Estado e a Igreja, a proclamação da República implicou no estabelecimento de fronteiras entre estas instituições. Esse foi um período de disputas e resistências na definição sobre qual das duas instituições teria o poder formalizado para normatizar as relações familiares.

A família legítima continuou baseada no casamento monogâmico, heterossexual e indissolúvel. Os temas abordados na legislação deste período são as desigualdades de gênero, a fidelidade e infidelidade conjugal, o estabelecimento de direitos e deveres dos homens e das mulheres em relação ao patrimônio.

2.1 SEPARAÇÃO FORMAL ENTRE IGREJA E ESTADO: A DEFINIÇÃO DE FAMÍLIA NA PRIMEIRA LEI SOBRE O CASAMENTO CIVIL

A instituição da República no Brasil derivou da “Revolução de 15 de novembro de 1889 que, pacificamente, colocou um ponto final no reinado de D. Pedro II” (CICCO, 1993, p. 115). A motivação para este movimento, de acordo com Cicco (1993), era “a evolução, o progresso, sob a liderança de uma elite, na concepção de Augusto Comte, o estamento militar, como foi interpretada por Benjamin Constant Botelho de Magalhães, o artífice intelectual do golpe de 1889” (p. 115).

Durante este período, explica Cicco (1993), era evidente o “choque” de concepções: a proclamação da República se baseou, em termos gerais, no “evolucionismo comteano” ou “positivismo”; a intelectualidade brasileira, majoritariamente, continuava “spenceriana”; a “filosofia liberal” e individualista se fortalecia; e a significativa religiosidade da maioria da população, obediente à Igreja Católica, persistia. Este “choque” de concepções repercutiu na elaboração das normas no Brasil, dentre elas, as que disciplinaram o casamento.

Em 1890, foi promulgado o Decreto nº 181, de 24 de janeiro (Decreto 181 de 1890), que é considerado a primeira legislação a disciplinar o casamento civil no Brasil. Com este decreto, o

casamento passou a ser realizado perante o Oficial do Registro Civil⁶⁷ e a necessitar da fé pública⁶⁸ para ser considerado válido (art. 1º e 23), o que gerou resistência por parte da Igreja Católica.

Acostumada em controlar o matrimônio e a família, a Igreja começou a incentivar as pessoas para que realizassem apenas o casamento religioso e não seguissem as regras determinadas pelo Estado. Este, para afirmar seu poder, editou o Decreto nº 278, em 24 de março de 1890, em que, na exposição, o Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil considera atenção à separação do Estado e da Igreja Católica. Segundo consta na exposição,

a todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto e regerem-se segundo a sua fé, sendo esta liberdade garantida não só ás Igrejas, associações e institutos, mas tambem aos individuos nos actos individuaes, pelo que não póde ser imposta aos nubentes a obrigação de seguir de preferencia na cerimonia do casamento qualquer das religiões, que cada um delles professe, ou de observar o rito de uma e outra para que o seu casamento produza os effeitos civis.

A reafirmação da liberdade religiosa e da preferência individual na escolha da religião para a cerimônia do casamento evidenciou a separação formal. Assegurando até esse momento o controle sobre os registros civis de nascimentos, casamentos e óbitos, a Igreja Católica continuou a resistir e a enfrentar as novas regras estabelecidas pelo Estado.

A oposição da Igreja resultou na publicação do Decreto nº 521, de 26 de junho de 1890, que proibiu as cerimônias religiosas matrimoniais realizadas pela Igreja Católica antes do casamento civil e estabeleceu sanções penais para os infratores. A motivação para a edição deste Decreto foi assim explicitada:

Que ao principio de tolerancia consagrado no Decreto n. 181 de 24 de janeiro ultimo, que permite indifferentemente a celebração de quaesquer cerimonias religiosas antes ou depois do acto civil, tem correspondido uma parte do clero catholico com actos de accentuada opposição e resistencia á execução do mesmo decreto, celebrando o casamento religioso e aconselhando a não observancia da prescripção civil;
Que, por este modo, não só se pretende annullar a acção do poder secular, pelo desrespeito aos seus decretos e resoluções, como ainda se põe em risco os mais importantes direitos da familia, como são aquelles que resultam do casamento;
Que o casamento, em virtude das relações de direito que estabelece, é celebrado sob a protecção da Republica.

⁶⁷ O Registro Civil é o órgão encarregado de atender os assentos sobre nascimentos, casamentos, óbitos, interdições, emancipações e ausências (Plácido e Silva, 1990b).

⁶⁸ Fé pública é a “confiança que se deve ter a respeito dos documentos emanados de autoridades públicas ou de serventários da justiça, em virtude da função ou officio exercido. A fé pública assenta, assim, na presunção legal de autenticidade dada aos atos praticados pelas pessoas que exercem cargo ou officio público” (PLÁCIDO E SILVA, 1990a, p. 280).

Neste decreto ainda foi considerado como o único casamento válido aquele realizado de acordo com as regras do Estado e como imprescindível a sua precedência em relação às cerimônias religiosas. Inclusive, o Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890 (Código Penal de 1890) estabeleceu como crime a celebração de casamento contra a lei por “ministro de qualquer confissão” e “antes do acto civil”, cuja pena era de “prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100\$ a 500\$000” (art. 284). Estava configurada e revalidada, assim, a divisão formal entre o Estado e a Igreja Católica nas celebrações e nas regras disciplinadoras do casamento.

O Decreto 181 de 1890 se tornou, portanto, a única legislação a tratar do casamento que produzia efeitos civis. De acordo com o art. 56 deste decreto, a definição das normas sobre o casamento correspondia ao determinado às famílias, pois o efeito principal do primeiro era constituir a família legítima:

Art. 56. São efeitos do casamento:

§ 1º Constituir família legítima e legitimar os filhos anteriormente havidos de um dos contrahentes com o outro, salvo si um destes ao tempo do nascimento, ou da concepção dos mesmos filhos, estiver casado com outra pessoa.

§ 2º Investir o marido da representação legal da família e da administração dos bens communs, e daquelles que, por contracto ante-nupcial, devam ser administrados por elle.

§ 3º Investir o marido do direito de fixar o domicilio da família, de autorizar a profissão da mulher e dirigir a educação dos filhos.

§ 4º Conferir á mulher o direito de usar do nome da família do marido e gozar das suas honras e direitos, que pela legislação brazileira se possam communicar a ella.

§ 5º Obrigar o marido a sustentar e defender a mulher e os filhos.

§ 6º Determinar os direitos e deveres reciprocos, na fórma da legislação civil, entre o marido e a mulher e entre elles e os filhos.

Ao analisar este decreto, Clóvis Beviláqua (1903) afirma que “o efeito principal do casamento, formado segundo os requisitos legais, é a constituição da família legítima. Esta legitimidade ennobrece as relações naturais dos cônjuges entre si e se projecta sobre a prole” (p. 436). Conforme o jurista,

Os fatores da constituição da família são: em primeiro lugar, o instinto genésico, o amor, que aproxima os dois sexos; em segundo, os cuidados exigidos para a conservação da prole (que tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam o surto de emoções novas, a filoprogenie e o amor filial entre procreadores e procreados, emoções essas tendem todas a consolidar a associação familiar).

Estes dois primeiros elementos, que são duas manifestações diferentes do mesmo instinto fundamental, a conservação da espécie, deparam-se tanto na família humana, (pianto nos esboços de associação familiar) que nos oferecem os animais. Realmente não vemos os molluscos e os arachnides velar sollicitamente pelos depósitos de onde vae surgir a futura progênie? (CLÓVIS BEVILÁQUA, 1903, p. 3)

E acrescenta:

Constituída a família pela associação do homem e da mulher, em vista da reprodução e da necessidade de criar os filhos, consolidada pelos sentimentos affectivos e pelo principio da auctoridade, garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito, é fácil de ver que se torna ella potente foco de onde irradiam múltiplas relações, direitos e deveres, que él preciso conhecer e firmar. É um circulo dentro do qual se agitam e se movem acções e reacções estimuladas por sentimentos e interesses especiaes que nos emprestam uma feição sufficientemente caracterizada, para exigirem uma classe a parte, na distribuição das matérias do direito privado. (CLÓVIS BEVILÁQUA, 1903, p. 7 e 8).

Na compreensão do jurista, constituíam-se os fundamentos da família: a presença da relação conjugal exclusivamente heterossexual formada através de sentimentos afetivos – o amor – e do principio da autoridade (que permite ao homem poder decidir sobre a sua família); a conservação da prole, evidenciada pela importância da manutenção da espécie; e a presença da religião, dos costumes e do direito como maneiras de garantir a constituição da família. Portanto, o efeito principal do casamento era a formação da família legítima, de acordo com os requisitos legais e com a moral religiosa.

A imposição das funções ao homem e à mulher estava presente no Decreto 181 de 1890. A função do homem persistiu como chefe da família e como representante da família na sociedade. Segundo este decreto, ele era o representante legal da família e o administrador dos bens⁶⁹, e decidia a respeito da fixação do domicílio⁷⁰ da família, da profissão da mulher e da educação dos filhos. Ao comentar os direitos do marido, afirma o jurista Clóvis Beviláqua (1903) que

outrora a mulher era incapaz simplesmente em razão do sexo. E persistem dessas formas antiquadas da civilização incrustações bem firmes ainda. A incapacidade para exercer a tutela e para servir de testemunha, apesar das excepções que comporta, é um claro exemplo do que affirmo.

Actualmente a mulher, feitas essas e outras restricções, goza de capacidade civil a par do homem. Porém, casando-se, entra para a categoria das incapazes, para recobrar a inteireza de sua personalidade quando se quebra o vinculo matrimonial ou siquer se afrouxa pelo divorcio canônico. É que precede da auctoridade marital a incapacidade com que o direito civil moderno fere a mulher casada. Mas é sempre bom recordar que há nessa incapacidade da mulher muito de proteção e desvelo tutelar.

Segundo o direito pátrio em vigor, a mulher casada não poderá adquirir bens, contrair obrigações, exercer qualquer profissão, litigar em juízo, sem que o marido lhe de a necessária auctorisação, ou, em falta d'elle, o juiz. Mas, como a ela cabe a direcção interna dos negócios domésticos, com tal ou qual amplitude, constitua costume aceito, valendo por direito, que ella está autorisada a comprar os objecto que pertencem á economia do lar ainda que os adquira por credito. (p. 199 e 200)

Na hipótese de não se casar, a mulher tinha capacidade civil após cessar a sua menoridade. Ao se casar, a mulher se tornava incapaz e necessitava do marido para decidir sobre a sua vida

⁶⁹ Conforme Clóvis Beviláqua (1903), a administração dos bens por parte do chefe da família não era absoluta, pois a legislação primou pela defesa da mulher, e, portanto, a esposa poderia anular alguns atos realizados por aquele, como “as doações e alienações que o marido, por qualquer título, faz á concubina e a amante ephemera” (p. 184).

⁷⁰ Conforme Plácido e Silva (1990a), o “domicílio conjugal é o domicílio dos esposos em que se fixa a sede da sociedade conjugal, ou seja, domicílio comum dos esposos. A escolha do domicílio conjugal cabe ao marido. Entanto, a mulher *casada comerciante* terá domicílio especial, relativo à mercancia dela” (p. 122).

pessoal e profissional, restando-lhe as decisões sobre a “economia doméstica”, já que estas constituíam um “costume aceito”. Nos dizeres do jurista, “é sempre bom recordar que há nessa incapacidade da mulher muito de proteção e desvelo tutelar”, reforçando a “bondade” do legislador para com as mulheres em geral.

Os deveres do homem eram a defesa da mulher e dos filhos e o sustento da família. Ao chefe de família cabia o dever de proteger os filhos e decidir sobre a educação destes. A autoridade do homem permanecia durante toda a sua vida e foi traduzida, para o direito brasileiro, como poder do pai ou “*pátrio poder*” (Almeida, 1999). Segundo Neder e Cerqueira Filho (2001), este termo significava, concomitantemente, cuidado e proteção, autoridade e obediência.

A defesa da mulher implicava, por exemplo, no impedimento de que ela viesse a praticar atos sexuais não consentidos pelo casamento, ou mesmo sofrer violência sexual. Estas situações poderiam prejudicar a honra, a boa imagem e a fama da mulher, do seu pai, do seu marido e de sua família. Este dever estava, especialmente, previsto no Código Penal de 1890⁷¹, que fixou como crimes⁷², dentre outros⁷³:

- a) sedução: “art. 267. Deflorar mulher de menor idade, empregando sedução, engano ou fraude”;
- b) estupro: “art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta. Pena - de prisão celular por um a seis anos. § 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta. Pena - de prisão celular por seis meses a dois anos.”⁷⁴;
- c) rapto: “art. 270. Tirar do lar doméstico, para fim libidinoso, qualquer mulher honesta, de maior ou menor idade, solteira, casada ou viúva, atraindo-a por sedução ou emboscada, ou obrigando-a por violência, não se verificando a satisfação dos gozos genésicos. Pena - de prisão celular por um a quatro anos”. No rapto, havia uma causa de diminuição de pena no § 1º, em que se a raptada for maior de 16 e menor de 21 anos, e prestar o seu consentimento, e uma causa de aumento de pena no § 2º, o qual era “se ao rapto seguir-se defloramento ou estupro, o rapto incorrerá na pena correspondente a qualquer destes crimes, que houver cometido, com aumento da sexta parte.”⁷⁵.

⁷¹ Os crimes que tratavam sobre a honra e a honestidade das famílias no Código Penal de 1890 (“Título VIII: Dos crimes cometidos contra a segurança da honra e da honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”) tinham, em sua maioria, a mulher como vítima.

⁷² Além disso, o Código Penal de 1890, definiu que um crime cometido contra a família pode agravar a pena do réu (art. 41), ou atenuar a pena, caso ele tenha cometido o crime para desafrontar-se de uma grave injúria cometida contra seu cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou cunhado, ou para defender os direitos de sua família (art. 42).

⁷³ Cabe referir que o Código Penal de 1890 estabeleceu como crime “disfarçar o sexo, tomando trajos improprios do seu, e trazel-os publicamente para enganar”, cuja pena era “de prisão celular por quinze a sessenta dias” (art. 379). Esta pena também era aplicada a “mulher que, condenada em ação de divórcio, continuar a usar do nome do marido” (art. 379, parágrafo único).

⁷⁴ Conforme o Código Penal, art. 269. “Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não. Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas facultades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcóticos”.

⁷⁵ Em caso de defloramento da mulher honesta, definia o art. 276. que “nos casos de defloramento, como nos de estupro de mulher honesta, a sentença que condemnar o criminoso o obrigará a dotar a offendida. Paragrapho unico.

Observa-se que o estupro de mulher “honesta” tinha a pena superior ao da “não honesta”, e o aumento de pena do rapto era equivalente caso houvesse defloração e estupro da mulher, indicando que o sofrimento emocional da vítima em virtude de uma violência sexual sofrida, como no estupro, era menos valorado do que a perda da virgindade. Assim, o homem tinha o dever de defender a esposa ou a filha de crimes como a defloração da mulher de menor idade, o estupro de mulher “honesta” (virgem ou não), e o rapto de mulher “honesta” da casa da família para fim libidinoso.

A “honestidade” da mulher estava vinculada ao dever do marido ou do pai de defendê-la, o que tinha a finalidade de assegurar a “honra” e o “bom nome” do homem e o da família. Neste sentido, o Decreto 181 de 1890 concedeu à esposa que se adequava as funções desempenhadas por uma “mulher honesta”, o direito de usar o nome da família do marido e de gozar das honras e direitos advindos deste nome.

De acordo com a legislação da época, a mulher também poderia ter a imagem de “promíscua”. O Código Penal de 1890 criminalizou o adultério ou infidelidade conjugal no art. 279, que fixou: “A mulher casada que cometer adultério será punida com a pena de prisão celular por um a três anos. § 1º Em igual pena incorrerá: 1º O marido que tiver concubina⁷⁶ teúda e manteúda; 2º A concubina; 3º O co-réu adúltero”.

Para o homem cometer adultério era necessário que ele tivesse com a amante, denominada de “concubina teúda e manteúda”, uma relação conjugal por um período de tempo; enquanto a mulher bastava ter uma única relação sexual para estar configurado este crime. Conforme Soihet (2001), “os motivos da punição são óbvios, já que o adultério representava os riscos da participação de um bastardo na partilha dos bens e na gestão dos capitais” (p. 381).

Segundo a autora, o homem tinha plena liberdade de exercer sua sexualidade (desde que não repercutisse no patrimônio familiar); enquanto a mulher, quando infiel, “era, em geral, punida com a morte, sendo o assassino beneficiado com argumento de que se achava ‘em estado de

Não haverá logar imposição de pena si seguir-se o casamento a aprazimento do representante legal da offendida, ou do juiz dos orphãos, nos casos em que lhe compete dar ou supprir o consentimento, ou a aprazimento da offendida, si for maior”.

⁷⁶ Concubina pode ser entendida como aquela “mulher que tenha vida em comum com um homem, ou que mantém, em caráter de permanência, relações sexuais com ele” (PLÁCIDO E SILVA, 1990a, p. 490). Em outros termos, para o direito, há duas definições do que é ser concubina. Na primeira definição, a concubina é a mulher que mantém uma relação estável com um homem, semelhante ao casamento. Contemporaneamente, esta definição é sinônima de companheira (que é a mulher que está em união estável com o seu companheiro).

Na segunda definição, a concubina é a mulher que é mantida por um homem geralmente casado, sendo o sustento o foco central dessa relação, e não a relação sexual entre eles. Por esse motivo, o Código Penal de 1890 utilizou a expressão “teúda e manteúda”. Ou seja, “nesta razão, a qualidade de concubina não advém do fato de a mulher manter relações com um homem, que não é seu esposo legítimo. É consequência de ser tida e mantida por este homem, por conta de quem vive. E com ele só pratica concúbito. Pode, assim, coabitar com ele, ou viver em casa por ele mantida. Desse modo, a concubina não é prostituta, porque se entrega a um só homem. Nem é amante, porque as relações que mantém com o amásio ou amigo tem caráter duradouro. E mostram o estado de mancebia ou de concubinato” (PLÁCIDO E SILVA, 1990a, p. 490).

completa privação de sentidos e de inteligência’ no ato de cometer o crime” (SOIHET, 2001, p. 381 e 382). Afirma que, “na prática, reconhecia-se ao homem o direito de dispor da vida da mulher” (p. 382).

A imagem da mulher como “promíscua” era relacionada, além disso, ao comportamento feminino nos lugares públicos, já que as ruas simbolizavam o “espaço do desvio”, “das tentações”. Eram recorrentes “as prescrições dos juristas acerca da impropriedade de uma mulher honesta sair só” (SOIHET, 2001, p. 365). A mulher “honestas” deveria estar sempre acompanhada.

Esta normatização dificultava – e muito – a vida das mulheres pobres, pois, como precisavam trabalhar para garantir o seu sustento e o dos filhos, era-lhes imprescindível sair sozinha, o que colaborava na sua imagem de “promíscua”. Sobre estas mulheres, afirma Soihet (2001), recaía o peso de receber menor remuneração do que o homem no trabalho (“a mulher trabalhava apenas para seus botões”); da responsabilidade integral pelos filhos (“maternidade era assunto de mulher”) e pelas tarefas domésticas (mesmo que dividisse com o homem o ganho cotidiano); da desvalorização por não atingirem o ideal das características dadas como universais ao sexo feminino, quais sejam, submissão, recato, delicadeza, fragilidade (o estereótipo de “sexo frágil”).

A imagem da mulher “promíscua” também foi usada como justificativa para a existência do divórcio no Decreto 181 de 1890, pois funcionaria como forma de impedir que o marido matasse a esposa “adúltera”. Para Garcez (1914), o divórcio era uma forma de “protesto” da mulher contra a desigualdade de gênero e uma garantia de que o marido não realizasse o “uxoricídio” para defender “a sua honra”:

O divórcio não é senão um meio novo para remediar males muito velhos. Representa o protesto veemente da mulher contra a asserção secular da superioridade masculina, a sua rebelião contra as idéias antigas que a colocavam numa posição de inferioridade para com o homem, idéias que transformavam muitas vezes o matrimônio em um concubinato legal.

A mulher brasileira sem educação, senão a que a grande minoria recebe, muito superficial, nos colégios das chamadas irmãs de caridade, entende que o divórcio é a libertação do marido, para o concubinato e o deboche, quando, ao contrário, o que de fato, ele exprime é o protesto da mulher do século XX contra a superioridade autocrática do homem, que leva a sua brutalidade e estupidez até o assassinato da esposa, quando ele se julga com o direito de ser um devasso e um libertino. Não há país no mundo onde se registrem tantos assassinatos de esposas por seus maridos como o Brasil.

É um revivescencia da Roma bárbara e selvagem.

O homem não tem o direito de matar a esposa adúltera. Ninguém pode tirar o que não pode dar.

A vida de uma mulher só Deus a pode tirar.

O egoísmo e a ferocidade do homem, de todos os animais da criação o mais feroz, inventaram a defesa da honra para justificar o uxoricídio, como se a honra de um homem pudesse ser guardada entre as pernas de uma mulher (p. 201 e 202).

Previsto no Decreto 181, de 1890, o divórcio não dissolvia o vínculo conjugal, o qual continuava existindo. A sua função era apenas autorizar a separação de corpos⁷⁷ e finalizar com o regime de bens (art. 88), podendo os cônjuges divorciados se reconciliarem a qualquer tempo (art. 89). O vínculo iniciado pelo casamento era, dessa forma, indissolúvel, monogâmico⁷⁸ e heterossexual.

O divórcio só poderia ser postulado judicialmente pelos cônjuges (e na incapacidade⁷⁹ destes, pelos ascendentes, descendentes ou irmãos) devido aos seguintes motivos⁸⁰:

Art. 82. O pedido de divorcio só póde fundar-se em algum dos seguintes motivos:
 § 1º Adulterio.
 § 2º Sevicia, ou injuria grave.
 § 3º Abandono voluntario do domicilio conjugal e prolongado por dous annos continuos.
 § 4º Mutuo consentimento dos conjuges, si forem casados ha mais de dous annos.
 Art. 83. O adulterio deixará de ser motivo para o divorcio:
 § 1º Si o réo for a mulher e tiver sido violentada pelo adultero.
 § 2º Si o autor houver concorrido para que o réo o commettesse.
 § 3º Quando tiver sobrevindo perdão da parte do autor.

Além de elencar motivos para requerer o divórcio, o decreto definiu que o adultério se presume perdoado se o cônjuge inocente coabitar com o “culpado” (art. 84). Os cônjuges, para obterem o divórcio por mútuo consentimento, deveriam se apresentar pessoalmente ao juiz, ao qual caberia decidir sobre o divórcio (art. 85 a 87).

O Quadro 6 apresenta, sucintamente, as características do modelo de família previsto no Decreto 181 de 1890:

Quadro 6. Caracterização do modelo de família presente no Decreto 181 de 1890, considerando o lugar da família na sociedade, as funções da família, a estrutura familiar e as funções dos membros da família.

⁷⁷ De acordo com Plácido e Silva (1990b), separação de corpos é a “expressão equivalente à *separação de cônjuges*, em virtude do que, cada um deles, deixando de habitar o mesmo lar, *passa a residir em lugar diferente*. A *separação de corpos*, assim, implicando no afastamento de um dos cônjuges da coabitação, ou *habitação comum*, importa numa separação *quoad thorum et mensam*, isto é, *não somente na mesa como no leito*” (p. 210).

⁷⁸ Conforme Clóvis Beviláqua (1903), estaria certa a lei em resguardar a monogamia, já que esta “é a forma de união conjugal de mais forte coesão entre os consortes, a melhor organizada para a manutenção da prole, a mais consentânea com a dignidade da mulher e com a moralidade social, finalidade, a mais adaptada ao desenvolvimento da *sympathia humana*” (p. 36).

⁷⁹ A incapacidade, em sentido jurídico, “quer exprimir a falta de qualidades ou a ausência de requisitos indispensáveis para o exercício ou gozo de direitos. É, assim, em sentido equivalente a inabilidade ou a inaptidão para a prática de todos ou de certos atos jurídicos, ou para o exercício e gozo de direitos” (PLÁCIDO E SILVA, 1990a, p. 441).

⁸⁰ Além disso, o Decreto 181, de 1890, estabeleceu impedimentos (ou seja, proibições) para o casamento no art. 7º, dentre os quais fixou a impossibilidade de casarem: os ascendentes e os descendentes, e os parentes colaterais, paternos e maternos, até o segundo grau civil (§ 1º); as pessoas que estiverem ligadas por outro casamento (§ 2º); o cônjuge adúltero e o seu co-réu condenado (§ 3º); o raptor com a raptada, enquanto não estiver em lugar seguro e fora de seu poder (§ 6º); as mulheres menores de 14 anos e os homens menores de 16 anos (§ 8º). Dessa forma, para provar o casamento era preciso, a partir do estabelecimento do registro civil, de certidão extraída desse registro (art. 49) e, em caso de o casamento ter se realizado anteriormente, era necessária uma certidão extraída dos livros paroquiais (art. 50). O art. 57 a 60 determinaram normas para o regime de bens no casamento, que era conhecido como *comunhão de bens*, enquanto que o capítulo IX estabeleceu as regras do divórcio.

MODELO DE FAMÍLIA		DECRETO 181 DE 1890
CARACTERÍSTICAS		
LUGAR DA FAMÍLIA		- centralidade da família na sociedade.
FUNÇÕES DA FAMÍLIA		- reprodução da espécie; - legitimação dos filhos; - constituição da família legítima.
ESTRUTURA FAMILIAR		- a família legítima era constituída exclusivamente pelo casamento e pelos filhos legítimos e legitimados; - características do casamento: a) heterossexual; b) monogâmico; c) indissolúvel ⁸¹ .
FUNÇÕES DOS MEMBROS DAS FAMÍLIAS	HOMEM	- público: representante da família na sociedade (“administrador dos bens”); - privado: chefe da família (decisão sobre a fixação do domicílio, a profissão da mulher e a educação dos filhos); - no exercício da função de chefe da família: a) direitos: detentor da autoridade em relação à esposa e aos filhos; b) deveres: sustento da família.
	MULHER	- submissa ao poder do marido; - incapacidade civil; - “mulher honesta” casada: a) direitos: usar o nome da família do marido e gozar das honras e direitos advindos deste nome; b) deveres: cuidado do lar e educação dos filhos.
	CRIANÇA	- submissa ao poder paterno; - os filhos eram classificados em: a) legítimos; b) legitimados; c) ilegítimos, que eram classificados em ilegítimos; adulterinos; incestuosos; - o processo de legitimação dependia exclusivamente da vontade do pai e do casamento deste com a mãe.

O modelo de família presente no Decreto 181 de 1890 manteve a sua fundamentação, portanto, no heterocentrismo; na diferenciação das funções entre o homem e a mulher; no patriarcalismo (embora tenha instituído alguns deveres ao marido e direitos à esposa); na indissolubilidade do vínculo matrimonial; na procriação e legitimação dos filhos. Os direitos das crianças ainda estavam estreitamente vinculados a sua legitimidade ou ilegitimidade.

Como se observa no modelo de família previsto neste decreto, a divisão formal entre o Estado e a Igreja não influenciou significativamente na determinação das regras atinentes às famílias. Era evidente a similaridade entre as normas de direito canônico (Código de Direito Canônico de 1917) e as do Decreto 181 de 1890 em relação ao lugar da família (centralidade da família na sociedade); as suas funções (reprodução da espécie, legitimação dos filhos); a sua estrutura (formada exclusivamente pelo casamento, cujas características eram a indissolubilidade, o heterocentrismo, a monogamia); e as funções desempenhas pelo homem (autoridade em relação

⁸¹ Existia, no Decreto 181 de 1890, o divórcio, que era caracterizado pela separação de corpos e de bens, mas sem dissolver o vínculo matrimonial. A sua previsão era semelhante aos motivos que provocavam a separação do casal após o casamento no Direito Canônico, conforme previsto no Código Canônico de 1917.

à mulher e aos filhos), pela mulher (submissa em relação ao poder do marido) e pelas crianças (classificadas por meio da relação conjugal dos genitores).

Dessa maneira, o decreto continuou caracterizando as famílias de forma com que elas tivessem uma restrita abrangência na sociedade. Conforme afirma Soihet (2001), embora fosse a única via legítima, “era proporcionalmente pequeno o número de pessoas casadas em relação ao total da população. O fato é que no seio dos populares o casamento formal não preponderava” (p. 368).

Uma das preocupações das classes dirigentes, nesta época, estava centrada na organização das famílias, pois “das camadas populares se esperava uma força de trabalho adequada e disciplinada. Especificamente sobre as mulheres recaía uma forte carga de pressões acerca do comportamento pessoal e familiar desejado, que lhes garantissem apropriada inserção na nova ordem” (SOIHET, 2001, p. 362). Era preciso, portanto, impor a “nova” ordem e os “novos” entendimentos a respeito do modelo de família sobre as camadas populares.

As maneiras de imposição desta compreensão foram variadas. Pedro (2001) afirma, ao estudar as mulheres do sul do Brasil, que “os jornais pareciam veicular um projeto civilizador com pretensão de construir novos homens e mulheres, divulgando imagens idealizadas para ambos os sexos” (p. 281). Em relação às mulheres, um dos textos citados pela autora é os “Dez mandamentos da mulher”, que foi publicado, em 1888, pelo *Jornal do Comércio* do Desterro (Florianópolis):

- 1º Amai a vosso marido sobre todas as coisas.
 - 2º Não lhe jureis falso.
 - 3º Preparai-lhe dias de festa.
 - 4º Amai-o mais do que a vosso pai e a vossa mãe.
 - 5º Não o atormenteis com exigências, caprichos e amuos.
 - 6º Não o enganeis.
 - 7º Não lhe subtraiais dinheiro, nem gasteis este com futilidades.
 - 8º Não resmungueis, nem finjais ataques nervosos.
 - 9º Não desejeis mais do que um próximo e que este seja o teu marido.
 - 10º Não exijais luxo e não vos detenhais diante das vitrines.
- Estes dez mandamentos devem ser lidos pelas mulheres doze vezes por dia, e depois ser bem guardados na caixinha do *toilette* (p. 285).

Quanto aos homens, um dos escritos de jornal mencionados por Pedro (2001) é “Os dez mandamentos do marido”, publicado em 1896, no *Gazetinha* de Porto Alegre:

- 1) Uma boa mulher, toma bem nota, quer ser tratada com juízo. Não abuses do seu coração flexível pois os objetos frágeis quebram-se facilmente.
- 2) As tuas ordens e os teus desejos que sejam brandos, pois o marido é o senhor e não déspota.
- 3) Se alguém te zangar na rua, não te vingues em tua mulher, não exijas tudo com a máxima exatidão; tu erras: porque o não fará a mulher?
- 4) Não namores outras mulheres, ama unicamente tua mulher, eis o teu dever.
- 5) Se a mulher te pedir dinheiro por precisar dele, não debes resmungar.
- 6) Deves limitar as tuas despesas, mas também não debes ser um usurário.
- 7)

Não vás para a mesa de jogo ou para os cafés, pois tens distração bastante em casa. 8) Separa alguma coisa para a mulher e os filhos, cuida também da sua felicidade para depois de tua morte. 9) Ama sempre a tua mulher, não te deixes apossar do mal. 10) Caminha assim com ela de mãos dadas e serão felizes até a eternidade. (p. 300 e 301)

A imagem divulgada pelos jornais recaía sobre os homens e as mulheres, os quais deveriam adequar as suas condutas conforme as normatizações. Eram os “dez mandamentos” para serem socialmente considerados “bons” homens e “boas” mulheres, na família e na sociedade.

Esta imposição era também realizada pela ciência e legitimada, especialmente, pela medicina social. Costa (1983) explica que a política higiênica, instaurada pela medicina social, objetivou “salvar os indivíduos do caos em que se encontravam” (p. 12), por meio da regulação e do controle da intimidade de suas vidas. Conforme o autor,

Mediante esta tática, a vida privada dos indivíduos foi atrelada ao destino político de uma determinada classe social, a burguesia, de duas maneiras historicamente inéditas. Por um lado, o corpo, o sexo e os sentimentos conjugais, parentais e filiais passaram a ser programadamente usados como instrumentos de dominação política e sinais de diferenciação social daquela classe. Por outro lado, a ética que ordena o convívio social burguês modelou o convívio familiar, reproduzindo, no interior das casas, os conflitos e antagonismos de classe existentes na sociedade. As relações intrafamiliares se tornaram uma réplica das relações entre classes sociais (COSTA, 1983, p. 13).

Nesse sentido, ele conclui que “se a presença médica nos ‘sobrados’ mudou a situação da mulher, certamente o fez mediante esta estratégia. Armou sexualmente mulheres e homens que, daí em diante, dispunham mais um motivo para corriqueiramente se odiarem e só excepcionalmente se amarem” (COSTA, 1983, p. 274).

A compreensão médico-higienista assegurava como características da mulher, “por razões biológicas, a fragilidade, o recato, o predomínio das faculdades afetivas sobre as intelectuais, a subordinação da sexualidade à vocação maternal. Em oposição, o homem conjugava à sua força física a uma natureza autoritária, empreendedora, racional e uma sexualidade sem freios.” (SOIHET, 2001, p. 363). De acordo com Costa (1983), o poder médico, ao determinar estas funções para o homem e para a mulher, auxiliou na criação da norma familiar.

A interferência destes diferentes meios – jornais, medicina social – com o objetivo de fortalecer as funções do homem e da mulher foi tão significativa que alguns autores observam o modelo nuclear de família como hegemônico (Antônio Cândido, 1951) ou como concepção predominante (Costa, 1983) na passagem do século XIX para o século XX. No texto “The Brazilian Family”, cuja primeira publicação ocorreu no livro organizado por Thomas Lynn Smith e Alexander Marchant – “Brazil. Portrait of a Half Continent” – em 1951, Antônio Cândido (1951) afirma que a transformação sofrida pela família patriarcal, colonial e rural, durante o século XIX, repercutiu na sua modificação à família nuclear, urbana e industrial, no século XX.

Influenciado pela Escola de Chicago de Sociologia Urbana⁸² e por teóricos como Talcott Parsons⁸³, o autor explica que esta transformação ocorreu para atender a função produtiva da sociedade moderna. Antônio Cândido (1951) aponta, assim, como mudanças na família moderna: a saída da mulher para o mercado de trabalho, a educação dos filhos, a impessoalidade nas relações sociais, o controle de natalidade, o enfraquecimento dos laços de parentesco, a redução do tamanho da família e a redução do poder do pai e do marido.

Esta imposição do modelo nuclear de família, entretanto, não repercutiu nas normas que tratavam a respeito dos direitos das crianças, que continuavam a ser classificadas, pelo Decreto 181 de 1890, a partir da relação de seu pai com sua genitora. Isso se diferencia, fundamentalmente, da função que exercem neste modelo, em que se constituem objetos de investimento afetivo, econômico, educativo e existencial, são consideradas como futuro da família (“imagem sonhada e projetada”) e diferenciadas dos adultos em relação à etapa do ciclo vital. Quanto às funções do homem e da mulher, foi facilitada a imposição do modelo nuclear de família na medida em que as suas determinações são similares ao do modelo de família previsto no Decreto 181 de 1890. Nesse sentido, o modelo nuclear de família pode ser compreendido como “hegemônico” ou como “concepção predominante” neste período, já que o poder do marido em relação à esposa se manteve fortalecido.

2.2 CÓDIGO CIVIL DE 1916: PERMANÊNCIAS E MUDANÇAS NO MODELO DE FAMÍLIA

⁸² A “Escola de Chicago de Sociologia Urbana” tinha como representantes mais conhecidos William Thomas, Florian Znaniecki, Robert E. Park, Louis Wirth, Ernest Burgess, Everett Hughes e Robert McKenzie, e combinou os estudos dos centros urbanos com conceitos teóricos e pesquisas de campo de caráter etnográfico. Estes estudos, denominados de “teoria do urbanismo”, tiveram na própria cidade de Chicago o seu laboratório. Dentre outros temas pesquisados, está o da família no processo histórico de passagem do rural para o urbano, em que se concluiu que a estrutura patriarcal de família não combinava com a sociedade industrializada e urbanizada. Esta Escola também chamou a atenção para o fato de a relação afetiva ser exclusiva da família e que ela assegurava a permanência social (Teruya, 2008).

⁸³ Talcott Parsons buscou compreender as relações em que a família era envolvida por meio da construção teórica baseada na questão da personalidade e da moralidade, a partir das obras de Freud e de Durkheim (Teruya, 2008). Por meio de seu funcionalismo, desenvolveu uma “teoria geral da sociedade”, em que definia que o modelo nuclear de família combinava com a sociedade industrial. Esta perspectiva funcionalista, com base em Giddens (2005), “vê a sociedade como um conjunto de instituições sociais que desempenha funções específicas para assegurar a continuidade e consenso. Conforme essa perspectiva, a família desempenha importantes tarefas que contribuem para as necessidades básicas da sociedade e auxiliam a perpetuar a ordem social. (...) segundo o sociólogo norte-americano Talcott Parsons as duas principais funções da família são a socialização primária e a estabilização da personalidade. A socialização primária é o processo pelo qual as crianças aprendem as normas culturais da sociedade em que nasceram. (...) A estabilização da personalidade refere-se ao papel desempenhado pela família ao assistir emocionalmente seus membros adultos.” (GIDDENS, 2005, p. 152). Em sua teoria, Talcott Parsons também definiu funções para cada pessoa no modelo nuclear de família, quais sejam, o marido tem a função instrumental de provedor e a mulher, a função afetiva (Giddens, 2005).

No final do século XIX e início do século XX, a elaboração do primeiro Código Civil brasileiro era percebida como imprescindível pelos juristas da época devido à necessidade de consolidar as leis civis. Para tanto, dois esboços de Código Civil foram apresentados, sendo o primeiro por Augusto Teixeira de Freitas, que foi rejeitado, e o segundo por Clóvis Beviláqua, que repercutiu no Código Civil de 1916 (CC/16).

De acordo com Neder e Cerqueira Filho (2001), era evidente o estreito vínculo entre a religião católica e o direito de família nos preceitos do autor do primeiro esboço do Código Civil, o qual não aceitava a idéia do matrimônio fora do controle da Igreja Católica e já se sentia contrariado pelo controle do Estado sobre o casamento. Conforme os autores, os “obstáculos afetivo-religiosos” de Augusto Teixeira de Freitas foram decisivos para o “fracasso” desse primeiro esboço de Código Civil brasileiro.

O segundo esboço do Código Civil, cujo autor era Clóvis Beviláqua, foi aprovado no ano de 1916 e se baseou em diversas influências, prevalecendo, dentre elas, a doutrina jurídica francesa.

A codificação aprovada, que restringiu o *pátrio poder* (por meio de vários artigos individualistas, como a maioria plena dos filhos a partir dos 21 anos, entre outros), foi tida como influenciada pelo código civil alemão (sobretudo pela intervenção marcante de Rui Barbosa no processo de discussão parlamentar da reforma do código). Contudo, temos várias indicações de que a alusão ao código alemão pode ter ocorrido como forma de dissimulação (ou discordância) das influências da codificação francesa, uma vez que estas encontravam, historicamente, muitas resistências políticas, ideológicas e afetivas na formação social brasileira (e portuguesa) para sua aceitação, dadas as suas implicações com o processo revolucionário. (NEDER E CERQUEIRA FILHO, 2001, p. 120).

Como explicam Neder e Cerqueira Filho (2001), as principais dificuldades para a entrada em vigor do CC/16 estavam relacionadas às questões familiares, em especial, à articulação da visão moderna de direitos da pessoa, difundida pelo Código Napoleônico de 1804⁸⁴, e do “pátrio poder”, presente nas primeiras legislações e legitimado pela doutrina cristã. Estas dificuldades retardaram a promulgação do CC/16 e, por este motivo, Fachin (2001) e Neder e Cerqueira Filho (2001) afirmam que o Código, já neste momento, pode ser classificado como “atrasado”.

⁸⁴ A visão moderna dos direitos da pessoa humana define que existem direitos naturais, invioláveis e inerentes aos seres humanos. Conforme refere Matteucci (2004), “usualmente, para determinar a origem da declaração no plano histórico, é costume remontar a *Déclaration des droit de l’homme et du citoyen*, votada pela Assembléia Nacional francesa em 1789, na qual se proclamava a liberdade e a igualdade nos direitos de todos os homens, reivindicam-se os direitos naturais e imprescritíveis (a liberdade, a propriedade, a segurança, a resistência à opressão)” (p. 353). Apesar de o *Bill of Rights* americano de 1776 ser semelhante e anterior à declaração francesa, como afirma o autor, a visão moderna dos direitos da pessoa humana é relacionada ao ideário francês e a sua difusão.

Nesse sentido, definem Neder e Cerqueira Filho (2001) que “da França, os ventos da modernidade sopraram anunciando reformas sobretudo do código civil. Residia neste ponto o grande pólo de resistência política, ideológica e afetiva às mudanças entre os juristas luso-brasileiros, uma vez que a nova concepção de direito de família, erigida no bojo do processo revolucionário francês, implicava uma visão secularizada do casamento, admitindo-se o divórcio. O Código Civil francês (de 1804), mais conhecido como Código Napoleônico, esteve, ao longo de todo o século XIX, no centro da polarização ideológica que dividiu, apaixonadamente, o universo político dos juristas”. (p. 114).

Nesse período, o ideal de família, para a maioria dos juristas, era vinculado à descrição de um “organismo social”. Pereira (1959) afirma que “para estudar a vida em sociedade, é preciso preliminarmente estudar a vida dos membros que a compõem. A biologia se apresenta, portanto, como a base necessária da sociologia” (p. 37 e 38). Ao relacionar a existência da sociedade, da família e do indivíduo com organismos, diferenciando-os e comparando-os de acordo com a teoria de Spencer e de Comte sobre a sociedade, o jurista explica que “a família é uma associação espontânea, não há dúvida, mas é uma instituição social, submetida, como todas as demais, à lei inexorável da evolução” (p. 43). Para o autor,

Ora, é patente aos olhos mais cerrados que a família evoluiu e continua a evoluir, e que esta evolução não se opera no sentido dum retorno ao tipo medieval. Eu não decompou a sociedade em indivíduos, mas, se quiser decompor a família, não acharei senão pais e filhos, isto é, indivíduos. Entre a família e os seus membros, não encontro um intermediário, como encontro a família interposta entre o indivíduo e a sociedade. (...) Como devemos fazer para que uma sociedade seja próspera? Organizando-a de forma que as famílias, que a compõem, possam prosperar. Como numa associação os indivíduos podem prosperar? Conjugando os esforços para a obtenção dum fim comum. Ora, esta cooperação é tanto mais eficaz, quanto menores entraves se opõem ao desenvolvimento natural de cada associado, quanto melhor é o ambiente para a afirmação da sua personalidade e mais rápida a maturação da sua consciência individual. É preciso ser livre para obedecer, é preciso ser igual para cooperar. A família deve portanto constituir-se sob um regime de liberdade, que exclua a tirania, e de autoridade, que exclua a anarquia. Estas fórmulas de liberdade e de autoridade não são, aliás, categorias absolutas, mas relativas, variáveis conforme o ritmo geral da evolução à qual se submete a família como todas as instituições sociais (PEREIRA, 1959, p. 43 e 44).

A família, de acordo com o jurista, deve ser estruturada como um “organismo” para prosperar, da mesma maneira que a sociedade é organizada por famílias, para que cada indivíduo exerça a sua função em vista da “evolução”. Pereira (1959) afirma que a família deve ter, ao mesmo tempo, um regime com liberdade e autoridade, a fim de que suas funções sejam adequadamente exercidas pelo marido, pela esposa e pelos filhos como uma “organização democrática”, unida pelo princípio ético que é o amor.

Com base no jurista, o marido deve ser o chefe da família, ou seja, aquele que decide e tem a função central; a esposa deve ser a colaboradora, a amiga, a sócia; e os filhos existem em razão da necessária continuação da espécie. Por esse motivo, são necessárias a assistência e a proteção jurídica a eles pelas leis brasileiras, pois para que a família “medre e cresça, e se desate em flores, já não dependerá exclusivamente dele [do filho], mas das condições do ambiente que a sociedade lhe oferecer” (PEREIRA, 1959, p. 87). Para Pereira (1959), o “conceito normal de família, que se entende estruturada sobre o casamento,” que a “moral sanciona, a lei especialmente cuida e a Constituição particularmente protege” (p. 52 e 53).

Ao comparar e comentar o Decreto nº 181, de 1890 e o projeto de lei que resultou no CC/16, Garcez (1914) evidenciou a equivalência entre as disposições legais que tratavam a

respeito da família legítima em ambas as legislações. Definiu o jurista que “é o casamento que constitui a família legítima e que legitima os filhos naturais, antes dele havidos ou concebidos” (GARCEZ, 1914, p. 96).

Além da manutenção da família legítima, observa-se, no CC/16, a continuidade em relação às características do casamento, em especial, à indissolubilidade do vínculo matrimonial⁸⁵. Conforme o art. 315 do CC/16, apenas: “I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pelo desquite⁸⁶, amigável ou judicial”, os cônjuges poderiam separar os seus corpos e bens, mas não romper este vínculo. Segundo o autor do CC/16, Clóvis Beviláqua (1939),

O desquite põe termo a vida em *commum*, se para os cônjuges, restitue-lhe a liberdade, permite-lhe dirigir-se, como entenderem, na vida, sem que dependa um do outro, no que quer que seja; mas conserva íntegro o vínculo do matrimônio. Podendo governar, livremente, a sua pessoa, e, livremente, gerir os seus bens, não pode qualquer dos cônjuges casar-se enquanto viver o outro, porque o casamento é um laço perpetuo e indissolúvel, que só com a morte se rompe. Dissolve-se a sociedade conjugal, cada cônjuge retira os seus bens, porem subsiste o vínculo matrimonial (p. 742 e 743).

Mesmo com o desquite, os laços de obrigação constituídos pelo casamento persistiam, já que ele gerava a obrigação ao marido de prestar pensão alimentícia à mulher, caso esta fosse inocente e pobre (art. 320), além da perda da mulher do direito de usar o “nome do marido”, caso ela fosse a “culpada” pela separação do casal (art. 324).

Os cônjuges para se desquitarem necessitavam de uma ação judicial (art. 316) e deviam fundamentá-la no adultério⁸⁷, na tentativa de morte, na sevícia ou injúria grave⁸⁸, no abandono do

⁸⁵ Ao explicar a razão pela qual o divórcio (com a separação do vínculo conjugal) não foi aceito no Brasil, Clóvis Beviláqua (1939) afirma que essa matéria “transcende os limites do direito e interessa a moral, aos costumes e a educação. (...) Como os interesses que se regulam pelo casamento, não são transitórios: como não são apenas, dos indivíduos, que se unem, e sim também da sociedade e dos filhos; como esses interesses são permanentes, porque a família é de natureza permanente, a perpetuidade do vínculo matrimonial traduz, com felicidade, a relação creada por esse concurso de solicitações diversas, egoístas e altruístas, harmoniza e equilibra os impulsos da liberdade individual, que não quer limitações, e as necessidades sociais, que as impõem, em benefício da colectividade, da prole, e, também, dos próprios cônjuges, para os quaes a dissolubilidade é, muitas vezes, um incentivo para a dissolução” (p. 743 e 744). E acrescenta: “Olhando as coisas de um ponto de vista geral, elle [o divórcio] prejudica muita mais a mulher do que o homem, e tanto ella assim o sente que tem por esse instituto uma aversão quase instinctiva. Honesta, recatada, teme o escândalo, sente-se diminuída pelo divorcio; e, quando este sobrevém, encontra-a desarmada para a vida, impotente para lutar e manter-se. (...) As uniões illicitas não são consequencias do desquite, e sim, da educação falsa dos homens. Não é com o divorcio que as combateremos e, sim, com a mora; não é o divorcio que as evita, e, sim, a dignidade de cada um. E é curioso que se lembrem de evitar as uniões illicitas com o divorcio, quando este é, principalmente, o resultado das uniões illicitas dos adúlteros” (CLÓVIS BEVILAQUA, 1939, p. 744).

⁸⁶ Desquite ou desquitação é a “terminologia do Direito Civil para indicar o ato pelo qual se decreta a dissolução de sociedade conjugal, pela separação de corpos e bens dos cônjuges, sem que se extinga o vínculo do contrato matrimonial (PLÁCIDO E SILVA, 1990a, p. 62).

⁸⁷ Clóvis Beviláqua (1939) explica que “adultério é a quebra da fidelidade matrimonial. O nosso Código Penal classifica-o entre os crimes contra a honra e a honestidade da família (...) Alguns escriptores, ainda imbuídos do preconceito da superioridade do homem, a quem se permitem abusos e desregramentos, como senhor das posições sociais, insistem em mostrar que o adultério da mulher é indicio de depravação maior, e que produz consequências

lar conjugal por um dos cônjuges por dois anos contínuos ou no mútuo consentimento dos cônjuges (art. 317 e 318). Em outros termos, o desquite permaneceu com as mesmas regras que foram estabelecidas para o divórcio pelo Decreto 181 de 1890, apenas com a nomenclatura diferenciada.

O casamento manteve, portanto, suas características principais, quais sejam, monogamia, heterossexualidade e indissolubilidade, baseadas na relevância moral que reverenciava a “honra” e a “boa fama” do marido e a virgindade da esposa. Fachin (2001) afirma que a família assentava-se sobre as seguintes dimensões: “matrimonializada (fundamentalmente voltada ao casamento, sob o influxo canônico), hierarquizada (julgada ao *paterfamilias* colonial) e patriarcal” (p. 34). Barsted (1987) define que modelo de família “pouco diferia da família cristã, católica, organizada pelos padrões religiosos” (p. 107); em razão disto, não houve um confronto mais direto entre a Igreja e o Estado nesta previsão legal acerca da família.

No CC/16 foram instituídos deveres comuns aos cônjuges, como a fidelidade recíproca, a moradia no mesmo domicílio, a mútua assistência, o sustento, guarda e educação dos filhos (art. 231), diferentemente do previsto no Decreto 181 de 1890. Conforme afirma Garcez (1914), “com o desenvolvimento da cultura humana, sob as inspirações da religião da igualdade e do amor pregado por Christo, a mulher conquistou posição mais elevada e mais digna no lar, não tendo somente deveres ou obrigações, mas tendo, também, direitos, estabelecendo-se até entre ela e o marido direitos e deveres comuns”. (p. 101)

Estes deveres comuns implicaram em limitações do poder do marido em relação à esposa, embora o homem ainda mantivesse as funções de representante da família na sociedade e de chefe da família. Ele era o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe a representação legal da família, a decisão sobre o lugar do domicílio, a autorização da profissão da mulher e a administração dos bens comuns. De acordo com Pereira (1959),

O marido é o chefe da sociedade conjugal, diz o Código no art. 233. Esta palavra *chefe* se origina de *caput*, cabeça. É a parte principal do corpo, a sua região nobre, onde se abrigam o pensamento, a consciência, a memória. As nossas idéias aí se elaboram, as nossas sensações aí se registram. É a sede do nosso espírito donde partem as ordens que todo o organismo tem de executar. É por isso que chamamos capital a cidade onde os

mais graves, porque pode introduzir, na família, filhos estranhos. A primeira observação é falsa, porque se a sociedade exige da mulher o maior recato, deve, igualmente, exigir do homem que não a desvirtue com o espectáculo da sua immoralidade, porque o dever de fidelidade é recíproco. (...) A segunda observação não é mais convincente do que a primeira. O adultério da mulher pode introduzir na família um estranho; mas, em regra, são as facilidades do marido que incitam a mulher aos desvios, e a questão não deve ser postas nesses termos. Não se trata de medir as conseqüências da infidelidade. O adultério é justo motivo de divórcio, porque é uma grave offensa ao cônjuge innocente, um rompimento ultrajante da fidelidade prometida. Qualquer dos cônjuges injuria, cruelmente, o outro, quando adultera” (p. 751).

⁸⁸ “Sevicia é o mau tratamento, a grosseria material continuada, a offensa physica. Injuria grave é toda a offensa a honra, a respeitabilidade, a dignidade do cônjuge, quer consista em actos, quer em palavras” (CLÓVIS BEVILAQUA, 1939, p. 751 e 752).

órgãos superiores do Estado têm a sua sede, porque, considerado o Estado como um organismo, o seu governo será o seu cérebro, a sua cabeça. (...) Chefe do exército, general em chefe, chefe de Estado, são expressões que traduzem a idéia de direção e comando, duma cabeça que delibera, e de braços, que executam. O chefe de família é portanto aquele que a dirige. (...) A mulher é uma organização mais delicada, mais vibrátil, mais impulsiva. Shakespeare, quando a quis definir, sentenciou: Fragilidade, o teu nome é mulher! (p. 55 e 56).

Por esses motivos, o jurista define que a mulher ficou como “auxiliar” na organização familiar. Conforme o CC/16, a mulher assumiu o lugar de “consorte” e “companheira” do marido e de “auxiliar” da família, pois, na falta deste, ela deveria gerir a organização familiar (art. 240), além de cuidar da “economia doméstica”.

Conforme afirma Pereira (1959), as palavras “consorte”, “companheira” e “auxiliar” não são sinônimas. “Na companhia tendes a amiga; na consorte, a sócia; na auxiliar, a colaboradora” (PEREIRA, 1959, p. 59). Relacionando as três palavras, afirma o jurista, tem-se a idéia exata da condição da mulher na sociedade conjugal: “a sua atividade é subsidiária mas é espontânea, porque é a de um sócio; é livre, porque é a de uma companheira, e não duma escrava; é útil, porque o legislador a denomina um auxílio” (PEREIRA, 1959, p. 59).

Pelo CC/16, a mulher continuou precisando do consentimento do marido para, dentre outras ações, exercer profissão, embora pudesse – pois se presumia autorizada pelo marido – comprar coisas necessárias à “economia doméstica”. De acordo com Pereira (1959), “o marido é o juiz soberano da conveniência de autorizar a mulher a exercer uma profissão, e nenhuma dúvida sobre a razoabilidade deste direito exclusivo, dadas as bases em que assenta a constituição da família” (p. 400). Para o jurista, não há injustiça, em si, quando o marido negar que a esposa exerça uma profissão, mas, se ela achar que é injusto, ela pode buscar uma “terceira pessoa imparcial e neutra” para dirimir essa dúvida, que era o juiz.

A mulher continuou como civilmente incapaz após a realização do casamento, mas com a oportunidade de confrontar “injustiças” do marido por meio de processos judiciais⁸⁹. Ao comentar a incapacidade civil da mulher após o casamento, Clóvis Beviláqua (1938) explicou que o projeto primitivo do Código, por ele elaborado, não contemplava a incapacidade civil da mulher casada, “mas a Comissão revisora, nomeada pelo Governo, recusou a inovação, aliás sem a discutir” (p. 153). De acordo com o jurista, “realmente, a mulher possui capacidade mental equivalente à do

⁸⁹ CC/16, art. 248. “Independentemente de autorização, pode a mulher casada: I - Exercer o direito que lhe competir sobre as pessoas dos filhos de leito anterior (art. 329); II - Desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal que o marido tenha gravado ou alienado sem sua outorga ou suprimento do juiz (art. 235, I); III - Anular as fianças ou doações feitas pelo marido com infração do disposto nos ns. III e IV do art. 235; IV - Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177); V - Dispor dos bens adquiridos na conformidade do número anterior, e de quaisquer outros que possua livres da administração do marido, não sendo imóveis; VI - Promover os meios assecuratórios e as ações, que contra o marido lhe competirem, em razão do dote, ou de outros bens dela sujeitos à administração marital (arts. 263, 269 e 289); VII - Propor ação anulatória do casamento (arts. 207 e seguintes); VIII - Propor a ação de desquite (art. 316); IX - Pedir alimentos, quando lhe couberem (art. 224); X - Fazer testamento ou disposições de última vontade”.

homem, e merece igual proteção ao do direito. Já é um sacrifício à justiça submetê-la à autoridade do marido, pela necessidade de harmonizar as relações da vida conjugal” (CLÓVIS BEVILÁQUA, 1938, p. 153).

Em relação à filiação, no CC/16 continuou a se diferenciar a legítima e a ilegítima, conforme a legislação anterior. Equipararam-se os filhos legítimos aos legitimados por meio do “processo de legitimação”, que se constituía no reconhecimento do filho ilegítimo através do casamento dos pais. Os filhos ilegítimos, por sua vez, podiam ser reconhecidos pelos pais, voluntariamente, na certidão de nascimento, na escritura pública ou no testamento, com exceção dos filhos incestuosos e dos adúlteros, que não podiam ser reconhecidos.

De acordo com Gomes e Carneiro (1952), no projeto inicial do CC/16, tanto os filhos adúlteros quanto os incestuosos poderiam ser reconhecidos, sendo vedada qualquer menção que induza que o filho nasceu de uma “união reprovável”. Esta alteração decorreu de um substitutivo apresentado por “Andrade Figueira e Tolentino”, em que se declarava que os filhos espúrios não poderiam ser reconhecidos. “Não prevaleceu a forma que Rui Barbosa pretendeu dar, com maior correção, assim concebida: ‘É lícito a qualquer dos pais ou a ambos reconhecer filho ilegítimo, não sendo incestuoso ou adúltero’. Preferiu-se estatuir a proibição do reconhecimento num artigo independente, de modo categórico e incisivo” (GOMES E CARNEIRO, 1952, p. 83). Assim, surgiu o art. 358: “os filhos incestuosos e adúlteros não podem ser reconhecidos”⁹⁰.

Quanto ao “pátrio poder”, este continuou a ser exercido pelo pai. Conforme o art. 380 do CC/16, “durante o casamento, exerce o “pátrio poder” o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher”. Este Código “inovou” ao limitar o poder do pai⁹¹, já que o Ministério Público poderia agir para resguardar a segurança do filho, em virtude de “castigos imoderados”, de “abandono” e de “atos contrários a moral e aos bons costumes” (art. 394 e 395).

Cabe evidenciar que a adoção⁹² foi regulada no CC/16⁹³ (diferentemente do Decreto 181 de 1890) e ela podia ser realizada por pessoas com mais de cinquenta anos, que não tivessem filhos legítimos ou legitimados (art. 368), sendo o adotante, pelo menos, dezoito anos mais velho

⁹⁰ Esta proibição abrangia tanto o reconhecimento voluntário quanto o reconhecimento forçado por meio de ação judicial (Gomes e Carneiro, 1952).

⁹¹ O poder do pai era extinto em virtude da morte dos pais ou do filho, da emancipação, da maioridade ou da adoção deste (art. 392).

⁹² Ao comentar a adoção, Clóvis Beviláqua (1939) explica que ela exerce uma ação benéfica, social e individual, já que “dando filhos a quem os não tem pela natureza, desenvolve sentimentos affectivos do mais puro quilate, e augmenta, na sociedade, o capital de affecto e bondade, necessário ao seu aperfeiçoamento moral; chamando para o aconchego da família e para as doçuras do bem estar filhos privados de arrimo ou de meio idoneos, aproveita e dirige capacidades que, de outro modo, corriam o risco de se perder, em prejuizo dos indivíduos e do grupo social, a que pertencem (...) A adoção destina-se a supprimir a falta de filhos. A lei só a faculta a quem não teve a ventura de os possuir, pelo casamento” (p. 822).

⁹³ Até 1916 não havia previsão na legislação pátria sobre a adoção, que era definida como um “acto civil pelo qual alguém aceita um entranho na qualidade de filho” (CLÓVIS BEVILÁQUA, 1903, p. 473).

que o adotado (art. 369). A lei estabelecia que a adoção continuava mesmo que o casal tivesse filhos naturais posteriormente, entretanto, se os filhos naturais fossem concebidos antes ou no momento da adoção, ela era dissolvida (art. 377).

O vínculo da adoção podia ser dissolvido pelo adotado quando adquiria capacidade civil (art. 373); em comum acordo pelo adotante e pelo adotado; ou pelo adotante quando o adotado cometia “ingratidão” contra ele (art. 374). A relação de parentesco resultante da adoção se limitava ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais (art. 376). Além disso, os direitos e deveres resultantes do parentesco natural não se extinguíam pela adoção, exceto o “pátrio poder”, que era transferido do “pai natural” para o adotivo (art. 379).

O CC/16 também instituiu o denominado “bem de família” como forma de assegurar moradia aos integrantes de uma família. O bem de família, afirma Plácido e Silva (1990a), “designa a propriedade que é destinada pelo chefe de família, para nela ser estabelecido o domicílio conjugal, com a cláusula ou o benefício de ficar isenta de qualquer execução por dívida, posterior à sua instituição” (p. 293). Em outros termos, o bem de família era instituído pelo chefe de família para que, em caso de dívidas serem executadas judicialmente (salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio, art. 70) e tivessem que vender o lugar onde a família reside, este bem não pudesse ser alienado. Resguardava, portanto, a moradia da família em caso de má administração dos bens. Com a instituição do bem de família, começou-se a atribuir direitos às pessoas que se enquadravam dentro do modelo legal e, assim, constituíam uma família.

O Quadro 7 apresenta as características do modelo de família previsto pelo CC/16:

Quadro 7. Caracterização do modelo de família presente no Código Civil de 1916, considerando o lugar da família na sociedade, as funções da família, a garantia de direitos à família, a estrutura familiar e as funções dos membros da família.

MODELO DE FAMÍLIA		CÓDIGO CIVIL DE 1916
CARACTERÍSTICAS		
LUGAR DA FAMÍLIA		- centralidade da família na sociedade.
FUNÇÕES DA FAMÍLIA		- reprodução da espécie; - legitimação dos filhos; - constituição da família legítima.
GARANTIA DE DIREITOS À FAMÍLIA		- bem de família.
ESTRUTURA FAMILIAR		- união legítima era formada exclusivamente pelo casamento; - características do casamento: a) heterossexual; b) monogâmico; c) indissolúvel.
FUNÇÕES DOS MEMBROS DAS FAMÍLIAS	HOMEM	- público: representante da família na sociedade (“administrador dos bens”); - privado: chefe da família (decisão sobre a fixação do domicílio, a profissão da mulher e a educação dos filhos); - no exercício da função de chefe da família: a) direitos: detentor da autoridade em relação à esposa e aos filhos; b) deveres: sustento da família.
	DEVERES	- fidelidade recíproca;

	COMUNS AOS CÔNJUGES	<ul style="list-style-type: none"> - moradia no mesmo domicílio; - mútua assistência; - sustento, guarda e educação dos filhos.
	MULHER	<ul style="list-style-type: none"> - submissa ao poder do marido; - incapacidade civil quando casada (solteira maior de 21 anos tinha capacidade civil plena); - mulher casada: <ul style="list-style-type: none"> a) direitos: usar o nome da família do marido e gozar das honras e direitos advindos deste nome; b) deveres: cuidar da economia doméstica; companheira (amiga), consorte (sócia) e auxiliar (colaboradora) do marido.
	CRIANÇA	<ul style="list-style-type: none"> - submissa ao poder paterno, embora este poder tivesse alguns limites: “castigos imoderados”, “abandono”, “atos contrários a moral e aos bons costumes” (atuação do Ministério Público); - os filhos eram classificados em: <ul style="list-style-type: none"> a) legítimos; b) legitimados; c) ilegítimos, que eram classificados em ilegítimos; adúlteros; incestuosos; - o processo de legitimação dependia exclusivamente da vontade do pai e do casamento deste com a mãe; - a legitimação dos filhos ilegítimos adúlteros e incestuosos era proibida legalmente; - adoção: cônjuges casados, maiores de 50 anos, sem filhos legítimos ou legitimados, com diferença de, no mínimo, 18 anos entre o cônjuge mais velho e o adotado.

O modelo de família previsto no CC/16, portanto, fundamentava-se no heterocentrismo; na diferenciação das funções entre o homem e a mulher; no patriarcalismo; na indissolubilidade do vínculo matrimonial; na procriação e legitimação dos filhos; que eram similares ao Decreto 181 de 1890. Algumas diferenças, entretanto, existiram em relação ao modelo de família definido pelo decreto, quais sejam, direitos comuns aos cônjuges, limitação de algumas formas de violência exercidas pelos pais contra os filhos, critérios para a adoção, instituição do bem de família.

De acordo com Souza e Botelho (2001) e Samara (2002), o descompasso entre a prática social e a família legalizada persistiu. Assim, o predomínio deste modelo pode ser apenas admitido “enquanto idéia, restringindo-se aos valores éticos, aos padrões morais dominantes e suas formas desviantes, enfim, às mentalidades” (SOUZA E BOTELHO, 2001, p. 417). Em outros termos, o modelo de família previsto no CC/16 continuou a atribuir poder ao homem, diferenciando-o da mulher (“companheira, consorte, auxiliar do marido”) e mantendo as crianças como submissas a este poder, além de juridicamente limitar a legitimidade das famílias às relações que se enquadrassem neste modelo.

CAPÍTULO 3

DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A CONCESSÃO DE DIREITOS ÀS FAMÍLIAS E AS ALTERAÇÕES NAS FUNÇÕES DO HOMEM, DA MULHER E DAS CRIANÇAS

O CC/16 continuou a ser utilizado como parâmetro para a definição de família pelos juristas durante todo o século XX, inclusive, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Ele era entendido, geralmente, como a “Constituição do Direito Privado”, enquanto a Constituição era definida como “Constituição do Direito Público”. Esta dicotomia, que está em questão contemporaneamente no direito brasileiro, mostra a significativa influência que as regras presentes no CC/16 possuíram até a promulgação e o início da vigência do Código Civil em 2002 (Donadel, 2003; Lôbo, 1999).

Nesse período, a família foi abordada na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 (Constituição de 1934), na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937 (Constituição de 1937), na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 (Constituição de 1946) e na Constituição do Brasil de 1967 (Constituição de 1967). Além das Constituições, os direitos concedidos às famílias e as definições sobre as funções do homem, da mulher e da criança foram regulamentados em decretos, decretos-leis e leis. Foi estabelecido o “Dia Nacional da Família” e criada a “Comissão Nacional de Proteção à Família”, bem como foram instituídos benefícios especiais para as famílias numerosas, benefícios às famílias em razão de falecimento, garantias ampliadas ao bem de família, direitos trabalhistas, benefício da justiça gratuita e direitos penais.

Mudanças relevantes são delineadas nesse momento. A ampliação dos direitos das mulheres altera as relações sociais no espaço privado e no público. O concubinato se torna visível na legislação e nas decisões judiciais, mas permanece restrito a relação econômica. O divórcio, com rompimento do vínculo matrimonial, é reconhecido. A autoridade paterna sofre algumas limitações, e as crianças e adolescentes se tornam objetos de proteção do Estado.

3.1 DIREITOS GARANTIDOS À FAMÍLIA

Em todas as Constituições⁹⁴ – promulgadas ou outorgadas – durante o período que decorre do CC/16 até a CF/88, a família legítima era formada pelo casamento monogâmico, heterossexual

⁹⁴ Art. 144 da Constituição de 1934; art. 124 da Constituição de 1937; art. 136 da Constituição de 1946; e art. 167, § 1º da Constituição de 1967.

e indissolúvel e pela filiação legítima e legitimada, e tinha “proteção especial” do Estado. Ela, portanto, ocorria quando o homem e mulher se casavam para “proteger” e “regular” a sua relação conjugal e para procriar. A sua instituição, de acordo com Abreu (1983), tinha como objetivo organizar a sociedade⁹⁵.

Esta compreensão de família estava também presente na legislação infraconstitucional do período. O Decreto nº 52.748, de 24 de outubro de 1963, que instituiu o “Dia Nacional da Família” em 8 de dezembro de cada ano, considerou que “desde os estágios iniciais da civilização, [a família] vem constituindo a célula-base dos aglomerados humanos” e “posteriormente, já nas sociedades perfeitamente organizadas e independentes de ideologia, sistema político, organização social ou credo religioso, continua sendo a família o elo fundamental das mesmas”.

As características atribuídas às famílias podem ser visualizadas, claramente, no Decreto-Lei nº 1.764, de 10 de novembro de 1939, que instituiu a “Comissão Nacional de Proteção à Família” e tinha como objetivos:

Art. 3º A Comissão terá em vista:

I - Facilitar a realização do casamento:

- a) pela restrição dos impedimentos;
- b) pelo reconhecimento do casamento religioso;
- c) pela gratuidade dos atos do casamento civil;
- d) pela concessão de empréstimo para casamento.

II - Instituir o abono familiar.

III - Ampliar o conceito do bem de família.

IV - Facilitar a aquisição de casa própria.

V - Amparar a maternidade, a infância e a adolescência.

VI - Dar proteção aos filhos ilegítimos.

VII - Assegurar aos pais de família, sem prejuízo das condições de ordem geral, a preferência para o provimento nos empregos públicos e particulares.

VIII - Instituir benefícios especiais em favor das famílias numerosas.

IX - Facilitar às famílias pobres a própria manutenção e a educação da prole.

X - Definir os crimes contra a família e suas sanções, e regular-lhes o processo e o julgamento.

XI - Criar fontes de renda, mencionadamente o imposto sobre celibatários e casais sem filhos, para dar ao Estado os meios de ocorrer às despesas com a proteção à família.

XII - Adotar as demais medidas que tenham por objetivo assegurar de qualquer outro modo a proteção à família.

Esta Comissão⁹⁶ foi criada em virtude da previsão, na Constituição de 1934, da “proteção especial” conferida à família pelo Estado⁹⁷. Esta proteção significava a concessão de direitos

⁹⁵ Conforme Monteiro (1976), não cabia ao direito disciplinar a família em seus vários aspectos. De acordo com ele, “a parcela mais ponderável” das famílias “recebe da moral e da religião as normas que lhe regulam a constituição, bem como as relações entre seus membros” (p. 7). Para o jurista, é impensável que as relações familiares pudessem ser legisladas, pois “o amor conjugal, a piedade filial, a solidariedade familiar, numa palavra, todas as virtudes domésticas, mais que no direito, vão buscar na moral e nos sentimentos religiosos a selva que os anima e vivifica” (MONTEIRO, 1976, p. 7).

⁹⁶ O art. 4º deste Decreto-lei definiu a composição e o prazo máximo de funcionamento da Comissão, qual seja “A Comissão será composta de sete membros nomeados pelo Presidente da República, quatro dos quais representando os Ministérios da Justiça e Negócios Interiores, da Educação e Saúde, do Trabalho, Indústria e Comércio e da Fazenda. §

diferenciados para aqueles que podiam ser considerados uma família. Os objetivos definidos para a Comissão⁹⁸ apresentam, em síntese, o modelo de família que se desejava proteger e auxiliar, qual seja, aquele que priorizava o casamento, especialmente a união conjugal com filhos (“família numerosa”)⁹⁹. A principal consequência da ilegitimidade das famílias era que elas não recebiam esta “proteção especial” do Estado, ou seja, não lhes eram garantidos os mesmos direitos concedidos às famílias legítimas.

A “proteção especial” às famílias, concretizada por meio da concessão de direitos, foi prevista nas legislações apresentadas no Quadro 8:

Quadro 8. Caracterização das formas de proteção especial às famílias entre o Código Civil de 1916 e a Constituição Federal de 1988, considerando objetivo, legislações e direitos concedidos.

OBJETIVO	LEGISLAÇÕES	DIREITOS CONCEDIDOS
<p>Instituir benefícios especiais em favor das “famílias numerosas”</p>	<p>Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941</p>	<p>a) autorizou os contratos de mútuos para o casamento, por meio dos Institutos e Caixas de Previdência, além das Caixas Econômicas Federais, para trabalhadores com idade inferior a trinta anos. Tais mútuos só deveriam ser pagos transcorridos doze meses do matrimônio. Em caso de o casal não ter filho vivo ou a mulher não estar grávida, o pagamento iniciava-se em vinte quatro meses, prazo este que poderia ser novamente prorrogado, a cada vinte e quatro meses, desde que um novo filho tenha nascido ou a mulher esteja novamente grávida. Ao mesmo tempo, deduzia-se uma porcentagem do valor e, assim, o casal com quatro filhos ou mais teria a sua dívida extinta. Em caso da morte do devedor e da sua família ficar em condição precária, quitava-se o restante da dívida (art. 11). Se concorrerem vários pretendentes aos mútuos, a preferência era dada aos casados com filhos e, dentre estes, aos de prole mais numerosa (art. 12);</p> <p>b) instituiu deduções em taxas de matrícula, de exame e quaisquer outras relativas ao ensino e em impostos federais que recaiam em atos da vida escolar discente, em razão do número de filhos (art. 21);</p> <p>c) fixou preferência para nomeação de cargo ou admissão como extranumerário, do serviço público federal, estadual ou municipal, para casado com maior número de filhos, casado com menor número de filhos, casado e, por último, o solteiro (art. 26);</p> <p>d) estabeleceu o abono familiar para o funcionário público que, dentre outras condições, for chefe de família numerosa (art. 28). O valor do abono familiar era concedido em relação ao número de filhos.</p>

1º A Comissão funcionará sob a presidência do Ministro da Justiça e Negócios Interiores. § 2º A Comissão terminará o seu trabalho no prazo de um ano, prorrogável por tempo igual; findo esse prazo, estará extinta. § 3º Será gratuito o exercício das funções dos membros da Comissão. § 4º Os funcionários requisitados ou designados para auxiliar os trabalhos da Comissão não perceberão gratificações especiais”.

⁹⁷ Art. 144 da Constituição de 1934; art. 124 da Constituição de 1937; art. 136 da Constituição de 1946; e art. 167, § 1º da Constituição de 1967.

⁹⁸ Além da instituição desta Comissão, outros decretos foram publicados com o objetivo de organizar e proteger as famílias. O Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, por exemplo, diminuiu a restrição de parentes colaterais se casarem (art. 1º a 3º), convergindo com um dos objetivos daquela Comissão que era facilitar a realização do casamento (art. 3º, I, do Decreto-Lei nº 1.764, de 10 de novembro de 1939).

⁹⁹ A maioria dos objetivos previstos para essa Comissão foi efetivado por leis e decretos, embora estes não estivessem diretamente vinculados ao funcionamento daquela (que permaneceu por período inferior a dois anos e não foi prorrogada).

	Decreto nº 5.976, de 10 de novembro de 1943	Instituiu o salário-família aos dependentes do trabalhador, que era percebido em razão do número de filhos.
	Decreto-lei 6.022, de 23 de novembro de 1943	Complementou o salário-família aos dependentes do trabalhador, que era percebido em razão do número de filhos. Este benefício seria cassado caso, comprovadamente, o servidor ou inativo “descurar da subsistência e educação dos dependentes” (art. 2º).
Instituir benefícios às famílias em razão de falecimento	Lei nº 387, de 27 de janeiro de 1937	Garantiu uma pensão à família do servidor público equivalente a metade dos vencimentos que percebia este quando faleceu em razão de agressão, no exercício e desempenho de cargo, motivada por fatos que se relacionem com as suas funções (art. 1º).
	Decreto-Lei nº 6.561, de 06 de junho de 1944; Decreto-lei nº 9.400, de 21 de junho de 1946	Dispuseram sobre a concessão de auxílio para funeral à família dos funcionários inativos da União e à família dos extranumerários da União.
Ampliar a garantia do bem de família ¹⁰⁰	Lei nº 5.653, de 27 de abril de 1971	Estendeu o benefício para outros bens que não poderiam ser penhorados, como as provisões de comida e combustíveis necessários à manutenção da família durante um mês, o anel nupcial, os retratos de família, entre outros bens. Inicialmente, a ampliação do bem de família estava vinculada a fixação de um valor máximo para o bem imóvel. A Lei nº 6.742, de 05 de dezembro de 1979, estabeleceu que não haveria limite para o valor do bem de família, desde que o imóvel seja residência dos interessados por mais de dois anos.
Garantir direitos trabalhistas	Decreto nº 16.107, de 30 de julho de 1923	Instituiu como motivo para dispensa por justa causa a ofensa de sua honra ou de sua família do locador de serviços domésticos pelo seu locatário, e vice-versa (art. 14, f e art. 20, g).
	Constituições de 1946 e de 1967	Fixaram que o salário mínimo deveria ser capaz de satisfazer as necessidades do trabalhador e de sua família (art. 157, I; e art. 158, I, respectivamente).
Conceder o benefício da justiça gratuita	Código de Processo Civil de 1939; Lei 1.060, de 05 de fevereiro de 1950	Estatuíram que as partes que não tiverem condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou da família perceberiam o benefício da gratuidade.
Garantir direitos penais	Decreto nº 16.665, de 06 de maio de 1924	Definiu como obrigatória para a concessão do livramento condicional ¹⁰¹ a verificação, em relatório, das relações afetivas do sentenciado com a família e os amigos (art. 4º, 4º).

Cabe referir que foram estabelecidas, em algumas legislações infraconstitucionais (Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941; Decreto nº 5.976, de 10 de novembro de 1943; Decreto-lei 6.022, de 23 de novembro de 1943), regras diferenciadas às relações familiares em virtude da concessão de direitos, em especial, às “famílias numerosas”. No Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, a família numerosa correspondia àquela família com oito ou mais filhos, brasileiros, até dezoito anos, vivendo em companhia e à custa dos pais ou de quem os tivesse em

¹⁰⁰ Foram estabelecidas outras limitações de venda a bens, no transcorrer de uma ação judicial, em virtude de dívidas contraídas, por pessoas físicas ou jurídicas, e não pagas (e, portanto, objeto de processo de execução judicial), como no Decreto nº 4.403, de 22 de dezembro de 1921, o qual estabeleceu no seu art. 8, par. 2º a limitação da penhora dos bens indispensáveis, tais como cama, mesa, vestuários, utensílios, ferramentas profissionais, alimentos; no Decreto nº 5.746, de 09 de dezembro de 1929 (o qual modificou a Lei de Falências), foi definido que não se compreenderiam, na falência, os vestuários do falido e da sua família, a mobília, os utensílios necessários à vida, os rendimentos dos bens dos filhos menores, e o bem de família (art. 45, 4 a 6).

¹⁰¹ Decreto nº 16.665, de 06 de maio de 1924, art. 7º “O livramento condicional deverá, sempre que for possível, importar na transferência do liberado para colônia de trabalhadores livres, onde lhe poderá ser concedido um lote de terra, cuja propriedade poderá adquirir mediante condições módicas e pagamentos parcelados, sendo-lhe lícito transferir para aí a família”.

guarda. Equiparava-se ao pai “quem tiver, permanentemente, sob sua guarda, criando-o e educando-o as suas expensas, menor de dezoito anos”; e compreendia como filhos os legítimos, os legitimados, os reconhecidos naturais e os adotivos. A estas famílias numerosas foi concedido o abono familiar, ampliando o rol de pessoas atingidas pelo conceito de família apenas para este objetivo.

Com relação às regras para a “concessão do salário-família”, determinadas no Decreto nº 5.976, de 10 de novembro de 1943, recebiam o benefício os servidores civis, os aposentados e o pessoal em disponibilidade da União – tanto os ativos quanto os inativos – que tivessem dependentes, na razão de um valor mensal por cada dependente. Foi considerado como dependente o filho menor de 21 anos e o filho “inválido” de qualquer idade, desde que dependessem economicamente do servidor, total ou parcialmente. O salário-família era recebido pelo pai, no caso dele e da mãe viver no mesmo domicílio e serem ambos servidores públicos; caso não morassem conjuntamente, àquele que tivesse os dependentes sob sua guarda. Também foram igualados à condição de filho legítimo, os enteados e os adotivos.

O art. 10, § 3º do Decreto-lei 6.022, de 23 de novembro de 1943, por sua vez, equiparou ao pai e à mãe, o padrasto e a madrasta, e aos filhos legítimos, os enteados e os adotivos. Do mesmo modo que aconteceu com o abono familiar, o conceito de família foi ampliado exclusivamente para este benefício. Esta equiparação manteve a estruturação da família em pai-mãe-filhos e concedeu ao pai, prioritariamente, o salário-família¹⁰² quando ele e a mãe estivessem em igualdade de condições e residissem conjuntamente.

A atribuição de direitos às famílias nestes casos em que o Estado visava a sua “proteção especial”, portanto, foi estabelecida por meio de regras diferenciadas às relações familiares, ampliando a compreensão do que era juridicamente considerado uma família. A estrutura pai-mãe-filhos se manteve, embora não se restringisse ao homem e mulher que eram legalmente casados. Nesse sentido, foi priorizada as funções de pai e mãe e permitido que os filhos, independentemente de sua classificação, também fossem contemplados. Esta conceituação de família, contudo, era exclusivamente aplicada nos casos das legislações identificadas e não repercutiu em qualquer mudança nos outros ramos do direito, inclusive no direito de família. Por esta razão, observa-se a continuação da constituição jurídica da família legítima exclusivamente

¹⁰² Importante considerar que as normas que regem o salário-família foram modificadas, inúmeras vezes, quanto ao seu valor, competência e forma de pagamento (como pela lei 1.757-A, de 10 de dezembro de 1952; pelo decreto nº 49.303, de 21 de novembro de 1960), além de estender o pagamento a diferentes grupos de servidores públicos e trabalhadores (Decreto nº 14.904, de 29 de fevereiro de 1944; Decreto nº 15.075, de 16 de março de 1944; Decreto nº 15.462, de 03 de maio de 1944; Decreto nº 15.494, de 09 de maio de 1944; Decreto nº 15.670, de 26 de maio de 1944; Decreto nº 15.759, de 02 de junho de 1944; Decreto nº 16.620, de 19 de setembro de 1944; Decreto nº 17.136, de 13 de novembro de 1944; entre outros). O salário-família, ainda, foi estendido aos trabalhadores em geral, pela Lei nº 4.266, de 03 de outubro de 1963 (cujo regulamento é o Decreto nº 53.153, de 10 de dezembro de 1963, e foi acrescentado ao regime de previdência social através da lei nº 5.890, de 08 de junho de 1973 (art. 22, h).

pelo casamento baseado na monogamia, na heterossexualidade, na indissolubilidade do vínculo matrimonial (até 1977), no poder do homem (representante da família na sociedade e chefe da família) em relação à esposa e aos filhos.

3.2 MUDANÇAS NA RELAÇÃO CONJUGAL

No decorrer do período compreendido entre o CC/16 e a CF/88, identificam-se alterações nas regras definidas à conjugalidade na família legítima. Estas mudanças são percebidas a partir de três focos: função da mulher, relação conjugal entre homem e mulher não casados e dissolução do vínculo constituído pelo casamento. Embora elas não tenham alterado substancialmente o modelo de família previsto no CC/16, tais alterações mostram o início da reflexão a respeito deste modelo e a necessidade de repensar o conceito de família.

3.2.1 Ampliação dos direitos concedidos à mulher

A discussão a respeito da igualdade entre homem e mulher esteve presente, com mais profundidade, desde a Constituição de 1934. De acordo com Bruno (1995), “no debate em torno da Constituição de 1934, que compromete a liberdade social, atuam dois movimentos de mulheres ideologicamente diferentes: um na Ação Integralista Brasileira, com caráter fascista e conservador, outro na Aliança Nacional Libertadora, de caráter antifascista e democrático” (p. 19). Esta atuação repercutiu na igualdade entre homem e mulher¹⁰³, que se repetiu na Constituição de 1937 (art. 122,1) e na de 1967 (art. 150, § 1º), embora a de 1946 seja omissa neste sentido.

Em 1932, foi concedido o direito a voto à mulher por meio do art. 2º do Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro (Código Eleitoral de 1932¹⁰⁴), o que foi incorporado pela Constituição de 1934 (art. 108¹⁰⁵). À garantia do voto, outro direito foi acrescido em 1934, qual seja, a proibição da

¹⁰³ Constituição de 1934, art. 113, “1) Todos são iguaes perante a lei. Não haverá privilegios, nem distincções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões proprias ou dos paes, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéas políticas”.

¹⁰⁴ Código Eleitoral de 1932, art. 2º “É eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distincção de sexo, alistado na forma deste Código”. Além disso, o Código estabeleceu, no art. 3º, que “as condições da cidadania e os casos em que se suspendem ou perdem os direitos de cidadão, regulam-se pelas leis atualmente em vigor, nos termos do decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930, art. 4º, entendendo-se, porém, que: a) o preceito firmado no art. 69, n. 5, da Constituição de 1891, rege igualmente a nacionalidade da mulher estrangeira casada com brasileiro; b) a mulher brasileira não perde sua cidadania pelo casamento com estrangeiro; c) o motivo de convicção filosófica ou política é equiparado ao de crença religiosa, para os efeitos do art. 72, § 29, da mencionada Constituição; d) a parte final do art. 72, § 29, desta, somente abrange condecorações ou títulos que envolvam foros de nobreza, privilégios ou obrigações incompatíveis com o serviço da Republica”.

¹⁰⁵ Constituição de 1934, art. 108. “São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei. Parágrafo único. Não se podem alistar eleitores: a) os que não saibam ler e escrever; b) as praças de *pret*, salvo os sargentos, do Exército e da Armada e das forças auxiliares do Exército, bem como os alunos das escolas militares de ensino superior e os aspirantes a oficial; c) os mendigos; d) os que estiverem, temporária ou definitivamente, privados dos direitos políticos” e art. 109. “O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens e

diferença de salário para o mesmo trabalho por motivo de sexo¹⁰⁶ ou estado civil (art. 121, § 1º, “a”, da Constituição de 1934¹⁰⁷). Mesmo com estes “novos” direitos, afirma Barsted (1987), “em relação ao marido, ela continuava dependente, na medida em que só poderia exercer sua capacidade civil legal com a mediação do marido” (p. 106).

Apenas com a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 (Estatuto Jurídico da Mulher Casada de 1962), foi atribuída a capacidade civil plena às mulheres casadas (art. 6º). Segundo Bueno (1972),

Reconheceu-se, com a alteração do art. 6º do Código Civil que não é a autoridade do marido consagrada em lei que faz a harmonia do casal. Esta decorrerá necessariamente do afeto recíproco; se não há este entendimento maior a harmonia não pode ser consentida, espontânea, mas resultará, se existir, de fatores tais, como interesse ou necessidade. Todavia, o tempo que durou a gestação para chegar-se a reformular o problema da capacidade civil da mulher casada, isto é, para igualá-la em capacidade do marido, foi de quase 50 anos. Cinquenta anos para alterar norma considerada injusta no momento em que foi votada. Estranhas são as contradições humanas. O que é certo – ninguém se iluda – é que, em relação à mulher, o direito caminha a passo de tartaruga. Quando caminha. (p. 15)

Em relação às funções do homem e da mulher neste período, o primeiro persistiu como “representante da família na sociedade” e como “chefe da família”. O homem manteve as funções de administrar os bens comuns e os particulares da esposa (salvo previsão em pacto antenupcial), de sustentar a família e de fixar o domicílio. Quanto a este direito, foi definido no Estatuto Jurídico da Mulher Casada de 1962, diferentemente do CC/16, a possibilidade da mulher recorrer ao juiz para fixar outro domicílio, caso a decisão de seu marido a prejudicasse (art. 233, III). Para Bueno (1972), “a conseqüência do novo dispositivo é a de que ou os cônjuges se entendem a respeito da fixação do domicílio, ou, não havendo o acordo da mulher, poderá esta, sempre que a deliberação a prejudicar, socorrer-se da interferência judicial” (p. 19).

A mulher, por sua vez, manteve o direito ao uso do sobrenome do marido e garantiu o direito ao exercício de profissão lucrativa sem a necessidade de autorização do marido, com a realização de todos os atos inerentes ao seu exercício e a disposição dos bens auferidos pelo produto de seu trabalho¹⁰⁸ (art. 246). Em relação aos seus deveres, persistiu no cuidado da

para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar”.

¹⁰⁶ A equiparação salarial entre homem e mulher foi prevista na Constituição de 1946, art. 157, II, e Constituição de 1967, III, sendo que foi omissa a Constituição de 1937; enquanto que se estabeleceu a restrição ao trabalho noturno na Constituição de 1937 (art. 137, “k”), o que foi permitido nas posteriores; e ao trabalho em indústrias insalubres na de 1937 (art. 137, “k”), de 1946 (art. 157, IX), e de 1967 (art. 158, X).

¹⁰⁷ Ao mesmo tempo, a mesma Constituição proibia o trabalho noturno e em indústrias insalubres às mulheres (art. 121, § 1º, “d”).

¹⁰⁸ Com esta previsão legal, foi revogada a disposição presente no Código Comercial de 1850, em que a mulher precisava de autorização do marido para ser comerciante. Nesse sentido, Bueno (1972) aponta que “se a mulher casada não precisa de autorização do marido para exercer profissão, dela não precisa para exercer qualquer profissão,

economia doméstica. Com o Estatuto Jurídico da Mulher Casada de 1962, foram estabelecidos “novos” deveres, quais sejam, o de ser “consorte” e “colaboradora” (ao invés de “auxiliar”, conforme definido na redação original do CC/16) da sociedade conjugal (art. 233), e o de “velar pela direção material e moral familiar” (art. 240).

Estes direitos e deveres determinados para o homem e para a mulher na família e na sociedade tiveram efeitos jurídicos não só no direito de família, mas também no direito penal (Corrêa, 1983) e no direito registral (Estrella, 1975; Montenegro, 1977). Corrêa (1983), ao analisar os crimes de homicídio e de tentativa de homicídio praticados por homem ou mulher contra seus respectivos cônjuges ou companheiros e julgados entre 1952 e 1972 no Tribunal do Júri em Campinas, São Paulo, observou que a condenação ou a absolvição dos acusados, bem como a quantificação da pena no caso de condenação, dependiam das imagens dos réus e das vítimas mostradas pela acusação (Ministério Público) e pela defesa (Advocacia/Defensoria Pública). Quanto mais próximo do ideal de homem e de mulher no desempenho de suas funções durante o casamento ou o concubinato, aumentava a possibilidade de sua absolvição.

Nesse sentido, a autora afirma que a imagem do homem precisava ser relacionada a seu dever de sustentar a família, como um “cidadão trabalhador”, “homem útil”, “cidadão honrado”. Assim, ele era “apresentado e julgado de acordo com sua maior ou menor adequação ao modelo do chamado ‘cidadão útil à sociedade’” (CORRÊA, 1983, p. 293). A mulher, por sua vez, era vinculada principalmente a sua posição na relação conjugal, em virtude da sua função doméstica e do cumprimento dos deveres instituídos no casamento, em especial, o dever de fidelidade. Conforme explica Corrêa (1983),

Nos casos aqui analisados fica claro que a questão colocada aos homens é derivada do mercado de trabalho: trata-se de avaliar sua utilidade social. Embora o fraseado que expressa esta utilidade possa ser antiquado – o ‘cidadão honrado’ – é evidente que a primeira das virtudes de um cidadão moderno é o trabalho produtivo. A questão colocada às mulheres deriva de uma outra ordem, não da econômica, mas da ordem patriarcal, o que, além de evidenciar a utilização de dois parâmetros de julgamento, paradoxalmente concede a elas maiores possibilidades de evitar a punição prevista na lei e nas normas sociais. Ainda que levadas a julgamento como autoras de uma morte, sua posição será transfigurada na de vítimas e o primeiro atributo social a lhes ser exigido, vivas ou mortas, é o da fidelidade (p. 302 e 303).

A exigência deste dever de fidelidade à mulher é também evidente na análise das legislações penais da época, especificamente, do Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal de 1940). Nesta legislação, os “crimes contra a liberdade sexual” (Capítulo I) foram incluídos nos “crimes contra os costumes” (Título VI); dentre os quais, é interessante citar:

inclusive a do comércio (...) Além do mais, o comércio é uma das profissões” (p. 37), criticando os juristas que afirmavam que, para ser comerciante, a mulher ainda precisa da autorização do marido.

- a) “estupro”: “constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça” (art. 213), o qual foi diferenciado do “atentado violento ao pudor” (“praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal”), previsto no art. 214, cuja vítima podia ser homem ou mulher. O estupro tinha como pena a prisão de três a oito anos, enquanto este crime a pena era dois a sete anos de prisão. Observa-se, com esta diferenciação, a importância para os legisladores de definir crimes diversos em relação à violência sexual devido à “conjunção carnal”; em outros termos, na ação penal, em virtude desta diferenciação, era (e ainda é) preciso debater e comprovar a “cópula vaginal” para a violência sexual praticada contra a mulher ser considerada como “estupro”;
- b) “posse sexual mediante fraude”: “ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude” (art. 215). A pena deste crime era de prisão de um a três anos, que podia ser aumentada para dois a seis anos de prisão quando o crime era praticado contra “mulher virgem” menor de dezoito e maior de quatorze anos;
- c) “atentado ao pudor mediante fraude”: “induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal” (art. 216). A pena deste crime era de dois a sete anos de prisão.

No Capítulo II deste Código, relativo à “sedução e corrupção de menores”, estabeleceu-se como crime “seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal”, cuja pena era de dois a quatro anos de prisão (art. 217). Para ser considerado como crime o “raptor violento ou mediante fraude”, instituído no Capítulo III (art. 219) e penalizado o agente através de prisão por dois a quatro anos, era preciso que o “agente” cometesse este crime contra a “mulher honesta”. Inclusive, diminuía-se a pena deste crime quando o objetivo do “agente” era o casamento ou quando ele não tivesse praticado com a vítima “qualquer ato libidinoso”.

Na “Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal” (Exposição de Motivos), escrita em 1940 por Francisco Campos, um dos principais idealizadores deste Código, justificou-se a existência destas normas penais:

Sob esta epígrafe, cuida o projeto dos crimes que, de modo geral, podem ser também denominados *sexuais*. São os mesmos crimes que a lei vigente [Código Penal de 1890] conhece sob a extensa rubrica ‘Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor’. (...)

Entre os crimes contra a *liberdade sexual*, de par com as figuras clássicas do *estupro* e do *atentado violento ao pudor*, são incluídas a “posse sexual mediante fraude” e o “atentado ao pudor mediante fraude”. Estas duas entidades criminais, na amplitude com que as conceitua o projeto, são estranhas à lei atual. Perante esta, a *fraude* é um dos *meios morais* do crime de *defloramento*, de que só a mulher menor de 21 (vinte e um) anos e maior de 16 (dezesesseis) pode ser sujeito passivo. Segundo o projeto, entretanto, existe crime sempre que, sendo a vítima mulher honesta, haja emprego de meio fraudulento (v.g.: simular casamento, substituir-se ao marido na escuridão da alcova). Não importa, para a existência do crime, que a ofendida seja, ou não, maior ou *virgo intacta*. Se da

cópula resulta desvirginamento da ofendida e esta é menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (quatorze), a pena é especialmente aumentada. (...)

Sedução é o *nomem juris* que o projeto dá ao crime atualmente denominado *defloramento*. Foi repudiado este título, porque faz supor como imprescindível condição material do crime a ruptura do hímen (*flos virgineum*), quando, na realidade, basta que a cópula seja realizada com mulher *virgem*, ainda que não resulte esta ruptura, como nos casos de complacência himenal. (...) Para que se identifique o crime de *sedução* é necessário que seja praticado “com abuso da inexperiência ou justificável confiança” da ofendida. O projeto não protege a moça que se convencionou chamar *emancipada*, nem tampouco aquela que, não sendo de todo ingênua, se deixa iludir por promessas evidentemente insinceras. (...)

No raptó, seja violento, fraudulento ou consensual, o fim do agente é a posse da vítima para fim sexual ou libidinoso. Trata-se de um crime dirigido contra o interesse da organização ético-social da família – interesse que sobreleva o da liberdade pessoal. Seu justo lugar, portanto, é entre os crimes *contra os costumes*.

Como se identifica na Exposição de Motivos e no Código Penal de 1940, a penalização do “agente” nos crimes de “posse sexual mediante fraude”, “atentado ao pudor mediante fraude”, “sedução e corrupção de menores” e “raptó violento ou mediante fraude” dependia das características da mulher contra quem se praticava estes crimes. Era necessário provar, no decurso do inquérito policial e da ação penal, que a mulher (vítima do crime) era “mulher honesta” ou “mulher virgem”. Em relação aos crimes de “estupro” e “atentado violento ao pudor”, eles já eram previstos no Código Penal de 1890 e permaneceram com as mesmas regras estabelecidas neste Código. Nestes crimes, como se observa, era imprescindível provar a ocorrência ou não da “conjunção carnal”; se existente, era “estupro”, se não, podia ser “atentado violento ao pudor”. A pena do “estupro” prevista no Código era maior que a deste crime, o que mostra a importância de inibir, através da atribuição de pena mais severa, o crime sexual que acarreta em “conjunção carnal” para o direito penal.

A necessidade de provar as características da mulher ou a existência da “conjunção carnal”, para a determinação jurídica da ocorrência ou não de um crime, evidencia que o sofrimento da vítima gerado pela violência psicológica e sexual não era o principal foco de atenção na ação penal. O controle da sexualidade e do corpo da mulher era realizado por meio da definição de sua conduta “moral” na família e na sociedade, e do seu dever de fidelidade para com o pai e o marido. Estava em questão, assim, a sua virgindade e o seu “defloramento”. Em outros termos, o objetivo da ação penal não era apenas criminalizar a conduta do réu, mas assegurar a “moralidade” e os “bons costumes”¹⁰⁹, que eram traduzidos através do direito no dever de fidelidade da mulher.

¹⁰⁹ A preocupação acerca da “moralidade” e dos “bons costumes” estava também expressa nos “crimes contra a família”, os quais foram tratados em outra seção do Código Penal de 1940 (Título VII). Dentre os crimes definidos, estavam a “bigamia” e o “adultério”. Segundo a “Exposição de Motivos”, “o projeto mantém a incriminação do *adultério*, que passa, porém a figura entre os crimes contra a família, na subclasse dos crimes contra o casamento. Não há razão convincente para que se deixe tal fato à margem da lei penal. É incontestável que o adultério ofende um indeclinável interesse da ordem social, qual seja o que diz com a organização ético-jurídica da vida familiar. O

Quanto ao direito registral, o direito da mulher ao uso do patronímico foi regulado pela Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos de 1973). Este direito era concretizado logo depois de celebrado o casamento, pois os nomes da mulher e dos filhos havidos de matrimônio anterior ou legitimados pelo casamento eram alterados após a sua realização (art. 71, 8º e 9º). Estrella (1975), ao comentar o uso pela mulher do sobrenome do companheiro, define que ele se constitui num “direito-dever” da esposa, já que “dever, na acepção de que a recusa ou repúdio injustificado em ostentá-lo, como também a prática de atos que possam denegrir o nome do marido, poderá constituir injúria grave a este, com as correlatas conseqüências, que podem levar a própria dissolução da sociedade conjugal” (p. 67).

Esta compreensão do uso do patronímico como um “direito-dever” da esposa é criticado por Montenegro (1977), o qual afirma que “ninguém consegue esconder, por mais ardilosa ou artificial que seja a legislação, o incontestado fato social de que a mulher vem sendo tratada, através todos os tempos, como verdadeiro objeto de uso, gozo e fruição de seu dono e senhor – o homem.” (p. 8). Complementa, assim, o jurista: “quanto a nós, somos de opinião divergente, no que tange ao uso, pela mulher, dos apelidos do marido, por entendermos que essa prática ainda é uma seqüela da tradição milenar de tutela a que ela sempre se viu submetida” (MONTENEGRO, 1977, p. 21), pois o patronímico se constitui em um dos “elementos essenciais” do nome da mulher.

Cabe referir que Pimentel, Di Giorgi e Piovesan (1993), ao analisar 114 decisões judiciais proferidas a respeito do direito de família entre os anos setenta e noventa, que constam na “Revista dos Tribunais” (coletânea de julgados selecionados entre os proferidos em todos os Estados da Federação), identificam que o “discurso judicial, em sua tendência predominante, contém ideologia patriarcal, marcada por expressões que revelam a atribuição de papéis diferenciados aos gêneros” (p. 142). Como bem explicam as autoras,

permanece intacta a posição prevalente do homem como chefe da sociedade conjugal e a posição da mulher como mera colaboradora. Consagra-se a idéia da fragilidade e subordinação da mulher, que tem seus comportamentos vigiados, controlados e qualificados (ex: ‘conduta desregrada’, ‘comportamento extravagante’); institucionaliza-

exclusivismo da recíproca posse sexual dos cônjuges é condição de disciplina, harmonia e continuidade do núcleo familiar. Se deixasse impune o adultério, o projeto teria mesmo contrariado o preceito constitucional que coloca a família ‘sob a proteção especial do Estado’. Uma notável inovação contém o projeto: para que se configure o adultério do marido, não é necessário que este *tenha e mantenha* concubina, bastando, tal como no adultério da mulher, a simples infidelidade conjugal”. Para a realização do crime de “bigamia”, portanto, era necessário contrair novo casamento, sendo o “agente” casado (art. 235). Quanto ao crime de “adultério”, era imprescindível, para a penalização do “adúltero” e do “co-réu”, que os cônjuges tivessem uma “vida em comum”, não fossem desquitados e não tivesse o cônjuge consentido o adultério ou perdoado, expressa ou tacitamente (art. 240). Diferentemente da previsão do Código Penal de 1890, o de 1940, conforme se observa na Exposição de Motivos, não estabeleceu critérios e nem penas diversas em caso de o “adúltero” ser homem ou mulher. Ou seja, a condenação por este crime, pelo menos, legalmente, não dependia do sexo do “adúltero” e do cônjuge “traído”.

se, deste modo, a desequiparação de direitos, legitimando-se tratamentos jurídicos diferenciados atribuídos ao homem e à mulher.

Há forte resistência do Poder Judiciário no que diz respeito à aceitação dos novos papéis desempenhados pela mulher, que ponham em risco a organização da família patriarcal (PIMENTEL, DI GIORGI E PIOVESAN, 1993, p. 146).

Em “significativa parcela dos julgados”, Pimentel, Di Giorgi e Piovesan (1993) observam que termos como “inocência da mulher”, “honestidade”, “conduta desregrada”, “perversidade”, “comportamento extravagante”, “vida dissoluta” e “situação moralmente irregular” continuaram a ser utilizados. Dessa forma, embora se identifique algumas alterações nas funções do homem e da mulher neste período, elas “não abalaram o modelo patriarcal e monogâmico, em que pesem práticas sociais que se afastam na sua concretude, com frequência, do ‘tipo ideal’ de família, segundo a ideologia jurídica” (BARSTED, 1987, p. 109).

3.2.2 Concubinato como relação econômica

Na década de setenta, o debate entre os juristas a respeito das relações conjugais entre companheiros foi ampliado, embora estas relações já fossem tratadas pelas leis previdenciárias¹¹⁰ desde os anos quarenta. As relações conjugais entre companheiros foram reconhecidas por meio da Lei do Registro Público de 1973, que foi alterada pela Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975. No artigo 57, § 2º desta lei, foi definido que

§ 2º A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas.

Esta modificação possibilitou a união do homem e da mulher no âmbito do registro público, desde que eles fossem solteiros, desquitados ou viúvos e tivessem algum impedimento legal para se casarem. O reconhecimento jurídico desta união conjugal se daria por meio da alteração do sobrenome da mulher, cujo pedido era realizado através de requerimento judicial. De acordo com Montenegro (1977), foi configurado legalmente um tipo de união que não correspondia ao casamento, mas que era uma relação entre companheiros.

O jurista afirma que tais relações conjugais “são martirizadas por todo tipo de preconceito (...) são olhadas e julgadas como co-responsáveis, quando não responsável única, pela dissolução

¹¹⁰ Nesse sentido, o Decreto-lei nº 7.485, de 23 de abril de 1945, dispôs sobre a prova do casamento nas habitações aos benefícios do seguro social. Conforme o art. 1º deste decreto-lei, “nos processos de habilitação aos benefícios do seguro social, o casamento pode ser provado pela posse do estado de cônjuges, justificada em juízo, com a ciência do órgão do Ministério Público”. Esse processo de justificação, que ocorria perante o Poder Judiciário, visava a demonstração da união entre duas pessoas do sexo oposto, que viviam como se casados fossem e não tinham quaisquer impedimentos legais, tais como o casamento (art. 1º, § 1º).

de certos casamentos e o desabrigo de seus respectivos descendentes” (MONTENEGRO, 1977, p. 28). Para ele,

a modificação introduzida (...) no sentido de permitir à mulher, dentro dos critérios que ela estabelece, o uso do patronímico de seu companheiro, ao nosso modesto entendimento, objetiva, tão somente, o combate ao resquício de natureza preconceitual, de forma transitória, até que o divórcio seja implantado definitivamente e sem rodeios, por isso que também entendemos que ele, o divórcio, sem que os antídorcionistas tenham percebido, já se acha praticamente instituído no Brasil. Só falta anunciá-lo oficialmente, mas até para isso as resistências são grandes, talvez mesmo usando-se, para fortalecê-las, aquele argumento que já expusemos no início do nosso trabalho: se todos os problemas dos que se casaram de fato já se encontram solucionados, inclusive os que dizem respeito ao uso do patronímico do homem, por sua companheira, qual a razão de sua implantação se nenhum outro direito abrigará? (MONTENEGRO, 1977, p. 30 e 31)

Neste período, as relações conjugais entre companheiros já eram reconhecidas nas decisões judiciais (Montenegro, 1977). Elas eram remetidas ao ramo do direito de obrigações considerando, unicamente, o seu vínculo econômico e excluindo a sua ligação com o direito de família. Wald (1981) afirma que alguns juristas, tal como Pontes de Miranda, não consideravam a relação entre companheiros¹¹¹ como um instituto de direito de família e, assim, para eles era “juridicamente irrelevante” estudá-lo.

A dificuldade em reconhecer a existência da relação entre companheiros se traduzia nas decisões do Poder Judiciário, que seguiam a orientação dos doutrinadores do direito e concebiam o concubinato como uma união exclusivamente econômica e pertencente ao direito das obrigações¹¹². Nesse sentido, algumas decisões atribuíram uma pensão à concubina quando injustamente abandonada pelo companheiro, enquanto “outras se limitaram a compensar os serviços domésticos prestados pela concubina”¹¹³ (WALD, 1981, p. 43).

¹¹¹ De acordo com Wald (1981), “é necessário lembrar que a jurisprudência sobre a sociedade de fato surgiu no Direito brasileiro, pela primeira vez, para favorecer os casais de emigrantes estrangeiros que tinham convolado núpcias, especialmente na Itália, sob o regime da separação de bens e que constituíram um patrimônio comum no Brasil, sentindo os tribunais a injustiça de não se atribuir à mulher parte do patrimônio comum, embora estivesse o mesmo em nome do marido. Haveria, no caso, um enriquecimento sem causa, que não se coadunava com os princípios gerais do Direito pátrio. Assim, permitiu-se que a esposa, em tais casos, recebesse a meação, embora casada pelo regime da separação de bens. Para facilitar tal evolução, a própria Lei de Introdução ao Código Civil permitiu, no seu art. 7º, § 5º, que o estrangeiro, ao se naturalizar brasileiro, pudesse optar pelo regime da comunhão universal de bens, respeitados os direitos de terceiros” (p. 47).

¹¹² Conforme explicita Wald (1981), “o Supremo Tribunal Federal decidiu em acórdão de 3.5.1956, no RE 31.520, de que foi relator o Min. Afrânio Costa que: ‘A sociedade de fato, entre pessoas de sexo diferente, vivendo em concubinato ou quando casados pelo regime de separação de bens, tem sido reconhecida pelo Supremo Tribunal ante as circunstâncias especiais de cada caso, quando revelam o esforço comum na aquisição do patrimônio. Não é regra geral decorrente da simples coabitação’”. (p. 43)

¹¹³ O Ministro Antônio Néder, do STF, no julgamento do RE 83930, tentou diferenciar a concubina da companheira, embora não tenha logrado êxito o seu entendimento neste período (Wald, 1981). Para o Ministro, a concubina seria a mulher com quem o “cônjuge adúltero tem encontros periódicos fora do lar”; enquanto a companheira seria a “mulher com quem o varão vive maritalmente”, pois ele estaria separado de fato da esposa. Bittencourt (1961) evidencia a significância da dificuldade, na história legislativa brasileira, de separar a concubina da companheira, já que esta sempre era considerada concubina para o direito.

O Supremo Tribunal Federal (STF) tinha três formas de decidir sobre o concubinato neste período, dependendo da comprovação da contribuição financeira para a formação do patrimônio comum. Assim, se a concubina demonstrasse a efetiva contribuição financeira, tinha direito à meação em virtude de ser “sócia de fato” do concubino; se não contribuísse financeiramente para a formação do patrimônio comum, mas prestasse serviços domésticos ao concubino, recebia uma retribuição financeira em razão da existência de “contrato bilateral, oneroso e consensual de prestação de serviços domésticos”; se não contribuísse efetivamente nem prestasse serviços domésticos, a concubina não tinha direito a qualquer tipo de divisão dos bens ou retribuição financeira.

Cabe referir a periodicidade e a relevância deste assunto nas decisões judiciais. O STF, até 1980, já havia firmado algumas súmulas, sintetizando as decisões reiteradas em relação ao concubinato: “súmula 382: A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”; “súmula 35: Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”; “súmula 380: Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Estas súmulas mostram a aquisição de alguns direitos pelos concubinos já neste período, tal como a indenização pela morte do “amásio” em virtude de acidente do trabalho ou transporte, embora restrito ao direito das obrigações. Ademais, elas explicitam a desnecessidade da vida em comum sobre o mesmo teto e a imprescindibilidade da sociedade de fato para a divisão dos bens adquiridos em esforço comum. Entretanto, de acordo com Azevedo (1986), “nossos textos constitucionais sempre primaram por declarar proteção à família constituída sob casamento; todavia, sempre silenciaram sobre a proteção da família de fato. Aliás, tal qual a legislação ordinária; é como se ela não existisse” (p. 250).

3.2.3 Reconhecimento do divórcio

O divórcio já era amplamente estudado e debatido pelos juristas nos anos setenta¹¹⁴. Na obra “Comentários à Constituição de 1946”, Pontes de Miranda (1960) já questionava a pertinência da indissolubilidade do vínculo constituído pelo casamento:

No garantir a família como instituição, o texto caracterizou o casamento como indissolúvel. A grosseira feitura da regra jurídica aponta-a como algo incoerente. A

¹¹⁴ Samara (1998) afirma que “as pessoas, de forma geral, pensam que apenas recentemente a sociedade brasileira abriu o debate sobre o divórcio, desconhecendo que casais se divorciavam desde o período colonial, como resultado das tensões que naturalmente surgiam nos casamentos” (p. 67).

família é protegida como instituição; mas a alusão ao casamento poderia levar a pensar-se que só existe família onde houvesse casamento, em que se fundasse e, ainda mais, que tal casamento há de ser indissolúvel. O Estado protege a família, como instituição, e, se a proteção, que se lhe recomenda o texto, só pudesse recair na família constituída pelo casamento indissolúvel, teríamos que a Constituição de 1946, como a de 1934 e a de 1937, não quis proteger a família como instituição, mas apenas as famílias que tivessem por laço o casamento indissolúvel. Mas, país de imigração, o Brasil possui no seu território muitas famílias, com alguns, ou quase todos os membros, brasileiros, oriundos de casamento não-indissolúvel (e.g., de casal inglês, alemão, francês, norte-americano, português); seguir-se-ia que tais famílias estariam fora da proteção do Estado. Não só a expressão ‘constituída por casamento indissolúvel’ está fora do lugar, como também só se poder referir ao casamento de brasileiro, enquanto submetido à lei pessoal do Brasil. (p. 176)

No decorrer dos anos setenta, os juristas se vinculavam a correntes “divorcistas” ou “antidivorcistas” (Lima, 1978). Os antidivorcistas defendiam a indissolubilidade do casamento por meio da doutrina cristã e persistiam na defesa da vinculação entre casamento e religião. Os divorcistas, por sua vez, evidenciavam as práticas sociais e demonstravam que a separação não oficial era largamente utilizada no Brasil.

De acordo com Maximiliano (1954), comentando a Constituição de 1946, já nesse período o Brasil era exceção no cenário mundial, visto que apenas ele, a Argentina, o Chile e a Itália não dispunham de previsão legal em relação a esse tema. Ele também descreve que os casais encontravam formas para promover a anulação do casamento, por meio do “suborno” e do “empenho”. Dessa forma, o jurista define que “praticamente, desapareceu a chamada indissolubilidade do matrimônio” (p. 213). Ele acrescenta que “o resultado foi mil vezes mais danoso que o presumível até mesmo na vigência de instituto porventura liberalizado em demasia: sobreveio a anarquia, a desordem; em vez do divórcio condicionado, dificultado, regulado, existe o voluntário, o espontâneo, o feito *ad libitum*, sem figura de juízo, ao sabor dos interesses e das paixões” (MAXIMILIANO, 1954, p. 213).

É interessante citar a história contada por Nelson Carneiro (1973), que foi um dos principais defensores da corrente divorcista no Senado Federal durante a tramitação de projetos de lei que tratavam sobre o divórcio e que propiciaram a aprovação da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio de 1977), em sua obra “A Luta pelo Divórcio”:

Lembro-me que há alguns anos chegou ao Brasil uma senhora estrangeira fugida da guerra. Fui eu quem legalizei sua situação, como advogado, inclusive homologando no Supremo Tribunal seu divórcio. Entrou ela na sociedade carioca. Anos depois me dizia: ‘Deputado, se eu fosse brasileira, votava contra o Senhor’. – Mas por quê? – ‘Porque o senhor é a favor do divórcio’. – Mas a Senhora é divorciada, eu homologuei o seu divórcio. – ‘Ah, eu sou divorciada na Europa. Aqui, para que divórcio? Na Europa, eu só poderia aparecer com outro homem na sociedade se este homem fosse o meu segundo marido ou até mesmo meu terceiro marido. Na sociedade brasileira, eu tenho visto um mesmo homem aparecer durante algum tempo com uma mulher e com outra e outra sucessivamente, e a sociedade aceita a todas’. (p. 319)

Mesmo que, cotidianamente, a separação de fato fosse aceita, a dificuldade de legislar sobre esse tema persistia. A resistência da corrente antidivorcista, impulsionada pelos grupos de pressão de cunho religioso, continuava forte e notória (Russomano, 1970).

Lima (1978) explica que “não obstante a instituição do casamento civil e da separação entre o Estado e a Igreja, desde a República, no Brasil, por acendrada hipocrisia de uns, comodismo e medo de uma grande parte de nossos políticos e governantes” (p. 123 e 124), demorou-se em legislar sobre o divórcio em virtude do “temor reverencial”. Para ele, “uma plêiade de destemidos brasileiros se decidiu ir até o fim, enfrentando a mais renhida oposição da Igreja, depois da secularização do casamento” (LIMA, 1978, p. 124).

No meio do debate entre divorcistas e antidivorcistas, estes, em especial, formados por grupos de religiosos, foi publicada a Lei do Divórcio de 1977, a qual regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal, como consequência da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977. Sabino Júnior (1979) mostra as dificuldades encontradas para legalizar o divórcio no Brasil:

várias tentativas de imposição do divórcio a vínculo, frustradas pela oposição dos conservadores, culminou numa derradeira iniciativa do ilustre senador Nelson Carneiro e seu digno colega de bancada Accioli Filho, foi apresentado em 24 de agosto de 1977 (já que os outros projetos haviam sido repelidos pelo Congresso Nacional), um projeto de lei que, aprovado a 5 de dezembro de 1977, logrou sanção presidencial a 26 de dezembro do mesmo ano. (p. 7)

Na Lei do Divórcio de 1977, foi determinado que a sociedade conjugal juridicamente terminava em razão da morte de um dos cônjuges, da nulidade ou anulação do casamento, da separação judicial, e do divórcio. A separação judicial diferenciava-se do divórcio, já que ela colocava fim aos deveres de “coabitação”, “fidelidade recíproca” e do “regime matrimonial de bens” (art. 3º) e importava na “separação de corpos” e na partilha de bens (art. 7º), mas não dissolvia o vínculo matrimonial, tal qual acontecia com o desquite previsto no CC/16. De acordo com esta lei,

Art. 5º. A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.

§ 1º A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de 5 (cinco) anos consecutivos, e a impossibilidade de sua reconstituição.

§ 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 5 (cinco) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

§ 3º Nos casos dos parágrafos anteriores, reverterão, ao cônjuge que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e, se o regime

de bens adotado o permitir, também a meação nos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

Art. 6º. Nos casos dos §§ 1º e 2º do artigo anterior, a separação judicial poderá ser negada, se constituir respectivamente, causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do outro cônjuge, ou determinar, em qualquer caso, conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos menores.

Na separação judicial, portanto, era necessário ao juiz verificar a “culpa” de um dos cônjuges pelo término jurídico da sociedade conjugal. Os motivos previstos legalmente que demonstravam a “culpa” de um dos cônjuges eram: “conduta desonrosa” ou “ato que importasse em grave violação dos deveres do casamento”, tornando insuportável a vida em comum, após dois anos de casamento; “ruptura da vida em comum” ou “doença mental manifestada após cinco anos do casamento” (Sabino Júnior, 1979). Além disso, as causas que eram instituídas para o desquite, passavam a ser para a separação judicial (art. 41), e as sentenças daquele equivaleriam como as do segundo (art. 42).

Lima (1978), ao analisar as decisões dos Tribunais superiores, explicitou os motivos utilizados para decretar a separação judicial, que consistiam em: manter correspondência com antigo namorado; manter conversações telefônicas às ocultas do esposo; ser vista constantemente em companhia de outro homem ou de homem que possa ser seu amante; manter relações de amizade com pessoas suspeitas e de má fama, contra a vontade do marido; conversar em seu lar com pessoa de sexo oposto e na ausência do marido; passear de automóvel em companhias masculinas; fazer-se acompanhar, de modo suspeito, por outro homem em lugares públicos. Todas estas condutas – da esposa – permitiam a separação judicial, mesmo que não houvesse, necessariamente, efetivo adultério.

Em relação às condutas realizadas pelos homens que motivavam a separação judicial, o jurista citou decisões judiciais que versavam sobre freqüentar zona de meretrício e comparecer de braço dado com a amante em festa escolar dos filhos, evidenciando o adultério. Além disso, narrou, sucintamente, o seguinte motivo: “certo marido, julgando satisfazer plenamente sua esposa, ficou estarrecido e atônito, ao saber que, no ano anterior, só conseguira satisfazer sua mulher apenas duas vezes, em um total de cinquenta relações. Esta revelação feita com o objetivo de diminuí-lo em sua masculinidade constituiu injúria grave” (LIMA, 1978, p. 196).

Quanto a ambos, eram motivos para a decretação da separação judicial: cometimento de crime; recusa de coabitação; recusa persistente e voluntária dos esposos ao “débito conjugal”; contágio venéreo; vícios, como jogos de azar, uso de tóxicos e aversão ao trabalho; abuso do “pátrio poder”; não reconhecimento do filho; e abandono do lar. Lima (1978) definiu que os “desvios sexuais”¹¹⁵, também, eram considerados motivos e classificavam-se quanto ao fim (o

¹¹⁵ Os termos são utilizados *ipsis literis*, contextualizando-se a época em que foi publicado o estudo.

“deleite visual”, que se dividia em “voyerismo” e “exibicionismo”; e “deleite agressivo”, “sadismo” e “masoquismo”) e quanto ao objeto (“zoofilia”; “atração erótica pelos objetos inertes”; “necrofilia”; e “homossexualismo”).

De acordo com o jurista, identificavam-se, na jurisprudência brasileira, alguns casos de separação judicial em virtude do “homossexualismo”, que ainda era considerado como “perversão sexual” ou “anormalidade sexual”. O “homossexualismo” classificava-se em “masculino”, também chamado de “uranismo” ou “pederastia” pela doutrina jurídica, diferenciando-se de “sodomia” ou “pedicação”, que era o “coito anal” com homens ou com mulheres, indistintamente; e “feminino”, também designado de “tribadismo”, “safismo” ou “lesbismo”.

Lima (1978) define que a distinção entre os “pederastas ativos e passivos” não tem “relevância jurídica” em relação à separação judicial, embora haja divergência entre os juristas, pois “predomina a noção de que muitos homossexuais assumem qualquer dos papéis de acordo com as circunstâncias” (p. 198). Esta distinção, entretanto, era significativa para o direito penal. Nesse sentido, ao analisar inquéritos e processos judiciais criminais que evidenciaram discussão a respeito da homossexualidade de homens e transcorreram ao longo da década de 80 no Estado do Rio de Janeiro, Carrara e Vianna (2004) identificaram a preocupação dos policiais e juízes de determinar a “atividade” e a “passividade sexual” dos réus e das vítimas, tendo por base representações “fortemente influenciadas pelas convenções estabelecidas por psiquiatras, sexólogos e médico-legistas ao longo do século XX, segundo as quais a homossexualidade era compreendida como doença e anomalia” (p. 366).

Nestes inquéritos e processos, o foco de análise recaiu sobre os latrocínios cometidos contra homossexuais homens. Carrara e Vianna (2004) constataram que as “vítimas” eram definidas como “melancólicas”, “tristes”, “solitárias”, “pederastas passivos”, que viviam em seus apartamentos como “vítimas do próprio desejo” e cuja sexualidade era valorada negativamente. Para concretizar tal desejo, estas “vítimas” contratavam “garotos de programa”, “rapazes ingratos”, “exploradores”, “rufiões”, ou seja, os “réus” que acabavam por matá-los e roubá-los. De acordo com os autores,

Nesses casos, a homossexualidade dos réus nunca é problematizada de fato, uma vez que a capacidade de ser sexualmente ‘ativo’ os inclui na categoria mais geral de ‘homens’. Ao que parece, eles poderiam ter escolhido entre um homem e uma mulher para manter suas relações sexuais e, muito provavelmente, estão envolvidos sexualmente com homossexuais por algum interesse financeiro ou profissional, tendo podido, diferentemente dos ‘pederastas’, traçar uma trajetória dentro dos parâmetros da moral e da normalidade. Como se vê, é a gramática da atividade-passividade que organiza essas imagens e daí ser tão importante para os agentes da ordem e da lei saberem quais os papéis desempenhados por réus e vítimas na relação sexual (CARRARA E VIANNA, 2004, p. 381).

Carrara e Vianna (2004) identificaram, dentre os crimes analisados, pelo menos um em que a homossexualidade da vítima repercutiu na absolvição de um “réu confesso”. Nos outros casos, “ou porque a vítima não consegue ser inteiramente capturada nessa imagem ou porque para alguns juízes ela não justifica inocentar um assassino, os réus acabam condenados” (CARRARA E VIANNA, 2004, p. 382).

Na literatura jurídica deste período, a homossexualidade das mulheres não é tão debatida quanto a dos homens. Cabe referir que Lima (1978) afirma como uma das causas para o “homossexualismo” feminino a conduta do marido: “o homossexualismo feminino, originado, às vezes, da falta da satisfação sexual no lar ou de um casamento infeliz, pois, mulher alguma pela sua sensibilidade e recato, encontra prazer nas relações com um homem grosseiro ou desrespeitoso”. (LIMA, 1978, p. 198). Para o jurista, a homossexualidade feminina constitui-se, como a masculina, em causa para a separação judicial, recaindo a “culpa” sobre a mulher. Nesse sentido, cita a seguinte decisão:

Na verdade o apelado, atendendo a sua mulher, acolheu na residência do casal uma rapariga, jovem de dezoito anos, de nome Rufina. Enquanto se ia mostrando indiferente ao marido e mesmo ao filho do casal, A. S. R., passou a revelar estranhos carinhos a Rufina, vindo a participar, com esta rapariga, de atos de homossexualismo, o que constitui torpíssima injúria a seu marido, dando motivo à ação de desquite (LIMA, 1978, p. 199)

A separação judicial podia ser negada pelo juiz, caso não se comprovasse a “culpa” de um dos cônjuges. Além disso, conforme a Lei do Divórcio de 1977, o juiz deveria “promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário” (art. 3º, § 2º).

Com a separação judicial, a mulher¹¹⁶ voltaria a usar o nome de solteira quando vencida na ação de separação judicial ou quando teve a iniciativa da separação, já que era considerada a “culpada” pelo término da sociedade conjugal. Nos outros casos, ela podia escolher o nome que iria usar, se de solteira ou de casada (art. 17). Os alimentos¹¹⁷ eram prestados pelo cônjuge responsável pela separação judicial, caso o outro necessitasse (art. 19).

O fim do vínculo matrimonial constituído pelo casamento e dos efeitos civis do matrimônio religioso ocorria com o divórcio, cuja ação deveria ser proposta, em regra, após três anos do trânsito em julgado da separação judicial ou após cinco anos de separação de fato do

¹¹⁶ A Lei do Divórcio de 1977 reafirmou a competência do foro da residência da mulher para a ação de anulação de casamento, de separação dos cônjuges e de conversão desta em divórcio, dando nova redação dada ao art. 100, I do Código de Processo Civil, de 11 de janeiro de 1973, que fixava o foro da residência da mulher para a ação de desquite e a anulação do casamento.

¹¹⁷ Segundo Sabino Júnior (1979), “o vocábulo – ALIMENTOS – tem sentido amplo, compreendendo sustento, habitação, vestuário, tratamento médico-hospitalar, e se o alimentando for menor, educação e instrução” (p. 19)

casal, com o início anterior a 28 de junho de 1977, alegando-se qualquer dos motivos estabelecidos à separação judicial (art. 40)¹¹⁸. Segundo a lei, caso os divorciados quisessem restabelecer a união conjugal, era necessário, após o divórcio, um novo casamento (art. 33).

O art. 38 da Lei do Divórcio de 1977 estatuiu que “o pedido do divórcio, em qualquer dos casos, só poderá ser formulado uma vez”. Dessa maneira, a mesma pessoa só poderia se divorciar uma única vez no decorrer de sua vida, de acordo com tal redação. Por esse motivo, Ramos (1978) denominou sua obra de “Divórcio à Brasileira”, já que “embora um título jocoso e quase irreverente” (p. 9), serve para evidenciar o paradoxo dessa lei. “Ou o sistema jurídico admite a dissolubilidade do casamento ou não a admite” (RAMOS, 1978, p. 9).

3.3 OS PRIMEIROS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES E OS CRITÉRIOS DE FILIAÇÃO

O estudo da história legislativa brasileira mostra que até o início do século XX as crianças e os adolescentes eram classificados em razão da filiação e eram submissos ao poder paterno. Com o CC/16, foram definidos alguns limites a este poder, quais sejam, “castigos imoderados”, “abandono”, “atos contrários a moral e aos bons costumes”. Este tratamento conferido pelo Código divergia substancialmente do modelo nuclear de família, o qual representou significativa influência nas famílias brasileiras e definia, para as crianças, o lugar central na família.

Durante o século XX, o discurso científico médico-psicológico se fortaleceu como referencial para as práticas sociais destinadas à infância, à adolescência e às relações adultos-crianças. A valorização da infância e da adolescência como período de preparação para a vida adulta, já regularizada no modelo nuclear de família, implicou em mudanças nos métodos de educação e no sentimento de responsabilidade dos adultos para com os mais jovens (Santos, 1996).

¹¹⁸ A relação dos pais em relação aos filhos não se modificava (art. 27), pelo menos, na previsão legal. Em caso de o divorciado ou a divorciada casarem-se novamente, a eles não seria mais devida a pensão alimentícia (art. 29), o que não acontecia com o cônjuge devedor da pensão, que continuava com esse dever (art. 30). Ramos (1978) define que nem sempre o cônjuge considerado culpado pela separação judicial deve ser considerado incapaz de educar os filhos. Cita como exemplo: “Suponhamos que a mulher se negue a manter relações sexuais com seu marido por motivos inteiramente subjetivos, por uma súbita aversão que pode perdurar durante anos, ou por um desencontro emocional. Negando-se ao débito conjugal, terá incorrido em grave violação dos deveres do casamento, tornando, para o marido, insuportável a vida em comum. Se o marido requerer, sob esse fundamento, a separação judicial, a sentença que decidi-la vai declarar ter sido a mulher a causadora do rompimento. Aplicado o art. 10, a mãe perderá o direito à guarda dos filhos. Ora, em muitos casos de frieza sexual por parte da mulher, nela se acentua fortemente o amor maternal. Em tais hipóteses, ainda que considerada causadora da separação judicial pela grave violação dos deveres do casamento, tudo aconselha que a guarda dos filhos a ela seja deferida, se nenhum outro motivo prejudicial aos filhos (e não ao marido) houver. Pode ocorrer a hipótese de que uma mulher alcoólatra, neurótica, desequilibrada, provoque seu marido a sair de casa, a ficar longos períodos fora do inferno conjugal e a chegar, até mesmo, a ter relações sexuais extramatrimoniais”. (p. 57)

Este movimento influenciou significativamente a legislação após o CC/16, a qual passou a estabelecer regras que tratassem diretamente as crianças e os adolescentes. O dever de amparo¹¹⁹ foi fixado na Constituição 1934, art. 138, c, quanto à maternidade e à infância; na de 1937, art. 127, infância e juventude; na de 1946, art. 164 e na de 1967, art. 167, § 4º, maternidade, infância e adolescência. Observa-se que a criança tornou-se “objeto de proteção” desde a sua gestação¹²⁰.

Tal influência também pode ser observada na legislação infraconstitucional. O Quadro 9 mostra, sucintamente, decretos, decreto-lei e lei que estabeleceram regras para regular o tratamento jurídico concedido às crianças e aos adolescentes entre o CC/16 e a CF/88.

Quadro 9. Caracterização do tratamento jurídico concedido às crianças e aos adolescentes como “objetos de proteção” do Estado, entre o Código Civil de 1916 e a Constituição Federal de 1988, considerando legislação infraconstitucional e as regras estabelecidas.

LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL	REGRAS ESTABELECIDAS
	- definiu categorias para os “menores”, que passaram a ser classificados “abandonados”, “vadios”, “mendigos” e “libertinos” ¹²¹ . Esta classificação dos

¹¹⁹ Este dever de amparo repercutiu, inclusive, nos direitos trabalhistas. Anteriormente a previsão constitucional, o Decreto nº 5.083, de 1º de dezembro de 1926 (Código de Menores de 1926) estatuiu a proibição do trabalho aos menores de doze anos (art. 59) e aos menores de quatorze anos, desde que não tenham completado a instrução primária (art. 60). Contudo, estes poderiam trabalhar se o Juiz de Menores considerasse indispensável para a subsistência de seus pais, irmãos e a sua própria, contanto que receba a instrução escolar. Em 1932, o Decreto nº 22.042, de 3 de novembro, estabeleceu condições para os menores de trabalharem nas indústrias, entre a idade de quatorze e dezoito anos (art. 2º). As únicas ressalvas para os menores entre doze e quatorze anos trabalharem eram “nos estabelecimentos em que estejam empregadas pessoas de uma só família, sob a autoridade de pais, avós ou irmão mais velho” (a) e “nos estabelecimentos de ensino profissional ou de caráter beneficente, submetidos à fiscalização oficial” (b). Para efeito dessa lei, os maiores de dezoito anos já eram considerados adultos e poderiam, portanto, trabalhar nas indústrias (art. 4º). A Constituição de 1934 estabeleceu, no art. 121, § 1º, “d”, que era proibido trabalhar os menores de quatorze anos, além de proibir o trabalho noturno aos menores de dezesseis anos e trabalho em indústrias insalubres aos menores de dezoito anos. Neste sentido, fixou a Constituição de 1937, art. 137, “k”. A Constituição de 1946 ampliou a idade para dezoito anos em relação à restrição do trabalho noturno (art. 157, IX), enquanto que a Constituição de 1967 reduziu a idade para doze anos para a proibição do trabalho (art. 158, X).

¹²⁰ À mulher, portanto, foram garantidos novos direitos em virtude da proteção à maternidade (art. 138, “c” da Constituição de 1934; art. 164 da Constituição de 1946; art. 167, § 4º da Constituição de 1967), diferentemente do que ocorria anteriormente nas Constituições brasileiras, inclusive, quanto aos direitos trabalhistas. A Constituição de 1934 estatuiu, no art. 121, § 1º, “h”, assistência médica e sanitária à gestante e descanso antes e após o parto, sem prejuízo do salário e do emprego, tal como fez a Constituição de 1937, art. 137, “l”; a de 1946, art. 157, X e XIV; a de 1967, art. 158, XI e XV.

Além disso, a Lei nº 7.417, de 10 de dezembro de 1985, que concedeu a mães de famílias condenadas até cinco anos de prisão e que tivessem filhos com menos de dez anos de idade. Dessa forma, definem os art. 1º a 3º, os quais estabeleceram condições para esse benefício: “art. 1º Ficam anistiadas as mães de família condenadas a penas de prisão privativas da liberdade não superiores a 5 (cinco) anos, que, na data desta Lei, tenham cumprido, no mínimo, um terço da pena aplicada, se primárias, ou metade, se reincidentes”; art. 2º “São ainda condições para gozo do benefício ora instituído: a) bom comportamento prisional, revelador de condições de reintegração no convívio social; b) serem mães de filhos de menos de 10 (dez) anos; c) serem isentas de periculosidade”; e o art. 3º “A anistia ora concedida não beneficia as mulheres condenadas por crime relativo a entorpecente ou substância que cause dependência física ou psíquica, quando reconhecida na sentença a condição de traficante”.

¹²¹ De acordo com este decreto, “art. 2º. Consideram-se abandonados os menores de 18 anos: I, que não tenham habitação certa, nem meios de subsistência, por serem seus pais falecidos, desaparecidos ou desconhecidos, ou por não terem tutor, ou pessoa sob cuja guarda vivam; II, que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistência, devido a indigência, enfermidade, ausência ou prisão dos pais, tutor ou pessoa encarregada de sua guarda; III, que tenham pai, mãe ou tutor, ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para com o filho, ou pupilo, ou protegido; IV, que vivam em companhia de pai, mãe, tutor ou pessoa que se entregue á pratica de atos contrários á moral e aos bons costumes; V, que se encontrem em estado habitual de vadiagem, mendicidade ou libertinagem; VI, que, devido à crueldade, exploração ou

Decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923	<p>“menores” era realizada de acordo com a relação conjugal dos pais e os atos praticados por eles;</p> <ul style="list-style-type: none"> - fixou normas para a suspensão ou perda do “pátrio poder” pelo pai e/ou pela mãe. As causas para a punição dos pais variam de “abandono”, “negligência”, “incapacidade”, “abuso de poder”, “maus exemplos”, “crueldade”, “exploração”, “perversidade”, “comprometimento da saúde, da segurança, ou moralidade”, entre outros (art. 3º, 4º e 6º); - criou o “Conselho de Assistência e Proteção aos Menores” (art. 91), o qual foi regulamentado com o Decreto nº 16.388, de 27 de fevereiro de 1924. Os setores da caridade e da filantropia passam a se preocupar com o atendimento ao “menor”.
Decreto nº 5.083, de 1º de dezembro de 1926 ¹²² (Código de Menores de 1927)	<ul style="list-style-type: none"> - estatuiu a denominada “doutrina do direito do menor” (Saraiva, 2003); - consolidou “as leis de assistência e proteção aos menores, adicionando-lhes os dispositivos constantes desta lei, adotando as demais medidas necessárias à guarda, tutela, vigilância, educação, preservação e reforma dos abandonados ou delinqüentes” (art. 1º); - atribuiu ao “Juiz de Menores”¹²³ o dever de vigilância dos “menores”, com plenos poderes para devolver o “menor” aos pais, colocá-lo sob guarda de outra família, determinar a internação até os 18 anos de idade e qualquer outra medida que achasse conveniente; - estabeleceu que os processos de internação destes “menores” e o processo de destituição do “pátrio poder” seriam gratuitos e deveriam correr em segredo de Justiça, concedendo sigilo aos genitores que quisessem “abandonar” os filhos; - manteve as classificações já iniciadas pelo decreto anterior, com algumas diferenciações. Assim, em seu “estado de abandono”, os “menores” denominavam-se de “expostos” (menores de 7 anos), “abandonados” (menores de 18 anos), “vadios” (os atuais meninos de rua), “mendigos” (pedintes ou vendedores de rua) e “libertinos” (freqüentadores de prostíbulo).
Código Penal de 1940	<ul style="list-style-type: none"> - estabeleceu a imputabilidade penal a partir dos 18 anos; - estendeu à autoridade do juiz os jovens entre 18 e 21 anos, os quais poderiam ser recolhidos em Colônias Correccionais pelo prazo de um a cinco anos; - definiu que passados 30 dias após a notificação do recolhimento da criança, se o pai, a mãe ou o tutor não se manifestasse, qualquer pessoa idônea poderia requerer

perversidade dos pais, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam: a) vítimas de maus tratos físicos habituais ou castigos imoderados; b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensáveis à saúde; c) empregados em ocupações proibidas ou manifestamente contrárias à moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saúde; d) excitados habitualmente para a gaturice, mendicidade ou libertinagem; VII, que tenham pai, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, condenado por sentença irrecorrível: a) a mais de dois anos de prisão por qualquer crime; b) a qualquer pena como co-autor, cúmplice, encobridor ou receptor de crime cometido por filho, pupilo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes”. Além de definir quais eram os “menores abandonados”, este decreto estabeleceu como “vadios” aqueles que deixaram o domicílio de que tinha o seu poder de vigilância para vagar pelas ruas “sem que tenham meio de vida regular, ou tirando seus recursos de ocupação imoral ou proibida” (§ 2º). Os “mendigos” eram aqueles que pediam esmola ou donativos, mesmo que estivessem na companhia de seu pai ou sua mãe (§ 3º). Os “libertinos”, por sua vez, eram aqueles que habitualmente “a) na via pública perseguem ou convidam companheiros ou transeuntes para a prática de atos obscenos; b) se entregam à prostituição em seu próprio domicílio, ou vivem em casa de prostituta, ou freqüentam casa de tolerância, para praticar atos obscenos; c) forem encontrados em qualquer casa ou lugar não destinado à prostituição, praticando atos obscenos com outrem; d) vivem da prostituição de outrem”.

¹²² Foi consolidado pelo Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927.

¹²³ Este dever foi previsto, dentre outros artigos, no art. 2º “Toda criança de menos de dois anos de idade entregue a criar, ou em ablactação ou guarda, fora da casa dos pais ou responsáveis, mediante salário, torna-se por esse fato objeto da vigilância da autoridade pública, com o fim de lhe proteger a vida e a saúde”; no art. 38. “Se menores de idade inferior a 18 anos forem achados vadiando ou mendigando, serão apreendidos e apresentados à autoridade judicial, a qual poderá: I. Se a vadiagem ou mendicidade não for habitual: a) repreende-los e os entregar às pessoas que o tinham sob sua guarda, intimando estas a velar melhor por ele; b) confiá-los até sua maioridade a uma pessoa idônea, uma sociedade ou uma instituição de caridade ou de ensino pública ou privada. II. Se a vadiagem ou mendicidade for habitual, interná-los até à maioridade em escola de preservação. Parágrafo único. Entende-se que o menor é vadio ou mendigo habitual, quando apreendido em estado de vadiagem ou mendicidade mais de duas vezes”; e no art. 39. “Se menores de idade inferior a 18 anos se entregam à libertinagem ou procuram seus recursos no jogo ou em tráficos ou ocupações que os expõem à prostituição, à vadiagem, à mendicidade ou à criminalidade, a autoridade judicial pode tomar uma das medidas especificadas no artigo antecedente, conforme a circunstância de se dar ou não habitualidade”.

	os direitos ao “pátrio poder” sobre esta (art. 48).
Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores de 1979)	<ul style="list-style-type: none"> - estatuiu a denominada “doutrina da situação irregular” (Saraiva, 2003; Veronese, 1999); - definiu “sobre assistência, proteção e vigilância a menores: I- até dezoito anos que se encontrem em situação irregular; II - entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei” (art. 1º); - manteve o “Juizado de Menores” como central na definição de medidas a serem tomadas em relação aos “menores”. Os atos realizados por ele eram gratuitos e sigilosos, sendo que a publicação dependia de determinação da autoridade judiciária; - unificou as diversas categorias estabelecidas pelo Código de Menores de 1926, reunindo as crianças e os adolescentes na denominada “situação irregular” (art. 2º¹²⁴); - estabeleceu como causas, além das previstas no CC/16, para perda ou suspensão do “pátrio poder” e para destituição da tutela pelos pais e pelo tutor: causar a “situação irregular do menor”; descumprir o termo de compromisso fixado com a autoridade judiciária para o tratamento ministrado ao “menor” (art. 43 e 45); - fixou que “a perda ou a suspensão do “pátrio poder” não exonera os pais do dever de sustentar os filhos” (art. 45, § único).

Conforme se observa na análise da legislação da época, as crianças e os adolescentes passaram a ser tratados como “objetos de proteção” do Estado. Para tanto, estabeleceram-se categorias para diferenciar os “menores” e centralizou-se o poder de decisão no “Juiz de Menores”, em razão do seu dever de “assistência, proteção e vigilância”. Nesse sentido, Saraiva (2003) afirma que, durante a vigência do Código de Menores de 1979, “a grande maioria da população infanto-juvenil recolhida às entidades de internação do sistema FEBEM no Brasil, na ordem de 80%, era formada por crianças e adolescentes, ‘menores’, que não eram autores de fatos definidos como crime pela legislação brasileira” (p. 47). De acordo com o jurista, o Estado, por meio do tratamento da criança e do adolescente como “objetos de proteção”, consagrou “um sistema de controle de pobreza, que Emílio Garcia Mendez define como sociopenal, na medida em que se aplicavam sanções de privação de liberdade a situações não tipificadas como delito, subtraindo-se garantias processuais. Prendiam a vítima. Esta também era, por consequência, a ordem que imperava nos Juizados de Menores” (SARAIVA, 2003, p. 47).

Esta legislação infraconstitucional também estabeleceu limites ao poder paterno, seguindo a determinação legal prevista no CC/16. Em 1923, o Decreto nº 16.272 definiu causas para a suspensão e perda do “pátrio poder”, tais como “abandono”, “negligência”, “incapacidade”, “abuso de poder”, “maus exemplos”, “crueldade”, “exploração”, “perversidade”,

¹²⁴ Código de Menores de 1979, art. 2º. “Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal. Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

“comprometimento da saúde, da segurança, ou moralidade”. No Código de Menores de 1979, por sua vez, foi definido como motivos para a suspensão e perda: causar a “situação irregular do menor” e descumprir o termo de compromisso fixado com a autoridade judiciária para o tratamento ministrado ao “menor”. Este Código “inovou” ao determinar que a “perda ou a suspensão do ‘pátrio poder’ não exonera os pais do dever de sustentar os filhos”.

Mesmo com o estabelecimento de limites ao poder paterno, os pais continuavam como parâmetro para a classificação dos filhos. Esta classificação manteve o previsto no CC/16, com algumas alterações. Em relação aos filhos ilegítimos naturais, a Constituição de 1937, art. 126, determinou a igualdade, na concessão de direitos, entre estes e os filhos legítimos, o que não ocorreu expressamente nas Constituições de 1934, 1946 e 1967. Conforme Gomes e Carneiro (1952), “é pensamento uniforme entre os juristas que esse preceito constitucional revogou o dispositivo do Cód. Civil que tratava desigualmente o filho legítimo e o filho natural” (p. 84).

O Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941 fixou a gratuidade do reconhecimento dos filhos naturais no registro civil, o qual não mencionaria a circunstância de ser legítima ou não a filiação, salvo a requerimento do próprio interessado ou em virtude de determinação judicial (art. 13 e 14). Inclusive, este decreto determinou que “se um dos cônjuges negar consentimento para que resida no lar conjugal o filho natural reconhecido do outro, caberá ao pai ou à mãe, que o reconheceu, prestar-lhe, fora do seu lar, inteira assistência” (art. 15), tal como alimentos correspondentes à condições social em que viva e em valor correspondente ao que prestar ao filho legítimo. Embora a legislação tenha equiparado os filhos ilegítimos naturais e os filhos legítimos, o faz apenas no que se refere ao valor financeiro investido em seu sustento, pois prioriza a garantia ao direito dos adultos a não conviver com “o filho de natural reconhecido do outro” no lar conjugal.

Quanto aos filhos adulterinos, Gomes e Carneiro (1952) destacam que “a tendência para melhorar a condição jurídica do filho adulterino insinua-se em nosso direito através da legislação do trabalho e da previdência social, de conteúdo mais humano e, sob esse aspecto, mais realístico” (p. 85). O jurista se refere ao Decreto-lei 7.036, de 10 de novembro de 1944, a “Lei de Acidentes do Trabalho”, que admite como beneficiários do acidentado os filhos, sem distinção relativa ao tipo de filiação apresentado nos demais textos legais citados. No caso da Previdência Social, a legislação seguiu esta tendência em relação aos filhos adulterinos, pois estende o direito à pensão para os filhos de qualquer condição¹²⁵.

125 Situação observada nas leis que organizaram o Instituto de Aposentadoria e Pensões (IAP) dos Bancários (dec. nº 54, de 12 de setembro de 1934, art. 72, I); dos Industriários (lei nº 367, de 31 de dezembro de 1936, art. 9, c); dos Comerciantes (decreto-lei 2122, de 9 de abril de 1940, art. 32, a); e da Estiva (decreto-lei nº 1355, de 19 de junho de 1939, art. 15, a).

Após estas modificações legislativas no âmbito trabalhista e previdenciário, o Decreto-lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942, permitiu que “o filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação”. Para Abreu (1983), esta modificação ocorreu por pressão social¹²⁶, pois

com o desenvolvimento social, aumentavam-se os desquites; desquitados formavam nova união, com novos filhos, estes eram considerados adulterinos e não podiam ser reconhecidos; criava-se o caos; alguns julgados passaram a entender que os filhos de desquitados não eram adulterinos e poderiam ser reconhecidos, enquanto outros julgados entendiam que eram adulterinos e não podiam ser reconhecidos e para por fim a ela (p. 219 e 220).

Embora tivesse reconhecimento legal, este decreto-lei não era aplicado pelos juízes a todos os casos. Alguns definiam que o reconhecimento só poderia ser admitido após o desquite; para outros, em todos os casos (Abreu, 1983; Dayrell, 1983).

Em 1949, a Lei nº 883, de 21 de outubro (Lei 883/49), modificou este decreto-lei e permitiu a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio, desde que dissolvida a sociedade conjugal (Sabino Júnior, 1979). Conforme Gomes e Carneiro (1952), os efeitos de reconhecimento do filho adulterino eram os mesmos do filho natural.

Nestas condições, o filho havido fora do matrimônio, que for reconhecido nos termos da lei nº 883, terá direito de usar o nome do pai, e a exigir dele que o crie, o eduque, e o tenha em sua companhia e guarda. Estará, em síntese, sob o pátrio poder do genitor que o reconheceu. Será seu herdeiro necessário, na parte que sobre a herança paterna lhe foi conferida pela lei. Terá direito a alimentos e à obrigação de prestá-los. Conservará, todavia, a propriedade plena dos bens adquiridos antes do reconhecimento. Em suma, os efeitos jurídicos da filiação, quer pessoais, quer patrimoniais, se produzirão em virtude do reconhecimento, voluntário ou judicial, porque, sob o ponto de vista familiar, adquirirá o estado de filho. Um estado novo: o estado de filho adulterino, a despeito do que dispõe o art. 7 da lei 883 (GOMES E CARNEIRO, 1952, p. 229)

Contudo, o filho reconhecido por meio desta lei tinha direito, “a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado”. De acordo com Gomes e

No caso dos militares, o Decreto-lei 196 de 22 de janeiro de 1938 admitiu como beneficiário o filho de militar desquitado, nascido depois da sentença de desquite, antes considerado filho adulterino, e o Decreto-lei 6303 de 2 de março de 1944 atribuiu aos filhos de militares do Exército, sem qualquer distinção, os direitos assegurados pelo decreto-lei 2186, de 14 de março de 1940.

¹²⁶ Conforme Gomes e Carneiro (1952), “o filho adulterino – dizem – provém de um crime, o adultério. A família legítima seria ultrajada se a lei permitisse o seu reconhecimento. É a própria moral que o repele, como repele o fruto do comércio incestuoso, o monstro que nasce dessa união que repugna à própria natureza e escandaliza a sociedade. Atribuir a tais filhos uma situação jurídica igual à que desfruta o filho simplesmente natural, seria estimular a prática de uniões reprováveis e fomentar o desregramento dos costumes (...) Contra este arrazoado, tão inflamado de indignação, opõem os partidários da equiparação um só argumento: o de que o filho adulterino, ou o incestuoso, não pode ser responsabilizado pela culpa dos pais, constituindo inqualificável absurdo o fato de o condenarem a expiar crime que não cometeu. (...) Ademais, proibir que o filho espúrio promova o seu reconhecimento é, como já se acentuou, premiar a má conduta dos pais, seguros de que nenhum dever lhes advirá do congresso sexual ilícito” (p. 64 a 66).

Carneiro (1952), “a lei nº 883 permitiu o reconhecimento dos filhos adulterinos, atribuindo-lhes, todavia, condição jurídica inferior à dos legítimos” (p. 64).

Da mesma forma que o decreto-lei anterior, esta Lei 883/49 provocou novas divergências jurisprudenciais, já que em algumas decisões os juízes permitiam o reconhecimento do filho, inclusive, na constância do casamento; outros impediam; outros, ainda, só admitiam o reconhecimento do filho adulterino “a patre”¹²⁷ (Dayrell, 1983). Abreu (1983) afirma que, por esse motivo, modificou-se esta lei por meio da Lei do Divórcio em 1977, permitindo que o cônjuge reconhecesse o filho havido fora do casamento, em “testamento cerrado”, ainda que na vigência do casamento (art. 1º). Além disso, o direito à herança foi reconhecido por esta lei em igualdade de condições (art. 2º), diferentemente do que era previsto nas legislações anteriores.

Em 1984, foi publicada a Lei 7.250, de 14 de novembro, que permitiu o reconhecimento do filho adulterino, ainda que na constância da sociedade conjugal. Para este reconhecimento, era necessário que o cônjuge estivesse “separado de fato” há mais de cinco anos contínuos. Dessa maneira, o reconhecimento dos filhos ilegítimos adulterinos não era possível em qualquer hipótese, já que dependia da separação de fato do pai ou mãe que eram casados com ou terceiro ou se limitava à definição em “testamento cerrado” (portanto, não era “público”).

Em relação à filiação por adoção, as definições do CC/16 foram alteradas por algumas leis, tais como a Lei 3.133, de 8 de maio de 1957, que possibilitou a adoção para os maiores de trinta anos, solteiros ou casados (se fossem casados, o casamento deveria ter mais de cinco anos), reduziu a diferença de idade entre o adotante e o adotando, que passou a ser de dezesseis anos, e limitou a sucessão hereditária se o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos. Abreu (1983) define que a finalidade da adoção era, até esta lei, assegurar “a continuidade da família no caso de pessoas sem filhos” (p. 222) e, após o início de sua vigência, “dar família a quem não a tem” (p. 222), já que permitiu pessoas com filhos adotarem.

Outra mudança legislativa foi a Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965. Esta lei possibilitou que fossem adotados o “infante exposto, cujos pais sejam desconhecidos ou hajam declarado por escrito que pode ser dado”; o “menor abandonado pròpriamente dito até 7 (sete) anos de idade,

¹²⁷ Cabe referir que uma das maneiras utilizadas para discutir a paternidade, nos processos judiciais, era a mãe provar as relações sexuais tidas com o suposto pai no momento atribuído como o de concepção do filho, mesmo que relações ocasionais. Nesse sentido, Theodoro Júnior (1988) explica que para a investigação de paternidade com tal fundamento, “mister se faz a dupla prova: a) da coincidência de ditas relações com a época da concepção do autor; e b) da honestidade de sua mãe, de modo a evidenciar que seu relacionamento íntimo com o investigado era exclusivo” (p. 241).

Já nos anos 50, diversos métodos para provar a paternidade eram utilizados. Além de verificar se a mãe tinha relação sexual exclusivamente com o suposto pai na data da concepção do filho, utilizavam-se outras provas como: confissão do suposto pai, testemunhas, caracteres genéticos de semelhança (cor de cabelo, cor da pele, cor dos olhos, fisionomia, forma da orelha, forma do nariz, entre outros), fatores e tipos sanguíneos (Araújo, 1959). Buscava-se encontrar, assim, a “verdade” sobre a paternidade, que se baseava na relação genética entre o filho e o suposto pai (Dayrell, 1983).

cujos pais tenham sido destituídos do pátrio poder”; o “órfão até 7 anos, não reclamado por qualquer parente por mais de um ano”; o “filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitado de prover a sua criação”; o “menor, com mais de 7 (sete) anos, quando à época em que completou essa idade, já se achava sob a guarda dos adotantes”. Podiam adotar, por esta lei, os casais com mais de cinco anos de casamento, e um dos cônjuges tenha mais de 30 (trinta) anos de idade, sem filhos legítimos, legitimados ou naturais reconhecidos. Caso fosse provada a esterilidade de um dos cônjuges, era dispensado esse período (art. 2º). Além dos casais, era permitida a adoção aos viúvos ou viúvas com mais de trinta e cinco anos de idade, desde que o “menor” viva no lar daqueles há mais de cinco anos (art. 3º); e os cônjuges desquitados, caso a guarda do “menor” tenha iniciado na constância do matrimônio e haja concordância (art. 4º). O processo de adoção era realizado “sob segredo de justiça” e não poderia constar nas certidões de registro nenhuma observação sobre ele (art. 6º, § 1º), além de cessar os vínculos da filiação anterior (art. 6º, § 3º) e os direitos e obrigações oriundos da relação de parentesco do adotado com a família de origem (art. 9º, § 2º). Da mesma maneira que na lei anterior, os filhos adotivos eram equiparados aos filhos legítimos, salvo na herança, que percebiam a metade.

Em 1979, o Código de Menores instituiu a adoção simples e a adoção plena. A primeira estabelece uma relação de parentesco civil entre o adotante e o adotado, não se estendendo aos demais parentes do adotante e não afetando as relações de parentesco do adotado e seus parentes naturais, com exceção do “pátrio poder”, e permite relação de direito sucessório, desde que o adotante não tivesse filhos. Nesse tipo de adoção, o vínculo poderia ser dissolvido. A adoção plena, por sua vez, não podia ser dissolvida e desligava os vínculos entre o adotado e “seus pais de sangue e parentes naturais” (ABREU, 1983, p. 222). Esta forma de adoção tinha a finalidade de “dar ao casal um filho legítimo, e de dar ao menor abandonado uma família estável e organizada” (ABREU, 1983, p. 222) e poderia ser efetivada apenas por um casal, por viúvo ou viúva e por cônjuges separados judicialmente, desde que o processo de adoção tivesse iniciado durante o casamento. A adoção plena dirigia-se apenas para o menor de sete anos, que se encontrava em “situação irregular”, ou o maior de sete anos, desde que ao completar essa idade estivesse sob a guarda dos adotantes.

Ao se analisar o discurso jurídico da época em obras de juristas que abordaram a adoção, constata-se a significativa importância concedida ao vínculo “natural” da filiação, o que repercutia no entendimento de que a filiação adotiva era uma “ficção jurídica”. Conforme definem Gomes e Carneiro (1952), “a filiação adotiva é artificial. Resultante da vontade de constituir o vínculo de filiação, sem procriação, possui caráter meramente civil. A adoção não tem fundamento natural. É uma ficção da lei.” (p. 17). Monteiro (1976), por sua vez, afirma que

Realmente, de um lado, a adoção é encarada como simples meio de transmitir nome e patrimônio nas famílias aristocráticas. Além disso, através da adoção, podem ser introduzidos, na comunidade familiar, filhos incestuosos e adúlteros, burlando-se a proibição legal de seu reconhecimento e implantando-se assim situação incompatível com a existência da família legítima. É ela ainda causa de muitas ingratidões e arrependimentos. Por fim, remata-se, cuida-se de instituto supérfluo, porque dele não carece o adotante, em absoluto, para acolher e amparar filhos de outrem, ou para proteger criaturas desvalidas e abandonadas.

Sem embargo de todas essas críticas, a adoção desempenha papel de inegável importância. Trata-se de instituto filantrópico, de caráter acentuadamente humanitário, que constitui válvula preciosa para casamentos estéreis, assim dando aos cônjuges os filhos que a natureza lhes negara.

Além desse conforto moral, ela representa fonte de benemerência, porque, pela adoção, muitas vezes, se socorrem criaturas desamparadas, oriundas de pais desconhecidos ou sem recursos. (MONTEIRO, 1976, p. 240 e 241)

A abordagem da adoção como “ficção jurídica” com “caráter meramente civil” remete a uma concepção “naturalizadora” da filiação. Para esta concepção, os sentimentos envolvidos na construção da parentalidade e da filiação só estão presentes quando o homem e a mulher têm um filho biológico. Em outros termos, a concepção gera - “naturalmente” - o “instinto materno” de cuidado e proteção na mulher e o dever no pai de sustentar o filho. No discurso de Monteiro (1976), é possível identificar, por um lado, o entendimento de que a adoção serviria como subterfúgio para “burlar” uma proibição legal que obrigasse os filhos incestuosos e adúlteros a ficar separados da “comunidade familiar” (como se estes fossem responsáveis por ocasionar algum tipo de dano à “família legítima”). Por outro lado, o jurista destaca que o “caráter acentuadamente humanitário” deste “instituto filantrópico” é o objetivo de os pais adotarem. Os discursos de Gomes e Carneiro (1952) e Monteiro (1976) evidenciam, portanto, a dificuldade dos juristas da época em compreender os componentes psicossociais que envolvem não só a adoção, mas a filiação em geral, em virtude da concepção “naturalizadora” da filiação, da parentalidade e da família.

É interessante refletir sobre as contribuições do modelo de família presente na legislação da época, que definia a família legítima e classificava os filhos em legítimos, legitimados e ilegítimos, no tratamento jurídico concedido à criança e ao adolescente como “objetos de proteção” do Estado. Como se observa, ao mesmo tempo em que era previsto o amparo à maternidade, à infância e à adolescência e a “proteção especial” às famílias cuja estrutura se enquadrasse no modelo de família prevista em lei, as crianças e os adolescentes das “outras famílias” que não se adequassem a este modelo, pois tinham estrutura e dinâmicas familiares diferenciadas, eram desamparadas, desprotegidas e excluídas da aplicação do direito da família. Como consequência, os filhos legítimos e legitimados tinham direitos e deveres previstos neste ramo do direito, como pensão alimentícia, guarda, herança. Para as “outras filiações”, em geral,

eram aplicadas as regras estabelecidas nos Códigos de Menores em razão da situação de vulnerabilidade a que elas eram submetidas.

A partir da análise da legislação entre o CC/16 e a CF/88, é possível observar que o modelo de família previsto no CC/16 manteve a estrutura da família baseada na família legítima e modificou, em especial, os direitos das mulheres, das crianças e dos adolescentes. As permanências e as mudanças deste modelo podem ser observados, em resumo, no Quadro 10.

Quadro 10. Caracterização do modelo de família presente na legislação entre o Código Civil de 1916 e a Constituição Federal de 1988, considerando o lugar da família na sociedade, as funções da família, a garantia de direitos à família, a estrutura familiar e as funções dos membros da família.

MODELO DE FAMÍLIA		LEGISLAÇÃO ENTRE O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988
CARACTERÍSTICAS		
LUGAR DA FAMÍLIA		- centralidade da família na sociedade (“célula-base dos aglomerados humanos” e “elo fundamental da sociedade”).
FUNÇÕES DA FAMÍLIA		- reprodução da espécie; - legitimação dos filhos; - constituição da família legítima; - organização da sociedade.
GARANTIA DE DIREITOS À FAMÍLIA		- “proteção especial” do Estado: garantia de direitos à família, tais como benefícios especiais em favor das “famílias numerosas”; benefícios às famílias em razão de falecimento; ampliação da garantia ao bem de família; direitos trabalhistas; benefício da justiça gratuita; direitos penais; - “famílias numerosas”: algumas legislações específicas ampliaram o conceito de família, priorizando as funções de pai e mãe e contemplando os filhos independentemente de classificação. Mantiveram, entretanto, a estruturação família constituída por pai, mãe e filhos. Esta ampliação era exclusivamente aplicada nestas leis e não repercutiu no direito de família (Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941; Decreto nº 5.976, de 10 de novembro de 1943; Decreto-lei 6.022, de 23 de novembro de 1943).
ESTRUTURA FAMILIAR		- a família legítima era constituída exclusivamente pelo casamento e pelos filhos legítimos e legitimados; - características do casamento: a) heterossexual; b) monogâmico; c) dissolúvel (Lei do Divórcio de 1977).
FUNÇÕES DOS MEMBROS DAS FAMÍLIAS	HOMEM	- público: representante da família na sociedade (“administrador dos bens”); - privado: chefe da família (decisão sobre a fixação do domicílio do casal); - no exercício da função de chefe da família: a) direitos: detentor da autoridade em relação à esposa e aos filhos; b) deveres: sustento da família.
	DEVERES COMUNS AOS CÔNJUGES	- fidelidade recíproca; - moradia no mesmo domicílio; - mútua assistência; - sustento, guarda e educação dos filhos.
	MULHER	- público: a) direito ao voto (Código Eleitoral de 1932); b) igualdade constitucional entre homem e mulher (Constituição de 1934); c) proibição da diferença de salário entre homem e mulher (Constituição de 1934); - privado: a) capacidade civil para as mulheres solteiras e casadas (Estatuto

	<p>Jurídico da Mulher Casada de 1962); b) decisão a respeito do exercício de sua profissão e da disposição dos bens auferidos pelo produto de seu trabalho, sem necessidade de autorização do marido (Estatuto Jurídico da Mulher Casada de 1962); b) mulher casada: b.1) direitos: usar o nome da família do marido e gozar das honras e direitos advindos deste nome; b.2) deveres: cuidar da economia doméstica; “consorte” e “colaboradora” da sociedade conjugal (foi retirado o “auxiliar” pelo Estatuto Jurídico da Mulher Casada de 1962); “velar pela direção material e moral familiar” (Estatuto Jurídico da Mulher Casada de 1962).</p>
<p style="text-align: center;">CRIANÇA</p>	<p>- tratadas juridicamente como “objetos de proteção” do Estado (1- Decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923; 2- Código de Menores de 1926; 3- Código Penal de 1940; 4- Código de Menores de 1979): a) categorias para definir os “menores” (1- “abandonados”, “vadios”, “mendigos” e “libertinos”; 2- “expostos”, “abandonados”, “vadios”, “mendigos” e “libertinos”; 4- “situação irregular”); b) poder de decisão sobre os “menores” era centralizado no “Juiz de Menores” (2- “dever de vigilância”; 4- “dever de assistência, proteção e vigilância”); - submissa ao poder paterno, embora este poder tivesse alguns limites: a) Decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923: suspensão ou perda do “pátrio poder”: “abandono”, “negligência”, “incapacidade”, “abuso de poder”, “maus exemplos”, “crueldade”, “exploração”, “perversidade”, “comprometimento da saúde, da segurança, ou moralidade”, entre outras causas; b) Código de Menores de 1926: sigilo para “abandonar” os filhos; c) Código Penal de 1940: após 30 dias da notificação do recolhimento da criança, se o pai, a mãe ou o tutor não se manifestasse, qualquer pessoa idônea poderia requerer os direitos ao “pátrio poder” sobre esta; d) Código de Menores de 1979: causar a “situação irregular do menor”; descumprir o termo de compromisso fixado com a autoridade judiciária para o tratamento ministrado ao “menor”, além das causas previstas no CC/16; - a “perda ou a suspensão do “pátrio poder” não exonera os pais do dever de sustentar os filhos” (Código de Menores de 1979); - os filhos eram classificados em: a) legítimos; b) legitimados; c) ilegítimos, que eram classificados em ilegítimos naturais; adulterinos; incestuosos; - ilegítimos naturais: igualdade na concessão de direitos em relação aos filhos legítimos (Constituição de 1937); gratuidade no reconhecimento; dever do pai que não resida com o filho a “prestar inteira assistência” (Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941); - filhos ilegítimos adulterinos: assistência no direito previdenciário e trabalhista; ser reconhecido ou demandar reconhecimento após o desquite do cônjuge casado (Decreto-lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942); direitos iguais em relação ao filho ilegítimo natural reconhecido e direito à metade do valor da herança percebido pelo filho legítimo ou legitimado (Lei 883/49); reconhecimento, ainda que na constância do casamento, em “testamento cerrado” e igualdade no valor da herança em relação ao filho legítimo ou legitimado (Lei do Divórcio em 1977); reconhecimento durante a sociedade conjugal, desde que houvesse separação de fato por mais de cinco anos contínuos (Lei 7.250, de 14 de novembro de 1984); - a legitimação dos filhos ilegítimos incestuosos era proibida legalmente; - adoção: a) Lei 3.133, de 8 de maio de 1957: adotantes maiores de trinta anos, solteiros ou casados (mais de cinco anos); diferença de dezesseis anos entre o adotante e o adotando; não tinha direito à sucessão hereditária</p>

	<p>caso os adotantes tivessem filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos;</p> <p>b) Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965: limite de sete anos de idade para a criança ser adotada; adotantes casais sem filhos, sendo um deles com mais de trinta anos (dispensa em caso de esterilidade), viúvos ou viúvas com mais de trinta e cinco anos, desde que o “menor” resida com eles a mais de cinco anos; processo de adoção realizado em “segredo de justiça”; rompimento do vínculo de filiação anterior; direito à metade da herança do filho legítimo;</p> <p>c) Código de Menores de 1979: diferenciou entre:</p> <p>c.1) adoção simples: relação de parentesco civil exclusivo entre o adotante e o adotado; direito à herança desde que não houvesse filhos legítimos; vínculo de adoção poderia ser rompido;</p> <p>c.2) adoção plena: rompimento do vínculo de filiação anterior; vínculo de adoção não poderia ser rompido; limite de sete anos para a criança em “situação irregular” ser adotada (maior desta idade se estivesse sob a guarda dos adotantes); adotantes eram casais, viúvo ou viúva e cônjuges separados judicialmente, desde que o processo de adoção iniciou durante o casamento.</p>
<p>FAMÍLIAS NÃO CONTEMPLADAS PELO DIREITO DE FAMÍLIA E RECONHECIDAS NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES</p>	<p>- concubinato (constituído por homem e mulher não casados entre si ou com terceiros):</p> <p>a) decisões do Supremo Tribunal Federal: regulado pelo direito das obrigações e considerado com uma relação exclusivamente econômica;</p> <p>b) Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975: permitiu a mulher solteira, desquitada ou viúva utilizar o patronímico do companheiro, que também devia ser solteiro, desquitado ou viúvo, desde que houvesse impedimento legal para casar.</p>

Conforme se observa, a família legítima continuou sendo aquela formada pelo casamento monogâmico e heterossexual, contudo, destaca-se a mudança implicada pela dissolubilidade do matrimônio, estabelecida pela Lei do Divórcio de 1977. Outro aspecto importante foi o início da legitimação do concubinato, embora restrito ao direito das obrigações e com caráter estritamente econômico.

Os maiores avanços foram observados nos direitos das mulheres, no que diz respeito ao direito ao voto, à igualdade em relação aos homens, à plena capacidade civil durante o casamento, embora ainda não fossem consideradas em igualdade em relação ao marido na sociedade conjugal. A imposição do modelo nuclear de família no Brasil influenciou os primeiros passos na concessão de direitos às crianças e aos adolescentes, na medida em que elas se tornaram “objetos de proteção”. Quanto à filiação, o reconhecimento dos filhos ilegítimos naturais e adulterinos passou a ocorrer em hipóteses restritas.

CAPÍTULO 4

AS FAMÍLIAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL ATÉ A PROMULGAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O processo de elaboração das normas constitucionais iniciou formalmente em 1987, consolidando-se com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88). A CF/88 foi gestada em um contexto histórico, social e político marcado por movimentos sociais em prol dos direitos das mulheres, das crianças e dos adolescentes. Um dos marcos desta Constituição foi a participação da sociedade civil nas comissões dos constituintes, por meio de emendas populares e campanhas como “Mulher e Constituinte” e “Criança e Constituinte”. O texto constitucional foi construído no inter-jogo de forças entre parlamentares, grupos religiosos, intelectuais e sociedade civil. Os estudos de Bruno (1995) e Pinheiro (2004) se destacam na análise dos discursos dos parlamentares no processo constituinte, em relação à família e gênero e aos direitos da criança e do adolescente.

Com a promulgação da CF/88, o texto constitucional passou a ser interpretado e diferentes conceitos de família foram construídos na legislação infraconstitucional. As mudanças nas concepções sobre a família estão presentes na criação do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, nas leis da união estável de 1994 e 1996.

4.1 ASPECTOS SÓCIO-HISTÓRICOS QUE INFLUENCIARAM O PROCESSO CONSTITUINTE DE 1987/88

Durante o século XX, as concepções a respeito das funções do homem, da mulher, da criança e do adolescente foram alteradas em concomitância com as reivindicações de direitos por parte dos movimentos sociais. A resistência e o fortalecimento destas reivindicações geraram mudanças que, lentamente, repercutiram nas legislações que tratavam sobre as famílias, em especial, nas que definiram os direitos e deveres das pessoas em suas relações conjugais, parentais e de filiação.

As reivindicações, em sua maioria, eram provenientes de movimentos sociais que lutavam pela instituição de direitos mais igualitários para as mulheres, as crianças e os adolescentes. Conforme Therborn (2006), “os direitos legais das mulheres e das crianças foram ampliados em todos os países e a expansão da educação e do trabalho pago aumentou a autonomia” (p. 192). Ao

analisar a família no mundo entre 1900 e 2000, o autor afirma que o patriarcado¹²⁸ “vem se retraindo”, embora haja diferenciações nesse retraimento de acordo com a região e as camadas sociais.

Segundo Therborn (2006), houve “quatro amplas correntes ideológicas por trás de determinados empurrões contra a fortaleza do patriarcado” (p. 118). O autor cita o “movimento feminista de mulheres”, que se constituiu na força principal da Década da Mulher¹²⁹, o “movimento trabalhista socialista”, que foi um defensor da família igualitária, uma das correntes do liberalismo secularizado de proveniência cristã-protestante ou judaica (raramente católica), e uma vertente dos nacionalistas desenvolvimentistas, que foram os primeiros a criticar o patriarcado e a opressão masculina fora da Europa e das Américas.

A Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 concretizou em seu texto formulações avançadas sobre gênero e família, o que foi um marco importante na construção da igualdade de direitos “em um período em que os casamentos arranjados dominavam toda a Ásia e a África e eram ainda importantes na Europa Oriental, um número grande de Estados americanos proibia o casamento inter-racial e apenas os códigos de família escandinavo e soviético haviam instituídos casamentos igualitários” (THERBORN, 2006, p. 116). A Declaração estabelecia, no artigo 16, que

(1) Homens e mulheres de idade plena têm o direito de se casar e de fundar uma família sem nenhuma limitação de raça, nacionalidade ou religião. Eles são portadores de direitos iguais ao se casar, durante o casamento e em sua dissolução.

(2) O casamento só poderá ser realizado com o livre e pleno consentimento dos pretendentes. (THERBORN, 2006, p. 116).

Esta significativa mudança no que o autor denomina “fortaleza do patriarcado” refletiu na atuação das religiões acerca de suas normas familiares. Nesse sentido, as Igrejas protestantes estatais na Escandinávia, por exemplo, “ofereceram pouca ou nenhuma resistências a propostas de reforma” (THERBORN, 2006, p. 121), que ocorreram a partir do início do século XX com a implementação de uma nova lei sobre o casamento em 1915 na Suécia e reformulação do programa de direito de família.

¹²⁸ Narvaz e Koller (2006) definem que a utilização do termo patriarcado, contemporaneamente, tem sido considerada controversa pela literatura, por ele ser utilizado em um caráter a-histórico, fixo, determinante, o qual não demonstraria as mudanças ocorridas desde a instituição da família na Roma Antiga. Entretanto, as autoras concordam com Machado (2008), que admite a existência de um “patriarcado contemporâneo”. Elas compreendem que não se pode desconsiderar “a vigência do patriarcado enquanto discurso normativo ainda na atualidade” (NARVAZ E KOLLER, 2006, p. 53).

¹²⁹ De acordo com Therborn (2006), “o ano e a década da mulher na ONU, tremendamente importantes, foram também, por certo, produtos do trabalho sobre os direitos humanos, incluindo-se aí os direitos das mulheres, que começou logo após a Segunda Guerra Mundial e tornou-se parte do aparato permanente da Organização, mesmo mantendo um desempenho discreto por algum tempo. A Comissão da Condição Jurídica e Social da Mulher foi instalada em 1947” (p. 118).

A atuação das religiões, conforme Therborn (2006), constitui-se em um fator significativo na compreensão das mudanças dos direitos atribuídos às famílias em razão de “seus vínculos mais diretos com as normas familiares” (p. 121). No Brasil, a influência da Igreja Católica na elaboração das normas de direito de família foi significativa desde o século XIX e permaneceu durante todo o século XX¹³⁰. Para muitos juristas brasileiros, tal como Wald (1990), o direito de família conservou “os conceitos básicos elaborados pela doutrina canônica, que ainda hoje encontramos no próprio direito brasileiro” (p. 30).

Em 1983, foi “promulgado pelo Papa João Paulo II a 25 de janeiro, entrou em vigor a 27 de novembro do mesmo ano, o novo Código de Direito Canônico, trazendo alterações em matéria de matrimônio” (WALD, 1990, p. 27). O Código de Direito Canônico de 1983 seguiu, em grande parte, o modelo de família estabelecido no de 1917 (inclusive, em relação às regras de legitimação dos filhos), com algumas diferenças, conforme pode ser observado no Quadro 11:

Quadro 11. Caracterização do modelo de família presente no direito canônico (Código de Direito Canônico de 1983), considerando o lugar da família na sociedade, as funções da família, a estrutura familiar e as funções dos membros da família.

MODELO DE FAMÍLIA CARACTERÍSTICAS	DIREITO CANÔNICO (Código de Direito Canônico de 1983)
LUGAR DA FAMÍLIA	- centralidade da família na sociedade (matrimônio é um dos sete sacramentos do catolicismo ¹³¹).
FUNÇÕES DA FAMÍLIA	- reprodução da espécie ¹³² ; - organização da sociedade; - legitimação dos filhos.
ESTRUTURA FAMILIAR	- a família legítima é constituída exclusivamente pelo matrimônio e pelos filhos legítimos e legitimados; - características do matrimônio:

¹³⁰ Neste trabalho, tratou-se apenas da influência da Igreja Católica no direito de família brasileiro em virtude de sua intensa atuação desde o período colonial e da referência dos juristas, em geral, a ela quando refletem a respeito da influência da religião no direito de família. É importante ressaltar, dessa forma, que, contemporaneamente, há a significativa influência de outras religiões nos três Poderes, em especial, no Legislativo. Dentre as religiões, destaca-se o grupo religioso evangélico (Bohn, 2004; Fonseca, 2002a; Freston, 1994; Pierucci, 1989), o qual fortaleceu sua atuação política após a década de 80 e apresenta uma proposta, no campo do direito de família que “naturaliza” as relações familiares. O vínculo entre família e “fato natural”, para este grupo, determina funções típicas ao homem, à mulher e às crianças, similares às regras estabelecidas pelo modelo nuclear de família no início do século XIX, na Europa, que foi explicado no Capítulo 1 deste trabalho.

As críticas apresentadas pelos trabalhos científicos à forma como ocorre esta atuação política e às compreensões defendidas a respeito da família pelos grupos religiosos evangélicos, em geral, evidenciam a laicidade do Estado e os direitos fundamentais (em especial, a liberdade), ambos previstos expressamente nas Constituições brasileiras do século XX. Nesse sentido, estão os trabalhos de Lorea (2006), Kalsing (2002), dentre outros.

¹³¹ Código Canônico de 1983, Cân. 1055 § 1. “O pacto matrimonial, pela qual o homem e mulher constituem entre si o consórcio de toda a vida, por sua índole natural ordenado ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, entre batizados foi por Cristo Senhor elevado à dignidade de sacramento”.

¹³² Código Canônico de 1983, Cân. 1061 § 1. “O matrimônio válido entre os batizados chama-se só ratificado, se não foi consumado; ratificado e consumado, se os cônjuges realizaram entre si, de modo humano, o ato conjugal apto por si para a geração de prole, ao qual por sua própria natureza se ordena o matrimônio, e pelo qual os cônjuges se tornam uma só carne”.

Código Canônico de 1983, Cân. 1084 § 1. “A impotência para copular, antecedente e perpétua, absoluta ou relativa, por parte do homem ou da mulher, dirime o matrimônio por sua própria natureza”; § 2. “Se o impedimento de impotência for duvidoso, por dúvida quer de direito quer de fato, não se pode impedir o matrimônio nem, permanecendo a dúvida, declará-lo nulo”; § 3. “A esterilidade não proíbe nem dirime o matrimônio, salva a prescrição do cân. 1098”.

		a) indissolúvel ¹³³ ; b) heterossexual ¹³⁴ ; c) monogâmico ¹³⁵ .
FUNÇÕES DOS MEMBROS DAS FAMÍLIAS	HOMEM	- idade mínima para casar: 16 anos de idade ¹³⁶ ; - presunção de paternidade: a) decorre do matrimônio com a mãe ¹³⁷ ; b) decorre do nascimento do filho 180 dias depois da data da celebração do matrimônio, ou 300 dias após à dissolução da sociedade conjugal ¹³⁸ .
	DEVERES COMUNS	- os cônjuges têm o “dever especial de trabalhar pelo matrimônio e pela família, na construção do povo de Deus ¹³⁹ ”; - têm direitos e deveres iguais na relação conjugal ¹⁴⁰ ; - os pais têm o direito e a obrigação de educar física, social, cultural, moral e religiosamente os filhos, e os pais cristãos de cuidar da educação cristã dos filhos ¹⁴¹ .
	MULHER	- idade mínima para casar: 14 anos de idade.
	CRIANÇA	- a “pessoa menor” permanece “dependente do poder dos pais ou tutores” ¹⁴² ; - os filhos são classificados em: a) legítimos ¹⁴³ ; b) legitimados ¹⁴⁴ ; c) ilegítimos. - os filhos ilegítimos são legitimados pelo matrimônio, com equiparação dos filhos concebidos durante o matrimônio e dos filhos legitimados em decorrência do matrimônio; - os filhos adotivos, de acordo com a lei civil, são considerados filhos ¹⁴⁵ ; - as crianças são privadas do uso da razão até os 7 anos; após esta idade se presume o uso da razão ¹⁴⁶ . A maioridade é adquirida com dezoito anos,

¹³³ Código Canônico de 1983, Cân. 1056 “As propriedades essenciais do matrimônio são a unidade e a indissolubilidade que, no matrimônio cristão, recebem firmeza especial em virtude do sacramento”.

¹³⁴ Código Canônico de 1983, Cân. 1096 § 1. “Para que possa haver consentimento matrimonial, é necessário que os contraentes não ignorem, pelo menos, que o matrimônio é um consórcio permanente entre homem e mulher, ordenado à procriação da prole por meio de alguma cooperação sexual”.

¹³⁵ Código Canônico de 1983, Cân. 1057 § 2. “O consentimento matrimonial é o ato de vontade pelo qual um homem e uma mulher, por aliança irrevogável, se entregam e se recebem mutuamente para constituir matrimônio”.

¹³⁶ Código Canônico de 1983, Cân. 1083 § 1. “O homem antes dos dezesseis anos completos e a mulher antes dos catorze também completos não podem contrair matrimônio válido”.

¹³⁷ Código Canônico de 1983, Cân. 1138 § 1. “É pai aquele que as núpcias legítimas indicam, a menos que se prove o contrário por argumentos evidentes”.

¹³⁸ Código Canônico de 1983, Cân. 1138 § 2. “Presumem-se legítimos os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois da data da celebração do matrimônio, ou dentro de 300 dias subsequentes à dissolução da vida conjugal”.

¹³⁹ Código Canônico de 1983, Cân. 226 § 1. “Os que vivem no estado conjugal, segundo a própria vocação, têm o dever especial de trabalhar pelo matrimônio e pela família, na construção do povo de Deus”.

¹⁴⁰ Código Canônico de 1983, Cân. 1135 “A ambos os cônjuges competem iguais deveres e direitos, no que se refere ao consórcio da vida conjugal”.

¹⁴¹ Código Canônico, 1983, Cân. 226 § 2. “Os pais, tendo dado a vida aos filhos, têm a gravíssima obrigação e gozam do direito de educá-los; por isso, é obrigação primordial dos pais cristãos cuidar da educação cristã dos filhos, segundo a doutrina transmitida pela Igreja”.

Código Canônico, 1983, Cân. 1136 “Os pais têm o gravíssimo dever e o direito primário de, na medida de suas forças, cuidar da educação, tanto física, social e cultural, como moral e religiosa, da prole”.

¹⁴² Código Canônico de 1983, Cân. 98 § 2. “A pessoa menor, no exercício de seus direitos, permanece dependente do poder dos pais ou tutores, exceto naquilo em que os menores estão isentos do poder deles por lei divina ou pelo direito canônico; no que concerne à constituição de tutores e ao seu poder, observem-se as prescrições do direito civil, a não ser que haja determinação diversa do direito canônico, ou que o Bispo diocesano em determinados casos tenha julgado, por justa causa, dever-se providenciar pela nomeação de outro tutor”.

¹⁴³ Código Canônico de 1983, Cân. 1137 “São legítimos os filhos concebidos ou nascidos de matrimônio válido ou putativo”.

¹⁴⁴ Código Canônico de 1983, Cân. 1139 “Os filhos ilegítimos são legitimados pelo matrimônio subsequente dos pais, válido ou putativo, ou por rescrito da Santa Sé”.

¹⁴⁵ Código Canônico de 1983, Cân. 110 “Os filhos que tenham sido adotados de acordo com a lei civil são considerados filhos daquele ou daqueles que os adotaram”.

		com o pleno exercício dos direitos ¹⁴⁷ .
--	--	---

Dentre as diferenças que podem ser observados no modelo de família definido pelo Código de Direito Canônico de 1983, estão a igualdade nas finalidades do matrimônio, retirando a hierarquização presente no de 1917; e o aumento das idades mínimas para casar, que passaram de 14 a 16 anos para os homens e de 12 a 14, para as mulheres. A modificação mais significativa se refere à instituição de direitos e deveres comuns ao homem e à mulher na sociedade conjugal. Diferentemente do que ocorria com o Código de Direito Canônico de 1917, o qual instituía o poder do homem em relação à esposa e aos filhos¹⁴⁸, o Código de 1983 estabeleceu no cânon 1135 que “a ambos os cônjuges competem iguais deveres e direitos, no que se refere ao consórcio da vida conjugal”¹⁴⁹. A Igreja Católica passa, assim, a instituir direitos e deveres iguais ao homem e à mulher na vida conjugal.

As modificações apresentadas em relação à função do homem e da mulher na família e na sociedade, inclusive nas normas da Igreja Católica, influenciaram de forma diferenciada cada região mundial conforme as questões culturais, econômicas e políticas. A diferenciação, explica Therborn (2006), deveu-se ao fato de que “os sistemas familiares têm sensibilidade e resiliência diferentes das mudanças socioeconômicas, ou, até onde isso importa, das mudanças jurídico-políticas” (p. 120).

No Brasil, o fortalecimento dos movimentos que reivindicavam direitos às mulheres e às crianças e adolescentes ocorreu, especialmente, durante a década de 70¹⁵⁰. Conforme Sarti (2004), o movimento feminista¹⁵¹ militante, o qual representou a luta pelos direitos das mulheres em

¹⁴⁶ Código Canônico de 1983, Cân. 97 § 2. “O menor, antes dos sete anos completos, chama-se criança, e é considerado não senhor de si; completados, porém, os sete anos, presume-se que tenha o uso da razão”. Código Canônico de 1983, Cân. 99 “Todo aquele que carece habitualmente do uso da razão é considerado não senhor de si e equiparado às crianças”.

¹⁴⁷ Código Canônico de 1983, Cân. 97 § 1. “A pessoa que completou dezoito anos é maior; abaixo dessa idade, é menor”.

Código Canônico de 1983, Cân. 98 § 1. “A pessoa maior tem o pleno exercício de seus direitos”.

¹⁴⁸ De acordo com Santos (2006), “percebe-se uma nítida responsabilidade por parte da Igreja Católica em enraizar a repressão sexual feminina e a configuração patriarcal da sociedade. Foi com seu patrocínio que se perpetuou ao longo dos séculos a concepção antiga de serem, homem e mulher, metades complementares, que, através do ato sexual efetuado após o casamento, tornavam-se “uma só carne” conforme a Bíblia, motivo pelo qual apenas unindo-se um ao outro em matrimônio atingiriam o grau máximo de elevação possível ainda em vida para dois seres humanos. Essas afirmações buscavam justificar a submissão da mulher ao homem, a necessidade do casamento como requisito para a consumação do ato sexual, e a indissolubilidade do vínculo conjugal” (p. 30).

¹⁴⁹ Entretanto, conforme explicita Santos (2006), “mesmo atualmente ainda existem cristãos que defendem abertamente a idéia de que as mulheres são o lado sensível e emocional do ser humano, enquanto os homens são o lado forte e racional, devendo, portanto, elas deixarem que os cargos decisórios sejam todos governados por eles” (p. 30 e 31).

¹⁵⁰ Segundo Costa (2002), não se observa, nesse período, um movimento em prol das famílias. Para ele, “na verdade, as conquistas, que mudaram a face da questão familiar na Constituição, foram apresentadas pelos movimentos em favor da mulher e as forças aglutinadas sob a bandeira da promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente” (p. 21).

¹⁵¹ A respeito da reconstituição histórica e da análise do movimento feminista, ver os trabalhos de Adrião (2008), Goldberg (1989), Pinto (2003), entre outros.

vários contextos, tornou-se visível a partir da resistência das mulheres à ditadura. Este movimento, iniciado nas camadas médias, que era o segmento social em que as mulheres tiveram acesso à educação universitária e ao estilo de vida moderno, expandiu-se às camadas populares, por meio das organizações de bairro (Pinto, 1992).

Para Sarti (2004), o movimento não possuía uma proposta feminista deliberada e “as militantes negavam o lugar tradicionalmente atribuído à mulher ao assumirem um comportamento sexual que punha em questão a virgindade e a instituição do casamento” (p. 37). Segundo Garcia (1997), esta proposta “transformou-se em um instrumento *sui generis* de emancipação, na medida em que a igualdade com os homens é reconhecida, pelo menos retoricamente” (p. 338).

As questões propriamente feministas, ligadas ao debate em relação ao gênero, começaram a ser discutidas no final da década de setenta, conforme explica a autora. Neste momento, verificam-se duas tendências principais no movimento uma mais voltada a atuação pública das mulheres, “concentrando-se principalmente nas questões relativas ao trabalho, ao direito, à saúde e à redistribuição de poder entre os sexos” (SARTI, 2004, p. 41), e a outra se preocupava com as relações interpessoais no mundo privado (Costa, 1988).

No início da década de 80, o movimento feminista foi fortalecido. De acordo com Pinto (2003), dois acontecimentos, embora não vinculados diretamente com o movimento feminista, repercutiram no seu fortalecimento: “a anistia aos presos e exilados políticos e a reforma partidária” (p. 67). Os “novos” rumos tomados dividiram a sua atuação do movimento feminista: “de um lado ficaram as que lutavam pela institucionalização do movimento e por uma aproximação da esfera estatal e, de outro, as autonomistas, que viam nessa aproximação um sinal de cooptação” (PINTO, 2003, p. 68). Esta divisão, contudo, não minimizou as conquistas do movimento durante os anos 80, como a criação de “Conselhos da Condição da Mulher”¹⁵² e de “Delegacias da Mulher”¹⁵³ e a presença de mulheres nos cargos eletivos.

¹⁵² O “Conselho Estadual da Condição Feminina” foi criado no Estado de São Paulo em 1983, após a eleição de Franco Montoro, cujo partido era o “Partido do Movimento Democrático Brasileiro” (PMDB), e tornou-se o “primeiro órgão desse tipo a ser criado no Brasil” (PINTO, 2003, p. 70). Tinha caráter consultivo e propositivo e não possuía orçamento próprio. O Conselho enfrentou, desde o princípio, forte oposição de feministas ligadas a outros partidos, como o “Partido dos Trabalhadores” (PT), e de mulheres de camadas populares que reivindicavam por outras causas, como creches (Pinto, 2003).

Em 1985, foi criado o “Conselho Nacional da Condição da Mulher”, “resultado de uma mobilização que começou com a Campanha das Diretas-Já em 1983, quando novamente as oposições se uniram em torno de uma única bandeira e foi instituído o Movimento de Mulheres pelas Diretas-Já” (PINTO, 2003, p. 71). Este Conselho esteve vinculado ao Ministério da Justiça e possuiu orçamento próprio. Era composto de 17 conselheiras, nomeadas pelo Ministro da Justiça, por um Conselho Técnico e por uma Secretaria Executiva. Sua atuação real, conforme Pinto (2003), estendeu-se de 1985 a 1989, pois, com o “Governo Collor”, perdeu seu orçamento e passaram a ser indicadas para direção e conselho “mulheres com pouca tradição no movimento feminista” (p. 72).

¹⁵³ Criada pelo Decreto-lei 8.107 de 22 de outubro de 1986, a Delegacia de Defesa da Mulher iniciou suas atividades no Estado de São Paulo, sendo uma forma de atendimento específico da violência contra as mulheres dentro do aparato policial, ligada à Secretaria de Segurança Pública. Sob competência desta instituição, estão os ilícitos cometidos contra a mulher: lesão corporal, ameaça, estupro, sedução, rapto violento ou mediante fraude, rapto consensual, posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, atentado violento ao pudor, perigo de

Conforme Guedes (1989), o movimento de mulheres, durante a Constituinte, era uma força política e social consolidada, difundindo as idéias feministas no cenário social brasileiro¹⁵⁴. Este movimento elaborou, durante o encontro em nível nacional do “Conselho Nacional dos Direitos da Mulher”¹⁵⁵, uma carta destinada aos constituintes em defesa dos direitos das mulheres, que foi denominada “Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes”, e lançou a Campanha “Mulher e Constituinte” com o lema “Constituinte prá valer tem que ter palavra de mulher” (Guedes, 1989; Bruno, 1995). Nesta Carta, o movimento afirma que

Para nós, mulheres, o exercício pleno da cidadania significa, sim, o direito à representação, à voz, e à vez na vida pública, mas implica ao mesmo tempo, a dignidade na vida cotidiana, que a lei pode inspirar e deve assegurar; o direito à educação, à saúde, à segurança, à vivência familiar e sem traumas. O voto das mulheres traz consigo essa dupla exigência: um sistema político igualitário e uma vida civil não-autoritária.

A preocupação do movimento, esboçado nesta Carta, era com os direitos da mulher nas vivências públicas e nas familiares. O texto trazia como princípio fundamental a igualdade, cuja afronta constituiria crime inafiançável, e as reivindicações foram divididas em seis eixos: família, trabalho, saúde, educação e cultura, violência, questões nacionais e internacionais.

Algumas das reivindicações presentes nesses eixos eram: plena igualdade entre os cônjuges na direção da sociedade conjugal, na administração dos bens do casal, na fixação do domicílio e no pátrio poder; plena igualdade entre os filhos, independentemente da relação conjugal constituída pelos pais; coibição legal da violência intrafamiliar; plena igualdade nos direitos trabalhistas e previdenciários, como salário, acesso ao mercado de trabalho e ascensão profissional, estabilidade para a mulher gestante, licença ao pai nos períodos natal e pós-natal, licença às pessoas no momento da adoção; vedação às ações impositivas pelo Estado e pelas entidades nacionais e estrangeiras que interfiram no exercício da sexualidade; direito à decisão livre pela mulher a respeito do seu corpo; garantia de livre opção pela maternidade, com o direito de evitar ou interromper a gravidez sem prejuízo para a saúde da mulher; acesso gratuito aos métodos anticoncepcionais. No eixo da violência, identifica-se a necessidade de considerar o

contágio venéreo, perigo de contágio de moléstia grave, constrangimento ilegal, seqüestro e cárcere privado, redução à condição análoga a de escrava, corrupção de menores, favorecimento à prostituição, mediação para servir a lascívia de outrem, entre outros (Carvalho, 2008).

¹⁵⁴ Segundo Guedes (1989), neste período era no campo do Direito de Família que se constatava a “mais grave discriminação legal contra as mulheres” (p. 307). Nesse sentido, Pimentel (1985) ressaltava, em sua obra “A Mulher e a Constituinte” (publicada antes do processo constituinte que originou a Constituição atual), quatro discriminações estabelecidas pelo CC/16: a chefia da sociedade conjugal, o direito de fixar domicílio da família, o direito de administrar os bens do casal, o direito de decidir em caso de divergência (conforme visto nos capítulos anteriores).

¹⁵⁵ O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) foi criado em 1985 com o intuito de “promover políticas que visassem eliminar a discriminação contra a mulher e assegurar sua participação nas atividades políticas, econômicas e culturais do país” (Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, 2008), restando vinculado ao Ministério da Justiça. Atualmente, continua a implementar políticas direcionadas aos direitos da mulher e integra a estrutura da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres da Presidência da República.

crime sexual como “crime contra a pessoa”, e não como “crime contra os costumes”, de atribuir tratamento semelhante ao crime de estupro e de atentado violento ao pudor, de eliminar da lei a expressão “mulher honesta” e de retirar da lei o crime de adultério.

Em relação dos direitos das crianças e dos adolescentes, a reivindicação iniciada na década de setenta foi realizada por movimentos sociais, estudiosos e profissionais de diversas áreas, tais como juristas, psicólogos, médicos, pedagogos, assistentes sociais. Conforme Pinheiro (2004),

A abrangência das práticas de afirmação de direitos permite constatar que a vida social brasileira, nos anos 1970 e 80, viu firmar-se o movimento de defesa dos direitos da criança e do adolescente, com a atuação de novos atores políticos, empenhados na (re)construção da cidadania desses sujeitos sociais. Tais práticas foram favorecidas, à época, por uma conjunção de fatores: as precárias condições de vida da maioria das crianças e dos adolescentes; as contundentes críticas às diretrizes e ao conjunto de práticas governamentais de assistência; o acentuar-se das discussões sobre direitos da criança e do adolescente, formalizadas na CNUDC [Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança]; o contexto sociopolítico propício à reivindicação e reconhecimento legal de direitos; e a articulação de setores da sociedade civil, concretizada no movimento em defesa da criança e do adolescente (p. 346).

Este contexto político e social das décadas de setenta e oitenta propiciou, portanto, que os direitos fossem reivindicados por meio da integração entre movimentos sociais, profissionais de diferentes áreas e as próprias instituições. Conforme Amaral e Silva,

Como o pessoal do Ministério Público de São Paulo já atuava criticamente em relação ao Código de Menores, acabamos nos encontrando e formamos então, com o professor Antonio Carlos Gomes da Costa – que na época também era um militante de defesa desses direitos e um estudioso da matéria – o grupo e começamos [os trabalhos] – e o grupo foi aumentando e aumentando, e havia os movimentos das entidades de direitos humanos na época da Constituinte e os movimentos em favor da criança. E daí, esse grupo começou a se reunir, a se encontrar e fomos identificando pessoas. Foi assim que começou tudo (...) houve muita influência dos pedagogos, dos assistentes sociais, dos religiosos... Havia o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua, havia a questão da Pastoral do Menor, a questão muito ativa dos médicos que atuavam nessa área da proteção da criança. Esses grupos acabaram, pelos movimentos da Constituinte. Isso data por volta do ano de 1983. (RISOLIDARIA, 2007).

Para ele, os direitos atribuídos às crianças e aos adolescentes foram construídos através de um movimento amplo da sociedade brasileira, tal como movimentos sociais, como a “Pastoral da Criança” (criada em 1983) e o “Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua” (criado em 1985), estudiosos e profissionais de diversas áreas. Houve, também, conforme explica o desembargador na entrevista, o impacto significativo da legislação internacional vigente à época, dentre as quais se podem citar a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração dos Direitos dos Menores, conhecidas como “Regras de Beijing”, as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de

Liberdade e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, conhecidas como “Diretrizes de Riad”.

Esta movimentação de diversos setores da sociedade repercutiu na criação de iniciativas que fortaleceram a reivindicação pelos direitos das crianças e dos adolescentes durante o processo constituinte. Em 1985, é fundada a “Frente de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente”, como consequência do “I Congresso Paulista da Questão Social”. Esta Frente era formada por representantes de entidades que defendiam a renovação do quadro legal e de políticas no atendimento às crianças e aos adolescentes (Gregori e Silva, 2000).

Em 1986, foi lançada a “Carta de Brasília”, reivindicando a adoção do direito constitucional da criança e do adolescente. No mesmo ano, vários representantes de Ministérios passam a integrar a “Comissão Nacional da Criança e Constituinte” e vários encontros nacionais e estaduais foram realizados para discutir os temas a serem modificados na Constituinte. De acordo com Pinheiro (2004), a campanha “Criança e Constituinte”, desencadeada no Ministério da Educação e Cultura (MEC), mostra que as iniciativas de afirmação de direitos também emergiram no espaço governamental.

É neste contexto histórico e social que ocorre a elaboração da Constituição brasileira. A atuação das diferentes instituições e de diversos movimentos sociais, especialmente, os de defesa aos direitos das mulheres e das crianças e adolescentes, contribuiu para a sua escrita. Conforme Bonavides e Paes de Andrade (2004), “não se pode dizer em absoluto que esse processo foi dádiva do Estado” (p. 456), mas sim, derivou de um movimento iniciado no final da década de setenta.

Para os autores, os principais acontecimentos que repercutiram no processo constituinte foram: o protesto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em abril de 1977; a “Carta aos Brasileiros” lida pelo jurista Goffredo Teles Júnior aos 08 dias do mês de agosto de 1977; um Congresso realizado pelo OAB em Manaus, em maio de 1980; e, “desde então, inumeráveis organizações civis, entidades populares, órgãos de imprensa, estudantes, advogados, professores, trabalhadores e políticos de oposição (...) não cessaram de requerer a volta a um regime marcado pela confiança e credibilidade dos poderes de governo e na investidura legítima de seus titulares”. (BONAVIDES E PAES DE ANDRADE, 2004, p. 456). Além destes movimentos, eles evidenciam as campanhas como as “Diretas-Já”, que estiveram presentes neste período.

De acordo com Bonavides e Paes de Andrade (2004), o Presidente José Sarney¹⁵⁶ enviou ao Congresso Nacional, em 28 de junho de 1985¹⁵⁷, mensagem com a proposta de convocação de

¹⁵⁶ O Presidente José Sarney permaneceu como Presidente da República entre 15 de março de 1985 e 15 de março de 1990, em razão do falecimento de Tancredo Neves antes de sua posse. A respeito da eleição, da discussão em torno

uma Assembléia Nacional Constituinte (ANC). Dessa iniciativa resultou a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985¹⁵⁸, que legitimou o início do processo de formação da ANC, cujos trabalhos finalizaram com a escrita da nova Constituição brasileira, denominada de Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 (CF/88). No dia 15 de novembro de 1986, os eleitores compareceram às urnas para definir os membros da Constituinte, composta de 487 deputados federais e 72 senadores. Os trabalhos da ANC iniciaram no dia primeiro de fevereiro de 1987¹⁵⁹ e finalizaram com a promulgação da Constituição no quinto dia do mês de outubro de 1988.

4.2 ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE: DISCURSOS QUE CONSTRUÍRAM O TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A formação de uma ANC, para Bonavides e Paes de Andrade (2004), representou uma ruptura na história das instituições políticas brasileiras anteriores, embora a sua formação tenha iniciado por meio de uma emenda constitucional. Segundo os autores, apenas “a mais superficial análise histórica de nosso passado” (p. 455) afirmaria que a escrita da nova Constituição, entre 1987 e 1988, apresentou uma continuidade com o processo político anterior. Esta constatação, assinalam eles, é apenas aparente, já que

se a Carta Magna [CF/88] não foi precedida de um ato da independência, como a Carta Política do Império, de 1824, ou da queda de um império, como a de 1891, ou do fim de uma república oligárquica – a chamada Pátria Velha carcomida, posta abaixo pelas armas liberais da Revolução de 1930 – como a Constituição de 1934, ou da ruína de uma ditadura e dissolução do Estado Novo, como a de 1946, ou até mesmo de um golpe de Estado que aniquilou com um violento ato institucional uma república legítima, qual o fez a de 1967, nem por isso a ruptura deixa de ser a nota precedente do quadro

da posse do Presidente José Sarney (ou de Ulysses Guimarães) e de características pessoais e políticas deste Presidente, ver Koifman (2002).

¹⁵⁷ Em 18 de julho do mesmo ano, o Presidente José Sarney instituiu, por meio do Decreto-lei nº 91.450, a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, composta de 50 membros, cujo Presidente foi Afonso Arinos de Melo Franco. A Comissão elaborou um anteprojeto constitucional, documento ultimado e entregue ao presidente da República em 18 de setembro de 1986. Conforme Bonavides e Paes de Andrade (2004), “em verdade, o trabalho da Comissão recebeu do governo o tratamento de um relatório ou documentário e não propriamente de um anteprojeto, qual fora concebido por Afonso Arinos. Ao invés de remetê-lo à futura Constituinte, como era de esperar, Sarney simplesmente o enviou, por despacho presidencial, datado em 24 de setembro de 1986, ao Ministério da Justiça, onde provavelmente ficou arquivado”. (BONAVIDES E PAES DE ANDRADE, 2004, p. 457 e 458).

¹⁵⁸ A referida emenda constitucional foi assinada pelos seguintes membros da Câmara de Deputados: Ulysses Guimarães (Presidente), Carlos Wilson (1º Vice-Presidente, em exercício), Haroldo Sanford (2º Vice-Presidente, em exercício), Epitácio Cafeteira (1º Secretário, em exercício), José Frejat (2º Secretário, em exercício), José Ribamar Machado (3º Secretário, em exercício), Orestes Muniz (4º Secretário, em exercício); e pelos seguintes membros do Senado Federal: José Fragelli (Presidente), Guilherme Palmeira (1º Vice-Presidente), Passos Porto (2º Vice-Presidente), Enéas Faria (1º Secretário), João Lobo (2º Secretário), Marcondes Gadelha (3º Secretário), Eunice Michiles (4º Secretário); e foi publicado aos 28 dias do mês de novembro de 1985, na página 4879, Seção 2, do Diário do Congresso Nacional.

¹⁵⁹ Emenda Parlamentar nº 26, art. 1º: “Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional”.

constituente instalado em 1987, visto que ela se operou na alma da Nação, profundamente rebelada contra o mais longo eclipse das liberdades públicas: aquela noite de 20 anos sem parlamento livre e soberano, debaixo da tutela e violência dos atos institucionais, indubitavelmente um sistema de exceção, autoritarismo e ditadura cuja remoção a Constituinte se propunha fazê-lo, como em rigor o fez, promulgando a Constituição ora vigente. (BONAVIDES E PAES DE ANDRADE, 2004, p. 455).

A ruptura com as instituições políticas anteriores é definida pelos autores por meio do retorno do Poder Legislativo como poder atuante na concretização dos trabalhos da Constituinte. Para elaborar a nova Constituição, estavam presentes treze partidos políticos, além de “não-parlamentares” advindos de diferentes lugares e inserções sociais, dentre os quais, especialistas, dirigentes e integrantes de organizações governamentais, representantes de movimentos sociais e entidades religiosas. Conforme Pinheiro (2004),

a ANC cumpriu quatro etapas: o trabalho nas subcomissões, nas comissões temáticas, na Comissão de Sistematização e no Plenário. A cada subcomissão cabia gestar um anteprojeto concernente aos temas sob sua responsabilidade, com a participação de entidades representativas da sociedade civil. Cumprida a tarefa, as subcomissões eram, então, desfeitas, passando a funcionar as comissões, que propunham anteprojetos temáticos. A Comissão de Sistematização, consolidando tais anteprojetos, esboçou o projeto de texto constitucional, votado pelo Plenário da ANC. Paralelo aos trabalhos das comissões funcionava o Plenário. (p. 346)

De acordo com a autora, “a conjunção da estruturação e o processo de funcionamento da ANC formaram uma tessitura democrática, que permitiu a articulação e a discussão de diferentes visões e princípios, tanto entre parlamentares como com as mais diversas contribuições de segmentos da sociedade civil”¹⁶⁰ (PINHEIRO, 2004, p. 346).

Ao estudar o impacto dos regimentos internos da ANC no texto final, Gomes (2002) afirma que existiram dois regimentos durante o processo constituinte. O primeiro privilegiou o processo decisório descentralizado e teve como consequência o primeiro projeto de Constituição apresentado. Com o descontentamento de alguns parlamentares do resultado substantivo deste projeto, o segundo regimento forçou a centralização do processo decisório e elaborou o segundo projeto, que acarretou na Constituição. Conforme a autora, “não fosse a formação de uma coalizão de veto, mais à direita do espectro ideológico, que exigia a reforma do Regimento Interno, a Constituição teria sido bem diferente da que foi promulgada” (GOMES, 2006, p. 218). Ela cita

¹⁶⁰ Na literatura nacional, é possível identificar diferentes estudos a respeito do processo de elaboração da Constituição e das concepções dos parlamentares e dos “não-parlamentares” que construíram estas normas. Eles tratam da definição de ordem econômica (Pilatti, 2006); do lobby militar durante a ANC (Costa, 1998); das emendas populares acolhidas na ANC (Michiles, 1989); da trajetória da questão indígena desde a Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias e dos direitos indígenas (Zanini, 1997; Evangelista, 2004); do conflito entre o ensino público e privado (Pinheiro, 1991); da questão urbana na ANC que repercutiu no capítulo intitulado “Da Política Urbana” no texto constitucional (Souza, 1990); da definição do modelo brasileiro das relações de trabalho (Gomes, 1998); das micro-relações político-institucionais entre a saúde e a previdência (Faria, 1997); da questão ambiental e dos ecologistas (Silva, 1993).

como exemplos o parlamentarismo, em que 54,4% dos parlamentares eram favoráveis, e o voto distrital, com o apoio de 63% dos parlamentares, os quais não foram estabelecidos na Constituição promulgada¹⁶¹.

Os membros da ANC não foram eleitos exclusivamente para este trabalho, mas uma das funções dos deputados e senadores era escrever a Constituição. Por esse motivo, Bruno (1995) evidencia que “embora os parlamentares que elaboraram a Constituição de 1988 fossem tratados como ‘constituintes’, não é essa a denominação que utilizamos, visto considerarmos que a Carta não foi elaborada por uma Assembléia Constituinte exclusiva, mas por um Congresso investido de poder constituinte” (p. 13).

Ao analisar os discursos dos parlamentares em Comissões e Subcomissões¹⁶² destinadas à elaboração da Constituição, a autora identifica quais as concepções de família, de homem, mulher e criança que basearam a sua escrita. Segundo ela, os parlamentares consideravam que a família era a base da sociedade (“núcleo básico” da organização social, “célula mater” ou “célula menor” da sociedade), pois, “para eles, a organização social se dá em torno da estrutura familiar e não em torno de outros grupos ou dos indivíduos em si mesmos” (BRUNO, 1995, p. 81).

A família aparece, então, como um “núcleo estático da sociedade”, formado pelo próprio “processo da natureza”. Ela é, portanto, um “fato natural”; entendimento este que é remetido ao CC/16. “A expressão da idéia da naturalidade da família exemplificada acima pode tanto estar vinculada à compreensão da estrutura familiar ser a base sobre a qual se organiza a sociedade, entendida enquanto obedecendo às regras naturais, quanto vinculada à idéia da constituição religiosa do núcleo familiar” (BRUNO, 1995, p. 83).

A compreensão dos parlamentares a respeito da família revela uma contradição: por um lado, ela é um “fato natural”; por outro, a imprescindibilidade de definir sua estrutura e suas funções é evidenciada em razão das dificuldades enfrentadas pela “desestruturação familiar”. Em outros termos, para os parlamentares, a sua função primordial no processo constituinte era criar

¹⁶¹ A respeito do repertório biográfico e de alguns dos votos dos deputados federais e senadores que participaram da ANC, ver Assembléia Nacional Constituinte (1989) e Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (1988), e do processo de elaboração do texto constitucional, em especial, das votações acerca de cada matéria, ver Assembléia Nacional Constituinte (1993; 1993a; 1993b).

¹⁶² Conforme Bruno (1995), “foram pesquisados os debates de duas comissões, a da ‘Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher’ e da ‘Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação’, e de três Subcomissões, a ‘dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias’ e a ‘dos Direitos e Garantias Individuais’, que faziam parte da ‘Comissão da Soberania...’, e a ‘Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso’, que fazia parte da ‘Comissão da Família...’. No total analisamos os debates de noventa e uma reuniões, todos transcritos no Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Brasil, 1987), impresso pelo Congresso Nacional” (p. 29).

Além do estudo de Bruno (1995), utilizou-se para a elaboração deste trabalho cópias das Atas da “Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação”, da “Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes”, da “Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação”, da “Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso”, bem como as Atas do Plenário, da “Comissão de Sistematização” e da “Comissão de Redação”, que se encontram disponíveis para consulta no *site* do Senado Federal (http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp).

mecanismos legais que repercutissem na união das pessoas conforme o modelo de família proposto, o qual, segundo eles, era um “fato natural”. Nesse sentido, definiram:

compreendo a dificuldade que teremos em consolidar a família brasileira tão destruída no momento, com tantas separações, tantas incompreensões. Haveremos de construir, aqui, artigos e projetos que possam amparar mais o sentimento de unidade e de grandeza da família, para construirmos, com este trabalho, um mundo melhor (Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, p. 2).

É uma coisa subjetiva que tem que ser feita pela lei de tal maneira que leve o comportamento do casal a um ponto que a família não fique destruída, porque está demais. (Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, p. 25).

Seguindo esta concepção, a família é caracterizada pelos parlamentares como proveniente do casamento monogâmico e heterossexual. Bruno (1995) define que o “reconhecimento da constituição da família extrapolar o casamento incorpora uma das propostas da Carta das Mulheres, a qual é referida pelos congressistas no debate onde as uniões livres são mencionadas ao lado do casamento” (p. 107).

Este reconhecimento de outras uniões que não o casamento é percebido pelos parlamentares como benéfico à mulher, comparando-se sua “moralidade superior” com o “menor comprometimento moral” dos homens. Para eles, é ela quem se beneficia com a união estável, já que o homem não tem interesse nas uniões regulamentadas: é ele o menos “comprometido” com a família.

A dificuldade na aceitação desta “sociedade de fato”, pelos diversos parlamentares, demonstra a concepção de que o casamento entre os pais asseguraria, de melhor maneira, o cuidado dos filhos. Inclusive, os parlamentares questionam um dos convidados a Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso a este respeito no momento em que ele defende a união estável:

Queria dizer o seguinte: temos o conceito de família no art. 175, da Constituição, a família constituída pelo casamento, mas se propõe, agora, o reconhecimento da família de fato, não apenas a família de direito, mas das uniões de fato. Queria saber, dentro deste contexto, como protegermos o direito da criança, nesse novo conceito de família? (Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, p. 27).

O casamento teria a função, na compreensão dos parlamentares, de assegurar o número de filhos e o cuidado destes, pois evitaria as diversas “uniões de fato” do homem com diferentes mulheres. Apenas após a ampliação de motivos, pelo convidado, que levariam a falta de cuidado com as crianças (dificuldades trabalhistas e econômicas, e falta de educação e de responsabilidade dos homens e de mulheres em relação a seus filhos), os parlamentares passaram a aceitar, com mais facilidade, a previsão constitucional da “sociedade de fato”.

A constante valorização do casamento pelos parlamentares repercutiu na responsabilidade do Estado em facilitar a conversão destas uniões regulamentadas em casamentos. A união estável, como foi denominada, definiu-se pela união entre homem e mulher com o objetivo de constituir família. Em outros termos, com as mesmas características do casamento: heterossexualidade e monogamia. A diferença entre estes institutos, na visão deles, é a formalização, através de um ritual consagrado ao casamento, e a posição “superior” do casamento em relação à “sociedade de fato”.

Com relação ao divórcio, sua aceitação e a liberação no número de vezes que possa ocorrer “não se dá pelo entendimento do direito do casal de restabelecer novas relações, mas como um apanágio para o concubinato, no sentido de proteger mulheres discriminadas por viverem uniões estáveis com homens separados mas não divorciados” (BRUNO, 1995, p. 125). Para os parlamentares, portanto, é “culpa” da mulher a aceitação da união estável e do divórcio, bem como da monoparentalidade, já que há na sociedade muitas mulheres morando sozinhas com seus filhos que incluem um homem em sua família.

Bruno (1995) explica que “os comportamentos que destoam da moral vigente e o homossexualismo são referidos pela maioria dos congressistas como causas para desagregação familiar” (p. 78). Em raras exceções os parlamentares afirmam que a homossexualidade deveria ser incluída no rol de famílias devido ao fato de que a exclusão legal dessas relações não evitaria uniões entre pessoas do mesmo sexo. A maioria dos parlamentares acredita que a desaprovação da união homossexual seria uma forma de proteger a mulher. Conforme o trecho do discurso de um parlamentar citado por Bruno (1995),

Rio de Janeiro e em várias outras partes do Brasil, vemos homossexuais vestidos e pintados como mulher. É uma liberdade, mas que fiquem por lá. Ocultamente a pessoa pode fazer o que quiser, mas não pode vir a público, em competição desleal, inclusive, com as mulheres, já que o homem não tem esse tipo de preocupação. As mulheres estão sendo muito massacradas. Tem havido casos de pais de família que a abandonam por se terem envolvido nessas estórias (Costa Ferreira, ANC, CSDG(7), 79, p.12). (p. 146)

A “proteção da mulher” é o argumento utilizado pelos parlamentares para não aceitar as uniões entre pessoas do mesmo sexo como base da união estável e do casamento. A preocupação dos parlamentares seria a desvantagem a que as mulheres seriam submetidas se as relações homossexuais entre homens, pois tratar-se-ia de uma “competição desleal” entre elas e os homens “vestidos e pintados como mulher”, pois estes poderiam “impedir que a mulher, ao chegar à idade apropriada, possa contrair casamento” (BRUNO, 1995, p. 140).

Conforme afirma a autora, o casamento “assume maior relevância na discussão das tentativas de proteger a mulher contra o homossexualismo masculino. Nas ocasiões em que se

tenta proteger a mulher de um comportamento masculino considerado imoral, a mesma também é referida como sendo moralmente superior e o homossexualismo é predominantemente referido como sendo masculino (BRUNO, 1995, p. 141). A homossexualidade é, portanto, “ocultamente tolerável” e percebida como masculina, enquanto a homossexualidade feminina constitui “exceções não significativas” (p. 141).

O repúdio à homossexualidade era tão evidente que um dos parlamentares, já na Comissão de Redação, questionou a respeito de sua inclusão no texto constitucional em razão de “amplos comentários jocosos” dos quais ele tomou conhecimento:

O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: –Finalmente a emenda do Constituinte Roberto Augusto. É o Artigo 225, § 3º Este parágrafo prevê: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento." Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gays através do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no show do Fantástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e pede que se coloque no § 3º dois artigos: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Ex.^a que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: – Isso é coação moral e irresistível.

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): Concedo a palavra ao Relator.

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: – A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.

O SR. RELATOR (Bernardo Cabral): – Sr. Presidente, estou de acordo.

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa)

Aprovada. (Palmas)¹⁶³. (Comissão de Redação, p. 209)

Os parlamentares afirmam, em diversos momentos, que a mulher é “moralmente superior” ao homem. Nesse sentido, um deles afirma:

Infelizmente, Deus fez o homem reto, mas dizem as Escrituras que ele vai buscar muitas inovações, e é o que nós estamos vendo. E, basicamente do ponto de vista moral, o homem realmente contribui muito mais do que a mulher para a deformação desta sociedade, porque ele se vale dos seus anseios, da sua força, da sua maldade para destruir,

¹⁶³ Este trecho apresenta a transcrição da votação final a respeito do artigo 225 § 3º, na Comissão de Redação, e é restrito aos aspectos verbais da comunicação entre os parlamentares. Exceto as “pausas” e “palmas”, os demais aspectos não-verbais imprescindíveis a compreensão do significado das mensagens comunicacionais entre seres humanos não constam da transcrição, dificultando uma compreensão clara desta interação, inclusive de seus paradoxos. O leitor compreende que a proposta de alteração de redação do artigo constitucional é feita por um bispo em atendimento a repercussões da mídia a respeito da redação inicial, observando-se a reação de um dos parlamentares que demarca o aspecto coercitivo desta proposta. É devolvida a palavra ao relator, e antes que este se manifeste, um dos parlamentares informa a todos que as relações entre homens são legalizadas na Inglaterra, após esse comentário o relator concorda com algo que não fica claramente explicitado, assim como a maioria dos demais presentes, que se supõe permaneceram como estavam conforme orientação do Presidente da Comissão. E assim foi definido o texto constitucional a respeito da união estável.

e isto tem a força maligna que estamos vivendo nesses últimos dias. Deus, quando constituiu o lar, o fez de um só homem, para uma esposa só, os abençoou e ordenou a frutificação, a proliferação da espécie. E tudo ia bem, até o momento em que a sedução e o engano vieram, e a usurpação do inimigo buscou trazer o homem para distante de Deus. Daí a coisa começou a decair, e estamos vendo, como aconteceu nos dias de Noé, a extrema corrupção, a violência, que é um sinal dos nossos dias também, infelizmente, como a senhora disse, ficamos desanimados de buscar soluções a luz da lei, mas ela não vai adiantar nada, infelizmente, por mais que se busque em leis justas, porque este homem não se sujeita a máxima lei de Deus, que é o amor ao próximo, o de amor a si mesmo, ele não vai alcançar as leis humanas e não vai respeitá-las. O que é lamentável. (Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, p. 30).

Bruno (1995) evidencia que um dos parlamentares chega a afirmar que as mulheres, inclusive, têm responsabilidade moral de evitar o estupro: “estudando medicina, legal, um professor nos declarou que a mulher tem possibilidades, eu declarei isso e vou até onde for possível com esse pensamento, que a mulher tem condições suficientes para evitar o estupro... Ela pode até perder a vida, mas tem condição de evitar (Sotero Cunha, ANC, SFMI (18), 99, p. 311)” (p. 121). Esta afirmação, segundo a autora, ocorre no momento em que é discutida a descriminalização do aborto em gestação resultante do estupro. “É explícita a idéia da mulher dever ser responsável pela manutenção da moral, inclusive pressupondo-se ter ela o poder de evitar ser violentada sexualmente. Um congressista afirma acontecerem os estupros, ‘na sua totalidade’ pela ‘facilidade das pessoas’” (BRUNO, 1995, p. 121).

Embora seja “moralmente superior” ao homem, a mulher não tem direito ao controle do próprio corpo quando se trata do aborto. Este direito é negado ao mesmo tempo em que é atribuído à mulher o “instinto maternal”. Neste caso, a prioridade é da gestação. O aborto em decorrência do estupro só foi permitido devido à manutenção da “honra” da mulher. Conforme a afirmação de um dos parlamentares, citada por Bruno (1995), o estupro

atinge a mulher naquilo que ela tem de mais sagrado, sua honra. Não se trata apenas de um problema da mulher casada. Temos casos de menores estupradas, de solteiras, que engravidam. Mesmo em relação à desquitada, à divorciada, à viúva, a partir do momento em que ela não deseja praticar o ato sexual e que é estuprada, engravidando, sabemos que este filho não é desejado (Nyder Barbosa, ANC, SDGI(22), 82, p.54) (p. 132).

Em razão dos diversos debates a respeito da descriminalização do aborto, a sua definição foi remetida à legislação ordinária, rejeitando, inclusive, as reivindicações dos movimentos de mulheres expostas na “Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes”.

Esta compreensão dos parlamentares a respeito da “superioridade moral” das mulheres é contraditória, pois não lhes concede o poder de decidir a respeito do próprio corpo e sexualidade. Isso está implícito nas afirmações que culpabilizam as mulheres pelo divórcio, pela união estável, pela monoparentalidade, pela violência sexual sofrida e pela dificuldade de competir pelo desejo sexual dos homens com os homens homossexuais.

A significativa participação de parlamentares declaradamente religiosos influenciou na compreensão da “naturalização” da hierarquia nas relações familiares¹⁶⁴. Em diversas afirmações, os parlamentares se utilizam da interpretação dada por eles à Bíblia para justificar a elaboração das normas constitucionais e evidenciam a presença de “irmãos evangélicos”, “pastores” com “conhecimentos cristãos” no processo constituinte, em virtude do auxílio que eles podem dar a elaboração de normas que, pela própria Constituição, deveriam ser laicas.

Temos a presença, também, de quatro irmãos evangélicos. Pastores, inclusive, que vêm trazer também a sensibilidade dos seus conhecimentos cristãos e ajudar muito. Trarão para cá, naturalmente os seus conceitos de família, principalmente da família monogâmica, que encontramos nas Escrituras Sagradas, e que representam, segundo o nosso conhecimento, o nosso aprendizado no Livro Santo, a mais antiga instituição da Humanidade, a família, instituição divina, segundo as Escrituras Sagradas. Devemos zelar por ela e temos oportunidade de trabalhar neste objetivo. (Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, p. 2).

A complementaridade dos sexos é percebida pelos parlamentares como “fato natural” da estruturação familiar, evidenciando diferenças entre o homem e a mulher, inclusive, quanto a questões de cidadania. De acordo com Bruno (1995),

No tocante à chefia da família, alguns parlamentares fazem questão de destacar a submissão da mulher ao marido como inquestionável e, assim, não precisar constar na lei e nem dever ser obtida pela violência, mas devendo dar-se para atender a vontade divina. Tal defesa advém da idéia de Deus ter instituído a submissão feminina como natural, bem como ter determinado ao homem para não exercer o domínio de forma violenta, mas através da amizade, do companheirismo, e do amor, valorizando características consideradas prioritariamente femininas, como o bom-senso (p. 103).

A “vontade divina” determinou, portanto, a hierarquização das relações entre marido e esposa, de acordo com a compreensão destes legisladores, e por esta razão seria desnecessário legislar, segundo eles, sobre a hierarquização, o que repercutiu na extinção da figura jurídica do “cabeça-do-casal”, do “chefe da família”. Destaca-se que nesta época, o Código de Direito Canônico de 1983 determinava a igualdade entre o homem e a mulher na relação conjugal.

A prescindibilidade de constar na lei esta “vontade divina” repercute na contraditoriedade afirmada anteriormente. Qual é a razão, portanto, da necessidade de estruturar a família e de definir funções para homem, mulher e criança, se ela – a família – já conhecida por todos, é um “fato natural”? Qual é a diferença entre este “fato natural” e o da “vontade divina” que prescreve a submissão da mulher? Por que este “fato natural” não precisa constar e o primeiro sim?

¹⁶⁴ Bonfim (1991), ao analisar a participação dos evangélicos no processo constituinte de 1987/1988, observou a existência de uma “nova tendência” entre os evangélicos no Brasil, qual seja, a de participar e de se engajar de forma mais ativa nas questões políticas e sociais.

Os parlamentares se utilizam da condição sócio-econômica para diferenciar as famílias. O nível econômico e educacional é pré-requisito para as relações familiares satisfatórias, além da própria “‘bondade’ masculina com a felicidade feminina” (BRUNO, 1995, p. 118). A violência doméstica, especialmente contra as mulheres, estaria localizada nas “famílias faveladas”, e não nas famílias em geral, pois aquelas teriam “‘chefes’ menos preparados” (p. 118).

A procriação perpassa, segundo Bruno (1995), em quase a totalidade das discussões sobre a família e revela a preocupação dos parlamentares em proteger a maternidade e a infância, definidas por eles como uma “função de reprodução biológica”. Nesse sentido, Pinheiro (2004), ao estudar a fala dos parlamentares e dos não parlamentares¹⁶⁵ na ANC¹⁶⁶, observou que há “recorrentes referências à questão da criança e do adolescente como de caráter suprapartidário, acima de credos religiosos e de posicionamentos ideológicos, apontando para sua dimensão de preocupação social nacional” (p. 348), o que repercutiu na “absoluta prioridade” do texto constitucional.

A autora identifica na história social brasileira quatro representações sociais sobre a criança e o adolescente: “objeto de proteção social”; “objeto de controle e disciplinamento”; “objeto de repressão social”; e “sujeitos de direitos”¹⁶⁷. A partir desta caracterização, Pinheiro (2004) constata a recorrência do ponto de vista da “proteção social” nas representações das crianças e dos adolescentes. De acordo com a autora, “no Plenário e na Subcomissão, a proteção circulou com veemência, através de: apresentação de propostas para o texto constitucional, por vezes fundadas em posicionamentos religiosos e humanitários; críticas ou sugestões concernentes à assistência; e levantamentos de realidade, apontando precárias condições de vida de crianças e adolescentes” (PINHEIRO, 2004, p. 349). A necessidade da “proteção social”, aliada com a representação social sobre a criança e o adolescente como controle e disciplinamento, sintetizava as idéias e as propostas mais comuns: “proteger a criança e o adolescente para, no futuro, contribuírem na construção da Nação; e para evitar que, futuramente, incorram na delinquência” (PINHEIRO, 2004, p. 349).

¹⁶⁵ Conforme Pinheiro (2004), “a participação de não parlamentares se deu, especificamente, no âmbito das subcomissões e comissões. Tais sujeitos eram denominados de convidados, expressando a dimensão democrática do processo constituinte que buscava trazer olhares e falas da sociedade civil” (p. 346 e 347).

¹⁶⁶ Os discursos, na ANC, foram tratados por Pinheiro (2004) através de três caminhos: “pronunciamentos proferidos no Plenário; pronunciamentos e discussões havidas em reuniões da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, da Comissão de Sistematização; e o processo de votação do texto constitucional; e de manifestações da participação popular, particularmente as EPs [emendas populares] e a presença em reuniões da Subcomissão e da Comissão de Sistematização” (p. 348).

¹⁶⁷ Segundo Pinheiro (2004), essas representações emergem, respectivamente, no Brasil-Colônia; início do Brasil-República; meados do século XX; e décadas de 70 e 80 do mesmo século. “À medida que vão emergindo e se consolidando, verifica-se a coexistência de duas ou mais delas, marcada pelo embate simbólico” (PINHEIRO, 2004, p. 345). A configuração de cada representação, segundo a autora, “foi feita a partir dos seguintes elementos constitutivos: contexto sócio-histórico de emergência; núcleo central; valores, políticas, instituições e práticas sociais; e encarnações históricas e suas atualizações” (PINHEIRO, 2004, p. 345).

Dentre as emendas populares (EPs), que era o instrumento de que dispunham os grupos e os movimentos sociais para manifestarem formalmente suas considerações, foi predominante a representação social da criança e do adolescente como “sujeitos de direito”. Como o Anteprojeto de Constituição elaborado pela Comissão de Sistematização recebeu diversas críticas pelo Plenário, afirma Pinheiro (2004), as duas EPs – “Direitos da Criança e do Adolescente” e “Criança, Prioridade Nacional” – foram debatidas e subsidiaram o texto constitucional. De acordo com a autora, “por orientação do relator da ANC, um encontro entre constituintes comprometidos com a questão e representantes de entidades, para formalizar uma emenda consensual, propiciou oportunidade para que se gestasse o texto final da CF 88, referente à criança e ao adolescente, aprovado sem destaques na Comissão de Sistematização e no Plenário” (PINHEIRO, 2004, p. 351). Por essa razão, o texto constitucional evidencia a criança e o adolescente como “sujeitos de direitos”, embora a compreensão dos parlamentares relacione estes sujeitos como “objetos de proteção social”. Esta contestação, aduz Pinheiro (2004), revela “o distanciamento, no plano do discurso, entre as produções da ANC e o texto constitucional” (p. 352).

Em suma, a concepção majoritária dos parlamentares que elaboraram as normas constitucionais que tratam a respeito do direito de família relacionava, portanto, a família ao casamento monogâmico e heterossexual, e às suas “derivações”, quais sejam, a união estável e a monoparentalidade. O casamento era entendido como hierarquicamente superior em relação à “sociedade de fato”. Este modelo de família, intimamente relacionado às determinações religiosas defendidas por eles, era um “fato natural” e “base da sociedade”. Embora alguns parlamentares entendessem que existe diferença “natural” e “hierárquica” entre o homem e a mulher (“complementaridade dos sexos”), no texto constitucional constou a sua igualdade jurídica, inclusive, na relação conjugal. A “defesa” da mulher, a qual tem “superioridade moral” frente aos homens, foi utilizada como justificativa para aceitar o divórcio, a monoparentalidade e a “sociedade de fato”, para permitir o aborto em caso de estupro e para proibir a união estável constituída por homossexuais (em razão da “competição desleal” com homens homossexuais). Em relação às crianças e adolescentes, eles passam a ser tratadas, no texto constitucional, como “sujeitos de direito”, mesmo que a maioria dos parlamentares os compreenda como “objetos de proteção social”.

4.3 PREVISÃO CONSTITUCIONAL SOBRE A FAMÍLIA E INTERPRETAÇÃO DOS JURISTAS

A previsão a respeito da família é apresentada na CF/88 no Capítulo VII, denominado “Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso”, determinando expressamente o seguinte:

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

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

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

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Na Constituição, definiu-se a família como a “base da sociedade” e se instituiu o dever do Estado em prover a sua “proteção especial” (art. 226). Esta determinação constitucional mostra o significativo valor que é concedido à instituição familiar na medida em que ela constitui a “base da sociedade” (e não o indivíduo), e que é necessário garantir a “proteção especial”. Em outros termos, existe um investimento, instituído por lei, no sentido de assegurar a centralidade da família na sociedade.

A partir desta previsão, os juristas compreenderam a família de forma diferenciada. Para alguns, como Pereira (1989), ela é um “fato natural”, que “nasceu do impulso biológico, que originariamente uniu o homem à mulher” (p. 22). Segundo a jurista, “a preocupação do Estado em dar à família proteção se justifica perfeitamente e se compreende na medida em que for possível se conceber a família como efetivamente a concebeu Sá Pereira, em feliz definição, como ‘elemento celular e orgânico da sociedade’” (PEREIRA, 1989, p. 27).

Esta concepção que “naturaliza” as relações familiares começou a ser contemporaneamente questionada. Dentre os juristas que a questionam, citam-se Albuquerque Filho (2001), Dias (2005), Fachin (2001), Fachin (2003), Fiterman (2002), Lôbo (2005), Oliveira e Hironaka (2003), Pereira (1999, 2003, 2003a), Silva (2004), Silva (2005), Tepedino (1999), Welter (2003). Para estes juristas, é necessário ao Direito, “para entender o que é família”, “buscar ajuda em outros campos do conhecimento” (PEREIRA, 2003a, p. 259). Dessa forma, eles inserem, no campo do Direito, estudos da Antropologia, da Sociologia, da Psicologia, da Psicanálise e, em especial, pesquisas científicas quantitativas (como o PNAD do IBGE), para afirmar a complexidade das relações familiares e para demonstrar a existência de componentes psicossociais e culturais na compreensão das famílias.

Conforme Oliveira e Hironaka (2003), há uma “imortalização” na idéia de família; ou seja, “mudam os costumes, mudam os homens, muda a história”, mas a instituição familiar continua existindo. A persistência desta instituição é também evidenciada por Veronese e Costa (2006), as quais afirmam que “a família é a célula que dá início à formação da sociedade civil e o âmbito fundamental onde se exercita, inicialmente, a sociabilidade humana” (p. 66). Ela é, para as autoras, “formadora da sociedade humana” (VERONESE E COSTA, 2006, p. 66).

A concepção da família como “base formadora da sociedade humana” não implica, para estes juristas, que todas as famílias tenham a mesma estrutura, tal como era definido com o entendimento que trata a família enquanto “fato natural”. De acordo com Dias (2005), “faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares”, pois “o desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que permita nominá-las como família.” (p. 40).

Dessa maneira, a dificuldade em conceituar as famílias em razão da complexidade das relações familiares repercute na busca por um ponto de convergência entre estas relações, que, para estes juristas, é a “afetividade”. Segundo Lôbo (2005),

a afetividade é uma construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. (...) Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estas suas causas originária e final, haverá família. A afetividade é necessariamente presumida nas relações entre pais e filhos, ainda que na realidade da vida seja malferida, porque esse tipo de parentesco jamais se extingue.

Conforme explicam Oliveira e Hironaka (2003), estar em família significa “estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade” (p. 7). Fachin (2001), no mesmo sentido, ao tratar da “família do novo milênio”, afirma que esta “é ninho, pois neste fim de século ela somente tem sentido na medida em que existe para a realização de seus membros; é refúgio caloroso, centro de felicidade, onde o indivíduo se realiza plenamente” (p. 147 e 148).

Albuquerque Filho (2001) ressalta a necessidade de uma “perspectiva pluralista”, “de respeito à dignidade humana”, para compreender as famílias, “com o significado, segundo o nosso entendimento, de unidade integrada pela possibilidade de manifestação de afeto, através da (con)vivência, publicidade e estabilidade” (p. 64). Segundo Welter (2003), a família não se origina, apenas, dos “laços de sangue”, mas é “conectada pelo cordão umbilical da afetividade, na busca da solidariedade, da felicidade, do afeto e na promoção da dignidade humana” (p. 32). Para Dias (2005),

Agora, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais, a idéia de família se afasta da estrutura do casamento. A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários, quais sejam, casamento, sexo e procriação. O movimento das mulheres, a disseminação dos métodos contraceptivos e os resultados da evolução da engenharia genética fizeram com que esse tríplice pressuposto deixasse de servir para balizar o conceito de família. Caiu o mito da virgindade e agora sexo – até pelas mulheres – se pratica fora e antes do casamento. A concepção não mais decorre exclusivamente do contato sexual e o casamento deixou de ser o único reduto da conjugalidade. As relações extramatrimoniais já dispõem de reconhecimento constitucional e não se pode deixar de albergar, no âmbito do direito das famílias, as relações homoafetivas, apesar de posturas discriminatórias e preconceituosas que, por puro conservadorismo, insistem em não lhes emprestar visibilidade (p. 39).

É possível observar, portanto, dois pontos em comum nas concepções destes juristas: a família se constitui como “base universal”, que perdurou durante a história; os seus membros estão unidos pela “afetividade” (Kroth, 2006). Em outros termos, eles relativizam a relação entre família e “fato natural”, defendida por diversos juristas na história legislativa brasileira, que refletia na legitimação de certas relações familiares e na exclusão de outras.

Esta compreensão das famílias enquanto “grupo cultural”, que possui em comum a “afetividade”, é defendida por juristas que questionavam a exclusão legal de algumas famílias. Conforme Groeninga (2004), “é interessante que o afeto fez sua entrada no Direito por meio do que lhe era excluído – as relações de filiação, a adoção abrindo o caminho e as relações, como denomina a Desembargadora Maria Berenice Dias, homoafetivas” (p. 259).

Com base na “afetividade”¹⁶⁸ como um princípio implícito na CF/88¹⁶⁹, objetiva-se a aceitação: da igualdade entre a união estável e o casamento, inclusive para direitos hereditários

¹⁶⁸ Além do princípio da afetividade, os juristas definem outros princípios que devem nortear a interpretação das normas de direito de família sob a ótica constitucional, quais sejam, o princípio da dignidade humana, da igualdade em relação às famílias e da liberdade no plano da escolha das relações familiares. O princípio da dignidade humana é definido por Moraes (2004) como “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre *sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*” (p. 52). Em outros termos, o escopo deste princípio é a inibição à utilização ou à transformação do ser humano em objeto de degradação (STF; Decisão Monocrática; Petição nº 29526; Julgado em 01/08/2003). O princípio da igualdade em relação às famílias e o da liberdade no plano da escolha das relações familiares estão intrinsecamente relacionados e expressam a necessidade de admitir que as escolhas dos indivíduos a respeito de suas relações familiares devam receber tutela jurídica similar. Conforme expressa o Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas o instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente a todos, sendo este o conteúdo político ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral” (TJ-RS; Acórdão nº 70005488812; 7ª Turma; Julgado em 25/06/2003).

¹⁶⁹ Dias (2005) refere que “o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade” (p. 68). Lôbo (2005) identifica que o princípio da afetividade está implícito nos seguintes artigos constitucionais: 227, § 6º, o qual disciplina a igualdade entre os filhos, independentemente da sua origem; 227, §§ 5º e 6º, que coloca a adoção no plano de igualdade de direitos; 226, §§ 3º e 4º, o qual trata da união estável e da monoparentalidade como entidades

(Hironaka, 2004); das relações conjugais simultâneas (Gagliano, 2008; Silva, 2004); da “parentalidade socioafetiva”¹⁷⁰ (Lôbo, 2006; Serejo, 2006, Fachin, 1995, 2000), diferenciando o direito ao “estado de filiação” e o direito à origem genética (Lôbo, 2008); do fim da “culpa” no término das relações conjugais (Coltro, 2006; Fachin, 2003); das relações homoafetivas (Barreto, 2003; Dias, 2001; Silva, 2004), inclusive pelo casamento (Dias, 2005); da parentalidade homossexual, inclusive direito de visitas, guarda, tutela, adoção, alimentos (Dias, 2004; Matos, 2006); das “famílias pluriparentais”¹⁷¹ ou da parentalidade nas famílias reconstituídas (Brauner, 2004; Ferreira e Röhrmann, 2006; Grisard Filho, 2004; Madaleno, 2004); do direito de visitas e de guarda dos avós (Barreto, 1989).

Esses questionamentos e propostas intensificaram-se e se tornaram mais visíveis nos últimos anos, com a formação do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), criado em 1997 durante o “I Congresso Brasileiro de Direito de Família”, realizado em Belo Horizonte. O IBDFAM tem como objetivos

- Promover em caráter interdisciplinar estudos, pesquisas, discussões e campanhas sobre as relações de família e sucessões.
- Disseminar conhecimentos sobre o Direito de Família a todos os seus membros e à sociedade em geral.
- Atuar como força representativa nos cenários nacional e internacional, e como instrumento de intervenção político-científica no intento de promover um Judiciário mais adequado às demandas da contemporaneidade.
- Manter intercâmbio com associações congêneres em níveis nacional e internacional. (Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2008).

A maioria dos juristas que questionam as normas de direito de família integra o IBDFAM e busca a atuação no âmbito “político”, “acadêmico” e “institucional”. Dentre as ações, estão as propostas de mudança legislativas apresentadas no Congresso Nacional, como o projeto de lei nº 2.285/2007, conhecido como “Estatuto das Famílias”. Este projeto de lei integra as reivindicações citadas anteriormente e explica que a “razão fundamental” para esta proposta está no “paradigma familiar inteiramente remodelado” pela CF/88, que se funda nos seguintes “pilares”:

familiares, igualizando ao casamento; e 226, §§ 3º e 6º, que permite a dissolução do casamento e da união estável entre o casal quando a afetividade desaparecer.

¹⁷⁰ Conforme Lôbo (2006), “a paternidade socioafetiva não é espécie acrescida, excepcional ou supletiva da paternidade biológica; é a própria natureza do paradigma atual da paternidade, cujas espécies são a biológica e a não-biológica. Em outros termos, toda a paternidade juridicamente considerada é socioafetiva, pouco importando a sua origem” (p. 808).

¹⁷¹ De acordo com Ferreira e Röhrmann (2006), “as famílias pluriparentais, também conhecidas como famílias mosaicos, famílias *patchwork* (Alemanha), *famílias ensambladas* (Argentina), *step-families* (Estados Unidos), *familles recomposées* (França), representam o mais novo e desafiante modelo familiar já conhecido pelo Direito de Família. As famílias pluriparentais resultam da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não-matrimoniais e pelas desuniões. A estrutura das recomposições familiares vem caracterizada por matrimônios ou uniões sucessivas e a presença de filhos de outras relações” (p. 508).

comunhão de vida consolidada na afetividade e não no poder marital ou paternal; igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges; liberdade de constituição, desenvolvimento e extinção das entidades familiares; igualdade dos filhos de origem biológica ou socioafetiva; garantia de dignidade das pessoas humanas que a integram, inclusive a criança, o adolescente e o idoso (ESTATUTO DAS FAMÍLIAS, 2008, p. 5 e 6).

A principal mudança proposta por estes juristas no projeto de lei apresentado está, portanto, na concepção de família, que passa a integrar componentes psicossociais e culturais, diferentemente do que ocorreu na história legislativa brasileira, em que os juristas definiam a família como um “fato natural”.

Como principal consequência deste debate está o reconhecimento, ou não, das estruturas familiares constitucionalmente previstas. A partir desta previsão constitucional do art. 226, os juristas afirmaram a existência legal de determinadas estruturas familiares. Lôbo (2005) identifica, na literatura jurídica, três diferentes interpretações deste artigo constitucional.

A primeira interpretação, a qual foi defendida pela maioria dos juristas logo após a promulgação da CF/88, afirma a existência de três estruturas admitidas pelo direito brasileiro: casamento, união estável e monoparentalidade. Nesse sentido, o casamento devia ter primazia em relação às demais. Conforme Wald (1990), foi concedida “proteção constitucional às famílias de fato, ou naturais, sem que tal signifique a equiparação entre elas e as famílias legítimas ou constituídas pelo matrimônio. Tanto é assim que o dispositivo constitucional determina que a lei deverá facilitar a conversão das uniões estáveis em casamento” (p. 65).

Segundo Garcia (2003), “o constituinte distingue família de entidade familiar, podendo-se abstrair daí que por família entende-se a célula maior da sociedade; e por entidade familiar, a reunião de pessoas não casadas, em situação de estabilidade; e reunião de um genitor com seus filhos, em relação estranha ao casamento” (p. 95). Cabe referir que alguns juristas que defendem esta interpretação, inclusive, “lamentaram” que a união estável estivesse constitucionalmente prevista no rol de “entidades familiares”. Para Pereira (1989), “com a redação dada pelo legislador constituinte ao parágrafo 3º do artigo 226, da Carta Magna, a família legítima resultou, afinal, enfraquecida, e o concubinato [união estável], engrandecido, o que é de se lamentar”.

De acordo com Lôbo (2005), a primeira interpretação é inconsistente em relação à subordinação da união estável ao casamento na medida em que o §3º do artigo 226 da CF/88 não impõe qualquer requisito que demonstre a diferenciação quanto à validade ou à eficácia da união estável e do casamento. Quando da escrita do artigo, segundo o jurista, os constituintes referiram que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, o que não significa obrigar tal conversão e, tampouco, ensejar uma leitura baseada na hierarquização. Ademais, o atendimento à

união estável deve ser completo, não podendo o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser concebida a união estável, “pois facilitar [uma] não significa dificultar outra” (LÔBO, 2005).

Para a segunda interpretação, devem ser concedidos direitos iguais ao casamento, à união estável e à monoparentalidade, limitando-se as famílias a estas estruturas. De acordo com Orlando Gomes (1994), a família é constituída por um “grupo fechado de pessoas”, composto dos genitores e filhos. Explica o jurista que

O interesse do Estado em que se legalizem as uniões sexuais se desenvolve juridicamente no sentido da certeza que oferecem quanto às relações que originam. Importa-lhe que estejam bem definidos os estados de família, quer o de cônjuge, quer o de filho. Esse é o escopo do direito matrimonial, que determina funções e finalidades nas relações entre cônjuges e seus descendentes, todos co-interessados na satisfação dos interesses familiares e sobretudo do interesse supremo da geração (ORLANDO GOMES, 1994, p. 41).

A diferença entre as duas interpretações está, portanto, na concessão de direitos às famílias e na priorização do casamento em relação à união estável e à monoparentalidade. Ambas as interpretações limitam às famílias a estas três estruturas e relacionam as características da família às do casamento. Em outros termos, consideravam “família” as relações de conjugalidade que expressavam as características do casamento (monogamia e heterossexualidade) e as de filiação, cujo vínculo era biológico ou constituído pela adoção. Estas interpretações, em geral, são desenvolvidas pelos juristas que “naturalizam” as relações familiares.

A terceira interpretação parte da compreensão dos componentes psicológicos, sociais e culturais envolvidos no conceito de família e de estrutura familiar. Considera-se que o art. 226 apresenta um rol enumerativo de estruturas familiares, sendo permitida a inclusão de outros arranjos quando da leitura da CF/88, o que seria feito por meio do critério de “interpretação constitucional” (Kroth, Silva e Rabuske, 2007; Lôbo, 2005). Conforme afirma Lôbo (2005), “a exclusão [das outras estruturas familiares] não está na Constituição, mas na interpretação”.

O art. 226 trata ainda da conjugalidade, da filiação e da coibição da violência intrafamiliar. Assim, observa-se a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na “sociedade conjugal”¹⁷² (art. 226, § 5º); a possibilidade de dissolução do casamento civil pela separação

¹⁷² Nader (2002), ao estudar alguns aspectos relevantes do direito constitucional de família, observou que, mesmo após a previsão constitucional da igualdade jurídica entre homem e mulher na relação conjugal, permaneceu a divergência entre os juristas a respeito da permanência ou da revogação do artigo 233 do CC/16. Este artigo confere a chefia da sociedade conjugal ao marido; função esta que ele desenvolve com colaboração da mulher. A jurista afirma que esta dificuldade evidencia que, apesar da mudança, a “mentalidade” das pessoas continua aceitando “conceitos ultrapassados”.

judicial e pelo divórcio (art. 226, § 6º); a livre decisão do planejamento familiar¹⁷³ pelo casal, fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável¹⁷⁴ (art. 226, § 7º); a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, a fim de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações intrafamiliares (art. 226, § 8º).

No Capítulo VII, os demais artigos estabelecem os deveres da família e do Estado com relação à gestante, às crianças, aos adolescentes, aos portadores de deficiência e aos idosos. A CF/88 destaca os direitos da criança e do adolescente. Em seu art. 227, § 4º, encontra-se a referência à previsão legal para “punição severa por abuso, violência e exploração sexual” contra crianças e adolescentes; o § 6º determinou que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Em outros termos, as designações que diferenciavam os filhos entre legítimos, ilegítimos, adulterinos, incestuosos, foram proibidas no direito brasileiro (Saraiva, 2003; Veronese, 1999).

A reciprocidade de cuidado entre pais e filhos é prevista no art. 229, observando-se o dever dos pais de “assistir, criar e educar os filhos menores” e o dos “filhos maiores” em “ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Para além do Capítulo VII que aborda centralmente a família, o texto constitucional prevê direitos e impõe obrigações para a família e seus membros em outros artigos, conforme é apresentado no Quadro 12.

Quadro 12. Caracterização dos direitos e deveres da família e de seus membros conforme previsão na Constituição Federal de 1988.

DIREITOS E DEVERES	PREVISÃO CONSTITUCIONAL
Resguardar direitos durante a acusação e o processo penal	Art. 5º, LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.
	Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

¹⁷³ Conforme o Ministério da Saúde (2005), “planejamento familiar é o direito que toda pessoa tem à informação, à assistência especializada e ao acesso aos recursos que permitam optar livre e conscientemente por ter ou não ter filhos. O número, o espaçamento entre eles e a escolha do método anticoncepcional mais adequado são opções que toda mulher deve ter o direito de escolher de forma livre e por meio da informação, sem discriminação, coerção ou violência.” Tal planejamento, como bem define o conceito, leva em conta o livre poder de decidir, o que se diferencia, estruturalmente, de “controle de natalidade”. A título de ilustração, há, na literatura científica, algumas discussões acerca da implementação dos programas de planejamento familiar oferecidos pelo Ministério da Saúde (Moura e Silva, 2004), da participação feminina e masculina no planejamento familiar (Duarte, 1998; Moreira e Araújo, 2004), dos direitos reprodutivos (Berquó e Cavenaqui, 2003; Osis *et al.*, 2004).

¹⁷⁴ Acredita-se que tal princípio deveria ser grifado como *princípio da parentalidade responsável*, tendo em vista que paternidade refere-se somente ao pai, sendo definido como “qualidade ou condição de pai”. Já parentalidade refere-se tanto ao pai quanto à mãe, fato esse que confluiria com a igualdade entre os homens e as mulheres e com as suas obrigações idênticas para com a sociedade conjugal e a criação do(s) filho(s), conforme previsto no artigo 226, § 5º da CF/88. Cabe salientar que tal princípio está permeado por concepções sociais e culturais de paternidade, maternidade, filiação. Diferentes são os estudos sobre tais concepções ligadas a “parentalidade responsável”, tais como as repercussões da paternidade ocorrida no período da adolescência para a trajetória biográfica de rapazes de camadas populares (Cabral, 2003).

Instituir direitos trabalhistas	Art. 7º, IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.
	Art. 7º, XII - salário-família para os seus dependentes.
Assegurar direito à moradia	Art. 5º, XXVI - A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.
	Art. 153, § 4º O imposto previsto no inciso VI terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas e não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel.
	Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.
	Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.
Assegurar direito à assistência social	Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice.
	Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.
Assegurar direito à educação	Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
Instituir direito à adequada comunicação social	Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 3º Compete à lei federal: (...) II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.
	Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: (...) IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Os direitos concedidos e as obrigações impostas às famílias se referem a direitos penais e processuais penais, trabalhistas, à moradia, à assistência social, à educação, à adequada comunicação social. Na CF/88 é tratado, assim, de forma bastante ampla os direitos e deveres concedidos às famílias e aos seus membros.

Além disso, a Constituição tratou das relações familiares no Capítulo IV do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), que é destinado aos direitos políticos. No artigo 14, § 7º, foram estabelecidos critérios de inelegibilidade baseados nas relações familiares. Dessa forma,

foi definido que são inelegíveis “o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição”. Em âmbito de direito eleitoral, portanto, o conceito de família foi alargado em relação ao do disposto para o direito de família, já que as relações familiares, para fins de inelegibilidade, atingem até os parentes de segundo grau.

4.4 CONCEITOS DE FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A legislação infraconstitucional, após promulgação da CF/88, passou a ser interpretada a partir de sua conformidade com as normas constitucionais. De acordo com Donadel (2003) e Lôbo (1999), a necessidade de interpretar esta legislação em relação à Constituição repercutiu no denominado fenômeno de “constitucionalização” do direito¹⁷⁵, que, em outros termos, indica que a validade das regras infraconstitucionais depende de sua relação com a Constituição.

Entre o período de 1988 e 2002, a “família” esteve significativamente presente na legislação infraconstitucional. O desenvolvimento de políticas sociais, por exemplo, utilizou a família como foco de atuação (Serapioni, 2005) como no “Programa da Saúde da Família” (Marques e Mendes, 2003; Ribeiro, 2004; Viana e Dal Poz, 2005) e no “antigo” “bolsa-escola” (Carvalho e Almeida, 2003; Valente, 2003). Com relação à legislação infraconstitucional, a referência a família em leis, decretos e regulamentos foi sintetizada no Quadro 13, observando-se a concessão de direitos a família e a definição de estrutura familiar a ser utilizada.

Quadro 13. Caracterização da legislação infraconstitucional que concede direitos á família e define diferentes estruturas familiares, no período de 1988 até 2002.

LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL	DIREITOS CONCEDIDOS	ESTRUTURA FAMILIAR
Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990 (Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família de 1990) ¹⁷⁶ .	A impenhorabilidade ¹⁷⁷ atinge o único bem imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, em que constituem sua moradia permanente ¹⁷⁸ (art. 5º).	Na exposição de motivos desta lei, o Ministro distingue família de entidade familiar, sendo que a primeira é formada pelo casamento, enquanto esta se refere a

¹⁷⁵ Segundo Donadel (2003), este fenômeno decorre da “imprescindível interpretação sistemática do direito a ser realizada por todo o intérprete comprometido em hierarquizar as normas, princípios e valores que compõem uma ordem axiológica dentro do sistema” (p. 19). Para a autora, o jurista deve buscar as “direções hermenêuticas fundamentais” nas determinações contidas na CF/88.

Lôbo (1999) explica que este fenômeno difere da “publicização” do direito. A “constitucionalização” constitui o “processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos Tribunais, da legislação infraconstitucional” (p. 100); enquanto a “publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do século XX”. (p. 100).

¹⁷⁶ Derivou da Medida Provisória nº 143, de 8 de março de 1990.

		<p>“nova figura constitucional, isto é, da entidade familiar, independentemente de casamento”.</p> <p>Essa divisão está expressamente prevista no art. 1º da Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família.</p>
Decreto nº 2.038, de 15 de outubro de 1996; Decreto nº 2.081, de 26 de novembro de 1996; Decreto nº 2.318, de 05 de setembro de 1997; Decreto nº 2.255, de 16 de junho de 1997; Decreto nº 2.421, de 16 de dezembro de 1997; Decreto de 04 de outubro de 2000 ¹⁷⁹ .	Indenização à família de pessoa desaparecida ou morta em razão da participação, ou acusação de participação em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979.	A indenização foi concedida às esposas, maridos, filhas, filhos, pais, mães, e irmãos das pessoas desaparecidas ou mortas em razão da participação ou acusação de participação em atividades políticas.
Medida Provisória nº 1.718, de 6 de outubro de 1998 (acresceu parágrafo ao art. 4º da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997) ¹⁸⁰ .	Autorização a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano para a finalidade de transplantes ou terapêutica <i>post mortem</i> .	Essa medida autorizou ao pai, à mãe, ao filho ou ao cônjuge, na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, a impedir a doação e esta decisão deveria ser obrigatoriamente respeitada pelas equipes de transplante e remoção (art. 1º).
Medida Provisória nº 2.083-30, de 27 de dezembro de 2000.		<p>Permitiu a retirada dependesse da “autorização de qualquer um de seus parentes maiores, na linha reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, ou do cônjuge, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte” (art. 1º que modifica o art. 4º da referida lei).</p> <p>Propiciou aos pais ou responsáveis legais decidirem sobre a realização do transplante no caso de o suposto receptor ser juridicamente incapaz ou estar em condições de saúde que impeçam ou comprometam a manifestação válida da sua vontade (art. 1º que modificou o art. 10, § 1º desta lei).</p>

¹⁷⁷ De acordo com o Ministro de Estado da Justiça Saulo Ramos, responsável pela exposição de motivos da medida provisória publicada no Diário do Congresso Nacional, no dia 14 de março de 1990, na página 285, a finalidade da lei é impedir que eventuais insucessos financeiros possam acarretar na venda de todos os bens de uma família, inclusive o bem imóvel onde reside.

¹⁷⁸ Em caso de haver mais de um bem, a impenhorabilidade recai sobre o de menor valor (art. 5º, § único).

¹⁷⁹ Foram editados outros decretos com este objetivo.

¹⁸⁰ O Poder Executivo reeditou 29 vezes o conteúdo dessa medida provisória, apenas com números diferentes (9 vezes a Medida Provisória nº 1.718, de 6 de outubro de 1998; 6 vezes a Medida Provisória nº 1.896-10, de 29 de junho de 1999; 14 vezes a Medida Provisória nº 1.959-16, de 09 de dezembro de 1999).

Lei nº 10.211, de 23 de março, de 2001.		Definiu que a retirada depende de autorização do cônjuge ou de parente, maior de idade, desde que obedecida a linha sucessória. A linha de parentesco é limitada, da mesma forma que nos decretos, no segundo grau, com linha sucessória reta ou colateral (art. 4º ¹⁸¹). Quanto ao consentimento para o transplante, com a Lei nº 10.211, foi permitido que apenas um dos pais já pudesse autorizar (art. 10, § 1º).
Lei 9.533, de 10 de dezembro de 1997.	Autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.	Para os efeitos desta Lei, considerava-se “família a unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e mantendo sua economia pela contribuição de seus membros” (art. 5º, § 1º).
Medida provisória nº 2.140, de 13 de fevereiro de 2001 ¹⁸² .	Criou o Programa Nacional de Renda Mínima à educação, intitulado de “Bolsa Escola”, que apoiou programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, desde que preenchessem alguns requisitos estabelecidos pela lei. A renda familiar, de acordo com esta lei, era auferida através da média dos rendimentos brutos auferidos pela totalidade dos membros da família (art. 2º, II) e o pagamento era realizado diretamente à família beneficiária e em valor mensal por criança, até o limite máximo de três crianças por família ¹⁸³ .	Para efeitos dessa medida, considerava-se família: “a unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e mantendo sua economia pela contribuição de seus membros”.
Lei 8.213, de 24 de julho de 1991 ¹⁸⁴ .	Dispôs sobre o Regime Geral de Previdência Social. Dentre os benefícios criados, estão o salário-família e o salário maternidade (art. 18). O salário-família é devido na proporção do número de filhos ou equiparado até 14 anos, ou inválido de qualquer idade. O salário-	Para efeitos desta lei, equipararam-se aos filhos “o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação” (art. 16, § 2º); e considerou-se como “companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser

¹⁸¹ O § único do art. 4º* foi vetado pelo Presidente da República na Mensagem nº 252, de 23 de março de 2001 e, posteriormente, confirmado pelo Congresso Nacional. De acordo com a mensagem, esse dispositivo contrariava o interesse público, já que “a inserção deste parágrafo induz o entendimento que, uma vez o potencial doador tenha registrado em vida a vontade de doação de órgãos, esta manifestação em si só seria suficiente como autorização para a retirada dos órgãos. Isto além de contrariar o disposto no *caput* do art. 4º - a autorização familiar, contraria a prática da totalidade das equipes transplantadoras do País, que sempre consultam os familiares (mesmo na existência de documento com manifestação positiva de vontade do potencial doador) e somente retiram os órgãos se estes, formalmente, autorizarem a doação.” Em outros termos, a autorização da família é imprescindível para decidir a respeito do transplante de órgãos.

* A redação original do § único do art. 4º era a seguinte: “A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas poderá ser realizada a partir de registro feito em vida, pelo *de cuius*, nos termos do regulamento.”

¹⁸² Esta medida foi reeditada uma vez, em 14 de março de 2001, e, posteriormente, foi publicada a Lei nº 10.219, de 11 de abril de 2001.

¹⁸³ Conforme o art. 4º, § 2º “O pagamento de que trata o *caput* deste artigo será feito à mãe das crianças que servirem de base para o cálculo do benefício, ou, na sua ausência ou impedimento, ao respectivo responsável legal”.

¹⁸⁴ Alteram, em outras disposições, e regulamentam o Regime Geral de Previdência Social: Decreto nº 611, de 21 de Julho de 1992; Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995; Emenda Constitucional nº 20, de 1998; Medida Provisória nº 1.729, de 02 de Dezembro de 1998; Decreto nº 4.032, de 26 de Novembro de 2001; entre outras legislações.

	maternidade, por sua vez, é devido durante 28 (vinte e oito) dias antes e 92 (noventa e dois) dias depois do parto.	casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal” (art. 16, § 3º).
Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997.		Para efeitos desta lei, equipararam-se aos filhos o enteado e o menor tutelado “mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento” (art. 16, § 2º).
Decreto nº 3.048, de 06 de Maio de 1999.		Para efeitos deste decreto, considerou-se “companheira ou companheiro a pessoa que mantenha união estável com o segurado ou segurada” (§ 5º); e união estável como “aquela verificada entre o homem e a mulher como entidade familiar, quando forem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, ou tenham prole em comum, enquanto não se separarem” (§ 6º).
Lei nº 8.742, de 07 de Dezembro de 1993.	Dispôs sobre a organização da Assistência Social. Esta lei garantiu o benefício de prestação continuada à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.	Para efeitos deste benefício, entendeu família “unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes” (art. 20, § 1º).

Na legislação infraconstitucional, portanto, a família esteve presente na definição da impenhorabilidade do bem de família, na indenização à família de pessoa desaparecida ou morta em razão da participação ou acusação de participação em atividades políticas durante o período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, na autorização de doação de órgãos, bem como nas leis que estabeleceram o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e a Lei de Organização da Assistência Social (LOAS). Observa-se que à família é atribuído o direito de tomar decisões sobre saúde e morte (permitir doação de órgãos e transplante), de reparação financeira por perda (receber indenização por morte na ditadura militar), de construir e manter patrimônio (proteção ao bem de família), de ter garantia de renda familiar mínima, de benefícios previdenciários (como forma de proteger a criança) e de assistência social (como forma de proteger a pessoa portadora de deficiência e os idosos). Dessa forma, a sua utilização foi bastante ampla na legislação infraconstitucional, envolvendo diversos ramos do direito.

Dentre os aspectos atinentes ao conceito de família, constata-se, na legislação infraconstitucional, a equiparação entre casamento e união estável e o estabelecimento da hierarquia dos diferentes graus de parentesco para definir prioridade de direitos. É interessante destacar que a concepção de estrutura familiar como “grupo doméstico” é utilizada apenas na situação de avaliação da renda familiar para as ações de garantia de renda mínima e de assistência

social. Identifica-se, além disso, a equiparação entre enteados, tutelados e filhos para fins previdenciários, o que não repercute no âmbito do direito de família.

Dois temas relevantes para a compreensão do conceito de família na legislação brasileira foram objeto de leis específicas no período de 1988 a 2002: a união estável e os direitos da criança e do adolescente. Com relação à união estável, as legislações datam de 1994 e 1996. A Lei 8.971 de 29 de dezembro de 1994 “regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão”. Dessa maneira, esta lei concedeu aos companheiros o direito a alimentos (art. 1º) e à sucessão (art. 2º), desde que o homem e a mulher fossem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, convivessem há mais de 5 (cinco) anos ou que da relação resultassem filhos. A pessoa casada, de acordo com esta lei, não podia constituir união estável. As regras para a sucessão eram diferentes dos casados, cujas normas sucessórias estavam presentes no CC/16. Para os companheiros, a lei estabeleceu outras condições:

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

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

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

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

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

Em 1996, foi promulgada a Lei nº 9.278, de 10 de maio (Lei nº 9.278/96), cujo objetivo era regular o § 3º do art. 226 da CF/88 que trata sobre a união estável. Conforme o art. 1º desta lei, “é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Portanto, esta lei não estabelece prazo mínimo de convivência para se determinar a união estável.

A lei estabelece direitos e deveres iguais aos conviventes, quais sejam “respeito e consideração mútuos”; “assistência moral e material recíproca”; “guarda, sustento e educação dos filhos comuns” (art. 2º). Além disso, estatui o direito à meação aos bens móveis e imóveis adquiridos na constância da união estável e a título oneroso, pois considera “fruto do trabalho e da colaboração comum” (art. 5º); e concede pensão alimentícia, quando dissolvida a união estável (art. 7º), e direito real à habitação ao companheiro sobrevivente, “enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família” (art. 7º, parágrafo único).

O projeto de lei, que foi parcialmente vetado pelo Presidente da República (art. 3º, 4º e 6º), possibilitava a “união estável contratual”, realizada no Cartório do Registro Civil pelos

companheiros. Conforme os artigos vetados, os conviventes poderiam regular os direitos e deveres de sua relação conjugal, bem como por termo a união estável, por meio de um contrato registrado em Cartório, desde que observassem “as normas de ordem pública atinentes ao casamento, os bons costumes e os princípios gerais de direito”.

De acordo com a mensagem do veto presidencial nº 420, de 10 de maio de 1996, o texto que regulava a matéria sobre a “união estável contratual” era “vago em vários dos seus artigos” e não corrigia “as eventuais falhas da Lei nº 8.971”. Além disso,

a amplitude que se dá ao contrato de criação da união estável importa em admitir um verdadeiro casamento de segundo grau, quando não era esta a intenção do legislador, que pretendia garantir determinados efeitos a posteriori a determinadas situações nas quais tinha havido formação de uma entidade familiar. Acresce que o regime contratual e as presunções constantes no projeto não mantiveram algumas das condicionantes que constavam no projeto inicial.

A Lei nº 9.278/96 determinou, também, que “toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça” (art. 9º), bem como garantiu que a união estável poderia ser convertida em casamento (art. 8º), seguindo a determinação constitucional presente no § 3º do art. 226. Constata-se, nesta lei, o esforço em estabelecer objetivamente os parâmetros para definir a união estável, embora com conceitos amplos como “convivência duradoura, pública e contínua” e “objetivo de constituir família”, e o avanço na definição dos direitos às pessoas em união estável, como direito à meação, direito real à habitação ao companheiro sobrevivente.

Em 1990, foi promulgada a Lei 8.069, de 13 de julho¹⁸⁵ (Estatuto da Criança e do Adolescente), que regulou os direitos e deveres das crianças e dos adolescentes. Esta lei dispôs sobre a proteção integral desses sujeitos de direito e considerou como criança a pessoa até doze anos incompletos e como adolescente, entre doze e dezoito anos (art. 2º). Com o Estatuto da Criança e do Adolescente, foram conferidos “todos os direitos fundamentais à pessoa humana” às crianças e aos adolescentes, “a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade” (art. 3º), o que se deve a “condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento” (art. 6º). Conforme é estabelecido nesta lei, “art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”.

¹⁸⁵ Considerando que o presente trabalho tem como foco a família, não será possível aprofundar a reflexão a respeito dos direitos da criança e do adolescente. A respeito da interpretação jurídica desta lei, são esclarecedoras as obras de Cury, Amaral e Silva e Mendez (2000) e de Veronese (1999).

No Estatuto da Criança e do Adolescente foi determinado que estes sujeitos de direito têm “absoluta prioridade”, sendo “dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público” assegurar “a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” (art. 4º). De acordo com esta lei, a garantia de prioridade compreende: “primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias”; “precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública”; “preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas”; “destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude” (art. 4º, § único).

A fim de assegurar tais direitos e a absoluta prioridade da criança e do adolescente, foi a eles assegurado o direito de “ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta” (art. 19). Em outros termos, na concepção deste Estatuto, o cuidado com estas pessoas que estão em desenvolvimento está centrado na família, a qual teria melhores condições de criá-los e educá-los.

A família, para esta lei, foi definida de duas formas, quais sejam, a “família natural” e a “família substituta”. A primeira é entendida como “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes” (art. 25); enquanto a “família substituta” “substitui” a “família natural”, ao receber a “guarda, tutela ou adoção” da criança ou do adolescente (art. 28).

Para colocar um destes sujeitos de direito em “família substituta”, o Estatuto determina a necessidade de “ouvir” a criança ou o adolescente e de “considerar” a sua “opinião” (art. 28, § 1º). Na colocação, deve-se levar em conta “o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida” (art. 28, § 2º), bem como o “ambiente familiar adequado” oferecido pela “família substituta” (art. 29).

Uma das formas de “colocação em família substituta” é a adoção, que passa a ser regida pelas regras previstas neste Estatuto. Para a realização da adoção é preciso que: o adotando “contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes” (art. 40); os adotantes serem maiores de vinte e um anos, “independentemente do estado civil” (art. 42); o adotante “ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando” (art. 42, § 3º); a adoção “apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos” (art. 43).

No Estatuto da Criança e do Adolescente é vedada a adoção pelos ascendentes e irmãos do adotando (art. 42, § 1º). Além disso, é determinado que os divorciados e os judicialmente separados possam adotar conjuntamente, “contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal” (art. 42, § 4º).

O “consentimento dos pais ou do representante legal do adotando” é necessário para a realização da adoção (art. 45), sendo “dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder” (art. 45, § 1º). Para adolescentes, é “também necessário o seu consentimento” (art. 45, § 2º).

Antes de realizada a adoção, existe um período em que a criança ou o adolescente devem ficar os adotantes, denominado de “estágio de convivência” (art. 46). Este período pode ser dispensado se “o adotando não tiver mais de um ano de idade ou se, qualquer que seja a sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo” (art. 46, § 1º). No caso de “adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País”, o “estágio de convivência” deve ser “cumprido no território nacional, será de no mínimo quinze dias para crianças de até dois anos de idade, e de no mínimo trinta dias quando se tratar de adotando acima de dois anos de idade” (art. 46, § 2º).

A adoção “atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais” (art. 41). Ela é irrevogável (art. 48) e o seu vínculo é constituído por meio de sentença judicial, que deve ser inscrita no Registro Civil (art. 47). Esta inscrição cancela “o registro original do adotado” (art. 47, § 2º), não podendo constar “nenhuma observação sobre a origem do ato” (art. 47, § 3º). Além disso, “a morte dos adotantes não restabelece o ‘pátrio poder’ dos pais naturais” (art. 49).

Em vista de realizar as funções de “criar” e “educar” as crianças e os adolescentes, o exercício do “pátrio poder” foi conferido – “em igualdade de condições” – ao pai e à mãe, “assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência” (art. 21). Aos pais, portanto, “incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (art. 22).

Este poder possui limitações, já que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” (art. 5º). As limitações do “pátrio poder” estão relacionadas a diferentes formas de violência, mas não a “falta ou carência de recursos materiais”, pois, de acordo com a lei, estas não constituem motivos suficientes “para a perda ou a suspensão do pátrio poder” (art. 23). Conforme o Estatuto, “verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar”, inclusive, “como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum” (art. 130).

Seguindo a previsão constitucional, no Estatuto da Criança e do Adolescente foi afirmado que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (art. 20). E foi permitido o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento “pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação” (art. 26).

O “reconhecimento do estado de filiação”, de acordo com o Estatuto “é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça” (art. 27). Nesse sentido, em 1992, foi promulgada a Lei 8.560 de 29 de dezembro, que “regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento”. Esta lei permite, assim, que o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento é irrevogável (art. 1º) e pode ser realizada mesmo que um dos pais esteja casado com terceiro.

No registro de nascimento, conforme esta lei, “não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos, ao lugar e cartório do casamento dos pais e ao estado civil destes” (art. 5º). Além disso, “não constarão indícios de a concepção haver sido decorrente de relação extraconjugal” (art. 6º). O reconhecimento da paternidade de “filhos havidos fora do casamento” concede a estes os mesmos direitos dos filhos de pais casados. Assim, eles têm direito à pensão alimentícia, à sucessão hereditária, dentre outros direitos.

No Quadro 14 são apresentadas as características atribuídas às famílias pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação infraconstitucional posterior, no período compreendido entre a Constituição e o Código Civil de 2002:

Quadro 14. Caracterização do modelo de família presente na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional posterior, até o início da vigência Código Civil de 2002, considerando o lugar da família na sociedade, as funções da família, a garantia de direitos à família, a estrutura familiar e as funções dos membros da família.

MODELO DE FAMÍLIA CARACTERÍSTICAS	CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL POSTERIOR, ATÉ O INÍCIO DA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002
LUGAR DA FAMÍLIA	- centralidade da família na sociedade (“base da sociedade”, Constituição Federal de 1988).
FUNÇÕES DA FAMÍLIA	* discussão dos juristas: organizar a sociedade (“fato natural”) X unir as pessoas pelo vínculo de “afetividade” (a família tem componentes psicossociais e culturais envolvidos e deve assegurar os direitos fundamentais, tal como dignidade humana).
GARANTIA DE DIREITOS À FAMÍLIA	- dever do Estado de criar mecanismo para coibir a violência no âmbito das relações familiares (Constituição Federal de 1988); - “proteção especial” do Estado: a) Constituição Federal de 1988: garantia de direito penais e processuais penais, direitos trabalhistas, direito à moradia, direito à assistência social, direito à educação, direito à adequada comunicação social;

		b) legislação infraconstitucional: impenhorabilidade do bem de família, indenização à família de pessoa desaparecida ou morta em razão da participação ou acusação de participação em atividade políticas durante o período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, autorização de doação de órgãos, Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e a Lei de Organização da Assistência Social (LOAS).
ESTRUTURA FAMILIAR		<p>- a família é constituída*:</p> <p>a) pelo casamento heterossexual, monogâmico** e dissolúvel (divórcio após um ano de separação conjugal ou após dois anos de separação de fato);</p> <p>b) pela união estável*** entre o homem e a mulher****;</p> <p>c) comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (monoparentalidade);</p> <p>* discussão dos juristas: rol taxativo de estruturas X rol enumerativo de estruturas (interpretação a partir dos direitos fundamentais);</p> <p>** discussão dos juristas: exclusividade de relação conjugal X simultaneidade de relações conjugais (práticas sociais);</p> <p>*** união estável:</p> <p>a) Lei 8.971 de 29 de dezembro de 1994: regular o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão hereditária (esta com regras diferenciadas em relação ao casamento). Critérios para a união estável: relação conjugal entre homem e mulher, desde que solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, com convívio superior a cinco anos ou com filhos em comum;</p> <p>b) Lei nº 9.278/96: regular a união estável. Critérios para a sua definição: “convivência duradoura, pública e contínua”, relação conjugal entre homem e mulher, “objetivo de constituir família”. Direitos regulados: meação, pensão alimentícia, direito real à habitação ao companheiro sobrevivente, direitos e deveres iguais aos “conviventes” (“respeito e consideração mútuos”, “assistência moral e material recíproca”, “guarda, sustento e educação dos filhos comuns”);</p> <p>**** discussão dos juristas: exclusão das relações conjugais entre homossexuais X inclusão das relações homoafetivas (práticas sociais, interpretação a partir dos direitos fundamentais).</p>
FUNÇÕES DOS MEMBROS DAS FAMÍLIAS	HOMEM	- igualdade de direitos entre homem e mulher, inclusive, na relação conjugal.
	MULHER	- igualdade de direitos entre homem e mulher, inclusive, na relação conjugal.
	CRIANÇA	<p>- tratadas juridicamente como “sujeitos de direito”, com “prioridade absoluta” e “condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento” (Constituição Federal de 1988 e Estatuto da Criança e do Adolescente);</p> <p>- “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”(Constituição Federal de 1988)*;</p> <p>* discussão dos juristas: paternidade exclusivamente biológica X paternidade sócio-afetiva, parentalidade nas famílias reconstituídas, parentalidade por casais homossexuais (práticas sociais, interpretação a partir dos direitos fundamentais);</p> <p>- dever dos pais de “assistir, criar e educar os filhos menores” e o dos “filhos maiores” em “ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (Constituição Federal de 1988);</p> <p>- “pátrio poder”: exercício “em igualdade de condições” entre o pai e a mãe; em caso de discordância: recorrer a autoridade judiciária.</p> <p>Limitações ao “pátrio poder”: “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”; limitação não é relacionada a “falta ou carência de recursos materiais”;</p> <p>- cuidado das crianças e dos adolescentes: centrado na família, que pode ser:</p>

		<p>a) “família natural”: “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”;</p> <p>b) “família substituta”: recebe a “guarda, tutela ou adoção”;</p> <p>- adoção:</p> <p>a) capacidade para adotar: maior de vinte e um anos, “independentemente do estado civil”*; maior, pelo menos, dezesseis anos que o adotando;</p> <p>b) capacidade para ser adotado: mais de dezoito anos, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes</p> <p>c) critérios: “fundamentar-se em motivos legítimos”; necessidade de consentimento dos “pais ou do representante legal do adotando”, com dispensa aos “pais” desconhecidos ou que foram destituídos do “pátrio poder”; necessidade do consentimento do adolescente;</p> <p>d) procedimento: estágio de convivência (“guarda provisória”); adoção (“guarda definitiva”);</p> <p>e) efeitos jurídicos: irrevogabilidade do vínculo constituído pela adoção; cancelamento do “registro original do adotado”, em que não pode constar “nenhuma observação sobre a origem do ato”;</p> <p>* adoção por homossexuais: impossibilidade jurídica X possibilidade jurídica (não há proibição legal expressa, práticas sociais, interpretação a partir dos direitos fundamentais).</p>
--	--	--

Como se observa por meio de Quadro 14, com a Constituição Federal de 1988 foram modificadas significativamente as funções do homem, da mulher e da criança na família e na sociedade. Quanto aos homens e às mulheres, foi definida a sua igualdade jurídica, inclusive, na relação conjugal. Esta alteração estava presente nas reivindicações dos movimentos sociais, em especial, os feministas, que já questionavam o poder do homem em relação à mulher na definição do modelo nuclear de família no século XX. É preciso considerar que, em 1988, até o Código de Direito Canônico de 1983 estabelecia a igualdade entre homem e mulher no matrimônio.

Com a Constituição, as crianças e os adolescentes adquiriram o *status* de “sujeitos de direito”, diferentemente do que acontecia antes de 1988, em que elas eram tratadas como “objetos de proteção” do Estado. Além disso, foram proibidas quaisquer designações discriminatórias, tais como a classificação da filiação, que esteve presente na história legislativa brasileira. Estas alterações em relação às crianças e aos adolescentes, percebendo-os como em processo de desenvolvimento, com “absoluta prioridade”, estão em consonância com o estabelecido no modelo nuclear de família. Conforme visto, este modelo definiu as crianças como centrais na família e a infância como etapa do ciclo vital diferenciada da vida adulta.

A família persistiu no lugar central da sociedade. Na Constituição Federal de 1988, ela é abordada como “base da sociedade” e como objeto da “proteção especial” do Estado. Tanto a Constituição quanto a legislação infraconstitucional, por esta razão, estabelecem direitos destinados à família e aos seus membros. A estrutura familiar passou a ser definida a partir do casamento, da união estável e da monoparentalidade. Estas instituições mostram que a estrutura da família continua a ser configurada por meio do tripé pai-mãe-filhos (com exceção da

monoparentalidade, que é constituída por pai e filhos ou mãe e filhos), evidenciando o núcleo básico presente no modelo nuclear de família.

Em suma, estas são as principais características do modelo de família estatuído legalmente. Cabe referir que estas definições estão em questão no direito contemporâneo. Para os juristas, o foco central do debate está na compreensão da família enquanto “fato natural” ou da família como união de pessoas pelo vínculo de “afetividade”. A primeira concepção esteve presente na história legislativa brasileira, limitando a família aos vínculos biológicos constituídos. Para esta concepção, o homem e a mulher casam e têm filhos; a partir desta união baseada pela complementaridade dos sexos, emerge o “instinto materno” de cuidado e proteção e o dever do pai de sustento. A constituição do núcleo conjugal objetiva a reprodução da espécie.

A segunda concepção evidencia os componentes psicossociais e culturais que estão envolvidos para a formação de uma família. Para esta concepção, as pessoas constituem relações familiares devido à “afetividade”, e não exclusivamente a vínculos biológicos. As famílias são, assim, plurais, na medida em que é possibilitada a realização da função paterna e materna por pessoas que não os genitores (parentalidade nas famílias reconstituídas, sócio-afetiva, por homossexuais), é permitida a filiação sócio-afetiva (não apenas biológica), e são agregadas ao conceito de família as relações entre homossexuais, em razão do questionamento acerca do mito da “complementaridade dos sexos e dos gêneros”. Esta concepção questiona a “naturalização” das relações familiares, embora não negue a sua importância.

CAPÍTULO 5
DECISÕES JUDICIAIS ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988
E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Este capítulo apresenta a análise das decisões judiciais proferidas pelo STJ e pelo STF entre 1988 e 2002, até a promulgação do Código Civil de 2002. A importância de se analisar as decisões judiciais reside na compreensão de como as normas, previstas na Constituição e nas leis infraconstitucionais, são entendidas e aplicadas pelos juízes. Conforme afirmam Pimentel, Di Giorgi e Piovesan (1993),

Temos a convicção de que a mudança da legislação, embora necessária, não é suficiente para a transformação da realidade. Para que a igualdade real identifique-se com a igualdade legal, é fundamental uma atuação renovada por parte do órgão aplicador do Direito – o Poder Judiciário. Embora os estudiosos do direito, em sua maioria, dediquem-se ao estudo da lei, torna-se cada vez mais inquestionável a importância do estudo do momento de sua aplicação. É neste momento que são contornados o alcance e o significado da lei. O fenômeno interpretativo, longe de percorrer uma lógica formal e cartesiana, funda-se em avaliação valorativa, na qual transparece a utilização de uma lógica material, que transcende os limites da lógica formal, formulando os juízes de valores sobre as premissas e a conclusão (p. 11)

O acesso às decisões foi obtido nos *sites* dos dois Tribunais e a busca foi realizada de acordo com a delimitação do período, o tipo de decisão (acórdão) e o descritor “família”. Foram localizadas 69 decisões no STF e 1.436 decisões no STJ. A Tabela 1 apresenta sua distribuição conforme os ramos do direito¹⁸⁶.

Tabela 1. Caracterização das decisões judiciais do STF e do STJ em relação aos diferentes ramos do direito.

RAMOS DO DIREITO	DECISÕES JUDICIAIS*	%
Direito Civil	942	62,59
Impenhorabilidade do Bem de Família	534	35,48
Responsabilidade Civil	168	11,16
Direito de Família	162	10,76
Direito Comercial	61	4,05
Direito das Sucessões	11	0,73
Direito das Obrigações	5	0,33
Direito das Coisas	1	0,07
Direito Processual Civil	186	12,36
Direito Previdenciário	104	6,91

¹⁸⁶ As decisões judiciais na Tabela X foram contabilizadas a partir do ramo do direito identificado como preponderante, embora possam estar presentes, mesmo que indiretamente, questões relativas a outros ramos. Conforme consta na nota de rodapé nº 5, neste trabalho, “ramos do direito” têm como significado *divisão* ou *especialização* do direito (Plácido e Silva, 2007).

Direito Processual Penal	99	6.58
Direito Administrativo	45	2.99
Direito da Criança e do Adolescente	25	1.66
Assistência Judiciária	23	1.53
Direito Tributário	20	1.33
Direito Constitucional	18	1.20
Direito do Trabalho	16	1.06
Direito Penal	14	0.93
Direito Internacional	13	0.86
TOTAL	1505	100%

*Frequência de ocorrência de decisões judiciais em relação ao ramo do direito em que se situam.

Como se observa, a maioria das decisões judiciais analisadas está presente no direito civil, em especial, na impenhorabilidade do bem de família (35,48%). Isso se deve a mudança legislativa acerca deste bem, com a promulgação em 1990 da Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família. Antes desta lei, a constituição do bem de família era realizada pelo(s) proprietário(s) do imóvel em procedimento específico no Cartório de Registro de Imóveis, com o pagamento de uma porcentagem sobre o valor do imóvel, e durava até a “maioridade dos filhos”; após a lei, a impenhorabilidade do bem de família incide imediatamente, sendo desnecessário este procedimento¹⁸⁷. Além disto, a lei tornou impenhoráveis os “bens móveis que guarnecem a residência”. Observa-se, na análise das decisões, que são estas as razões que motivaram inúmeros processos judiciais, cujas decisões pelo STF e pelo STJ ocorreram, majoritariamente, entre 1991 e 1996.

No direito civil também consta outros dois ramos com maior incidência, quais sejam, a responsabilidade civil e o direito de família (11,16% e 10,76%, respectivamente). Nas decisões, o primeiro ramo abordou a indenização por dano moral e material pela morte de um membro da família e o segundo tratou, especificamente, sobre o conceito de família e as regras atinentes aos direitos e deveres nas relações familiares. No direito processual civil, que teve a incidência de 12,36%, foram identificadas decisões que majoritariamente tratavam sobre o conflito de competência¹⁸⁸ em razão do questionamento a respeito da tramitação de certas matérias nas Varas

¹⁸⁷ Cabe referir que este procedimento continuou em vigência mesmo após a promulgação da Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família de 1990. Ele passou a ser preferencialmente utilizado em casos em que o(s) proprietário(s) objetivava tornar impenhorável o bem imóvel com maior valor, tendo em vista que a lei de 1990 incide sobre o bem de menor valor. A impenhorabilidade era regulada entre artigos 70 e 73 do Código Civil de 1916.

¹⁸⁸ De acordo com Plácido e Silva (2007), o conflito de competência resulta “*divergência* ocorrida entre duas autoridades administrativas, *que se considerem igualmente competentes ou incompetentes* para conhecer determinada ação ou questão. Desse modo, a *divergência* deve incidir sobre o *mesmo negócio jurídico* ou sobre o *mesmo processo*, visto que a procedência do conflito resulta, não da *incerteza da causa*, mas da *dúvida argüida a respeito da competência*. O conflito, em tal caso, se forma em torno do *poder de julgar*, em que se funda a competência jurisdicional, o qual ou é *disputado* pelas duas autoridades ou *negado* por elas” (p. 345).

de Família, que abordaram matérias que não cabia ao STF e ao STJ julgar ou que não se adequavam ao procedimento previsto na lei (ex. pedidos de guarda e pensão alimentícia no *habeas corpus*¹⁸⁹ ou no mandado de segurança¹⁹⁰). Cabe referir a abrangência do termo “família” nos ramos do direito, na medida em que foram identificadas decisões judiciais, além dos ramos já citados, no direito civil (direito comercial, direito das sucessões, direito das obrigações, direitos das coisas), no direito previdenciário, no direito processo penal, no direito administrativo, no direito da criança e do adolescente, na assistência judiciária, no direito tributário, no direito constitucional, no direito penal, no direito internacional.

As decisões judiciais foram submetidas à análise de conteúdo temática¹⁹¹ (Bardin, 1977), obtendo-se como resultados os seguintes núcleos temáticos: 1. A família como “base da sociedade”; 2. A “proteção especial” da família; 3. A construção das “verdades jurídicas” sobre as famílias; 4. A estrutura da família; 5. Membros da família; 6. Violência intrafamiliar; 7. A “evolução das normas familiares”. A Tabela 2 apresenta os núcleos temáticos e os respectivos temas.

Tabela 2. Caracterização dos Núcleos Temáticos e Temas.

NÚCLEOS TEMÁTICOS	TEMAS
5.1 A família como “base da sociedade”	
5.2 A “proteção especial” da família	
5.3 A construção das “verdades jurídicas” sobre as famílias	5.3.1 A formação “jurídica” das relações conjugais 5.3.2 As “outras” relações conjugais 5.3.3 A “culpa” no término “jurídico” das relações conjugais constituídas pelo casamento 5.3.4 Os efeitos jurídicos decorrentes do término “jurídico” das relações conjugais 5.3.5 A influência das relações conjugais na parentalidade 5.3.6 A determinação jurídica da parentalidade 5.3.7 A responsabilização jurídica pela morte de um membro da família

¹⁸⁹ O *habeas corpus* “é o instituto jurídico que tem a precípua finalidade de proteger a *liberdade de locomoção* ou o direito de *andar com o corpo*. E, assim, virá para garantir a pessoa contra qualquer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, *mover-se, parar, ficar, entrar e sair*, em que se funda o direito de locomoção que lhe é atribuído” (PLÁCIDO E SILVA, 2007, p. 671).

¹⁹⁰ Segundo Plácido e Silva (2007), o mandado de segurança é “a ação intentada pela pessoa no sentido de ser assegurado um *direito, certo e incontestável*, ameaçado ou violado por *ato de autoridade*, manifestamente inconstitucional e ilegal. É, assim, o *remédio jurídico* instituído para garantir a pessoa, seja física ou jurídica, no exercício de direito, que se quer ameaçar ou violar, sem que se encontre o *ameaçador* ou *violador*, dito propriamente de *coator* ou *autoridade coatora*, fundado em qualquer razão jurídica. E sua finalidade jurídica é a de *anular o ato ilegal*, que violou o direito, ou de *impedir que se execute a ameaça contra o direito*. Assim o *mandado de segurança* é proposto contra a autoridade coatora, para que respeite o direito ofendido ou ameaçado” (p. 878).

¹⁹¹ Segundo Bardin (1977), a análise de conteúdo é composta de três fases: 1. pré-análise, 2. exploração do material e 3. tratamento dos resultados, a inferência e a interpretação. A partir disso, constitui-se o *corpus* dentre todo o material coletado, explora-se o *corpus* buscando-se identificar as generalidades e as peculiaridades. Procede-se a identificação de núcleos temáticos e a construção de temas de análise, elucidados por trechos do material analisado, que são discutidos e interpretados a partir da revisão de literatura. Os temas serão formulados posteriormente a exploração do material.

5.4 A estrutura da família	
5.5 Membros da família	5.4.1 A função do homem e da mulher
	5.4.2 A função da criança e do adolescente
5.6 Violência intrafamiliar	
5.7 A “evolução das normas familiares”	

Trechos das decisões foram incluídos *ipsis literis* na apresentação e na discussão para caracterizar os núcleos temáticos e os temas. Cada decisão recebeu um código alfanumérico durante a definição do *corpus* de análise, conforme o Tribunal em que o julgamento foi realizado e o Ramo do Direito pertinente.

5.1 A FAMÍLIA COMO “BASE DA SOCIEDADE”

Este núcleo temático caracteriza os significados atribuídos nas decisões do STF e do STJ quanto à definição da família como “base da sociedade”. Na maioria das decisões, identifica-se apenas a referência pelos Ministros desta definição, sem a sua abordagem específica. A referência geralmente é realizada em razão do art. 226 da CF/88, o qual determina que a família é a “base da sociedade”.

Apenas em uma decisão das 1.505 analisadas, os Ministros refletem a respeito desta definição. Nesta decisão, que aborda o “home schooling”¹⁹² no Brasil, os pais recorreram ao Poder Judiciário para garantir que os seus filhos não precisassem freqüentar a escola e ter a sua educação garantida apenas em casa, o que foi negado em pedido realizado ao Ministério da Educação.

Com base nas declarações dos pais expostas no relatório, a educação transmitida por eles para os seus filhos teria qualidade superior à ministrada pela escola, o que, para eles, foi demonstrado pelas notas alcançadas pelos filhos nas provas realizadas com os outros alunos ao final de um ano letivo em que estes não freqüentaram a escola. A alegação central é que os pais podem suprir a necessidade de educar os filhos, no ambiente familiar.

¹⁹² Existe Projeto de Lei n. 1.647/2000, conforme é referido nesse processo, de autoria do Senhor Deputado Distrital Wilson Lima, em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Legislativa do Distrito Federal, para implementar o sistema de ensino denominado “home schooling” ou educação domiciliar no Distrito Federal. Esse projeto baseia-se em algumas experiências de famílias que foram permitidas a educar seus filhos em casa, pelos Tribunais de seus países, como na Espanha e nos Estados Unidos. Conforme o Deputado Wilson Lima explica, na justificativa do projeto, “difunde-se a cada dia mais a idéia de que o ensino domiciliar não interrompe o processo de educação de crianças e adolescentes. Há problemas, evidentemente, mas também virtudes como a contribuição para evitar que crianças e adolescentes sejam submetidos à violência das ruas, que já se estende às escolas, à influências danosas ao seu desenvolvimento e ao uso de drogas, já que os pais podem protegê-los, acompanhando de perto esses estudantes nas suas atividades. A grande resistência à educação domiciliar vem de uma corrente de educadores que vê nesse modelo de ensino prejuízos para a sociabilização dos estudantes. Sabe-se, contudo, que também para esse problema vêm sendo realizadas pesquisas e experimentos nos campos da pedagogia, da psicologia e da sociologia com vistas a encontrar novas soluções e alternativas”.

Os Ministros expuseram entendimentos contrários a respeito desta matéria: por um lado, a família é compreendida como instituição que supre todas as necessidades dos indivíduos, inclusive as educacionais; por outro, a função da escola na vida de uma criança ou adolescente é evidenciada na medida em que ela propicia não só a educação formal, mas permite o desenvolvimento destes sujeitos em um grupo social mais amplo. O processo de socialização de um indivíduo e o seu adequado desenvolvimento no ciclo vital é, portanto, central neste entendimento.

O significado atribuído a afirmação de que a família é “base da sociedade”, no primeiro entendimento, demonstra que esta instituição é percebida como “precedente a qualquer outra organização social”. Nas palavras de um Ministro, “a Constituição Federal reconhece a precedência da família a qualquer organização social, até mesmo ao Estado, já que constitui ela a própria base da sociedade” (STJDC05).

Existe um “direito natural da família” de acordo com este entendimento. A “interferência comissiva do Estado” deve se “limitar à fiscalização das atividades dessa entidade social, para garantia da efetivação dos fins constitucionalmente fixados, isto é, ‘pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho’” (STJDC05). A precedência da família, definida como “célula mater” da sociedade (“e não ‘célula mártir’”), em relação a outras “organizações sociais”, induz ao seguinte entendimento: suficiente ela, as outras instituições, no caso a escola, são desnecessárias.

Tal entendimento mostra a preferência da instituição familiar em relação às outras instituições e a sua auto-suficiência. Esta concepção foi minoritária no julgamento e, portanto, a posição “vencedora” se baseou no segundo entendimento, qual seja, a importância da escola para o adequado desenvolvimento das crianças e dos adolescentes e para a sua relação com um grupo social mais amplo. De acordo com um dos Ministros,

Não sou técnico em educação. Minha experiência, no assunto resulta de haver criado quatro filhos que resultaram em atuais bons cidadãos. Procurei criá-los como cidadãos comuns, evitando, mesmo, que eles tirassem proveito de minhas circunstanciais vitórias profissionais, transmiti-lhes três preocupações que meu saudoso pai guardava em relação a mim: não tirar dez em comportamento; não ser primeiro da classe e não chegar em casa humilhado. Dizia ele: menino que tira dez em comportamento está doente ou é mau caráter; ser primeiro de classe é fator de soberba; apanhar sem reagir é covardia, inadmissível em quem pretende ser cidadão. Embora me tenha proporcionado acesso à boa cultura humanística, para ele, o convívio escolar funcionava como vacina contra a submissão e a arrogância: para ele, duas terríveis doenças da cidadania (STJDC05).

O Ministro refere, assim, a sua experiência pessoal de ter sido “filho” e “pai”, além de demonstrar a importância do desenvolvimento pessoal dele em relação a um grupo social mais amplo. As experiências pessoais também são refletidas por outros Ministros no momento da

decisão, especialmente, ter exercido o Magistério e ter a possibilidade de compartilhar momentos e expectativas, mesmo consideradas difíceis, com outras pessoas que estão na mesma etapa de seu ciclo vital e não estar restrito ao círculo familiar.

Estas experiências estão presentes nas decisões que evidenciam a importância da escola, diferentemente do que ocorre com os Ministros que compreendem a família como auto-suficiente e como instituição preferencial. A compreensão mais reflexiva sobre a própria experiência pessoal auxiliou no questionamento da auto-suficiência da instituição familiar. Portanto, “os filhos não são dos pais, como pensam os Autores [do processo, os pais]. São pessoas com direitos e deveres, cujas personalidades se devem forjar desde a adolescência em meio a iguais, no convívio social formador da cidadania” (STJDC05).

A escola, para este entendimento, é “uma das Instituições mais importantes para firmar os pilares fundamentais, os princípios balizadores para a formação do indivíduo, do cidadão” e propicia o convívio “com o diferente, com o igual, com o parecido, com o desconhecido” (STJDC05). Com a escola se aprende o significado das palavras “participação” e “cidadania” e, por esses motivos, o ordenamento jurídico brasileiro exige – expressamente – a presença obrigatória do aluno em instituição educacional pública ou privada (art. 208 da CF/88), não havendo permissão para “home schooling”. Para a maioria dos Ministros, portanto, o significado da família enquanto “base da sociedade” mostra que esta instituição é “fonte de referências”, mas não é auto-suficiente. “A família, não só pode, deve engajar-se na formação do indivíduo. O que não quer dizer que seja capaz de, sozinha, suprir todos os flancos” (STJDC05).

Nesta decisão, evidencia-se a valoração positiva atribuída à família pelos Ministros, na medida em que a família é “fonte de referências” e propicia o desenvolvimento psicossocial e a construção da subjetividade, bem como ela é entendida, por alguns Ministros, como auto-suficiente, suprimindo todas as necessidades dos indivíduos. A valoração positiva atribuída à família é assim relacionada com a sua definição como “base da sociedade”. Cabe referir que, em pesquisas científicas da antropologia e sociologia, observa-se a contextualização histórica e social deste valor e a definição da família enquanto instituição social importante, embora não única, para os indivíduos, pois objetiva propiciar a construção da subjetividade e estabelecer uma rede de relações que permite a satisfação das necessidades básicas e o desenvolvimento psicossocial dos seus membros (Carvalho e Almeida, 2003; Ferrari e Kaloustian, 2002; Machado, 2001; Mello, 2006; Velho, 1987).

De acordo com Velho (1987), a família é uma “instituição fundamental no processo de socialização da subjetividade” (p. 80), que é “de algum modo construída, elaborada ou desenvolvida dependendo do ponto de partida, em função de certas agências, mediante determinadas instituições, e a família é uma instituição privilegiada” (p. 80). O autor observa o

significativo valor conferido à família ao mesmo tempo em que identifica a “extrema importância dos amigos”, pois, segundo ele, valoriza-se muito “o livre-arbítrio, a liberdade, a opção” (VELHO, 1987, p. 85). Isso repercute, conforme Velho (1987), na “possibilidade, acionada permanentemente, de pessoas com as quais não existam laços de sangue desempenharem um papel fundamental, tanto em termos de amizade entre os adultos, quando de construção de modelos e paradigmas alternativos para as crianças” (p. 85). Para ele,

Há algo, porém, extremamente importante, que já analisei em outros textos: a questão da amizade. No universo com o qual lido, os amigos são valorizados como constituindo o reino da liberdade. Ou seja, a amizade é uma coisa que o indivíduo conquista, não é algo que recebe pronto. Não se nasce amigo de uma pessoa, torna-se amigo, embora, se fizemos um estudo sociológico e antropológico da rede de relações, perceberemos que, obviamente, não nos tornamos amigos de qualquer pessoa. Existe uma coerção, todo um campo, que leva a ser amigo de certas pessoas e não de outras. Nesse universo de estudo, certas pessoas não podem ser amigas de indivíduos que pertençam a segmentos muito diversos dos seus – há um mapa, mesmo nesse reino da liberdade, da amizade, da opção, da individualidade, e as pessoas têm consciência disso (VELHO, 1987, p. 85 e 86).

Carvalho e Almeida (2003) definem que “a família é apontada como elemento-chave não apenas para a ‘sobrevivência’ dos indivíduos, mas também para a proteção e a socialização de seus componentes, transmissão do capital cultural, do capital econômico e da propriedade do grupo, bem como das relações de gênero e de solidariedade entre gerações” (p. 109). A família opera, com base nos autores, como espaço de produção e transmissão de práticas culturais e como responsável, através da distribuição de recursos, pela satisfação das necessidades básicas. De acordo com Ferrari e Kaloustian (2002),

A família brasileira, em meio a discussões sobre a sua desagregação ou enfraquecimento, está presente e permanece enquanto espaço privilegiado de socialização, de prática de tolerância e divisão de responsabilidades, de busca coletiva de estratégias de sobrevivência e lugar inicial para o exercício da cidadania sob o parâmetro da igualdade, do respeito e dos direitos humanos. A família é o espaço indispensável para a garantia da sobrevivência de desenvolvimento e da proteção integral dos filhos e demais membros, independentemente do arranjo familiar ou da forma como vêm se estruturando. É a família que propicia os aportes afetivos e sobretudo materiais necessários ao desenvolvimento e bem-estar dos seus componentes. Ela desempenha um papel decisivo na educação formal e informal, é em seu espaço que são absorvidos os valores éticos e humanitários, e onde se aprofundam os laços de solidariedade. É também em seu interior que se constroem as marcas entre as gerações e são observados valores culturais (p. 11 e 12).

Dessa maneira, afirmam os autores, por a família ser uma “forma específica de agregação”, tem “dinâmica de vida própria, afetada pelo processo de desenvolvimento sócio-econômico e pelo impacto da ação do Estado através de suas políticas e econômicas e sociais” (FERRARI E KALOUSTIAN, 2002, p. 12). A família, portanto, é definida histórica e socialmente, pois necessita a proteção do Estado e a legitimidade da sociedade (Mello, 2006).

Ao analisar a literatura antropológica e sociológica, Machado (2001) afirma que o valor atribuído à família é diversamente identificado nas diferentes classes sociais. A autora aponta que, nas “classes populares”, ou “pobres e trabalhadoras”, “o valor da família é fundamentalmente instituidor de uma moralidade estabelecida por um conjunto de regras de reciprocidade, obrigações e dádiva” (p. 16); nas “classes médias”, “o valor da família continua a instituir prestígio, relativizada pelo lugar do valor individualista como instituidor primordial do prestígio” (p. 16); nas “classes altas”, “o valor da família é instituidor de um comportamento ‘corporado’ da parentela estendida em nome do qual se dá um exercício privilegiado de recursos políticos e da transformação de recursos de capital social em capital econômico e político e vice-versa” (p. 16). Conforme a autora,

O breve desenho desses modos diferenciados de a família se apresentar, como valor, para as classes altas, médias e populares, tal como absorvo da leitura do conjunto dos autores acima referidos e das pesquisas que venho empreendendo, pode ser um dos fios norteadores para analisar as transformações da contemporaneidade brasileira e mundial e de suas organizações familiares, contextualizando as diferenças de sentido que a expansão do individualismo como valor assume (MACHADO, 2001, p. 16).

A reflexão acerca da família como valor, para Machado (2001), pode auxiliar no entendimento das mudanças contemporâneas das “organizações familiares”, permitindo compreender este valor ao mesmo tempo em que ocorre a expansão do individualismo como valor. Dessa maneira, a autora identifica, em suas pesquisas, dois códigos co-existentes: o “relacional”, que é baseado nas noções de honra, reciprocidade e hierarquia, e o “individualista”. Para ela, “a co-existência dos dois códigos, o relacional e o individualista, no meu entender, atravessa, assim, toda a sociedade, constituindo variedades de formas de articulação e de preeminência de um ou outro código de acordo com as posições e situações de classe” (MACHADO, 2001, p. 16 e 17).

Na análise das decisões, identificou-se que o valor atribuído à família é evidenciado por meio de sua definição como “base da sociedade”. Esta definição mostra que à família é concedido o lugar central na sociedade, independentemente de “posições e situações de classe”. Não se identifica nas decisões o lugar que o indivíduo¹⁹³ tem na sociedade, pois, na família, ele é um membro e os direitos são a ele concedidos através da família. Portanto, ao mesmo tempo em que se instituíram direitos fundamentais aos indivíduos que devem ser resguardados por meio da CF/88, estes indivíduos são identificados como membros de uma família, que constitui a “base da sociedade” (e não eles).

¹⁹³ De acordo com Velho (1986), “individualismo” tem diversas acepções. Neste trabalho, o entendimento deste conceito é o exposto pelo autor em seu livro, qual seja, “significa uma valorização, ao nível da representação, da ideologia, do *indivíduo biológico* como sujeito, unidade mínima significativa da vida social” (VELHO, 1986, p. 24).

5.2 A “PROTEÇÃO ESPECIAL” DA FAMÍLIA

A “proteção especial” da família, tal como prevista na CF/88, é significada pelos Ministros por meio da concessão de direitos às famílias. Em diversas decisões, a importância dos indivíduos pertencerem a uma família é evidenciada, na medida em que alguns direitos só são concedidos às pessoas devido à instituição familiar. Para os Ministros, a proteção especial deve ser garantida em relação a todas as ações promovidas pelo Estado, inclusive, em sua esfera administrativa. É possível visualizar, sucintamente, os direitos atribuídos às famílias no seguinte Quadro 15:

Quadro 15. Caracterização da proteção especial da família nas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, considerando o ramo do direito, o fundamento do recurso das “partes” e a decisão dos Ministros.

Ramo do direito	Fundamento do recurso das “partes”	Decisão dos Ministros
Direito Civil: Impenhorabilidade do Bem de Família	Incidência imediata da Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família	Procedente: aplicou-se aos processos pendentes e desconstituiu, inclusive, penhoras já efetivadas de bens imóveis residenciais e dos bens móveis que os guarneçam.
	Aplicação da Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família aos processos judiciais já finalizados.	Improcedente: não é aplicável aos processos judiciais já finalizados, em que foi realizada a alienação judicial, com a arrematação concluída, do bem imóvel (não se pode utilizar o bem de família para violar o “ato jurídico perfeito” e o “direito adquirido”).
	O débito contraído antes da Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família afasta a sua incidência.	Improcedência: não afasta a impenhorabilidade o fato de o débito ter sido contraído antes da época de vigência desta lei.
	A Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família recai sobre o bem imóvel de maior valor.	Improcedente: recai sobre o bem imóvel de menor valor, caso o casal seja possuidor de diversos imóveis.
	Não é necessário ao executado ou ao devedor provar que a residência se insere na nesta lei.	Improcedente: cabe ao executado ou ao devedor demonstrar que a sua residência se insere nas regras previstas na lei do bem de família; caso não haja prova, esta lei é inaplicável.
	É necessário ao devedor ou ao executado provar que o devedor não possui outros bens.	Improcedente: não é necessário ao devedor ou ao executado provar que não possui outros bens, apenas demonstrar que o bem é utilizado como moradia da família, como sua residência efetiva.
	A impenhorabilidade recai sobre o imóvel alugado, mesmo que ele esteja alugado para terceiro.	Decisões contrárias: - improcedente: não recai sobre imóvel alugado, mesmo que a família resida em imóvel de terceiro, alugado ou não; - procedente: recai sobre o imóvel alugado, desde que a família resida em imóvel de terceiro, alugado ou não.
	O direito ao bem de família pode ser renunciado por qualquer dos membros.	Improcedente: o direito ao bem de família não pode ser renunciado por qualquer dos membros da família.
	O direito ao bem de família pode ser alegado por qualquer dos membros.	Procedente: qualquer deles pode recorrer ao Poder Judiciário para que sua moradia seja assegurada.
Direito Civil:	A vinculação de programa sobre a vida de jogador sem a autorização de sua	Improcedente: é devida a indenização por danos morais pela veiculação de programa sobre a vida

Responsabilidade Civil	família não repercute na indenização por dano moral pela inconstitucionalidade da lei.	de jogador sem a autorização de sua família, bem como por este programa ter ofendido o falecido e a sua família (viúva e filhos), pois “o interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente o autor ou a família” (STFDCRC167).
Direito Civil: Direito de Família	As famílias numerosas têm direito à redução da mensalidade escolar, quando mais de um filho está matriculado na mesma escola, em virtude do Decreto-lei 3.200 de 1941.	Improcedente: embora o art. 24 do Decreto-lei 3.200 de 1941, anterior a CF/88, concedesse às famílias numerosas redução de taxas e mensalidades escolares para os pais com mais de um filho matriculado na mesma escola, com o objetivo de “fortalecer a família e o crescimento demográfico, visto como desejável na época”, as legislações posteriores (em especial, o Decreto-lei 532 de 1969) não estabeleceram descontos para os pais que tinham mais de um filho matriculado na mesma escola. Por esse motivo, foi considerado revogado este artigo. (STJDCDF50).
Direito Previdenciário	O salário-família deve ser concedido quando preenche os requisitos legais.	Procedente: nas decisões analisadas, a concessão de salário-família deve ocorrer quando preenche os requisitos legais.
	O salário-família e a pensão por morte podem ser reajustados e revisados, inclusive a revisão da cota familiar deste benefício, dadas as condições esboçadas no processo, que se adéquam aos requisitos legais.	Procedente: nas decisões analisadas, é possível o reajustamento e a revisão do salário-família e da pensão por morte, inclusive a revisão da cota familiar deste benefício.
Direito Processual Penal	A prisão é ilegal se não houve a comunicação à família do preso, devendo ele ser imediatamente solto.	Improcedente: “a comunicação à família ou à pessoa pelo preso indicada configura direito público, subjetivo. A interpretação, porém, deve ser finalística. Pode ocorrer que o preso não tenha interesse, ou mesmo não deseje que tal aconteça. Urge respeito a sua intimidade. Se terceira pessoa, ainda que estranha a família ou pelo preso indicada, intervier, e de modo eficaz compensar a ausência de alguém do rol constitucional, suprida estará a situação jurídica. Exemplificativamente, a presença de defensor” (STJDPP10).
	Com o cumprimento dos pressupostos legais, é possível ao condenado visitar a família, quando ele está em regime semi-aberto.	Procedente: “Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para fazer visita à família, atendidos os pressupostos inscritos no art. 123, da LEP, com destaque para a exigência de cumprimento mínimo de um sexto da pena” (STJDPP28).
	A decretação de prisão para pessoa que tem família no “domicílio da culpa” é ilegal, pois constitui constrangimento ilegal.	Improcedente: não há constrangimento ilegal na decretação da prisão preventiva quando a pessoa tenha “família constituída” no “domicílio da culpa”.
	O réu não pode ser transferido de estabelecimento prisional se possui “família constituída” na cidade em que cumpria originariamente a pena.	Improcedente: não foi comprovado que o réu possui família na cidade em que cumpria originariamente a pena.
	O réu pode ter direito à prisão domiciliar, pois cumpre a pena em regime aberto em uma cidade, onde não encontra emprego, e trabalha em outra cidade, onde reside a sua família.	Improcedente: “o fato de o paciente não encontrar emprego no local em que se encontra cumprindo pena em regime aberto, fazendo com que se desloque até outra cidade, na qual também reside a sua família, para trabalhar, não é razão para que lhe seja autorizado o benefício da prisão domiciliar” (STJDPP42).

	O Tribunal do Júri pode ocorrer na capital do Estado (desaforamento) em virtude da “influência econômica e política e de fama de violência da família do réu”.	Procedente: não é possível a realização do Tribunal do Júri na Comarca onde ocorreu o crime, nem nas “cidades próximas”, tendo em vista a “influência econômica, política e fama de violência da família do réu”, por esse motivo, o Tribunal do Júri pode ser realizado na capital do Estado.
	O pedido de desaforamento deve ser aceito em razão da “notória influência política e econômica” da família da vítima na comunidade local.	Procedente: o pedido de desaforamento também pode ser aceito em face da “notória influência política e econômica” da família da vítima na comunidade local.
Direito Administrativo	O Poder Público não pode impor multa de 70% sobre o montante dos vencimentos e vantagens de um “pai de família”, mesmo que tenha o objetivo de obrigar a desocupação do imóvel funcional.	Procedente: a imposição de multa no valor de 70% sobre o montante dos vencimentos e vantagens de um “pai de família”, que tinha como objetivo obrigar a desocupação do imóvel funcional, é ilegal, tendo em vista a previsão constitucional que obriga o Estado a proteger a família e a impossibilidade de o “Poder Público retirar a condição de sobrevivência de um pai de família” (STJDA03).
	Filho ou filha, cônjuge ou companheiro (a), alunos de uma Universidade, podem ser transferidos para outras, tanto para públicas quanto privadas, independentemente das características da primeira, em razão da “transferência de ofício” do cônjuge ou de qualquer dos pais.	Procedente: é permitida a transferência de aluno ou aluna para outras Universidades, que podem ser públicas ou particulares, em razão da “transferência de ofício” do cônjuge ou de qualquer dos pais, já que esse direito visa assegurar o direito à educação e à unidade familiar, pois se considera a família como alicerce principal e fundamental da sociedade.
	O servidor público, cujo cônjuge foi removido por interesse do Poder Público, pode ser transferido para outra Comarca.	Procedente: o servidor público pode ser transferido para outra Comarca em virtude da remoção, por interesse do Poder Público, de seu cônjuge; e esta transferência independe de vaga e visa proteger a família, tendo em vista a garantia de especial proteção conferida pela CF/88.
Assistência Judiciária Gratuita	Tem direito à assistência judiciária gratuita quem alega ser “pobre” nos termos da lei (“hipossuficiência financeira”).	Procedente: “pelo sistema legal vigente, faz jus a parte aos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família (Lei num. 1.060/50, art. 4.), ressalvado ao juiz, no entanto, indeferir a pretensão se tiver fundadas razões para isso (art. 5.)” (STJSAJ03).
Direito Tributário	Incide pagamento de imposto de renda sobre as quantias recebidas pelo empregado em face da “rescisão contratual incentivada”.	Improcedente: não incide o pagamento do imposto de renda sobre as quantias recebidas pelo empregado em face da rescisão contratual incentivada (súmula 215 do STJ), porque a indenização recebida pelo empregado tem a natureza de ressarcimento e de compensação pela perda do emprego e o objetivo de assegurar a própria manutenção e a de sua família durante certo período.
Direito Constitucional	As pessoas portadoras de deficiência e os idosos têm direito ao pagamento de uma prestação continuada.	Procedente: nas decisões, as pessoas portadoras de deficiência são denominadas de “miseráveis inválidos” e os idosos de “septuagenários”, já que para estes foi criado nas leis que tratam sobre a matéria (Lei 8.742 de 1993; Decreto 1.744 de 1995), o requisito mínimo de estar com 70 anos ou mais de idade. Os Ministros consideram esse benefício de “elevado alcance social”, pois auxilia as pessoas e suas famílias enquanto elas estão em

		situação de miserabilidade social com o pagamento de uma prestação continuada.
Direito do Trabalho	A dispensa do “chefe de família” possibilita a da esposa e dos filhos.	Improcedente: são inconstitucionais as cláusulas em contrato de trabalho que estabelecem a dispensa obrigatória da mulher e dos filhos empregados quando ocorre a dispensa do “chefe de família” (STFDT05).
	O salário-mínimo deve atender as necessidades vitais básicas.	Procedente: “a cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política - para além da proclamação da garantia social do salário mínimo - consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo” (STFDT10).
Direito Internacional	A expulsão de estrangeiro não pode ser realizada se ele tiver constituído família no Brasil.	Procedente: “é vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira ou que tenha filho brasileiro dependente da economia paterna” (súmula 1 do STF), por esse motivo, ele não pode ser expulso do Brasil (STJDI01). De acordo com os Ministros, “a vedação a que se expulsa estrangeiro que tem filho brasileiro atende, não apenas o imperativo de manter a convivência entre pai e filho, mas um outro de maior relevo, qual seja, do de manter o pai ao alcance da cobrança de alimentos. Retirar o pai do território brasileiro é dificultar extremamente eventual cobrança de alimentos, pelo filho” (STJDI03) O nascimento de filho, gerado em brasileira deve ocorrer antes do “trânsito em julgado de sentença condenatória ensejadora da expulsão do impetrante por tráfico internacional de drogas” (STJDI02).
	A extradição não pode ser efetiva se o extraditando tiver constituído família no Brasil.	Improcedente: “a existência de relações familiares (filhos brasileiros), a comprovação de vínculo conjugal ou a convivência <i>more uxorio</i> do extraditando com pessoa de nacionalidade brasileira constituem fatos destituídos de relevância jurídica para efeitos extradicionais, não impedindo, em conseqüência, a efetivação da extradição do súdito estrangeiro. A superveniência da nova ordem constitucional, notadamente no ponto em que esta dispôs sobre a tutela da família, não afetou a validade da formulação contida na Súmula 421/STF, que continua em regime de plena vigência” (STFDI05). De acordo com a súmula 421 do STF, “não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro”.

A concessão de direitos às famílias e aos seus membros, portanto, está presente em diversos ramos do direito, como o direito civil, direito processual penal, direito previdenciário, assistência judiciária gratuita, direito internacional, direito do trabalho, direito administrativo,

direito tributário. Esta diversidade de ramos evidencia a atenção atribuída à “proteção especial” da família pelos Ministros, seguindo a previsão na Constituição Federal de 1988.

A “proteção especial” da família também baseou as decisões que trataram sobre a impenhorabilidade do bem de família, em especial, dos “bens móveis que guarnecem a residência”. De acordo com os Ministros, os bens móveis são impenhoráveis quando necessários ao “convívio familiar”, à “dignidade de seus membros” e à “habitabilidade condigna”. Este entendimento, segundo os Ministros, objetiva equilibrar a prescindibilidade e a indispensabilidade dos bens à vida digna. Por esta razão, estão excluídos os veículos de transporte, os objetos de arte e os “adornos suntuosos”.

Esta busca pelo equilíbrio nas decisões que abordam a impenhorabilidade do bem de família centralizou os debates em três bens móveis, quais sejam, vaga de garagem, linha telefônica e televisão. Em relação à vaga de garagem, a maioria das decisões, que tratam a respeito deste tema, definiu que pode ser penhorada, pois não se enquadra na Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família de 1990.

Identificou-se apenas uma decisão no sentido contrário, cuja justificativa residia na impossibilidade de venda da garagem separada do apartamento, embora com matrículas diferentes. Nesta decisão se encontra um voto de divergência, no qual um dos Ministros afirmou que este benefício favoreceria demasiadamente o devedor, pois existe um “mercado incrível” para o aluguel de garagens entre condôminos, e qualquer destes poderia adquirir a vaga.

Quanto à linha telefônica, na maioria das decisões foi considerada como essencial a vida familiar e, portanto, insuscetível de penhora. Esta orientação se baseou não só na necessidade deste bem para o exercício da atividade profissional, mas também, na sua utilização diária por todos, independentemente do grupo social e de *status* social e econômico.

Este entendimento preponderou após o ano de 1997. Anteriormente a esse período, verificam-se algumas decisões em sentido contrário, as quais determinavam a penhorabilidade da linha telefônica com base na “inexistência de desproteção das famílias” pela “falta de direito ao uso da linha telefônica, até mesmo porque apenas a minoria das famílias brasileiras dispõem de tal benefício” (STJDCIBF14).

A mudança de orientação está relacionada à disponibilidade de uso da linha telefônica pela população e à condição financeira necessária às pessoas para utilizar esse bem. Ou seja, na medida em que diminuiu o preço da linha telefônica e foi facilitado o acesso da população em geral, este bem imóvel passou a ser impenhorável.

A determinação da penhorabilidade ou não de um bem móvel, pelos Ministros, vincula-se, portanto, ao padrão financeiro necessário e à facilidade de acesso, dado o momento do contexto histórico e social. Com base neste entendimento, observam-se as decisões sobre a televisão que,

embora “a cores”, é indispensável à vida familiar. Os Ministros justificam que “tal bem, extremamente corriqueiro, é adquirido por pessoas de baixa renda, geralmente comercializada no tipo colorido, como veículo de difusão da cultura, da cidadania, da educação das camadas sociais carentes e, enfim, de utilidade pública, não pode ser tida no conceito de objeto de adorno ou de luxo” (STJDCIBF82). Ressalta-se que é impenhorável apenas uma televisão; caso existam vários televisores, os outros são penhoráveis.

Existem outros bens móveis impenhoráveis para os Ministros. São eles: forno microondas, ventilador, aparelho de ar condicionado, aparelho de som, rádio toca-fitas, vídeo cassete, exaustor do fogão, geladeira, freezer, máquina de lavar-louça, máquina de lavar roupas, secadora de roupas, passadeira, tanque para lavar roupas, gravador, bicicleta, mesa, mesa de centro, mesa de jantar, cadeiras, armários, jogo de sofá, antena parabólica, computador, impressora, teclado. Já o piano é impenhorável quando utilizado como meio de aprendizado, atividade profissional ou bem de valor sentimental.

Cabe referir, portanto, que a “proteção especial” concedida à família por meio do art. 226 da CF/88 propiciou atribuição de direitos a esta instituição e, assim, aos seus membros. Em outros termos, para se ter acesso a estes direitos, é necessário se adequar ao conceito de família previsto, repercutindo na exclusão dos indivíduos que integram outras formas de relações familiares. A “ilegalidade” da família reflete na impossibilidade de acessar não só o direito de família, mas também os outros ramos do direito.

5.3 A CONSTRUÇÃO DAS “VERDADES JURÍDICAS” SOBRE AS FAMÍLIAS

Este núcleo temático apresenta as características das relações familiares avaliadas nas decisões, as quais determinam a concessão de direitos aos indivíduos. A família é identificada a partir das relações entre cônjuges e entre pai/mãe e filhos. Estas relações, que são definidas, respectivamente, de conjugais, parentais e de filiação, são tratadas diferentemente pelos Ministros, a depender do que entendem por aprovação/reprovação social.

Assim, os vínculos de conjugalidade, de parentalidade e de filiação que não formam uma família podem ser tratados pelo direito das obrigações (excluindo-se o direito de família), ou não se constituir como objetos de direito. Os temas que compõem este núcleo temático são: a formação “jurídica” das relações conjugais; as “outras” relações conjugais; a “culpa” no término “jurídico” das relações conjugais constituídas pelo casamento; os efeitos jurídicos decorrentes do término “jurídico” das relações conjugais; a influência das relações conjugais na parentalidade; a determinação jurídica da parentalidade; a responsabilização jurídica pela morte de um membro da família.

5.3.1 A formação “jurídica” das relações conjugais

As relações conjugais constituem uma família por meio da celebração do casamento ou da declaração da união estável. A formação “jurídica” destas relações depende do enquadramento a requisitos definidos em lei; caso não se atenda a estes requisitos, define-se que relação “nunca existiu” para o direito, como no “casamento nulo”¹⁹⁴ (STJDCDF11).

A existência de uma relação conjugal entre homem e mulher por meio do casamento depende – unicamente – do cumprimento das etapas previstas em lei e da celebração do casamento, mesmo quando ele foi realizado no exterior. Em relação à união estável, os companheiros devem provar, por meio de uma ação judicial, requisitos similares aos do casamento, a depender da lei em vigência.

Para o reconhecimento da união estável, em regra, é necessário que ambas as pessoas não estejam casadas com terceiros. Entretanto, identificaram-se algumas decisões que declararam a existência da união estável, mesmo que o companheiro esteja casado. Conforme os Ministros,

A Constituição anterior à Carta Política de 1988 mencionava que a família decorre do casamento; a atual modificou plenamente a matéria e reconhece a sociedade estável, devendo o Estado incentivar a transformação em casamento. Hoje, no âmbito do Direito das Obrigações, e na espécie, resultante do Direito de Família, a companheira deve participar, em contribuindo para patrimônio, do respectivo direito, ainda que o companheiro seja casado. E mais. Pouco importa a convivência. Esta condição foi escala na evolução do instituto. (STJDCDF10).

Nas decisões analisadas, a principal dificuldade identificada para a declaração de união estável foi a definição de um prazo mínimo de convivência. Até 1994, a lei não estabelecia prazo e, assim, todas as relações conjugais que se enquadravam nos requisitos legais configuravam união estável, independentemente do prazo.

Entre os anos de 1994 a 1996, a Lei 8.971/94 esteve em vigência, e estabelecia o prazo mínimo de cinco anos para a declaração de união estável. Em 1996, entrou em vigor a Lei 9.278/96, em que se estabeleceu a obrigatoriedade de uma relação pública, duradoura e contínua, sem a definição de um prazo mínimo. Devido a esta alteração legal, os Ministros passaram a entender que, após 1996, prescindia de prazo a declaração de união estável, pois a primeira lei foi revogada por esta.

¹⁹⁴ De acordo com Plácido e Silva (2007), casamento nulo é aquele que “tendo sido celebrado com preterição de regras e formalidades essenciais, é de nenhum efeito jurídico. (...) o vício do casamento nulo é irremediável, quer dizer, não pode ser nem suprido nem sanado, salvo o da incompetência da autoridade, que se sana pelo decurso de prazo legal, sem qualquer impugnação ao casamento por ela feito. Mas, em qualquer situação, a nulidade do casamento deve ser decretada judicialmente, em face da evidência da infração ou do vício que o fere de morte” (p. 270).

A discussão dos Ministros residia, portanto, entre os anos de 1994 e 1996. Nesse período, os companheiros que rompiam suas relações conjugais propuseram ações no sentido de reconhecer a união estável para ter direito, a partir deste reconhecimento, aos efeitos jurídicos da separação¹⁹⁵. Estas ações foram julgadas pelos Ministros após esse período e o problema residia na definição de qual lei deveria ser aplicada: a primeira que estabelecia o prazo de cinco anos e estava revogada no momento da decisão, ou a segunda que não estabelecia prazo.

Em julgamento realizado no ano de 2001, os Ministros definiram que o prazo de cinco anos, para as relações rompidas nesse período, referia-se aos “benefícios da Lei n° 5.478/68 [pensão alimentícia] e aos direitos sucessórios, não condicionando o conceito de união estável, que já na Lei n°9.278/96 está apresentado como ‘convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família’” (STJDCDF143). Em outros termos, eles determinaram que a relação conjugal entre companheiros que conviveram por dois anos e meio constituía união estável e, portanto, uma família, mas estes não teriam direito à pensão alimentícia e aos direitos sucessórios.

Após a promulgação da CF/88, à união estável foi aplicado o direito de família. Dentre outros julgamentos, é possível visualizar decisões que determinavam a competência da Justiça Estadual para processar e julgar ações que tratam a respeito do reconhecimento da existência da união estável, mesmo que tal ação vise à garantia de direitos previdenciários e decorrentes do emprego do companheiro; a concessão de pensão por morte à companheira independentemente de designação. Nota-se, entretanto, que esta concessão, na união estável, necessita da comprovação da convivência e da dependência econômica, diferentemente do que ocorre com o casamento.

Anteriormente à promulgação desta Constituição, conforme observado nos capítulos anteriores, não se diferenciava juridicamente a “união estável” e o “concubinato”. Eram confundidos e tratados apenas pelo direito das obrigações como se constituíssem uma “sociedade de fato”. Por esta razão, a existência da família formada pela união estável é percebida pelos Ministros como um marco na história da legislação brasileira, como se houvesse um “antes” e um “após” a CF/88. De acordo com um dos Ministros, “é certo que a Constituição Federal regulou matéria no capítulo próprio da família. E, mais ainda, configurou a união estável entre um homem e uma mulher como entidade familiar para os fins da proteção do Estado. A proteção do Estado vem pela legislação que edita” (STJDCDF74).

As designações de “companheira” e de “concubina” são usadas como sinônimos em algumas decisões, embora haja, por alguns Ministros, a preocupação em diferenciá-las (STJDCDF26). Em julgamento ocorrido em 1989, um ano após a promulgação da CF/88, eles

¹⁹⁵ Dentre os quais, destaca-se “separação de bens” e “pensão alimentícia”, que serão posteriormente tratados.

observam a obrigatoriedade de “distinguir a companheira da simples concubina, ampliando, inclusive por força da nova ordem constitucional” (STJDCDF88).

A companheira, de acordo com o Ministro, “é a mulher que se une ao homem já separado da esposa e que a apresenta à sociedade como se legitimamente casados fossem”, “imitando o casamento” (STJDCDF88). Sobre a companheira “pesam as exigências de exclusividade, fidelidade, vida em comum sob o mesmo teto com durabilidade” (STJDCDF88). Ela se diferencia da concubina por conviver “de fato” com seu companheiro, “como se casados fossem”; e se distingue da esposa, por não ter celebrado o casamento conforme as regras estabelecidas no CC/16.

A concubina, por sua vez, é “amante, a mulher dos encontros velados, freqüentada pelo homem casado, que convive ao mesmo tempo com a esposa legítima” (STJDCDF88). Ela, assim, divide com a esposa as “atenções” e a “assistência material do marido”. De acordo com um dos Ministros,

a distinção entre os dois conceitos acha-se convenientemente gizada pelo (...), no trecho que transcrevo do voto proferido no (...): ‘Todavia, em jurídica linguagem é de se admitir a diferenciação, porque, na verdade, o cônjuge adúltero pode manter convívio no lar com a esposa e, fora, ter encontros amorosos com outra mulher, como pode também separar-se de fato da esposa, ou desfazer desse modo a sociedade conjugal, para conviver *more uxorio* com a outra parte. Na primeira hipótese o que se configura é o concubinato segundo o seu conceito moderno, e obviamente a mulher é concubina; mas, na segunda hipótese, o que se concretiza é uma união-de-fato (assim chamada por lhe faltarem as *justae nuptiae*) e a mulher merece havida como companheira; precisando melhor a diferença, é de se reconhecer que, no primeiro caso, o homem tem duas mulheres, a legítima e a outra; no segundo, ele convive apenas com a companheira, porque se afastou da mulher legítima, rompeu de fato a vida conjugal’. (STJDCDF88).

No julgamento em que é realizada esta diferenciação entre a “companheira” e a “concubina”, o debate central era a definição de uma relação conjugal como um destes institutos, e os efeitos jurídicos dela decorrentes. Os Ministros relatam que a relação em questão era entre um homem e uma mulher, os quais mantiveram uma “relação amorosa por quase dez anos”, embora ele continuasse a residir com sua mãe em outra casa. As partes da ação eram a referida mulher e o espólio deste (representado pela mãe do homem), já que ele havia falecido.

Na decisão desta ação, os Ministros se dividiram em dois entendimentos. O primeiro reconheceu a união estável, embora o homem e a mulher não tenham vivido sob o mesmo teto, esta tenha “parcas rendas” e não tenha efetivamente contribuído para a formação do patrimônio, pois era “costureira de profissão”. Um dos Ministros explica que, independentemente do patrimônio, o importante é que a autora tenha sido “a companheira nas horas felizes e também nos momentos de amargura e tristeza, assegurando apoio, incentivo e carinho”, é “o estilo de vida

adotado pelo casal, para que imprescindível a verificação se houve ou não convivência *more uxório*” (STJDCDF88).

O segundo entendimento reconheceu a relação conjugal como concubinato. Esta decisão se baseou na falta de efetiva contribuição da mulher para a formação de um patrimônio comum, no fato de a mulher ter três filhos nascidos de uma relação conjugal anterior, no uso por ela de uma faxineira para realizar os serviços domésticos (“três vezes por semana”), e no pagamento pelo homem dos bens móveis e utensílios de sua casa. Um dos Ministros que defendeu este entendimento afirma: “em última análise, temos um cidadão que mantém uma senhora naquela situação que nos tempos antigos chamava-se de ‘teúda e manteúda’, mas sem, efetivamente, morar com ela, porque residia na casa da mãe dele” (STJDCDF88).

Este entendimento foi o majoritário e a mulher não teve direito à divisão do patrimônio nem à indenização por serviços domésticos, porque se considerou que ela não contribuiu efetivamente para a construção deste patrimônio e não prestou tais serviços, já que tinha uma faxineira. Desta decisão resta a pergunta: se existia uma relação entre “concubinos” (ou seja, “amantes”), em que se exige outra mulher para dividir as “atenções” e a “assistência material” do marido, quem foi considerada a esposa ou a companheira?

As decisões analisadas mostram que embora a união estável tenha o *status* jurídico de família atribuído pela CF/88, ela não é *juridicamente* tratada de forma semelhante ao casamento (a similaridade está na exigência de requisitos iguais ao matrimônio para a declaração de sua existência pelo Poder Judiciário). Identifica-se a dificuldade em igualizar os direitos concedidos aos cônjuges e aos companheiros. Estes passaram, mesmo após a Constituição, por uma avaliação diferenciada na definição do prazo de convivência, na divisão do patrimônio decorrente do término do vínculo conjugal em razão da necessária verificação da efetiva contribuição para o patrimônio e/ou dos serviços domésticos prestados, dentre outras questões. A diferenciação, que ainda está presente na legislação brasileira quanto aos direitos sucessórios, mesmo após a promulgação do CC/02¹⁹⁶, evidencia a significativa dificuldade em aceitar a concessão de direitos

¹⁹⁶ A sucessão entre companheiros está regulada no art. 1.790 do CC/02, que define “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”. Em relação à sucessão para os casados, a ordem de vocação hereditária foi estabelecida no art. 1.829, que estatui “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais”. No CC/02, também foi determinado que “ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar” (art. 1.831).

a uma relação conjugal que não foi formalizada pelo Estado. A realização do casamento, portanto, foi e ainda é incentivada por meio da atribuição de direitos e de sua distinta concessão.

5.3.2 As “outras” relações conjugais

As relações conjugais são caracterizadas pelos Ministros por meio da monogamia e da heterossexualidade. Estas características identificavam tanto o casamento quanto a união estável. Com base nelas, proíbe-se a bigamia e o adultério, além da relação entre concubinos e entre homossexuais ficar restrita ao direito das obrigações, segundo os seus entendimentos.

O vínculo conjugal formado pelo casamento se mantém como exclusivo e, para ser declarado como existente pelos Ministros, é necessário que qualquer dos cônjuges não seja anteriormente casado com terceiro ou, se estava casado, tenha obrigatoriamente se divorciado com base na lei brasileira. A bigamia é, portanto, proibida e a ação apta a anular o segundo casamento é imprescritível, podendo o Ministério Público também propor esta ação.

Em 1989, os Ministros decidiram a respeito da prescrição no crime de bigamia, que é definido como “crime contra a família” pelo Código Penal de 1940. Nesta decisão, identifica-se que o primeiro casamento foi celebrado em 1972 e o segundo, em 1977, em Estados diferentes da Federação. A autoridade policial “só tomou conhecimento do fato” em 1983, momento em que o homem foi denunciado e condenado a dois anos de prisão. Desta decisão, houve recursos e, em 1989, os Ministros absolveram o “bígamo”, declarando a “extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva”¹⁹⁷.

A proibição da bigamia impede, inclusive, os Ministros de reconhecerem o segundo casamento entre um homem e uma mulher ocorrido no exterior e de acordo com lei estrangeira, pois o primeiro casamento de um deles não tinha se dissolvido no Brasil por meio do divórcio. Neste julgamento, foi relatado que, durante o período em que não era possível o divórcio no Brasil, um dos cônjuges – separado de fato e desquitado no território nacional – casou-se com terceiro, também brasileiro, no exterior e com este passou a viver por quase trinta anos como casados de acordo com a lei estrangeira.

Mesmo com este período de convivência, com a separação “de fato” e com a realização do casamento no exterior, os Ministros não reconheceram a relação conjugal em virtude da proibição

¹⁹⁷ Conforme Peixe (2008), a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva ocorre “quando o Estado perde o ‘jus puniendi’ [direito de punir] antes de transitar em julgado a sentença, em decorrência do decurso de tempo, entre a prática do crime e a prestação jurisdicional devida pelo Poder Judiciário, pedida na acusação, para a respectiva sanção penal ao agente criminoso”.

da bigamia ou, como também definem na decisão, da “poligamia”¹⁹⁸. Para eles, “a introdução do divórcio no Brasil veio a sucessividade de casamentos” (STJDCDF39), e não a simultaneidade.

A declaração de uma relação conjugal pelo casamento ou pela união estável exclui as demais relações. A reprovação do adultério é evidente nas decisões analisadas, o que dificulta a concessão de direitos aos concubinos. Até 1991, os Ministros não reconheciam efeitos patrimoniais, ou qualquer outro tipo de efeito jurídico, ao concubinato.

Este entendimento gerava a seguinte situação: “o homem casado, além de praticar o adultério, ainda se locupletará com o trabalho da concubina” (STJDCDF37). Na visão de alguns Ministros que modificaram este entendimento, a concubina era penalizada duas vezes: por ser concubina, não sendo a ela assegurado qualquer direito concedido às famílias em geral, e por não ter direito a divisão dos bens em virtude do seu trabalho realizado durante o concubinato, também designado de “sociedade de fato”. Por esses motivos, os Ministros modificaram esta definição.

De acordo com um dos Ministros, “a jurisprudência resistiu, durante muito tempo, a admitir a sociedade de fato, com a conseqüente partilha, em tais circunstâncias”, pois “argumentava com a impossibilidade do que qualificava de dupla meação, adjetivada de exótica, e salientava que não seria possível mantivesse o homem, simultaneamente, duas sociedades” (STJDCDF37). Após 1991, o entendimento majoritário era no sentido de regular o concubinato por meio do direito das obrigações, como se essa relação fosse uma “sociedade de fato” com caráter puramente econômico.

Em 2000, observa-se uma das 1.505 decisões judiciais analisadas que assegura à concubina normas de direito de família, embora o entendimento sobre a regulação do concubinato por meio do direito das obrigações continue majoritário. Nesta decisão, admitiu-se a concessão de um seguro de vida realizado por homem casado em favor da concubina, tendo em vista uma “situação peculiar de coexistência duradoura do *de cujus* com duas famílias e prole concomitante advinda de ambas as relações” (STJDCDF121).

Devido a esta “situação peculiar”, os Ministros deixaram de aplicar as regras contidas no CC/16 em atenção “a melhor aplicação do direito” e definiram que a relação conjugal entre os concubinos demonstrava os requisitos necessários para a constituição de união estável, de acordo com o disposto na CF/88 e com as leis específicas que tratavam sobre a matéria. Assim, é impossível “ignorar as normas legais reproduzidas, fortes da defesa dos direitos da esposa, como

¹⁹⁸ Neste caso, a decisão do Tribunal de Justiça, anterior à decisão do STJ, foi no sentido de reconhecer o casamento realizado no exterior como se fosse união estável no Brasil, em decorrência do art. 226, § 3º da CF/88. O argumento jurídico utilizado na decisão deste Tribunal tratou como central a “proteção de valores e prerrogativas humanas sobre o próprio Estado” e a existência – de fato – de “união notória e incontestável de quase 30 (trinta) anos entre homem e mulher”, a fim de declarar como existente a união estável, independentemente da realização do divórcio. Interessante notar que não houve a permissão da simultaneidade de casamentos, mas apenas o reconhecimento de uma união estável, desde que “superado o impedimento para o novo matrimônio”; em outros termos, realizado o divórcio.

também desconhecer-se, em face da situação específica dos autos, a relação concubinária estável, geradora de prole comum, que merece algum amparo, dentro da compreensão mais atual sobre a matéria” (STJDCDF121). Observa-se que o fato de existir filhos nas duas relações conjugais flexibilizou o entendimento dos Ministros e permitiu o reconhecimento destes dois vínculos.

A aceitação jurídica da união estável e do casamento como relações conjugais também está relacionada, para os Ministros, com a heterossexualidade. Por este motivo, os Ministros não consideraram que as relações entre homossexuais constituem uma família. Dentre as 1.505 decisões analisadas, apenas uma foi identificada, decidida em 1998, no sentido de definir estas relações como “sociedades de fato”, que são “de caráter puramente patrimonial” e pertencem ao direito das obrigações.

Nesta decisão, um dos companheiros (“autor” do processo) propôs uma ação contra o pai do outro (“réu”), requerendo a metade de um apartamento que eles (os companheiros) adquiriram conjuntamente durante a relação conjugal¹⁹⁹ que perdurou entre 1982 e 1989, e a indenização por danos morais, no valor do restante do apartamento, em virtude de o pai não ter cuidado do filho enquanto ele estava doente e no momento de seu falecimento. No julgamento, os Ministros consideraram que, com a farta prova juntada aos autos, o “autor” da ação havia “financeiramente contribuído” para a compra do bem imóvel e, por isso, teria direito à metade do apartamento. Nos dizeres dos Ministros,

Tratando-se de união heterossexual, a jurisprudência tem reconhecido o direito da companheira que contribui (...) receber parte do patrimônio que se formou graças a essa conjugação de esforços destinados a garantir uma situação econômica estável (...) A hipótese dos autos não se equipara a aquela do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1363 do CC: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa da incidência de regra assim tão ampla e clara significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual, desconhecendo a realidade de que essa união – embora criticada – existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional e patrimonial que o direito civil comum abrange e regula (...) o Direito não regula sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e hoje, a união estável, outras ficando a margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime e assim por diante (...) O comportamento sexual deles pode não estar de acordo com a moral vigente, mas a sociedade civil deles resultou de um ato lícito, a reunião de recursos não está vedada em lei e a formação do patrimônio comum é consequência daquela sociedade. (STJDO04)

¹⁹⁹ Neste trabalho, entende-se que o relacionamento conjugal entre homossexuais constitui união estável e forma uma família. Por isso, os companheiros serão designados de “companheiros” e o relacionamento entre eles de “relação conjugal”, diferentemente do que se apresenta na decisão analisada. Os termos utilizados pelos Ministros na decisão estarão sempre entre aspas.

Em outros termos, o “princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual” não pode impedir o recebimento pelo companheiro de uma “efetiva contribuição financeira” (“mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum”) que investiu para a compra do apartamento. O recebimento da metade do apartamento, portanto, foi concedido ao companheiro em virtude do “valor puramente econômico” que estava em discussão no processo. Em relação à indenização por danos morais no valor da outra metade do apartamento, a qual o pai recebeu a título de herança, os Ministros julgaram-na improcedente. Para eles,

O recorrente não tem razão, porém, quando pleiteia indenização pelos danos morais sofridos pelo fato de ter assistido o doente sem a colaboração do pai, recaindo unicamente sobre o autor o desgaste emocional e social inevitavelmente associados à AIDS. A pretensão não tem nenhum amparo. O fundamento do pedido estaria na omissão do pai do doente, conduta culposa que ensejaria a incidência do art. 159 do CC, suporte legal invocado pelo autor, nesse ponto. Ora, é bem evidente que a situação de dor e de constrangimento a que ficou exposto o autor decorreu exclusivamente da sua opção de vida. Inexistindo qualquer vinculação causal entre o comportamento omissivo do pai – fato reconhecido pelo acórdão – e o alegado dano sofrido pelo recorrente. Não reconhecida a existência do nexo de causalidade, inviável o conhecimento do recurso tocante à verba indenizatória por dano moral. (STJDO04)

O fato de o companheiro ter feito esta “opção de vida”, para os Ministros, repercutiu no “desgaste emocional e social inevitavelmente associados à AIDS”. A dor e o sofrimento de não ser cuidado pelo “pai” no momento de uma grave doença, que resultou no falecimento, são assim justificados pela homossexualidade do filho e a de seu companheiro.

Neste sentido, é interessante refletir: é possível afirmar que “o Direito não regula sentimentos”? Na decisão em análise, os sentimentos envolvidos são convertidos do valor afetivo para o valor econômico. A decisão observa o ponto de vista dos sentimentos do pai, cuja negligência foi justificada pela da “opção de vida” feita pelos companheiros que não seguiram a denominada “moral vigente”, e “naturaliza” o direito ao preconceito quanto à orientação sexual do filho na medida em que garante ao pai o direito à herança. Ao filho e ao companheiro não é garantido o direito de ter reconhecidos os sentimentos de rejeição, pois o pai não aceitava sua orientação sexual e não participava de sua vida, e de desamparo no momento de sua doença e morte.

Cabe referir que a literatura sociológica e antropológica brasileira é farta no estudo das relações conjugais entre homossexuais, inclusive, em relação a este período em que foram analisadas as decisões do STJ e do STF. Os diferentes estudos apresentados refletem acerca da exclusão jurídica da conjugalidade homossexual como família, da influência da religião nesta exclusão (mesmo com a laicidade do Estado brasileiro), do mito da complementaridade dos sexos e dos gêneros, das funções do homem e da mulher na família que podem repercutir nas

semelhanças e diferenças entre a homossexualidade feminina e masculina (Grossi, 2003; Heilborn, 2004; Mello, 2005, 2005a, 2006; Zambrano, 2006).

Conforme afirma Mello (2005), identifica-se, contemporaneamente, uma série de questionamentos realizados pelo movimento homossexual em torno do reconhecimento social e jurídico da dimensão familiar das uniões entre pessoas do mesmo sexo. De acordo com Grossi (2003), a relação conjugal entre homossexuais rompe com os limites da norma heterocêntrica. Dessa forma, estes questionamentos estão relacionados à afirmação ou à negação da complementaridade dos sexos e dos gêneros (Zambrano, 2006).

Mello (2006) aponta que o movimento gay e lésbico trouxe, em sua atuação política, diversos embates, os quais questionaram “os fundamentos da ordem simbólica vigente” (p. 501). Para o autor, a partir dos anos 90, os estudos passaram a focalizar na compreensão dos significados das relações amorosas e familiares, o que contribuiu para repensar a necessária existência de um pai e de uma mãe nas relações familiares conjugais e com filhos. Nesse sentido, define que

as representações sociais relativas à família, por sua vez, estão sofrendo alterações significativas no Brasil e no mundo, sendo a luta de lésbicas e gays pela conquista de legitimidade social para suas relações amorosas estáveis uma das que aponta para questionamentos profundos acerca dos fundamentos estruturadores do ideário de família conjugal. Da mesma forma, as lutas em torno do reconhecimento social e jurídico da dimensão familiar das uniões homossexuais estão constitutivamente associadas à afirmação/negação do mito da complementaridade dos sexos e dos gêneros, o qual restringe ao casal homem-mulher a competência moral e social para desempenhar as funções atribuídas à instituição familiar, especialmente no que diz respeito à parentalidade. Não se pode esquecer, por outro lado, que o não reconhecimento social e jurídico das relações amorosas estáveis entre gays e entre lésbicas como uma família é a principal interdição que atinge os homossexuais no contexto da realidade brasileira, especialmente no tocante à socialização de crianças, estando fundada numa defesa irrestrita da conjugalidade e da parentalidade como possibilidades limitadas ao universo da norma heterocêntrica. (MELLO, 2005a, p. 201).

Ao estudar a tramitação do projeto de lei 1.151, proposto pela deputada Marta Suplicy, o qual trata da união civil entre pessoas do mesmo sexo, Mello (2005) observou os conflitos existentes entre a visão laica e a visão religiosa na discussão dessa norma. “Tais confrontos entre sujeitos sociais que possuem distintas concepções de família emergem, assim, como a materialização dos embates ideológicos entre visões de mundo inclusivas e excludentes”. (MELLO, 2005a, p. 219). As visões mais inclusivas, segundo o autor, expressam o entendimento de que a cidadania e os direitos humanos devem ser assegurados ao conjunto possível de indivíduos, já as segundas, “ancoram-se na compreensão de que apenas os indivíduos que se enquadram nos limites dos valores e práticas sociais devem ser reconhecidos, incondicionalmente, como cidadãos e seres humanos.” (MELLO, 2005a, p. 220).

O autor também considera que, na esfera legal, os debates sobre a conjugalidade homossexual desconhecem as especificidades de gênero e referem-se – indistintamente – a casais de homens e de mulheres (Mello, 2005). Entretanto, é preciso considerar que a autora do projeto de lei 1151 é uma mulher e se define como feminista, enquanto a efetiva aprovação do projeto depende de homens, os quais constituem maioria absoluta no Congresso Nacional, assim como nos núcleos dirigentes das instituições religiosas, “cujos pressupostos morais estruturam os posicionamentos contrários assumidos pelos parlamentares” (MELLO, 2005a, p. 220). Para o autor, assim, “para além do heterocentrismo, portanto, o androcentrismo ainda tem sido uma forte característica dos debates relativos não só a homossexualidade, mas também a família” (MELLO, 2005a, p. 220).

Heilborn (2004) explica que “adotando-se o ponto de vista da teoria da hierarquia quanto ao modo de estruturação das relações de gênero, as configurações contrastivas no interior da relação heterossexual, bem como as que se apresentam entre os casais homossexuais dentro do contexto igualitário adquirem inteligibilidade” (p. 190). Dessa forma, a simetria apresentada pelos casais formados por mulheres “pode ser interpretado como expressão da vigência de propriedades simbólicas congruentes com a menor marcação no mundo feminino” (HEILBORN, 2004, p. 190), o que explicaria uma igualdade maior de papéis nos casais de mulheres homossexuais. Em relação aos casais formados por homens, “a questão da diferença parece apresentar-se de modo insistente” (HEILBORN, 2004, p. 190), tal como em casais heterossexuais.

Em suma, o questionamento a respeito das normas que tratam do gênero e da sexualidade, realizado por estes estudos, permite a reflexão acerca da exclusão jurídica da conjugalidade homossexual. A única decisão analisada mostra a significativa dificuldade dos homossexuais em demandar do Poder Judiciário o reconhecimento de seus direitos em razão de suas relações familiares. Esta dificuldade identificada está intimamente relacionada à caracterização de um modelo de família exclusivo pelo direito, que reflete na exclusão das relações que não se baseiam na heterossexualidade e na monogamia. Em outros termos, repercute no tratamento pelo direito das obrigações das relações conjugais construídas pelas pessoas que não se adequaram a este modelo de família, ou na afirmação de que estas relações não existem para o direito.

5.3.3 A “culpa” no término “jurídico” das relações conjugais constituídas pelo casamento

O término “jurídico” do casamento ocorre com o pedido de separação judicial e/ou de divórcio realizado por meio de uma ação judicial. Os ex-cônjuges podem requerer a separação judicial (que pode ser “consensual” ou “litigiosa”) e, posteriormente, converter esta separação em divórcio (denominada de “ação de conversão de separação judicial em divórcio”), ou solicitar o divórcio diretamente (“ação de divórcio direto”).

A separação judicial se diferencia do divórcio na medida em que, com ela, ocorre apenas a divisão dos bens e a separação de corpos; enquanto que, com o divórcio, é dissolvido o vínculo conjugal. De acordo com os Ministros, “o objeto do divórcio (dissolução do vínculo) é mais amplo e abrangente que o da separação (dissolução da sociedade conjugal)” (STJDPC09). Para eles, no pedido de separação judicial é necessária a análise de qual cônjuge foi “culpado” pela ruptura da vida conjugal; enquanto no de divórcio direto, esta verificação é prescindível.

A necessária análise da “culpa” nas ações de separação judicial repercute na decisão de sua procedência ou de improcedência. Caso o autor do processo requerer a separação judicial do casal e alegar a “culpa” do réu, ele deve prová-la para a ação ser julgada procedente; caso contrário, a ação é julgada improcedente, mantendo-se o vínculo conjugal formado pelo casamento.

Neste sentido, os Ministros decidiram pela improcedência da ação proposta pelo marido que alegou como “culpada” a esposa em virtude de ela tê-lo “injurado tanto física como verbalmente, inclusive na presença de terceiros, bem como deixado de assisti-lo e se negado a prosseguir na coabitação”, o que “tornou insuportável a vida em comum” (STJDCDF32). Em contestação, a esposa (ré da ação) afirmou que havia sido traída pelo marido com “outra mulher” e que, por esta razão, ela cometeu tais atos.

A decisão teve como fundamento o fato de a “conduta da ré ser reputada como mera consequência do comportamento reprovável do autor” (STJDCDF32). Como a esposa não requereu a separação judicial do casal devido à “culpa” do marido (em “reconvenção”), a ação foi julgada improcedente. Conforme os Ministros,

Essa reação da esposa foi tida (...) como mera consequência da atitude reprovável do marido, adúltero confesso, o qual ‘não poderia esperar que a esposa continuasse a amá-lo e respeitá-lo’ (...) a conduta desonrosa da recorrente foi considerada como causa do procedimento emocionalmente exacerbado da recorrida, de tal sorte a elidir toda e qualquer culpabilidade sua pelo desmoronamento do matrimônio (...) ‘a ausência da reconvenção impede que se decrete a separação judicial por culpa do reconvinde, mas não obsta a que se aprecie e valora a mesma culpa na ação para tê-la como improcedente, se ficar evidenciado ter sido a verdadeira responsável pelo aniquilamento da cédula familiar e causadora de transformação no comportamento do outro cônjuge’ (...) a ré somente agira de maneira desabrida, porque impelida pela situação humilhante e desonrosa que lhe impusera o comportamento do marido. A deterioração do casamento, em suma, não se dera por vera culpabilidade da ré, daí a conclusão do julgado pela improcedência da ação, simplesmente (STJDCDF32).

Em outra decisão, a ação também foi julgada improcedente pelos Ministros em virtude da “não comprovação pela autora” da “conduta desonrosa imputada ao marido” na petição inicial do processo (STJDCDF68). Nesta decisão, foi por eles informado que o Tribunal de Justiça do

Estado havia julgado procedente a ação, pois, mesmo que não se comprovasse a “conduta desonrosa do marido”, “a insuportabilidade da vida em comum autoriza a procedência da ação”.

Os Ministros do STJ, entretanto, entenderam que “indemonstrada a prova da culpa do cônjuge, e for esse o fundamento do pedido de separação, improcede a pretensão”. Para eles, não é possível a “transmutação do pedido de separação judicial por culpa em separação judicial sem culpa, e vice-versa, eis que são diversos os fundamentos de fato e de direito (causas jurídicas e causas legais) dos dois institutos” (STJDCDF68). Em outros termos, uma vez exposta a “vontade do demandante” na petição inicial, ela é “imutável” devido à “diversidade de natureza jurídica da separação-remédio e da separação-sanção, o que afasta qualquer argumento que se pretenda deduzir no sentido de que as causas de um poderiam estar implícitas nas causas do outro” (STJDCDF68).

A determinação legal a respeito da “culpa” também fez com que o Ministério Público interpusse recurso para julgar improcedente o pedido de separação judicial realizado por um dos cônjuges. Nesta decisão, o juiz de primeira instância julgou procedente a separação do casal com base na “culpa” do marido (autor da ação), embora a esposa (ré) não tivesse apresentado “reconvenção” com o pedido de separação judicial tendo por base a “culpa” daquele.

A razão apresentada pelo Ministério Público baseou-se na obrigatoriedade da ré apresentar um pedido contrário (“reconvenção”) para que a separação judicial seja julgada procedente. Não basta, portanto, a separação “de fato” do casal, é preciso provar a “culpa” e esta “culpa” ser alegada – formalmente – num pedido de separação judicial. Dessa forma, se o autor de um processo de separação alegar a “culpa” do outro cônjuge e não provar, o juiz deve julgar “improcedente” a ação e manter o vínculo conjugal formado pelo casamento.

De acordo com os Ministros, “para a procedência do pedido, sem que se comprovem os fatos alegados pelo autor, em regra, é indispensável a reconvenção nos casos em que o demandado pretenda imputar a culpa ao autor da ação de separação judicial, aforada com base no art. 5º, *caput*, da Lei 6.515/77”. Eles concordaram, portanto, com o Ministério Público, apesar de nesta decisão determinarem a separação judicial em virtude do período em que o processo estava tramitando (“há mais de 10 anos”) e de existirem “pedidos de ambas as partes ao provimento jurisdicional” (STJDCDF138)

Percebe-se, na análise das decisões, que o término “jurídico” das relações conjugais, por meio da ação de separação judicial, deve ser decidido pelos juízes. Eles podem ou não permitir a finalização deste vínculo, a depender da análise da “culpa”, e, com esta decisão, as conseqüências legais que acarretam. A valoração da “culpa” é vinculada ao pagamento da pensão alimentícia e à definição da guarda dos filhos. Constitui-se em uma forma de “culpabilizar”, por meio da lei, quem realizou algum ato considerado grave a ponto de terminar uma relação conjugal.

Na “ação de divórcio direto”, os Ministros definiram que é desnecessária a análise da “culpa”, também denominada de “causa da separação”, após a modificação da Lei 8.471 de 1989. Para eles, “não há mais que se cogitar, pelo menos não necessariamente, da análise da causa da separação (“culpa”) para efeito de decretação do divórcio direto, sendo bastante o requisito da separação de fato por dois anos consecutivos” (STJDCDF47). É suficiente, nesta ação, a comprovação da “separação de fato” por este lapso temporal.

A irrelevância da comprovação da “culpa” também é aplicada na discussão de alimentos durante a “ação de divórcio direto”. Em outros termos, “subsiste a sua obrigação de prestar alimentos ao ex-cônjuge, independentemente da cogitação de culpa pela separação do casal” (STJDCDF12).

Cabe referir que, contemporaneamente, identificam-se, nos estudos de direito de família que abordam a determinação da “culpa”, juristas contrários a sua verificação no processo judicial (Farias, 2003; Pereira, 2001; Tepedino, 1999). Para eles, não há “interesse jurídico” na sua análise, já que “não há qualquer *utilidade prática* na declaração judicial da culpa, uma vez que a guarda dos filhos, a manutenção do nome patronímico da pessoa casada, a partilha dos bens e até mesmo, o dever alimentar submetem-se a regras próprias, não se vinculando à afirmação, ou não, da culpa de qualquer dos consortes” (FARIAS, 2003, p. 73).

Segundo Farias (2003), a “culpa” não constitui a causa da separação, mas a conseqüência. Para o jurista, “é a conseqüência do único motivo que gera a dissolução de uma relação afetiva: o fim do amor, da vontade de compartilhar projetos comuns. Esta a única e verdade causa da extinção do casamento!”. Nesse sentido, Tepedino (1999) afirma a impossibilidade de determinar um “culpado” para o término da relação conjugal “a menos que se pretendesse, por absurdo, ficar um *standard* médio de *performance sexual*, ou um padrão ideal de fidelidade, cujo não-atendimento pudesse ser considerado como ilícito” (p. 379).

De acordo com Pereira (2001), “uma grande derrocada dos sistemas jurídicos contemporâneos (...) é a eliminação do elemento culpa” (p. 16), tal como o fez a Alemanha. Para o jurista,

é exatamente por ainda procurarmos um culpado pelo fracasso de nossa relação que nos impedimos de pensar as outras possibilidades da vida, as quais não estão exatamente no campo da objetividade. O Direito de Família não pode mais ignorar que a subjetividade permeia praticamente todas as suas questões, com as quais lidamos no dia-a-dia. Nós, operadores do Direito, não podemos continuar a nos enganar, ignorando o discurso inconsciente. As relações de família não podem continuar sendo tratadas pelos sistemas jurídicos como se fossem determinadas apenas pelo mundo da objetividade. Por que é que um casamento acaba? Porque apareceu um terceiro na relação, ou ele apareceu porque a relação já havia acabado? Não há que se imputar culpa pelo fim da conjugalidade (PEREIRA, 2001, p. 16).

Dessa maneira, observa-se que existe diferença, para os Ministros, entre as ações que tratam a respeito do término “jurídico” da relação conjugal: enquanto na separação judicial é determinante a avaliação da “culpa” de um dos ex-cônjuges (que acarreta, inclusive, na procedência ou não do pedido); na “ação de divórcio direto”, eles precisam viver dois anos consecutivos “separados de fato” para propor a ação. As razões para estabelecer dois anos como período de tempo padrão, pela lei e pela Constituição, não são explicitadas nas decisões analisadas. O lapso de tempo é entendido como uma comprovação da impossibilidade de retorno à vida conjugal pelo casal, como se o transcurso do tempo pudesse certificar *juridicamente* o término da relação. A separação judicial e o divórcio ainda são valorados negativamente, de modo a “culpabilizar” os cônjuges por *juridicamente* terminar uma relação conjugal que tinha o objetivo de, preferencialmente, perdurar.

5.3.4 Os efeitos jurídicos decorrentes do término “jurídico” das relações conjugais

Nas decisões que abordam o término “jurídico” das relações conjugais (separação judicial e divórcio do casamento, e dissolução da união estável) são também debatidos os efeitos jurídicos dele decorrentes. Estes efeitos são geralmente patrimoniais, por exemplo, o direito do ex-cônjuge à metade da indenização trabalhista percebido pelo outro após a “ruptura do vínculo conjugal”.

As decisões a respeito dos efeitos jurídicos pelos Ministros dependem da relação conjugal constituída, se era formada pelo casamento ou pela união estável. O casamento tem como efeitos jurídicos principais a divisão de bens (em virtude do regime de bens adotado) e a pensão alimentícia; enquanto a união estável, a divisão de bens ou a indenização pelos serviços domésticos prestados, e a pensão alimentícia.

No casamento, a divisão de bens está vinculada ao regime de bens adotados no momento de sua realização. Os regimes de bens instituídos no período em que foram analisadas as decisões judiciais são: separação de bens, comunhão universal de bens e comunhão parcial de bens. Este regime é definido pela divisão de bens adquiridos durante a relação conjugal, excluindo-se os bens definidos por lei, como os anteriores a realização do casamento.

A separação de bens tem como característica principal a incomunicabilidade dos bens, com exceção dos bens adquiridos durante o casamento pelo esforço comum de ambos os cônjuges. Inclusive, a penhora pode ser realizada por um dos cônjuges, neste regime de bens, sem o resguardo de meação do outro no bem que não foi adquirido durante a relação conjugal, em esforço comum de ambos.

Este regime de separação de bens pode ser obrigatório ou facultativo. O regime obrigatório se constitui na imposição legal para a adoção da separação de bens e atinge a mulher com mais de cinquenta anos, o ex-cônjuge que contrai novo matrimônio enquanto não realiza a

partilha de bens. De acordo com os Ministros, não há obrigatoriedade neste caso, se o ex-cônjuge estiver impossibilitado de atuar como inventariante devido ao término da sociedade conjugal e de realizar a partilha de bens pelo falecimento da ex-esposa após a decretação da separação ou do divórcio.

Embora determinado legalmente, o regime de separação obrigatória permite que o cônjuge sobrevivente tenha direito real ao usufruto. Dessa maneira, ele tem “direito a usar e gozar dos bens” do casal, limitado à metade cabível ao do cônjuge falecido (“*de cujus*”), até o processamento de inventário e posterior partilha de bens, a qual é realizada de acordo com as regras previstas para este regime de bens.

No regime de comunhão universal de bens, a regra é a comunicabilidade dos bens, tanto os que os cônjuges tinham antes de se casarem, quanto os que adquiriram durante a sociedade conjugal, independentemente da discussão sobre o esforço comum para a aquisição. E mesmo que cessada a relação por separação judicial, o patrimônio comum subsiste até a realização da partilha, impedindo a cobrança de aluguéis, por exemplo, mesmo que um dos ex-cônjuges ocupe sozinho o bem imóvel comum.

Em decorrência do término do casamento, determina-se também a pensão alimentícia. Esta pensão deve ser estipulada no momento da separação judicial; caso a decisão seja homologada pelo juiz sem a estipulação dos alimentos, como no caso da separação judicial consensual, considera-se que eles foram renunciados pelos cônjuges. Os alimentos estipulados durante a separação judicial podem ser revistos ou exonerados a depender da situação econômica de quem paga (“alimentante”) e quem recebe (“alimentando”). De acordo com o entendimento dos Ministros, para a determinação dos alimentos é necessário se verificar o vínculo “necessidade/possibilidade” entre os ex-cônjuges.

Neste sentido, os Ministros reformularam a decisão do Tribunal de Justiça do Estado, que tinha limitado o pagamento da pensão alimentícia do ex-marido em relação à ex-esposa pelo prazo de um ano “à consideração de que a mulher é professora municipal, com renda própria”, em virtude da necessidade de alimentos desta e da possibilidade de pagamento pelo primeiro. Eles consideraram a “dedicação da mulher à família por mais de 20 (vinte) anos, impedindo-a de melhorar sua formação profissional, com a conseqüência de ter remuneração insuficiente para atender-lhe as despesas básicas” (STJDCDF146).

Para os Ministros, a diferença salarial dos ex-cônjuges, identificada no processo, deve-se à “dupla jornada” enfrentada pela esposa durante a convivência conjugal. No período em que se manteve o casamento, “por mais de vinte anos”, ela teve “a sua vida profissional prejudicada, já que a ‘jornada’ do lar, muitas vezes implica na impossibilidade de realizar cursos que possam lhe possibilitar uma ascensão profissional” (STJDCDF146).

Além disso, os Ministros entenderam que “o marido logrou alcançar elevado padrão social e profissional” devido à “ajuda moral do cônjuge virago, para que assim o cônjuge varão fosse bem sucedido e como tal” (STJDCDF146). Por essas razões, observaram que o ex-marido tinha a possibilidade de pagar pensão alimentícia por um período mais longo, já que “não é razoável” o entendimento de que a ex-esposa possa “reorganizar sua vida profissional” em um ano, “contando hoje com 48 anos, sendo que 20 deles dedicando-se integralmente à família”²⁰⁰ (STJDCDF146).

De acordo com eles, as causas para exonerar a prestação alimentícia são: “a) convolação de novas núpcias ou estabelecimento de relação concubinária [união estável] pelo ex-cônjuge pensionado; b) adoção de comportamento indigno; c) alteração das condições econômicas dos ex-cônjuges em relação às existentes ao tempo da dissolução da sociedade conjugal” (STJDCDF26). A “concepção de filho fruto de relação sexual mantida com terceiro” ou o “namoro com terceiro”, após a separação judicial, não constituem causas para a exoneração da pensão alimentícia. Nos seus dizeres,

As relações sexuais eventualmente mantidas com terceiros após a dissolução da sociedade conjugal, desde que não se comprove desregramento de conduta, não tem o condão de ensejar a exoneração da obrigação alimentar, dado que não estão os ex-cônjuges impedidos de estabelecer novas relações e buscar, em novos parceiros, afinidades e sentimentos capazes de possibilitar-lhes um futuro convívio afetivo e feliz. (STJDCDF88)

Dessa maneira, afirmam que, com a separação judicial, cessa a “obrigação de fidelidade recíproca”. Por esse motivo, o “alimentando” pode se relacionar com outra pessoa, desde que “não se comprove desregramento de conduta”²⁰¹.

²⁰⁰ Almeida (2002), ao analisar as decisões judiciais expressas em acórdãos que abordam a dissolução da sociedade conjugal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJ-SC) nos anos 90, identificou que “em geral, os julgadores consideram que a mulher tem direito de receber pensão alimentícia do marido em duas situações: 1) se a separação ocorreu devido à culpa exclusiva do marido; 2) se após a separação conjugal a mulher estava em idade avançada. No primeiro caso, juízes entendem que a culpa do marido estaria caracterizada por algum tipo de descumprimento dos deveres conjugais, tanto os previstos na lei quanto os agregados por saberes locais. Nos acórdãos aparecem os casos de comportamento agressivo da parte do marido para com a esposa, abandono do lar sem justa causa, o não provimento material da família, ou qualquer outro motivo compreendido como ofensa grave ao casamento. A concessão da pensão alimentícia para a segunda situação é fundamentada pelos desembargadores pelo argumento de que em idade avançada há maior dificuldade de ingresso ou retorno ao mercado de trabalho, o que a impossibilitaria de manter seu próprio sustento. Essa situação assume maior peso se ela deixou de trabalhar a pedido do ex-marido ou em decorrência do casamento, para dedicar cuidados aos filhos e à casa, o que a teria impedido de se atualizar nas atividades profissionais” (p. 44).

²⁰¹ Na análise dos acórdãos dos anos 90 do TJ-SC, que abordaram a dissolução conjugal, Almeida (2002) observou que “se a mulher passa a se relacionar com outro homem após a separação, os julgadores entendem que o ex-marido não conserva a obrigação de pagar pensão alimentícia a ela. Eles fundamentam o direito de cancelamento/exoneração da prestação no argumento de que a ex-mulher já convive com outro que preencheu o papel de provedor de suas necessidades materiais e de seu sustento. O entendimento é de que a mulher, ao assumir novo relacionamento, terá sua renda garantida pelo novo companheiro” (p. 46). Para a autora, “isto remete a três pontos: o primeiro, a exclusividade do papel de provedor atribuído ao homem alicerçado a idéia de que a mulher precisa de um provedor; o segundo, que o pagamento da pensão alimentícia está associado ao controle da sexualidade da mulher. O terceiro é que à mulher só resta a opção de escolher entre os dois homens e assumir a responsabilidade da escolha” (ALMEIDA, 2002, p. 47).

Os efeitos jurídicos do término “jurídico” da união estável são determinados por meio da propositura de uma “ação de declaração e dissolução de união estável” ou, caso eles já tenham uma sentença judicial que comprove a sua união, apenas da “ação de dissolução de união estável”. A obrigatoriedade dessas ações reside na exigência legal para definir a data do início e do término da relação, o que repercute na comprovação do esforço dos ex-companheiros na constituição de seu patrimônio comum.

A partir destas ações, podem os ex-companheiros dividir o patrimônio construído conjuntamente. Caso a ação declaratória de união estável seja proposta após o falecimento de um dos companheiros, pode figurar como “réu” do processo os herdeiros para “defender” a herança. Após a finalização dos processos, dá-se continuidade à partilha de bens, que é realizada de acordo com o determinado na sentença.

Na análise das decisões judiciais, identifica-se uma divisão temporal quanto às regras de divisão dos bens entre os ex-companheiros. Nas uniões estáveis terminadas até a publicação da Lei 9.278/96, comprovado o esforço comum na aquisição ou incremento do patrimônio, os ex-companheiros tinham direito à partilha dos bens. Esse entendimento, após diversas decisões no mesmo sentido tanto do STJ quanto do STF, foi sumulado por este Tribunal. Conforme o enunciado da súmula nº 380 do STF, “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos [companheiros], é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Contudo, esta divisão não era necessariamente realizada em partes iguais, já que, para os Ministros, os ex-companheiros não tinham direito à meação (ou seja, a metade dos bens), diferentemente do que ocorria para o casamento. Media-se, assim, a contribuição de cada ex-companheiro, por meio do que se designava de “esforço para a aquisição ou para a implementação do patrimônio” (STJDCDF148).

Em outros termos, quem percebia um salário mais vantajoso, por exemplo, recebia uma parcela maior na divisão dos bens, pois se entendia que este havia contribuído efetivamente com maior valor para a aquisição do bem. Com base neste entendimento, em uma dissolução da união estável ocorrida antes de 1996, os Ministros decidiram que a ex-companheira teve direito a 10% do total de bens, já que o ex-companheiro havia contribuído com o maior valor na aquisição dos bens comuns.

A aferição da contribuição do valor por cada cônjuge na formação do patrimônio comum foi realizada, neste julgamento, por meio da apuração dos rendimentos de ambos num período de cinco anos. Nota-se que os ex-companheiros conviveram cerca de dez anos e tiveram um filho nesse período. De acordo com os Ministros, a declaração da união estável não admite a aplicação

das regras relativas aos bens próprios do casamento nem pode ser equiparada à relação empregatícia. Por esses motivos, dividiam-se os bens aplicando o critério da contribuição efetiva.

Nesse período (até a publicação da Lei 9.278/96), quando a ex-companheira não tinha direito à divisão de bens, pois não aferia renda, ela era indenizada pelos serviços domésticos prestados. Essa orientação era, assim, fundamentada:

os cuidados que a mulher dispensa para a casa, o desvelo com os filhos, quando existentes, o amparo psicológico e afetivo entre os companheiros, propiciando um ambiente favorável para a vivência social e profissional, tudo deve ser considerado como fator determinante da existência dos laços familiares e, inclusive, para a formação de um patrimônio economicamente apreciável, ainda que a contribuição da mulher não tenha sido através de aportes de recursos ou de trabalhos profissional desenvolvido diretamente na atividade desempenhada pelo companheiro (STJDCDF46).

A indenização, portanto, baseava-se nos “cuidados que a mulher dispensa para a casa”, tanto em relação ao marido quanto aos filhos. Era necessário se provar o “cuidado”, já que esta indenização “se dá quando a mulher – geralmente de nível bastante inferior ao homem – lhe serve como doméstica além de concubina, ou seja, amásia e empregada, e, assim, pode obter uma indenização compensatória por serviços prestados” (STJDCDF04).

Caso a ex-companheira tivesse “nível superior” de escolaridade, ela não tinha direito aos serviços domésticos prestados, pois a sua atividade como “dona de casa”, como “organizadora da infra-estrutura familiar doméstica”, não era indenizável. Nesse sentido, explica o Ministro:

A autora, de nível superior – odontóloga tal como o réu – é pessoa intelectualmente do mesmo nível que o réu, e igualmente trabalhando em sua profissão conforme ampla prova existente nos autos. Portanto, ambos estão no mesmo nível, não havendo lugar para falar-se em serviços domésticos prestados. A atividade da mulher no lar, como dona de casa, organizadora da infra-estrutura familiar doméstica não poderá, data vênua, ser remunerável, por faltar-lhe causa. É todo complexo ético, insuscetível de apreciação econômica nos termos da ação. Assim, desnecessária a longa prova feita da concubina e da vida familiar da autora. As testemunhas (...) afirmam que a autora sempre foi boa aluna e mãe exemplar, situação que nada tem a ver com o pedido. Ao contrário, revelam que a autora sempre desfrutou de uma certa situação de classe média, não havendo prova de que tenha, por isso, contribuído para a elevação do patrimônio do réu. Apesar de ser estadual, a universidade era paga, e segundo as próprias testemunhas da autora, pelo réu (...). Trata-se portanto de situação diversa da relatada pela autora ao longo do processo. A prova testemunhal (...) informa a existência eventual de empregadas ou auxiliares da autora, no lar, o que retira a exclusiva atividade doméstica por ela reivindicada. Aliás, não poderia ser assim, já que freqüentava a faculdade com assiduidade – não poderia trabalhar em casa exclusivamente como doméstica. Inexistindo, portanto, os pressupostos que caracterizariam a situação de sociedade de fato, e não existindo qualquer prova de serviços domésticos remuneráveis, executados pela autora e que tenham redundado, de algum modo, na elevação do patrimônio do réu, é de ser rejeitado o pedido totalmente. (STJDCDF04).

Os critérios utilizados para a definição da indenização pelos serviços domésticos prestados se fundamentavam no período em que durou a união estável, no montante do patrimônio, nas

condições pessoais de cada companheiro e na existência ou não de uma empregada para realizar o serviço doméstico. Partindo-se destes requisitos, em um dos julgamentos, foi concedido a ex-companheira 30% do patrimônio adquirido durante a união estável a título de indenização pelos serviços domésticos prestados, já que o patrimônio do ex-companheiro anterior a união, bastante elevado, teria “natural crescimento” sem a colaboração da ex-companheira.

Para as uniões estáveis rompidas após 1996, com a publicação de Lei nº 9.278, modificou-se, com certa resistência, o entendimento da maioria dos Ministros e passou a ser aplicada a regra da comunhão parcial de bens às uniões estáveis, independentemente de análise sobre a aferição de renda e a prestação de serviços domésticos. Nesta regra, os bens são divididos em partes iguais, já que os companheiros têm direito à meação.

Outro efeito jurídico abordado pelos Ministros quanto à união estável é a pensão alimentícia. De acordo com eles, “o dever de solidariedade não decorre exclusivamente do casamento, mas também da realidade do laço familiar”, que inclui a união estável. Eles consideram que esta relação conjugal está prevista na CF/88 e, por esse motivo, é possível a concessão de pensão alimentícia mesmo antes do advento da Lei 8.971/94, tendo por base os mesmos critérios aplicados ao casamento (vínculo “necessidade/possibilidade”).

Conforme os Ministros, os julgamentos que abordam os efeitos jurídicos do término “jurídico” do casamento e da união estável, em geral, caracterizam “pretensões conflitantes”. Em uma das decisões, eles identificaram dois “interesses” distintos na divisão de bens de uma separação judicial: “a do varão, querendo ficar com o imóvel, não sujeito a condomínio com terceiros, onde reside com sua nova família; a da mulher, exigindo a imediata alienação judicial de todos os bens”.

Estes “interesses” estavam relacionados com a separação judicial do casal e com a “nova família” do ex-cônjuge, que passou a residir em um dos imóveis. Com o objetivo de “não prejudicar ou favorecer” apenas um deles, os Ministros decidiram que, “salvo melhor juízo, a solução mais razoável é a de fazer o leilão por etapas”. Assim, os demais bens seriam vendidos primeiro e, se o “produto do leilão não for suficiente para atender a meação da mulher”, seria alienado “o imóvel onde o varão tem residência com a nova família” (STJDCDF133).

Em outra decisão, um dos Ministros torna clara esta questão: “é notório o conflito pelo final da sociedade conjugal, já que, em decorrência, o pai da ex-mulher (administrador das terras) proibiu que seu ex-genro continuasse utilizando uma passagem por suas terras que levasse a estrada (servidão de passagem)” (STJDPC29). O resultado desta ação mostra a preocupação dos Ministros em julgar da “maneira mais razoável possível”, tendo em vista as “pretensões conflitantes” identificadas no processo envolver os ex-cônjuges e seus familiares, e a possibilidade de “novos” conflitos decorrentes deste.

Cabe referir que, apesar da significativa diferença dos efeitos jurídicos decorrentes do término “jurídico” do casamento e da união estável, o seu tratamento, nas decisões analisadas, é realizado em relação ao patrimônio e ao julgamento das “pretensões conflitantes” de “maneira mais razoável”. Neste sentido, é evidente o esforço dos Ministros em “equilibrar” os “interesses” dos ex-cônjuges e dos ex-companheiros, objetivando solucionar os conflitos jurídicos esboçados pelas “partes” e dificultar o início de “novos”, decorrentes destes.

5.3.5 A influência do término das relações conjugais na parentalidade

O término do casamento e da união estável influencia na relação parental devido às “novas regras” que devem ser definidas para o cuidado dos filhos. Este cuidado é traduzido, pelos Ministros, na determinação da guarda e no pagamento de pensão alimentícia, além da repercussão do gasto financeiro que cada pai tem com seu filho em outras disputas judiciais dos pais.

A guarda e a pensão alimentícia devem ser definidas preferencialmente no mesmo processo. No transcurso da ação, é possível decidir sobre a guarda provisória e concedê-la para um dos pais até que finalize a ação. De acordo com os Ministros, desde que um dos ex-cônjuges, que possui a guarda provisória dos filhos, comunique ao outro o local onde está, pode fixar novo domicílio juntamente com os filhos em qualquer parte do território nacional, tendo em vista o “direito constitucional de locomoção” (STJDCDF83). Ao final do transcurso do processo, a guarda definitiva é determinada pelos Ministros, a qual é atribuída geralmente à mãe ou ao pai, atendendo o “melhor interesse” dos filhos.

Conforme os Ministros, em relação à “guarda de filhos de casal separado, antes do interesse dos pais, pode e deve o juiz decidir no sentido do que mais convenha aos menores. Tal entendimento encontra inteiro respaldo nas disposições da Lei 6.515, de 1977, a respeito da proteção da pessoa dos filhos” (STJDCDF31). Para eles, pode-se conceder excepcionalmente a guarda dos filhos aos avós, desde que a decisão venha a proteger aos filhos e a atender o “melhor interesse” deles.

Nesse sentido, em uma das decisões os Ministros conferiram a guarda à avó, pois consideraram que os pais não conseguiriam cuidar de seus filhos. Neste julgamento, observa-se que o recurso foi interposto pelo pai para alterar a guarda dos dois filhos, “menores de idade”, que residiam com a mãe. Ele alegou que esta praticou “conduta desonrosa” e, portanto, ele deveria ficar com a guarda; e que, na decisão anterior de um Tribunal de Justiça Estadual, foi deferida a guarda à avó materna, a qual não participou do processo, pois os desembargadores entenderam que esta determinação atendia o “melhor interesse das crianças” e era “inconveniente aos filhos ficarem com qualquer dos pais” (STJDCDF31).

Em virtude da concessão da guarda objetivar o cuidado dos filhos, ela não pode ser atribuída para a avó com a finalidade previdenciária. Por esse motivo, observa-se, em uma das decisões analisadas, que a avó requereu a guarda de seu neto, com a anuência dos pais, para colocá-lo como seu dependente para fins previdenciários, resguardando a estes a guarda e a manutenção da companhia do filho. Segundo ela, os pais não têm condições financeiras suficientes para sustentar a criança e, por esse motivo, pediu que o neto se tornasse seu dependente para todos os fins e efeitos de direito. De acordo com os Ministros, a guarda não pode ser concedida à avó nesse caso, já que os benefícios previdenciários são a “conseqüência” e não a “causa do estado de guarda”. Eles afirmaram ainda que a criança tem “pais jovens” que estão em sua companhia e que podem assegurar condições mínimas de sustento (STJDCDF63).

A influência do término da relação conjugal dos pais também está presente na determinação do valor pago a título de pensão alimentícia. Durante a tramitação do processo judicial, a definição deste valor pode ser feita de forma provisória, no momento em que o juiz recebe a ação, ou definitiva, na sentença judicial. Para os Ministros, existem duas vias para requerer alimentos com base na legislação brasileira.

Na primeira via, existe a “prova pré-constituída de paternidade”, geralmente realizada com a declaração da paternidade na Certidão de Nascimento, e a pensão alimentícia é paga desde a citação do “alimentando” no processo (art. 13 da Lei nº 5.478/68). Nesse caso, a denominada “ação de alimentos” tramita de forma célere e tem o procedimento simplificado, e o juiz pode fixar o seu valor, provisoriamente, no momento em que receber a ação, por meio de um despacho. Existe, assim, a determinação dos chamados “alimentos provisórios ou provisionais” que são tornados definitivos com o mesmo valor, majorado ou diminuído, na sentença judicial.

Na segunda via, não há “prova pré-constituída de paternidade” e o filho, em regra representado por sua mãe, promove a “ação de investigação de paternidade cumulada com ação de alimentos”, que transcorre pela via ordinária. Apenas ao final do trâmite desta ação, na sentença judicial, o juiz fixa o valor dos alimentos devidos, caso o “suposto pai seja realmente o pai”.

A prestação alimentícia, quando já existe “prova pré-constituída de paternidade”, deve ser paga a todos os filhos, sem discriminação, tendo em vista o “princípio da igualdade jurídica de filiação” presente na CF/88. Nesse sentido, os Ministros decidiram que o filho concebido em uma relação extraconjugal, antes chamado de “adulterino”, também tem direito à prestação alimentícia.

A pensão decorre da previsão legal, conforme afirmam. E os alimentos são devidos pelos pais, filhos e colaterais até o segundo grau, o que não abrange tios e sobrinhos. Isso ocorre quando os pais não têm condições financeiras suficientes de arcar com o pagamento e, para o “melhor interesse da criança”, a rede de parentesco é chamada a auxiliar.

Os Ministros denominam esta prestação paga pela rede de parentesco de “pensão complementar e/ou sucessiva”. Ela é paga quando o pai ou a mãe não conseguem arcar com o valor necessário para o sustento financeiro da criança após a verificação de suas disponibilidades econômicas. É imprescindível, assim, a anterior avaliação dos recursos financeiros do pai ou da mãe que são os “devedores principais da obrigação alimentícia”, para então, requerer judicialmente aos parentes, os quais pagam na medida de suas possibilidades (definição do vínculo “necessidade/possibilidade”).

A responsabilidade dos avós, deriva do vínculo de parentesco entre eles e os netos, e é dividida entre os avós paternos e maternos. Conforme afirmam os Ministros, “os avós podem ser instados a pagar alimentos aos netos por obrigação própria, complementar e/ou sucessiva, mas não solidária. Na hipótese de alimentos complementares, tal como no caso, a obrigação de prestá-los se dilui entre todos os avós, paternos e maternos” (STJDCDF159).

De acordo com eles, “é inegável que os avós, como parentes próximos, em linha direta, dos netos, têm o dever, em dispondo de meios para tanto, de prestar alimentos, seja integralmente, seja parcialmente, na hipótese de impossibilidade dos pais. Isso não se discute” (STJDCDF159). O problema na determinação da responsabilidade dos avós quando o pai ou a mãe, que é devedor(a) principal da obrigação alimentar, tem condições financeiras mas é inadimplente. Nesse caso, identificam-se entendimentos contrários nas decisões analisadas.

No primeiro entendimento, não é possível transferir a obrigação alimentar aos avós pela falta de pagamento. Em outros termos, a razão para o pagamento de alimentos pelos avós não está na constante inadimplência dos pais, mas sim, na insuficiente condição econômica destes. Tal como se identifica na análise de uma das decisões, embora seja incontroverso que o pai não cumpre a obrigação alimentar, sob a alegação de que não mantém emprego regular (apenas empregos esporádicos, sem vínculo empregatício), e que mantenha padrão de vida “acima da média” (proporcionado pelos seus pais, avós paternos), pois participa de viagens ao exterior e de lazer de luxo em barco e iates, a inadimplência e o “estilo de vida” não pode obrigar os avós ao pagamento da prestação alimentícia.

Neste julgamento, houve um voto divergente, que foi “voto-vencido” nesta decisão. Para este Ministro, “se o obrigado a alimentos é sustentado por seus pais, e não havendo como receber dele o pontual cumprimento da obrigação, o dever se transfere aos avós”. Segundo ele,

a não ser assim, teríamos a perpetuidade da situação que hoje os autos retratam, conforme exposto no r. acórdão recorrido: o pai e obrigado a alimentos é sustentado por seus pais e mantém vida de alto padrão; como não tem ele renda própria, condena seus filhos ao sacrifício de não disporem de recursos sequer para a mensalidade escolar. Se fosse um empregado de salário mínimo, seria possível o desconto em folha de uma parcela mensal;

como vive às custas dos pais, e à larga, fica ele sem nada pagar, e desonerados os avós (STJDCDF159).

Conforme o Ministro, quando configurada essa situação, a obrigação alimentar deveria recair sobre os avós, inclusive, pelo inadimplemento do pai. Esta foi a fundamentação utilizada para o segundo entendimento, o qual é majoritário em outra decisão. Ele explica que pode recair a obrigação alimentar sobre os avós “quando há ascendentes com reconhecidas condições econômicas e financeiras para complementarem o pensionamento mensal, enquanto que o pai os presta de modo desidioso e insuficiente” (STJDCDF162).

O Ministro conclui: “não estou dizendo que os filhos podem escolher arbitrariamente o parente mais distante; porém, quando demonstrado que apesar dos esforços em juízo, o cumprimento do pai não é bastante, pode sim a pretensão se dirigir contra o avô” (STJDCDF162). A forma desidiosa e insuficiência no pagamento pelo pai, dessa maneira, enseja a obrigação dos avós a pagar alimentos.

O valor pago a título de alimentos pode ser revisto, majorado ou reduzido, no momento em que se configura a modificação nas condições econômicas. Uma das maneiras identificadas nas decisões analisadas de redução no valor da pensão é a constituição de uma “nova família” pelo “alimentante”. De igual maneira, este pode ser exonerado de suas obrigações, quando se finalizam as condições necessárias para o pagamento, por exemplo, com a maioria dos filhos.

A “ação de alimentos”, inclusive o processo de execução, transcorre no foro de domicílio do “alimentando”, tendo em vista o art. 100, II, CPC. A preferência atribuída a este – legalmente – para tramitar o processo no local onde está domiciliado, deve-se ao fato de ele ser considerado a “parte mais fraca na relação processual”. A falta de pagamento dos alimentos, aliado a atitudes do “alimentante” que evitam o cumprimento desta determinação judicial, permite a decretação de sua prisão.

Além da determinação da guarda e da pensão alimentícia, o término de uma relação conjugal pode repercutir em situações que os gastos financeiros que cada pai tem com seu filho são o foco de discussão. Em uma das decisões analisadas, um dos ex-cônjuges permaneceu residindo no imóvel, com a posse exclusiva, enquanto o bem não foi vendido e o dinheiro dividido entre eles.

Neste julgamento, os Ministros decidiram que é possível a concessão de direito à indenização pelo uso da propriedade que era do casal. A indenização não corresponde ao pagamento de aluguel, já que o ex-cônjuge residia com o filho que tiveram conjuntamente, o que poderia repercutir, caso ele tivesse que pagar aluguel, no aumento do pagamento de pensão alimentícia paga pela ex-cônjuge.

Nas decisões analisadas, observa-se a significativa influência do término da relação conjugal na parentalidade na medida em que o cuidado dos filhos, traduzidos pelo direito na definição da guarda e da pensão alimentícia, é envolvido pela “disputa” dos pais. Em uma destas decisões, julgada em 1992, esta situação fica evidente.

Os Ministros relatam que os pais tinham três filhos “menores” e estavam separados “de fato”. Os filhos residiam com a mãe e, em 1985, o pai “ajuizou um pedido de posse e guarda”, no Juízo de Menores da cidade X, no Estado A, “dizendo falsamente que os menores estavam em situação irregular”. O juiz “deferiu a guarda provisória” e determinou a “apreensão dos menores” na cidade Y, no Estado B (onde residiam com a mãe), a qual foi, de acordo com o processo, realizada no período em que as crianças estavam na escola.

Ao tomar conhecimento da “falsa alegação”, o juiz sustou a decisão e definiu que os filhos deveriam voltar para a mãe, sendo que já estavam residindo com o pai. “Cerca de (60) sessenta recursos foram apresentados pelo pai, todos repelidos pelos Tribunais, inclusive o Excelso Pretório”, e outros tantos recursos foram apresentados pela mãe (STFDCA23). A maioria dos recursos foi relatada pelos Ministros e as suas decisões, na maioria das vezes, são conflitantes. No voto de cada Ministro, é possível observar novas informações, a depender da decisão que está sendo tomada.

Dentre as informações apresentadas, destaca-se o relato de duas audiências com os três filhos, realizado com juízes e promotores diferentes, uma na cidade do pai e a outra na da mãe. Para as crianças foi perguntado quem era a sua família, com quem queriam residir, se gostavam dos pais, se os pais tinham um novo companheiro ou companheira, como era o relacionamento com avós e se gostavam deles, se eles “apanhavam” ou sofriam algum tipo de violência, se obedeciam às ordens dos pais e, assim, por diante.

Por um lado, a “escuta” das crianças pelos juízes e promotores, durante a audiência, foi positiva na medida em que se buscou a compreensão de como elas estavam se sentindo em relação à “disputa” em que foram envolvidas pelos pais; por outro, colocou-se o filho na situação difícil e desgastante de ter que decidir com qual dos pais preferia residir, retirando-se, com a decisão da criança, o dever e o “peso” da decisão dos adultos, ou seja, dos pais e, inclusive, do juiz. Cabe referir que existem outras formas de analisar o “melhor interesse da criança”, que não reflete nesta posição difícil para ela. Dentre elas, pode-se citar o relato psicossocial do caso, em que psicólogos e assistentes sociais podem ter contato com os pais e os filhos, compreender e analisar o que está acontecendo e, assim, decidirem conjuntamente com o juiz.

Esta paradoxal situação em que a criança é colocada pode repercutir em mágoas e ressentimentos dos pais em relação a ela, na medida em que o não escolhido tende a questionar a razão pela qual o filho não o escolheu, ao invés de se perguntar a respeito da sua atitude quanto à

situação ocorrida. Em outros termos, o “peso” colocado nos filhos para a escolha exime os pais de responsabilidade a respeito da “disputa” criada por eles. Na decisão analisada, os três filhos responderam que preferiam residir com a mãe. Mesmo com o difícil lugar que se colocou os filhos, os Ministros relatam que o juiz da cidade onde o pai residia manteve as crianças morando com o pai, baseado no entendimento de que “a insuportabilidade de vida em comum do casal (pais)” trouxe “vários reflexos na educação de seus filhos, mas em momento algum foram seus direitos ameaçados ou violados” (STFDCA23).

Os Ministros também informam a “decisão liminar” deste recurso que eles estavam julgando, em que foi decidido que os filhos deveriam ficar com os avós maternos, com o que, o juiz da cidade X, no Estado A, ficou resignado:

Com o respeito devido e acatamento que Vossa Excelência merece, contudo é esta para dizer que em havendo vivos e com paradeiro certo de pai e mãe não se dá a guarda para avós, pois os filhos têm o direito de ‘ser criados na família natural e só, excepcionalmente, na substituta’. Se a mãe desistiu do pátrio poder não o fez o pai, cabendo-lhe, como tutor nato, a educação, assistência e manutenção do filho (STFDCA23).

Ao final do julgamento do recurso, os Ministros decidiram que as crianças residiriam com a mãe e os avós maternos. Esta decisão foi tomada após quase cinco anos desde a primeira ação. Nesse período, elas residiram a metade do tempo com cada um dos pais e é informado, inclusive, que elas perderam meses de aulas, foram transferidas diversas vezes de escola e tiveram dificuldades na adaptação. Na leitura desta decisão é evidente desconforto dos Ministros com a situação e a necessidade de eles auto-afirmarem o seu dever de juízes. Nos seus dizeres:

Há de presumir-se que o magistrado, no exercício desse delicado múnus, terá presentes os superiores interesses dos mais desprotegidos que são os menores, sempre vítimas do infortúnio que é a desavença entre seus pais (...) Temos, nos autos, a revelação do que pode ocorrer quando progenitores não se entendem, quando há uma luta maior entre cônjuges em torno da orientação e da criação dos filhos. O quadro é, até mesmo, estarrecedor (...) Costumo dizer que é muito difícil, pelo que se ouve na assentada de julgamento, votar-se. Quase sempre o magistrado precisa refletir sobre aspectos veiculados na assentada e formar, ele próprio, convencimento (...) Os juízes são, de igual modo, sensíveis aos dramas humanos, particularmente, que também somos pais, diante da realidade de sofrimento de menores, que se vêem na triste contingência de ficar como verdadeiros objetos nas disputas entre pai e mãe. Desde logo e antes de tudo, como juiz, penso que seria de conclamar os pais, para que não sobreponham os seus interesses pessoais, as atitudes de revanches ou de ódios entre si, aos interesses maiores e superiores daqueles seres que geraram (STFDCA23).

Dessa maneira, evidencia-se a dificuldade dos pais em finalizar a sua relação conjugal e estabelecer “novos” acordos para o “depois” do término, enfrentando as mágoas, tristezas e ressentimentos que o final da relação pode ocasionar. Existe, inclusive, uma expressão citada por um dos Ministros que evidencia esta situação: “no início da relação é ‘meu bem’; no final, ‘meus

bens””, sendo que um destes “bens” é o filho. A dificuldade dos pais em lidar com os conflitos derivados do término de sua relação conjugal envolve os filhos e repercute significativamente em suas vidas, os quais são utilizados como “objetos” para definir quem é, para os pais, o “ganhador da disputa”. E esta situação reflete na guarda e na pensão alimentícia, no cuidado que as crianças devem ter para atender o seu “melhor interesse”.

5.3.6 A determinação jurídica da parentalidade

A determinação jurídica da parentalidade está presente em diversas decisões, quer pela discussão em torno de quais ações podem ser propostas para “investigá-la”, quer pela definição de como é provado o vínculo entre pai/mãe e filho(a)s. O foco da discussão está no pai e filho(a) nas decisões que tratam sobre a “verdade real” do exame genético, e em ambos os pais nas que abordam a adoção nacional e internacional e a “adoção à brasileira”.

5.3.6.1 Formas de “investigação de paternidade”

A paternidade é a base da discussão das “ações investigatórias”. Isso se deve ao fato de que, para os Ministros, o “antigo” brocardo jurídico “mãe é certa, pai é incerto” ainda tem validade jurídica. A função da mulher, nesta compreensão, está intimamente relacionada a sua gravidez. Ou seja, é mãe a mulher que esteve grávida. O pai, para eles, já é “mais difícil” de determinar juridicamente. Por esse motivo, os Ministros afirmam que “a paternidade é uma presunção”, a qual prevalece enquanto “não comprovada a separação do casal, nem contestada a paternidade pelo marido” (STJDCDF162) .

Algumas presunções legais utilizadas desde o início da história legislativa continuam a ser aplicadas pelos Ministros, tais como “*pater is est quem nuptiae demonstrant*”. Em uma das decisões, os Ministros discutiram se esta presunção se aplicava a união estável, pois ela foi tratada como família pela CF/88. Neste caso, eles consideraram que a presunção se aplica a esta relação conjugal. Nos dizeres dos Ministros,

a ‘união estável’ que a vigente Constituição protege e define como entidade familiar, tenho em que presumem-se filhos do casal os nascidos durante a aludida união estável, aplicando-se-lhes a antiga parêmia do *pater est...* Realmente, como expõe Pontes de Miranda cuidando dos filhos legítimos ao tempo em que vigiam as regras discriminatórias hoje defesas, ‘a presunção de que o filho nascido na constância da sociedade conjugal tem por pai o marido da mãe possui, como fundamento, o que mais ordinariamente acontece: a fidelidade conjugal por parte da mulher. *Praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*. Presumida a fidelidade da mulher, a paternidade torna-se certa’. (Tratado de Direito de Família, Max Limonad, v. III, 3 ed., 207, n. 4). Negar esta presunção aos filhos nascidos de “união estável”, sob o pálio de casamento religioso, com vivência como marido e mulher, será manter funda discriminação, que a Constituição não

quer e proíbe, entre filhos nascidos da relação de casamento civil, e filhos nascidos de união estável que a vigente Lei Maior igualmente tutela. (STJDCDF02).

A presunção de que os filhos nascidos na sociedade conjugal têm por pai o marido da mãe, assim, é aplicada à união estável, a fim que não se discrimine esta relação em razão da constituída pelo casamento. Nota-se que esta presunção para ser efetivada possuiu alguns requisitos, quais sejam, a existência da relação conjugal e a fidelidade da mãe.

As possibilidades de propositura das denominadas “ações de investigação de paternidade” foram ampliadas após a promulgação da CF/88. De acordo com os Ministros, o “princípio da igualdade jurídica da filiação” permitiu o ajuizamento desta ação contra o genitor, mesmo que ele esteja casado. Nos seus dizeres, “em se tratando de direitos fundamentais de proteção à família e à filiação, os preceitos constitucionais devem merecer exegese liberal e construtiva, que repudie discriminações incompatíveis com o desenvolvimento social e a evolução jurídica” (STJDCDF08).

Segundo os Ministros, a previsão constitucional da igualdade jurídica entre os filhos proíbe a sua definição como “ilegítimos”, “espúrios”, “incestuosos” ou “adulterinos”, como antes era realizado. Nesse sentido, afirmam que “para espancar qualquer dúvida sobre o alcance incondicional da igualdade assegurada pela Carta Magna, foi expedida a Lei 7.841, de 17.10.1989, cujo artigo 1º, expressamente, revogou o artigo 358 do C. Civil, que impedia o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos” (STJDCDF08).

Os filhos também podem “investigar a verdadeira paternidade” mesmo que na sua Certidão de Nascimento conste o nome de outro pai e que este seja o marido ou o companheiro da sua mãe, já que esta certidão é o meio mais utilizado, mas não o único, para se definir a filiação. Para tanto, eles podem propor a “ação investigatória de paternidade conjuntamente com o pedido de anulação de Registro Público”, para retirar o nome da pessoa que consta como pai na Certidão de Nascimento.

Em uma das decisões analisadas, identifica-se que o filho tinha duas Certidões de Nascimento, a primeira constando apenas o nome da mãe; na segunda, o nome da mãe e do seu marido no momento da concepção. No julgamento, foi possibilitado ao filho propor a ação contra “terceiro” (o suposto “verdadeiro pai”) e a anular estas certidões, embora, para os Ministros, esta ação “viole a moralidade da família, a tranqüilidade e a paz do lar e a honra da mulher casada” (STJDCDF19). Para eles, “o interesse maior é do filho que tem direito de saber quem é o seu pai, tanto mais que, em consonância com o princípio constitucional vigente, os filhos são iguais e têm os mesmos direitos” (STJDCDF19). Em outros termos, os Ministros consideraram que o

“interesse do filho” em conhecer o seu “verdadeiro pai” deve ser “majorado em relação a outras questões, sobretudo morais”, que envolvam os seus pais.

A “prevalência do interesse do filho” baseou também o entendimento de que é possível ao pai que registrou a criança e constou como pai na Certidão de Nascimento, discutir a paternidade em juízo, por meio da denominada “ação negatória de paternidade” (STJDCDF06). Com base no “interesse dos filhos”, portanto, os Ministros ampliaram as hipóteses de contestação da paternidade que constavam no art. 340 do CC/16. De acordo com eles,

As normas jurídicas não de ser entendidas, tendo em vista o contexto legal em que inseridas e considerando os valores tidos como válidos em determinado momento histórico. Não há como interpretar-se uma disposição, ignorando as profundas modificações por que passou a sociedade, desprezando os avanços da ciência e deixando de ter em conta as alterações de outras normas, pertinentes aos mesmos institutos jurídicos. Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do artigo 340 do Código Civil, quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a existência do vínculo de filiação. (STJDCDF90).

Em virtude dos “valores tidos como válidos”, atualmente, os Ministros permitiram ao pai questionar a sua paternidade jurídica e anular a certidão de nascimento do filho. Este entendimento ampliou as hipóteses de “investigação” da paternidade que constavam no CC/16, que permaneceram válidas durante o século XX e que restringiam as possibilidades de propositura de ações judiciais acerca desta matéria. Cabe referir que, além dos filhos e dos pais poderem “investigar” a paternidade, os Ministros definiram que também cabia ao Ministério Público esta função, ainda que a Certidão de Nascimento foi registrada antes da edição da Lei 8.560/92, que conferiu a esta instituição a legitimidade jurídica para propor a “ação de investigação de paternidade”.

A ampliação das condições para poder “investigar a verdadeira paternidade” foi impulsionada pela permissão jurídica do uso do exame hematológico (HLA) e do exame genético (DNA). Como objetivo primordial é a busca pela “verdadeira paternidade”, estes métodos auxiliaram, para os Ministros, na “segurança jurídica” desta “investigação”.

Antes destes exames, era comum a utilização de outras provas, como a testemunhal e a documental, e de outras perícias, por exemplo, o exame de semelhança fisionômica, já que é possível a mais ampla produção de provas para “investigar a verdadeira paternidade”. Nesse sentido, identificou-se uma ação, julgada em 1991, em que se permitiu a “investigação da paternidade” pelos avós, mesmo que o pai da criança já tinha falecido (STJDCDF09).

Nesta decisão, preponderou o denominado “interesse moral e econômico” dos avós e a eles possibilitou-se o uso do exame de semelhança fisionômica, mesmo que os Ministros tenham considerado que tal exame não oferecia a “base científica” necessária para determinar a

paternidade. Para eles, a suspeita dos avós de que a criança não fosse sua neta, pois as características pessoais desta – cor da pele, olhos, cabelos, entre outros elementos – seria da “estirpe japonesa”, enquanto a mãe e o pai (filho dos avós) não eram descendentes desta “estirpe”, permitiu o uso deste exame.

No entendimento dos Ministros, com o exame hematológico e, especialmente, o genético, a dificuldade de “credibilidade científica e jurídica” encontrada em casos como nesta decisão foi “superada”. Conforme sua orientação, como a ciência proclamou o denominado “teste de DNA” como “idôneo e eficaz”, inexistiu razão para “inacolher a produção desta prova e para buscar a verdade real nas ações de investigação de paternidade”. Nos seus dizeres, “é sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza da paternidade” (STJDCDF104). Por tal motivo, o exame genético se tornou juridicamente recomendável em 1994 e, logo após, foi largamente utilizado, juntamente com a prova hematológica (HLA).

Já em 1994, observam-se decisões dos Ministros no sentido de declarar que o exame genético “ostenta confiabilidade superior a 99,99%”, e que “a certeza científica proporcionada pela nova técnica oferece ao julgador um elemento sólido para a construção da verdade” (STJDCDF160). Em 1998, identifica-se, em diferentes decisões, a seguinte afirmação “o exame de DNA, por sua confiabilidade, seria a única prova capaz de evitar a incerteza fática da efetiva paternidade” (STJDCDF144).

O uso do exame genético nas decisões judiciais como forma de provar “definitivamente” a paternidade repercutiu, inclusive, na propositura de “ações investigatórias de paternidade” que já haviam sido julgadas improcedentes por falta de provas. De acordo com os Ministros,

I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.
II – Nos termos da orientação da Turma, “sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza” na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. (STJDCDF131)

Nesta decisão, observa-se que a primeira “ação de investigação de paternidade” foi ajuizada em abril de 1985 e teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas, pois não restou comprovada a “honestidade” da mãe, mesmo com a coincidência de relações sexuais com o suposto pai no período de concepção da criança. E, com esta decisão, baseada na falta de provas, o processo foi finalizado e transitou em julgado.

Em novembro de 1997, foi proposta uma nova ação de investigação de paternidade com a justificativa da existência do exame genético, o que poderia solucionar, com mais efetividade, a controvérsia a respeito da paternidade da primeira ação. Em 2002, os Ministros decidiram que seria possível a tramitação desta nova ação, a qual utilizaria como prova para se definir a paternidade o exame de DNA e “verificaria” a “verdadeira paternidade”.

Em virtude de assegurar a “verdade real” (ao invés da “verdade ficta”) e a “credibilidade científica e jurídica”, o exame genético se sobrepôs, inclusive, a denominada “paternidade sócio-afetiva”. A orientação nesse sentido é unânime entre os Ministros do STJ e do STF, embora, em Tribunais Estaduais, o entendimento possa divergir. Em um destes Tribunais, como é possível se observar em uma das decisões analisadas, os Ministros relataram que os desembargadores determinaram a impossibilidade de se propor a “ação de investigação de paternidade” baseada no exame genético em virtude da “paternidade sócio-afetiva”.

Nesta decisão, é narrado pelos Ministros que a criança era o terceiro filho de uma relação conjugal que perdurou entre 1984 e 1993. O primeiro filho nasceu em 1986, o segundo em 1988, e o terceiro em 1992. O pai, após “tomar conhecimento de que o menor não era seu filho, sendo fruto de um relacionamento de sua companheira com outro homem”, propôs uma “ação negatória de paternidade” em 1997 (STJDCDF157). Em primeira instância, foi realizado o exame genético e “a conclusão foi excludente da paternidade”.

Devido a esta exclusão, foi interposto recurso, em que o Tribunal extinguiu o processo, tendo em vista a decadência desta ação com base no art. 178, § 3º do CC/16 e a “preservação dos interesses do menor, pois a paternidade, hoje, é funcional, sócio-afetiva” (STJDCDF157). Desta decisão do Tribunal Estadual, houve novo recurso e foi, então, “excluída” a paternidade pelos Ministros do STJ devido ao resultado do exame genético. De acordo com eles,

A Constituição de 1988, alterando profundamente as instituições do direito privado, em especial as do direito de família, elevou como núcleo do sistema jurídico a dignidade da pessoa humana, do qual decorre o direito de a pessoa saber quem são seus pais e quais são seus filhos. Estabelecido que não há restrição temporal para a investigação da paternidade, há de se concluir também que inexistente limite de tempo para a investigação da filiação, ainda que esta consista na negatória da paternidade derivada do registro civil e aceita como presunção decorrente do casamento. A ciência coloca ao alcance do juiz exame genético que beira a certeza absoluta, pelo qual se pode decidir com segurança sobre o fato da filiação. Nada justifica que não se restabeleça no mundo jurídico o que está na realidade biológica. (STJDCDF157)

Dessa maneira, o exame genético foi utilizado nesta decisão como fundamento para a “exclusão” da paternidade que constava na certidão de nascimento do filho. Este exame confere, para os Ministros, a “verdade real” sobre a paternidade e possibilita às pessoas saberem “quem são seus pais e quais são seus filhos”, tendo por base – exclusivamente – a sua origem biológica.

Cabe referir que estas decisões do STF e do STJ mostram a significativa função que a origem biológica tem para a determinação jurídica da parentalidade, em especial, nestas ações, para a paternidade. Na literatura antropológica e sociológica contemporânea, identificam-se estudos que abordam esta questão e refletem acerca da paternidade ser considerada apenas a partir desta origem, em detrimento de aspectos relacionais e afetivos. Estes estudos, em geral, questionam a respeito do “peso” de compartilhar o mesmo DNA (Bilac, 1999; Fonseca, 2004).

Em pesquisa realizada na segunda metade de 2002 no Sistema Judiciário gaúcho, em Porto Alegre, Fonseca (2004) observou que ingressam – mensalmente – cerca de mil pedidos de investigação de paternidade no Sistema Judiciário gaúcho, cerca de 7% do volume mensal de nascimentos. Em adição, marcam-se, aproximadamente, 500 testes de paternidade por mês no Serviço Médico Jurídico, o qual possui uma lista de espera com mais de 8 mil pedidos. Conforme a autora, este “mesmo fenômeno se repete em quase todos os Estados da União” (FONSECA, 2004, p. 14). A quantidade de exames, para ela, pode ser relacionada ao impacto da tecnologia que verifica a origem biológica na paternidade.

Nesse sentido, a autora aponta que “hoje, com a crescente importância legal do teste de DNA, e a possibilidade de saber ‘a verdade real’, homens e mulheres não têm mais a tranquilidade para negociar a sua própria verdade” (FONSECA, 2004, p. 31). A “verdade real” sobre os fatos se constitui no exame do DNA, o qual aponta a “realidade supostamente objetiva”. Dessa maneira, “não são mais os fatos da vida social (relações, afeto) que definem o ‘verdadeiro pai’, mas sim os fatos biológicos que ‘revelam’ os comportamentos” (FONSECA, 2004, p. 31). A certeza da tecnologia muda o cenário nas definições da “paternidade” e nas premissas das relações familiares, ao passo que enfoca os aspectos biológicos em detrimento dos aspectos relacionais e afetivos, o que, conforme a autora, pode aumentar a “dúvida que pretendeu sanar”.

De acordo com Bilac (1999), existe “relação irônica” entre a acessibilidade desse teste de DNA de paternidade e a cobrança da lei sobre as obrigações do pai, a qual nunca foi tão impactante. Nesse sentido, Fonseca (2004) afirma que

ao que tudo indica, na ausência de uma mínima relação anterior entre pai e filho, essa ‘identidade’ oficial nem sempre traz conseqüências no plano prático – no que diz respeito ao sustento material –, e muito menos no plano afetivo. Nada garante que o homem declarado pela corte como o pai de certa criança cumpra seu compromisso paterno. Há de se convir: a afirmação de um fato biogenético, o cumprimento de uma lei e o desenvolvimento de uma relação social são processos distintos (p. 15).

Evidencia-se a diferenciação apontada por Fonseca (2004) entre a origem genética, que se constitui num fato biológico, cumprir uma lei, a qual prescreve que a origem genética define a paternidade, e a construção da parentalidade. Segundo a autora, a busca pela “verdade real” da

paternidade por meio do DNA é contemporaneamente priorizada, embora haja “homens que, por não terem afinidades com a mulher, rejeitam qualquer relação com o filho; e, contrariamente, existem homens (em particular padrastos) que assumem o *status* paterno, mesmo sabendo que não existe fundamento biológico nenhuma para essa relação” (FONSECA, 2004, p. 19). Assim, “a biologia nunca foi o *sine qua non* da paternidade – certamente não da perspectiva dos homens” (FONSECA, 2004, p. 19).

De acordo com Fonseca (2004), existem diferenças nas atitudes femininas e masculinas em relação ao nascimento de um filho. Para ela, enquanto “as mulheres querem nenês, os homens querem família” (p. 17). Ao estudar a influência dos exames da paternidade, a autora refere que a mulher consegue vivenciar o papel materno sem o marido, enquanto o homem, “embora possa se gabar de uma gravidez como prova de sua virilidade, raramente encara com prazer uma relação com o filho sem que a mãe deste seja identificada como sua companheira” (FONSECA, 2004, p. 17). Conforme a autora, estes ideais masculinos – “constituir uma família” – e femininos – “ser mãe” – influenciam significativamente na construção da parentalidade.

O significativo impacto do exame genético na determinação da parentalidade, em especial, da paternidade, repercute no entendimento de que “o sangue conta sim, tanto que a paternidade ‘social’ se calca na crença de uma relação biológica” (FONSECA, 2004, p. 19). Embora seja evidente a importância do exame de DNA, a sua realização pelo “suposto pai” não é obrigatória, de acordo com a decisão do STF ocorrida em 1994, a qual é seguida pelas demais instâncias do Poder Judiciário brasileiro.

Ao julgarem um recurso que tratava a respeito da obrigatoriedade do exame genético, os Ministros afirmaram que a “condução do réu ‘debaixo de vara’” viola a preservação da “dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano” (STFDCDF160), que são “direitos indisponíveis”; enquanto o conhecimento da paternidade biológica se constitui em “direito disponível”. Segundo eles, “parece-me repugnar à natureza das coisas e à própria natureza humana compelir alguém, contra sua vontade, a servir como objeto de prova, com violação à intimidade até do corpo” (STFDCDF160). Em outros termos, embora a origem biológica seja fundamental para se determinar juridicamente a paternidade, no entendimento dos Ministros o direito do “suposto pai” a constituir ou não esta prova é priorizado quanto à “investigação” e ao conhecimento do filho a respeito da “verdadeira paternidade”.

Cabe referir que, conforme se observa nas decisões analisadas, a determinação jurídica da parentalidade tem como conseqüências jurídicas o pagamento de pensão alimentícia e a herança, dentre outros efeitos. O reconhecimento jurídico da paternidade, assim, repercute em prestação de valor econômico. Nesse sentido, Perucci (2008) afirma que, ao analisar acórdãos disponíveis no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, estas

decisões “reafirmam a posição do pai como responsável financeiramente por sua prole, cujo vínculo com ela se dá fundamentalmente pela procriação, sem necessariamente estabelecer-lhes vínculos de convivência ou afetividade” (p. 219).

5.3.6.2 “Adoção legal”

Conforme Fonseca (2006a), a “adoção legal” ocorre de acordo com o previsto na legislação brasileira e a sua realização é efetivada no Poder Judiciário. Nas decisões analisadas, esta adoção é entendida pelos Ministros como uma das formas de colocação de uma criança em “família substituta”, o que deve ocorrer, preferencialmente, em famílias brasileiras. Para eles, citando o Estatuto da Criança e do Adolescente no seu art. 31, “a colocação de menor em família estrangeira constitui medida excepcional, que somente se justifica depois de exauridas as tentativas para manter a criança na própria família ou colocá-la em família adotiva no próprio país”.

A realização da adoção se dá por meio de um processo, o qual deve seguir as etapas previstas neste Estatuto. Conforme explicitam os Ministros, isso ocorre porque o “pátrio poder, por ser ‘um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante a pessoa e bens dos filhos menores’ é irrenunciável e indelegável. Em outras palavras, por se tratar de ônus, não pode ser objeto de renúncia” (STJDCDF87). Dessa forma, os genitores não podem “renunciar” o “pátrio poder” para entregar o filho à adoção e o consentimento para a adoção não configura causa de destituição de “pátrio poder”, já que estas causas estavam previstas taxativamente no art. 395 do CC/16 (castigar imoderadamente o filho; deixar em abandono; praticar atos contrários à moral e aos bons costumes). De acordo com os Ministros, “o consentimento da mãe pode ensejar uma futura adoção (art. 45 do Estatuto), e, conseqüentemente, a extinção do *pátrio poder*” (STJDCDF87).

Enquanto não efetivada a adoção, a genitora permanece no exercício do “pátrio poder”, “podendo manifestar o seu arrependimento, ao qual será ou não emprestado eficácia, de acordo com as peculiaridades da espécie, notadamente o tempo decorrido entre um ato e outro” (STJDCDF87). Em uma das decisões analisadas, foi relatado que em 1993, a genitora compareceu a Vara de Infância e Juventude com o objetivo de colocar a sua filha de dois meses à disposição para futura adoção. Os Ministros relatam que, “na ocasião, declarou a mãe, diante do Promotor de Justiça e do Juiz, que não tinha condições financeiras para criar mais um filho e que o pai da criança não quis assumir a paternidade” (STJDCDF87).

A partir desta declaração da genitora, iniciou-se um processo de adoção e a criança foi entregue a uma “família substituta”. Alertado o juiz que poderia ter havido “tráfico de crianças”, ele realizou uma nova audiência para a averiguação desta informação. Tanto a genitora quando os

adotantes afirmaram que não houve “transação econômica” para a entrega da criança. Nesta audiência, a genitora “manifestou arrependimento e pediu a sua filha de volta”. Como o processo de adoção já tinha se efetivado, a genitora recorreu alegando que não anuiu expressamente na adoção de sua filha e estava em estado puerperal, que a sentença não obedeceu o procedimento previsto no Estatuto e que a criança não estava em “situação irregular”.

Nesta decisão, os Ministros relatam que os desembargadores do Tribunal Estadual declararam nula a sentença que concedeu a adoção, em virtude de não ter obedecido o procedimento previsto no Estatuto, e decidiram que a criança deveria ficar com a sua genitora. Desta decisão, foi interposto recurso e os Ministros decidiram que a criança deveria permanecer com os “pais adotivos”, devido ao fato de a criança residir a seis anos com eles (pois o julgamento ocorreu em 1999) e, “consoante os relatórios psicossociais anexados pelos recorrentes, está bem adaptada ao casal, gozando de boa saúde e criação” (STJDCDF87).

De acordo com os Ministros, com a adoção, cessa “os vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais” (STJDCDF105). Esta compreensão de que os vínculos são rompidos se baseia nas disposições do Estatuto. Para eles, esta legislação regulou os efeitos da adoção, dentre os quais ressaltam

o art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente atribui a condição de filho ao adotado, “desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”. Comanda, também, no art. 48, que a adoção é irrevogável. Ademais, no regime novo, procura-se dar conseqüência ao rompimento do vínculo com os pais biológicos e seus parentes, seja determinando que o vínculo constitui-se “por sentença judicial que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão” (art. 47), seja determinando que a “inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nomes de seus ascendentes” (§ 1º), seja estabelecendo que o “mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado” (§ 2º), seja vedando qualquer observação sobre a origem do ato nas certidões do registro (§ 3º). O que o ECA criou foi uma nova filiação, atribuindo ao adotado o nome do adotante e, até mesmo, autorizou a modificação do prenome (§ 5º do art. 47). Impôs, portanto, uma verdadeira ruptura com o passado. (STJDCDF105)

Na compreensão dos Ministros, o Estatuto da Criança e do Adolescente promoveu, portanto, “uma verdadeira ruptura com o passado” na medida em que “promove uma integração absoluta do adotado na família do adotante afastando-o em definitivo da família de sangue, de maneira irrevogável” (STFDCA25). Eles consideram que “a finalidade do instituto é proporcionar uma relação jurídica de paternidade que se aproxima o mais provável daquele que envolve a prole biológica, que é concebida na instância do casamento” (STFDCA25). Para eles, “é claro que a disciplina do ECA está fundada em uma ficção jurídica, à medida que, do ponto de vista natural, não há como desconhecer a existência do laço biológico” (STJDCDF105).

Observa-se, mesmo nos processos de adoção, a importância da origem biológica na parentalidade. Nas decisões analisadas, a genitora que entregou a criança para a adoção é constantemente chamada de “mãe”, enquanto os pais são sempre referidos como “pais adotivos”; mesmo após efetivado o processo de adoção, eles não são simplesmente designados de “pais”. Estas definições evidenciam a “naturalização” de um modelo de família, o qual tem seus laços baseados preferencialmente na consangüinidade. Este modelo repercute na determinação de um objetivo para a adoção, qual seja, a “entrega” de uma criança para uma “família substituta”, que vai “substituir” a sua família biológica, já que a adoção é considerada uma “ficção jurídica”. Ao mesmo tempo, busca-se, com a adoção, constituir uma “nova família” com a “família substituta”, que seja idêntica ao que deveria ser a família biológica, realizando uma “verdadeira ruptura no passado” da criança.

As pesquisas científicas que abordam a adoção²⁰², contemporaneamente, definem que ainda há dificuldades na aceitação da filiação por meio da adoção em razão da concepção de que a família deve ser fundada em laços biológicos (Braga, 2006; Costa e Campos, 2003; Ladvoat, 2002; Schettini, Amazonas e Dias, 2006; Veronese e Petry, 2004). Nesse sentido, Braga (2006) afirma que a finalidade da adoção é efetuar “uma substituição completa da família biológica pela adotiva. Tudo isto se elabora, em princípio, sobre uma negação de que a parentalidade e a filiação adotivas são diferentes ou, pelos menos, se apresentam de maneira diferente” (p. 48).

De acordo com Ladvoat (2002), a adoção é um tema que envolve mitos e segredos familiares, seja pela dificuldade da família em revelar para a criança a parentalidade adotiva, seja pelo não acesso às informações sobre a história pregressa e sobre os genitores. Evidencia-se a importância de se pensar no significado do estar em segredo, pois o processo de adoção carrega consigo, muitas vezes, vivências de estigma, vergonha e sofrimento tanto por parte da família adotiva quanto por parte dos genitores. Assim, desconhecer a realidade dos genitores e apagar a história pregressa da criança é negar-lhe o direito à reconstrução da história de vida. Conforme explicam Costa e Campos (2003),

é preciso ressaltar que o desconhecimento e, especialmente, os segredos com relação à história de origem da criança adotável/adotada poderão trazer dificuldades para as mesmas e para as famílias adotantes. Sentimentos de vazio experienciados por muitos adotados, dificuldades na comunicação e nas relações interpessoais, muitas vezes são conseqüências danosas decorrentes dos segredos e não-ditos sobre sua origem e adoção. Por outro lado, torna-se de fundamental importância que os trabalhadores do Poder Judiciário procurem obter e manter todas as informações pertinentes à origem e história

²⁰² Outros estudos que se referem à adoção presentes na literatura atual podem ser apontados, tais como as concepções e os preconceitos acerca da adoção (Weber, 2003); os fatores envolvidos na devolução das crianças durante o estágio de convivência pelas famílias substitutas e suas implicações para o desenvolvimento infantil (Frassão, 2000); as motivações para adotar e as características psicossociais das mães adotantes (Reppold e Hutz, 2003); os aspectos da adoção tardia (Ebrahim, 2001).

de vida do adotando/adotado a fim de que este possa reconstruir sua história, facilitando a construção de uma auto-imagem clara e definida (p. 223).

Para as autoras, o desconhecimento da realidade dos genitores e genitoras não pode ser atribuído única e exclusivamente ao desconhecimento de seu paradeiro, mas também a falta de cuidado com a coleta e preservação das informações e, até mesmo, a sua sonegação por parte dos envolvidos (adotantes, genitora, profissionais).

Um dos principais aspectos psicossociais envolvidos na adoção é que esta prática se desenvolveu apoiada na necessidade de negar a diferença entre a parentalidade adotiva e a biológica. A negação desta diferença por parte da família adotiva está relacionada aos sentimentos de medo e insegurança quanto à perda do afeto da criança, a partir de suas manifestações de curiosidade e vontade de conhecer os genitores, saber as razões que os levaram a decidir por entregá-la para a adoção. O investimento emocional para minimizar essas diferenças é recorrente nas famílias adotivas. Estas entendem que a existência da família biológica e a revelação da identidade dos genitores podem se tornar uma ameaça ao vínculo com os filhos adotivos. Nesse sentido, Costa e Campos (2003) afirmam que o rompimento permanente da ligação com a família biológica pode adquirir, para a família adotiva, o significado de garantir o sucesso do processo de adoção. Esta crença minimiza a participação dos demais fatores envolvidos no processo e pode dificultar a adaptação da criança e da família.

Schettini, Amazonas e Dias (2006) referem que, no imaginário social, as representações das famílias são fundadas nos laços sanguíneos, o que auxilia na fantasia, dos pais adotivos, de que os filhos adotados, “movidos pelo desejo de conhecer os pais biológicos e impulsionados pela força dos laços de sangue, os abandonem e partam em busca desses pais” (p. 286). A fantasia dos pais adotivos, auxiliado pela negação da diferença entre o processo de adoção e a constituição de uma família biológica, ajudou na marginalização da adoção como algo que era considerado “anormal”, em relação à filiação biológica percebida como “normal”. Conforme as autoras,

este cenário tem se alterado favoravelmente nos últimos anos. As famílias adotivas, aos poucos, vêm adquirindo visibilidade, saindo da clandestinidade a que haviam sido relegadas, sufocadas que estavam pelo estigma dos mitos e preconceitos arraigados no imaginário popular. Os esforços conjuntos da sociedade em geral e os muitos exemplos de adoções bem-sucedidas de que se tem notícia ultimamente têm contribuído neste sentido. Hoje, em virtude da grande metamorfose que está ocorrendo nas configurações familiares, as possibilidades de adoção apresentam-se sob múltiplas formas e em diferentes contextos. Embora a maior demanda ainda seja oriunda de casais jovens com problemas de infertilidade, também casais com filhos biológicos, casais na meia idade, casais homossexuais e pessoas solteiras têm manifestado interesse em constituir ou aumentar a sua família através da adoção. (p. 285)

Existe, atualmente, um esforço em refletir a respeito desta concepção que afirma um modelo de família baseado na “naturalização” das relações familiares. Conforme Ladvocat (2002), a adoção era considerada como “um desvio da norma universal, a qual seria a filiação genética e consangüínea” (p. 32), mas nos dias de hoje pode ser reconhecida como uma possibilidade de formação de uma nova família que está fundada em laços afetivos. De acordo com Veronese e Petry (2004), “hoje, cada vez mais se prioriza a concepção da família como espaço de vínculos afetivos, de espaço para a formação de valores, com ênfase à liberdade, ao respeito, à dignidade de cada elemento que a compõe” (p. 111 e 112).

Nesse sentido, Schettini, Amazonas e Dias (2006) afirmam que, na última década, existe uma “tentativa de se consolidar um movimento em prol de uma nova cultura de adoção que priorize a criança e assegure o cumprimento dos regimentos do Estatuto da Criança e do Adolescente, garantindo a todas as crianças institucionalizadas o direito à convivência familiar e comunitária” (p. 292). As autoras entendem que é fundamental compreender os aspectos psicossociais que envolvem o processo adotivo, tais como a existência de uma história prévia na vida do adotado, “que não poderá ser negada ou descartada, mas, para a saúde psíquica da criança, precisará ser integrada à sua história de vida” (SCHETTINI, AMAZONAS E DIAS, 2006, p. 287).

Cabe referir que foram identificadas algumas decisões no sentido de aplicar as regras atinentes à adoção anteriores à CF/88 e ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Em uma das decisões, julgada em 2000, permitiu-se a “investigação da paternidade” biológica. Para os Ministros, esta hipótese é restrita às adoções simples, que ocorreram sob a égide do Código de Menores de 1979 e, mesmo após a promulgação da CF/88, continuam tendo validade com base nas regras estipuladas por este Código. O regime de adoção simples “não impõe o desligamento do vínculo com a família biológica” (STJDCDF105). Por essa razão, os Ministros permitiram a “investigação de paternidade biológica” e o pedido de pensão alimentícia para esta forma de adoção, em virtude das regras pertinente a esta modalidade de adoção continuarem em vigor e da “respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais” (STJDCDF105)

Em outra decisão, julgada em 2002, os Ministros também reconheceram a validade da adoção simples prevista no CC/16, já que “a regra do § 6º do art. 227, da Constituição, que não dispõe sobre direito à herança, mas apenas sobre igualdade entre os filhos nascidos ou não do casamento e os resultantes da adoção” (STFDCA25). Eles relatam que a “adotante” faleceu antes de 1988 e transmitiu o seu patrimônio para o “adotado”, pois não tinha outros “filhos biológicos”, e que este faleceu em 1992 e não tinha outros descendentes e ascendentes.

A rede de parentesco do “adotado” consistia nos seus “irmãos consangüíneos” e nos irmãos de sua mãe. Para os Ministros, como a adoção simples manteve sua vigência, o patrimônio

do filho foi concedido para seus “irmãos consangüíneos”, tendo em vista que na adoção simples não se rompem os “vínculos biológicos”. Em suas palavras, “na hipótese de adoção simples, por escritura pública, ocorrida em 09.11.1964, com o falecimento da adotante e, em seguida, do adotado, serão chamados à sucessão os irmãos consangüíneos deste último, aplicando-se o disposto no artigo 1618 do Código Civil Brasileiro [CC/16]” (STFDCA25).

Em outra decisão analisada, cujo julgamento ocorreu em 1992, os Ministros consideraram que as regras estipuladas em relação à sucessão para adoções realizadas antes da CF/88 permaneceram em vigência. Esta ação foi proposta pelo “filho biológico” contra o filho que foi adotado por meio de escritura pública em 1967, com o objetivo de resguardar que a herança fosse inteiramente concedida a ele, autor do processo.

A herança que estava sendo discutida pertencia ao pai, que faleceu em 1984. No momento do falecimento deste, a legislação estabelecia que “quando o adotante já tivesse filhos carnais, a relação de adoção não envolvia a sucessão hereditária” (STJDCDF15). Por essa razão, o “filho biológico”, autor do processo, teve direito a toda a herança, já que, conforme os Ministros, “em concorrência, portanto, com os filhos de sangue, eliminados ficarão os adotivos em direito sucessório (...) para efeitos sentimentais e familiares, o adotado é filho; não o será, todavia, para efeitos hereditários e patrimoniais, havendo filhos carnais, supervenientes ou não” (STJDCDF15).

Observa-se, portanto, que para os Ministros as adoções realizadas anteriores à CF/88 e ao Estatuto da Criança e do Adolescente seguem as regras previstas na legislação em que se basearam seus ritos. Existem algumas diferenças destas legislações em relação ao Estatuto, as quais foram referidas nos capítulos anteriores deste trabalho e evidenciadas nas decisões analisadas. Dentre as diferenças, evidencia-se a possibilidade de “investigar a paternidade” do genitor pelo filho e requerer pensão alimentícia, mesmo com a efetivação da adoção; a herança ser concedida para os irmãos biológicos do filho “adotivo”, ao invés da atribuição à rede de parentesco dos pais “adotantes”; a concessão da herança diversamente para o filho biológico e o adotivo, limitando o efeito da adoção aos “efeitos sentimentais e familiares”.

5.3.6.3 “Adoção à brasileira”

De acordo com Fonseca (2006a), a “adoção à brasileira” ocorre quando um casal ou uma pessoa registra – ilegalmente – uma criança como sendo o seu filho ou a sua filha, embora possua outro genitor e/ou genitora. Nas decisões analisadas, identifica-se que a “adoção à brasileira” é considerada como crime e que a sua discussão está presente nos julgamentos que debatem a herança.

Conforme os Ministros, a “adoção à brasileira” tornou-se crime com o advento da Lei 6898/81; antes desta lei, o ato de registrar criança como filha sem ser a filha biológica “também deveria ser punido”, por isso, o crime era de “falsidade ideológica” (STFDPP92). Em uma das decisões que tratou sobre esta adoção, eles discutiram a respeito da penalização desta prática de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 238. Os Ministros entenderam que “a proposta genérica, sem endereço certo, sem vínculo de qualquer natureza entre a promitente e terceira pessoa que se proponha a realizar a condição, e ato unilateral imperfeito, sem maiores conseqüências, não preenche os elementos essenciais do tipo em exame” (STFDPP92).

Em outra decisão, a “adoção à brasileira” foi abordada em um processo de anulação de registro de nascimento com o objetivo de obtenção de herança. A ação foi proposta pelos irmãos do casal falecido (“autores” da ação) contra as filhas deste casal (“rés”), alegando que o pai “padecia de ‘azoospermia total’, motivada por ‘orquiepidemite bilateral’” e que ele e a mãe “inspirados por impulso digno, desejavam criar, educar e manter uma criança, tendo então recebido, em doação, de X e Y, logo após o parto, em novembro de 1953, a recém-nascida, ao depois, (...), registrada (...) como filha legítima” (STJDCDF10), o que também aconteceu com a segunda filha. Por esse motivo, os irmãos do casal falecido alegam que “é falso o seu registro, quanto à filiação, circunstância que afasta a pretensão a direito hereditário” e requereram a possibilidade de propositura desta ação, já que as instâncias inferiores haviam negado este direito (STJDCDF10).

Os Ministros aceitaram a ação proposta com base no “interesse moral e patrimonial” dos irmãos do falecido, o qual se observa quando a certidão de nascimento é inverossímil. Ao citar o jurista Orlando Gomes, eles afirmam que este “dá realce ao interesse de terceiros em demonstrar a irrealidade do estado de filho legítimo ostentado por alguém” (STJDCDF10). Dessa forma, quando se trata de “ação declaratória de inexistência de filiação legítima, por alegada falsidade ideológica, ela é suscetível de ser intentada não só pelo suposto filho, mas também por outros legítimos interessados” (STJDCDF10).

Diferentemente do que se observa na análise das decisões, a “adoção à brasileira” é abordada nas pesquisas científicas em relação a sua importância para os genitores e os pais que adotam a criança (Abreu, 2002; Cardarello e Fonseca, 1999; Fonseca, 2006a). Embora seja ilegal e não conste o nome da genitora no registro oficial, esta forma de adoção permite “uma margem de manobra muito mais ampla: não apenas ela [genitora] desempenha um papel ativo na escolha dos pais adotivos, como também pode acompanhar, de longe, o desenrolar de sua vida” (FONSECA, 2006a, p. 29).

Conforme Abreu (2002), a mãe biológica considera a burocracia estatal “fria”, sendo que, para ela, é necessário o “carinho” dessas “cegonhas”. A “adoção à brasileira”, para o autor, não

atrai só pela relação interpessoal existente, mas também pelo fato de essas mães afastarem-se das imagens estereotipadas – “mães abandonantes” – que são produzidas pela imprensa brasileira.

Fonseca (2006a) define que os pais adotivos também têm razões para preferir esta modalidade de adoção, tendo em vista as exigências – não só legais – necessárias para poder adotar. Conforme a autora,

Existem muitos adotantes potenciais que não se sentem à vontade frente às entrevistas de avaliação psicossocial e outros procedimentos burocráticos exigidos pelos serviços públicos. Vários se imaginam (talvez com razão) que seriam julgados muito pobres, velhos demais, sem casamento estável, ou, por outro motivo, julgados não à altura da definição de ‘bons pais’ estipulada pelos serviços de adoção. A este respeito, um recente estudo de 400 famílias adotivas no estado do Paraná nos traz dados pertinentes: enquanto os pais de classe média superior normalmente passavam por procedimentos legais de adoção, os casais com ganhos mais modestos tendiam, ao invés, a adotar segundo o método tradicional (e ilegal) “à brasileira” (FONSECA, 2006a, p. 31).

A diferenciação realizada em relação aos possíveis pais adotivos quanto ao contexto sócio-econômico e ao lugar social em que eles participam dificulta a realização da “adoção legal” e repercute na preferência pela “adoção à brasileira”.

Cardarello e Fonseca (1999) identificam que o grupo social, em que pertencem as famílias, influencia não só na classificação das pessoas que querem adotar, mas também na destituição do “pátrio poder”. As autoras apontam que, apesar de o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecer claramente que a miséria por si só não justifica a destituição do “pátrio poder”, as mães – antes classificadas como “pobres” – passaram a ser descritas como “abusivas” ou “negligentes”, o que possibilita a destituição de seus direitos.

De acordo com Fonseca (2006a), a ilegalidade da “adoção à brasileira” não desencoraja a maioria dos pais potenciais e ela é mais comum que a “adoção legal”. Para a autora, “essa estatística é pouco surpreendente quando se leva em consideração o fato de que as camadas populares brasileiras viveram historicamente à margem do aparelho do Estado.” (FONSECA, 2006a, p. 28). A “adoção à brasileira” é, para ela, significativa em termos quantitativos na sociedade brasileira.

Em outros termos, os estudos científicos que abordam a “adoção à brasileira” indicam que ela pode ser valorada positivamente na medida em que possibilita a genitora escolher os pais e acompanhar, mesmo que “de longe”, a vida de seus filhos. Permite ainda o exercício da parentalidade por pessoas que não se enquadram econômica e socialmente nas exigências necessárias para adotar. Esta concepção pode ser uma alternativa para refletir a respeito do modelo de família almejado pela “adoção legal” no Brasil e para questionar acerca dos motivos que levam a “adoção à brasileira” ser debatida em relação a seu caráter ilegal, como crime.

5.3.6.4 Temáticas não identificadas nas decisões

Nas decisões analisadas a respeito da determinação jurídica da parentalidade não se identificou discussão em torno da reprodução assistida, da parentalidade em famílias reconstituídas e em famílias homossexuais, e da “circulação de crianças”. Embora a produção científica seja significativa a respeito destas temáticas na antropologia, na sociologia, na psicologia, no serviço social, inclusive, no direito; estas práticas sociais não estiverem presentes nas decisões analisadas do STF e do STJ. Pode ser que elas sejam resolvidas em outras instâncias do Poder Judiciário, não sejam inseridas pelos advogados no processo, não sejam interpretadas como juridicamente aceitas pelos juízes, promotores e advogados, ou mesmo as pessoas nela envolvidas não tenham expectativa de garantir direitos neste vínculo familiar ou não proponham demandas judiciais para solucionar conflitos delas decorrentes... Estas temáticas são necessárias para refletir acerca do modelo de família e das questões atinentes às relações familiares que envolvem este modelo.

As técnicas de reprodução assistida constituem tratamentos para engravidar. Segundo Braga e Amazonas (2005), “proporcionam para as pessoas envolvidas vivências e experiências novas, carregadas de afetos contraditórios, muitas dúvidas e ambivalências” (p. 12), pois “produzem esperança” ao mesmo tempo em que “provocam mal-estar” (p. 12). Este tratamento para engravidar, para Costa (2004), “permite que alguns elementos do modelo considerado natural de reprodução (ter relação sexual, transmitir genes e dar à luz) sejam preservados” (p. 251).

Conforme a autora, mesmo que não haja relação sexual nem transmissão de genes, existe uma tentativa de substituir simbolicamente estas características por meio da escolha da semelhança fenotípica, tentando tornar irrelevante o fato de a reprodução “natural” não haver ocorrido. Assim, “o que acaba por prevalecer nessa seleção são as classificações realizadas pelas instituições médicas, objetivando regular que as doações e recepções de gametas sejam feitas entre aqueles considerados semelhantes” (COSTA, 2004, p. 251). Por esses motivos, aponta Costa (2004), os casais têm preferido a reprodução assistida em relação à “adoção legal”, pois esta não permite a preservação de elementos do “modelo considerado natural de reprodução”. Isso evidencia a importância do vínculo biológico para construção da parentalidade.

A diferenciação identificada entre pais de grupos sociais diversos não dificulta apenas no processo de “adoção legal”, conforme explicitado, mas também na possibilidade de realização da reprodução assistida. Samrsla *et all* (2007), ao estudar a expectativa de mulheres que aguardam tratamento de reprodução assistida no hospital de referência da rede pública de saúde do Distrito Federal, verificou a dificuldade em que as mulheres sem condições de arcar com despesas de tratamento em clínicas privadas de infertilidade podem ter para se beneficiar das técnicas de reprodução assistida. “Sendo assim, se o Estado disponibiliza ao cidadão o acesso à RA, mas esta

tecnologia está longe de seu alcance; pela escassez da oferta, pode-se dizer que o princípio da equidade na saúde pública brasileira, neste caso, não está atingindo aqueles que precisam ser vistos na sua individualidade” (SAMRSLA et al, 2007, p. 150). A espera excessiva na oferta deste serviço, para os autores, contribui para a dificuldade no exercício da parentalidade.

As “famílias reconstituídas” são constituídas pelo “núcleo familiar formado por pessoas que saíram (através do divórcio, separação ou dissolução de uma união estável) de uma primeira união, da qual tiveram filhos, ou os adotaram, e ingressam em uma nova relação, unindo-se ou casando-se novamente (rematrimônio)” (BRAUNER, 2004, p. 274). Wagner (2002) refere que a construção de vínculos familiares pode-se realizar por meio da “entrada de novos membros, no caso, o padrasto, a madrasta, os filhos do padrasto e/ou madrasta, entre outros” (p. 25) e esse fato se configura em “um fator muito importante que caracteriza a complexidade inerente dos núcleos familiares recasados” (p. 25).

Madaleno (2004) afirma que ainda há um tom pejorativo quando se refere às pessoas que aderem a família. O autor define que “a palavra padrasto deriva do latim *patraster* que, em sentido figurado, significa ‘mau pai’, e madrasta, ‘qualquer coisa que incomoda ou danifica’”. (MADALENO, 2004, p. 16). Wagner (2002) observa uma tentativa de superar essas conotações negativas atribuídas às nomeações dos novos membros familiares. A autora identifica que a falta de outras nomenclaturas que definam essas relações de parentesco provocam a criação de neologismos, especialmente por adolescentes, tais como “boadrasta”, “mãe-drasta”, “mãe-cover”, “paidrasto”, “pai-cover”, entre outros; ao mesmo tempo, ainda há alguns adolescentes tratando esses novos membros da família por “tio” ou “tia” “na tentativa de apoiar-se em relações já estabelecidas e conhecidas no modelo intacto/original” (WAGNER, 2002, p. 27).

De acordo com Brauner (2004), “visando à estabilização da vida familiar e, pelo ajustes das relações entre os filhos da primeira união e o novo cônjuge ou companheiro do genitor, surgem situações que devem ser protegidas pelo Direito, no interesse das crianças e adolescentes envolvidos” (p. 274). Nota-se, conforme explica a autora, que “surge a figura da co-parentalidade, quando o novo cônjuge ou companheiro passa a desempenhar funções e papéis no cuidado dos filhos do outro cônjuge” (BRAUNER, 2004, p. 275). É necessário, assim, ao direito considerar esta “figura da co-parentalidade”, na medida em que os direitos e deveres das crianças e adolescentes e dos novos membros da família devem ser resguardados.

A parentalidade é exercida, pelos casais homossexuais, por meio de uma relação heterossexual anterior, de uma adoção realizada por um dos companheiros, de uma procriação com um terceiro indivíduo, de novas tecnologias reprodutivas e da co-parentalidade entre gays e lésbicas (Grossi, 2003). Tarnovski (2002), ao realizar sua pesquisa de campo com homossexuais masculinos na cidade de Florianópolis, identificou que a forma de acesso mais procurada por eles

são as adoções formais ou informais. Nesse sentido, Uziel (2002) verificou que, no Rio de Janeiro, a maior incidência de pedidos de adoção é realizada por homens (dos oito casos analisados por ela, apenas um era apresentado por mulher). Em relação aos casais formados por mulheres, Eugênio (2008) aponta que há uma maior demanda de inseminação artificial para a realização de seus projetos parentais em relação às outras formas de aquisição da parentalidade. Sousa (2005), por sua vez, afirma que a maioria das famílias lésbicas por ela estudadas é composta pela incorporação dos filhos de relacionamentos heterossexuais anteriores.

Em pesquisa antropológica realizada em Porto Alegre, Zambrano (2006) identificou que a forma preferida de acesso ao projeto parental por homens gays, travestis e transexuais é a adoção. Nas famílias de travestis e transexuais, o acesso, geralmente, é por meio da adoção informal e elas “recorrem ao Poder Judiciário apenas para pedir a guarda de crianças de que já cuidam” (ZAMBRANO, 2006, p. 135). A autora considera que, para as transexuais, a mudança nos documentos de identidade é de enorme importância para o acesso à parentalidade, “pois é pelo uso de documentos adequados à sua identidade social que pensam conseguir a adoção legal de uma criança. Assim, algumas fazem planos de adotar legalmente, mesmo tendo presente a possibilidade de serem impedidas devido às diferentes formas do Poder Judiciário tratar a questão” (ZAMBRANO, 2006, p. 135). Já as travestis, aponta a autora, raramente vislumbram a possibilidade de acionar a via judicial, tendo em vista o preconceito sofrido para realizar esta forma de adoção, por elas advirem de classe social popular, possuir baixa escolaridade e ter como profissão, geralmente, a prostituição.

Zambrano (2006) considera que embora a lei não traga impedimento para a adoção, os homossexuais preferem realizar a “adoção legal” individualmente, pois a representação do ideal de família baseado na heterossexualidade dificulta e, até mesmo, impossibilita a adoção compartilhada por esses casais. Fonseca (2005) afirma que

Os observadores mais conservadores vêem qualquer arranjo que se desvie da família conjugal como problemático para o desenvolvimento psíquico normal da criança, o pai/mãe ou pais homossexuais sendo apenas algo um pouco pior do que as mães solteiras ou pais separados. Os mais liberais se preocupam com o estigma que filhos de pais homossexuais poderiam vir a sofrer (sem, no entanto, levantar objeções sobre outros arranjos potencialmente estigmatizados, tais como do casal inter-racial). Mas paira sobre o todo – tanto pobres como homossexuais – o fantasma do abuso sexual de crianças, como se os adultos dessas famílias fossem mais dados à pedofilia do que qualquer outro... como se uma ‘transgressão’ (social, econômica, sexual) levasse automaticamente a outra (p. 59).

Conforme Uziel (2002), a qual analisa as alegações dos juristas a respeito das condições dos casais homossexuais adotarem legalmente, a preocupação destes profissionais está centrada na possibilidade de a homossexualidade dos pais interferir no bem-estar da criança e tendem a

interpretar que a orientação sexual prejudica o seu desenvolvimento e bem-estar. Assim, define a autora, os questionamentos sobre a sexualidade e a capacidade parental são – sempre – profundamente analisados quando o demandante é percebido como gay ou lésbica, especialmente quando se compara com os realizados para casais heterossexuais.

Silva (2004) identifica tais questionamentos, inclusive, em relação à mãe, a qual, durante a tramitação de sua separação judicial no final dos anos noventa, perdeu a guarda de seus filhos em razão de sua homossexualidade. O jurista observa que a assistente social e a psicóloga, que avaliaram esta demanda por meio de laudos técnicos, preocuparam-se em desqualificar a mãe em virtude da sua homossexualidade ao invés de analisar as condições de cuidar de seus filhos. Elas se demonstraram preconceituosas quanto à orientação sexual, além de não estarem atualizadas em relação às pesquisas científicas e à conduta ética-profissional.

Cabe referir que, contemporaneamente, as pesquisas científicas mostram que a capacidade de cuidar e a qualidade do relacionamento com os filhos – que é considerado como fator determinante da boa parentalidade – não depende da orientação sexual dos pais²⁰³ (Zambrano, Lorea, Mylius, Meinerz e Borges, 2006). Ao estudar as concepções de família nas construções das parentalidade de homossexuais, travestis e transexuais, Zambrano (2006) observa que geralmente se utiliza o termo “família homoparental” para designar estas três formas de exercer da parentalidade. A autora define que este termo é objeto de questionamento, já que acentua a “orientação sexual” (homoerótica) ao invés de associar o cuidado dos pais e mães aos filhos (parentalidade). Para ela, é justamente esta associação entre homossexualidade dos pais e mães e o cuidado dos filhos é que “os estudos sobre homoparentalidade se propõem a desfazer, demonstrando que homens e mulheres homossexuais podem ser ou não bons pais/mães da mesma forma como os homens e mulheres heterossexuais” (ZAMBRANO, 2006, p. 128).

Zambrano (2006) identifica diferenciações entre a parentalidade por casais homossexuais e a por pessoas com mudança de sexo (transexuais) e de gênero (travestis), especialmente, por

²⁰³ Em junho de 2008, o Conselho Federal de Psicologia (CFP) publicou uma cartilha informativa intitulada “Adoção: um direito de todos e todas”, que aborda a adoção por casais homossexuais. Na “Apresentação” desta cartilha, o Presidente, Humberto Verona, e a Coordenadora do Conselho Nacional de Direitos Humanos, Ana Luiza de Souza Castro, ambos deste Conselho, afirmam que “para falarmos, hoje, sobre a adoção por homossexuais ou em casamentos homoafetivos, é preciso dar visibilidade para as novas relações, para os laços sociais e para as configurações familiares, na contemporaneidade. Mas, acima de tudo, faz-se necessário desconstruir preconceitos, muitas vezes estimulados por conceitos estigmatizantes, formulados anteriormente pela própria Psicologia. Ao contrário, como poderá ser constatado nos artigos aqui apresentados, inexistente fundamento teórico, científico ou psicológico condicionando a orientação sexual como fator determinante para o exercício da parentalidade. Discute-se, sim, as condições subjetivas de pessoas, de qualquer orientação sexual, para desempenharem os papéis dos pais e de se vincularem afetivamente a crianças e adolescentes. É sempre importante lembrar a Declaração Universal de Direitos Humanos, que completará 60 anos em 2008: livres e iguais em dignidade e direitos nascem todos os homens e todas as mulheres. Portanto, desejamos contribuir para que as conquistas dos direitos dos gays e lésbicas não sejam somente garantias legais, mas direitos efetivamente vivenciados. Intentamos, também, possibilitar que, cada vez mais, crianças tenham o direito de possuir uma família, onde recebam afeto e cuidados, independentemente do tipo de formação desse núcleo familiar” (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2008, p. 11 e 12).

estas apresentarem especificidades nas suas construções identitárias e nas suas relações de parentalidade. As transexuais e as travestis se sentem e se consideram “mulheres” e constroem relações com homens, os quais elas percebem como heterossexuais. Assim, na relação de parentalidade elas ocupam “o lugar ‘materno’ e não ‘paterno’” (ZAMBRANO, 2006, p. 129). O exercício da função materna e paterna, nas famílias homossexuais, dá-se de acordo com as características de cada companheiro no casal. Para Zambrano (2006), não há uma divisão rígida de “papéis de gênero” nestas relações, sendo que cada grupo familiar reinventa seus próprios termos de nomeação para possibilitar a inclusão de outros tipos de cuidadores parentais. Identificam-se, assim, termos como “dindo”, “painho”, “mainha”, ou diminutivos dos nomes próprios dos cuidadores, o que indica a existência de uma ligação afetiva significativa.

A “circulação de crianças”²⁰⁴ se constitui em uma prática social possibilitadora de cuidado com as crianças. Fonseca (2002), ao realizar sua pesquisa de campo com famílias de grupos populares do município de Porto Alegre, observou que, “entre as 120 famílias incluídas na minha pesquisa realizada nos bairros populares de Porto Alegre desde o início dos anos 80, há em torno de cem relatos de indivíduos que passaram vários de seus anos formativos longe dos pais” (p. 57).

Amazonas *et all* (2003) apontam que as famílias das camadas populares, “embora orientadas pelos ideais sociais vigentes em nossa época, terminam por fazer tentativas de conciliá-las com sua realidade de vida” (p. 13). As suas práticas são influenciadas pelo tipo ideal de família presente na sociedade brasileira ao mesmo tempo em que necessitam desenvolver estratégias de sobrevivência compatíveis com suas condições econômicas (Bilac, 1995; Duarte, 1995). Assim, a prática de colocar uma criança em outra família, a fim de que esta seja cuidada – “circulação de crianças” – auxilia no enfrentamento das necessidades ou carências atinentes às famílias de grupos populares (Sarti, 1996).

Fonseca (1995) define que as crianças “circulam” em redes de solidariedade – as quais podem ser tanto familiares quanto afetivas (vizinhos, amigos...) – onde permanecem por tempo variável e constroem novos vínculos com pessoas que se colocam como seus cuidadores. Existe, nesta prática, uma mobilização de uma rede de adultos que se estende para além do próprio grupo de parentesco. Esta mobilização não estigmatiza as mães como “cruéis ou desnaturadas por colocarem sua prole em lares adotivos” (FONSECA, 1995, p. 80), nem motiva os estabelecimentos de vínculos utilitários padrão-cliente, já que “muitos, senão a maioria dos adultos

²⁰⁴ A “circulação de crianças” diferencia-se da adoção, embora ambas possam ser entendidas como a transferência de responsabilidade de uma criança de um adulto para outro (Fonseca, 1995). Conforme Motta-Maués (2004), na primeira “a transferência de direitos dos pais é parcial e temporária” (p. 430), enquanto na adoção, a transferência é total e duradoura. A adoção constitui-se, similarmente a “circulação de crianças”, na colocação de uma criança em uma família, a fim de que ela tenha o cuidado necessário para o seu desenvolvimento psicossocial.

da vila, terem passado parte de sua infância longe de seus pais pode contribuir para a aceitação geral da circulação de crianças” (FONSECA, 1995, p. 80).

Sarti (1996) caracteriza a “circulação de crianças” por meio da extensão da responsabilidade sobre as crianças, a qual é atribuída a “toda uma rede de sociabilidade em que a família está envolvida” (p. 55). Para a autora, como uma prática popular, ela “se inscreve dentro da lógica de obrigações morais que caracteriza a rede de parentesco entre os pobres” (p. 55). Nesse sentido, Fonseca (1995) define “a prática de circulação de crianças como uma estrutura básica da organização de parentesco em grupos brasileiros de baixa renda” (p. 15).

Esta circulação, conforme as autoras, provoca a criação de novos vínculos entre os cuidadores e as crianças; vínculos estes percebidos como novas famílias, com a utilização, por exemplo, de expressões como “mãe de criação”, para referir à mãe que criou a criança que circulou nessa rede (Fonseca, 1995). Nestas novas famílias, as crianças passam a ter várias mães, o que é denominado por Fonseca (2002) de “multiplicação de mães”. Conforme a autora,

o deslocamento da criança é motivado por uma situação de crise - divórcio de pais ou falecimento de um tutor - mas não faltam exemplos em que esta circulação parece plenamente voluntária. As meninas vão trabalhar "numa casa de família" ou "fazer companhia" a uma senhora de idade, os meninos partem em busca da fortuna. Um aterrissa na casa de uma madrinha, outro na da avó. Ainda outros acabam na casa de pessoas não aparentadas e, nesse caso, não é raro as imaginações correrem soltas sobre Fulano, recebido como filho numa "família de ricos", ou Beltrano "feito escravo" por tutores gananciosos. Entretanto, na maioria de casos, meus interlocutores falavam sem grande comentário sobre suas idas e vindas entre um lar e outro, como se fosse algo banal. Assim, terminei por compreender que, apesar do ditado "Mãe é uma só", de fato, muitas pessoas chamam mais de uma mulher por este título. (FONSECA, 2002)

A “circulação de crianças” se trata de uma prática com densidade histórica, a qual, segundo Fonseca (2002), está “em simbiose com as forças do Estado”. Esta prática social não pode ser, conforme a autora, idealizada, embora não se possa olvidar que ela “propiciou não somente a sobrevivência, mas o acompanhamento carinhoso de gerações de jovens brasileiros” (FONSECA, 2002).

Para Motta-Maués (2004), é possível “encontrar nas camadas médias as mesmas modalidades de circulação de crianças identificadas apenas nos grupos populares” (p. 431). Embora nas camadas médias esta prática não esteja diretamente relacionada à carência de recursos financeiros, observa-se que as crianças “circulam” em uma rede de cuidadores, tais como aos avós, tios, tias. A rede de solidariedade é formada por novos vínculos familiares, como nas famílias reconstituídas, em que há outras pessoas que não o pai ou a mãe que cuidam as crianças.

Evidencia-se que estes vínculos parentais constituídos em famílias que optam pela reprodução assistida, em famílias reconstituídas ou homossexuais, ou na “circulação de crianças”,

de certa forma, questionam a determinação biológica da parentalidade e a moral religiosa a respeito das relações familiares, da parentalidade e da filiação. Nestas famílias, não existe adequação às determinações do modelo de família que segue os preceitos “naturais” de reprodução (“ter relação sexual, transmitir genes e dar à luz”), que se baseia em vínculos parentais exclusivos, formados por um pai e uma mãe, e/ou que se fundamenta na diferença de sexo e de gênero entre o casal. Essas relações evidenciam que a determinação da parentalidade não corresponde apenas aos vínculos biológicos. Nesse sentido, afirma Zambrano (2006) que “devido a essa variação dos papéis sociais parentais desempenhados nas diferentes culturas e períodos históricos, podemos, também, compreender que parentalidade não é sinônimo de parentesco e filiação e pode ser exercida por pessoa sem vínculo legal ou de consangüinidade com a criança” (p. 126). Cabe referir que dificultar o reconhecimento jurídico destas formas de parentalidade, ou defini-los como ilegais, acarreta em precarização ou negação de direitos e deveres aos pais e às crianças nestas famílias.

5.3.7 A responsabilização jurídica pela morte de um membro da família

O nascimento de filhos nas famílias gera expectativas para os pais, inclusive, econômicas, de acordo com a orientação dos Tribunais Superiores brasileiros. Esta expectativa econômica é materializada com o pagamento de indenização aos pais²⁰⁵, em virtude do falecimento de um filho. A indenização pode ser pelo dano moral e/ou pelo dano material provocado, já que, conforme a súmula nº 37 do STJ, “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

O dano moral resulta da avaliação e quantificação dos sentimentos envolvidos com a morte de um familiar, o sofrimento e a dor com a perda. É unânime entre os Ministros do STF e do STJ a dificuldade na sua fixação, que é definida como “subjetiva”. De acordo com eles, “inobstante o ressarcimento em dinheiro não tenha o condão de repor a vida perdida, ele serve para amenizar os problemas financeiros do dia a dia, proporcionando maior conforto material, que trará melhores condições para que a dor sofrida com o óbito do ente querido seja enfrentada” (STJDCRC109).

O dano material, por sua vez, resulta da “repercussão econômica”, do “prejuízo econômico mensurável”. É uma “lesão concreta que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima”. Conforme os Ministros, para receber o valor referente ao dano material, é preciso provar a sua existência, valor e relação de causa e efeito. Ou seja, para eles, este dano possui uma análise

²⁰⁵ Neste trabalho, o foco da discussão está centrado no modelo de família e nos critérios utilizados para a definição do valor de indenização por dano material devida pelo causador do dano. Por esse motivo, não serão abordados, apesar de identificados nas decisões judiciais, os temas: responsabilidade civil, definição de culpa, indenização por dano moral, juros legais, juros compostos.

“objetiva” na medida em que o montante devido se refere ao “prejuízo material efetivamente sofrido”.

Para os Ministros, ao analisar a evolução jurisprudencial do dano moral e material, a definição do enunciado da súmula nº 491 pelo STF²⁰⁶, anterior a 1988 e até então vigente, concedeu uma indenização por dano moral como se fosse dano material. De acordo com Barros Monteiro Filho (2008), “o fundamento dessa orientação está sobretudo em que, nas famílias de baixa renda, a morte de filho menor, mesmo de tenra idade, constitui supressão de um valor econômico, ainda que em estado potencial” (p. 4). A potencialidade da “repercussão econômica” (dano material), portanto, era o motivo para a edição da súmula, embora esta tratasse de dano moral. Conforme o Ministro, “na realidade, era o modo de conceder a indenização por dano extrapatrimonial [dano moral] sem dizê-lo diretamente, circunstância, por sinal, admitida em diversos julgados, entre eles os publicados nas RTJ 65/554–555 e 94/242–244” (BARROS MONTEIRO FILHO, 2008, p. 4).

Cabe referir que, embora distintos, o valor do dano material e moral geralmente foram avaliados e concedidos conjuntamente nas decisões. Em razão da dificuldade identificada em relação à definição de dano moral e material no tocante a responsabilização jurídica pela morte de um membro da família²⁰⁷, neste trabalho se levou em consideração os critérios que são valorados positiva e negativamente para a determinação de um valor de indenização pelo falecimento (com exceção do critério de condição sócio-econômica da família e da vítima). Observou-se que os critérios envolvidos na fixação desta indenização são: idade, lugar onde reside, salário obtido com trabalho remunerado e condição sócio-econômica da vítima, além desta condição e da dependência econômica da família.

De acordo com os Ministros, a morte de um filho com idade menor de 21 anos, mesmo que ele não trabalhe, é indenizável²⁰⁸. Para eles,

Há casos em que a vítima é menor impúbere, às vezes, ainda de tenra idade, ou no início da adolescência, criança que ainda não executa trabalho remunerado, que em nada ajuda na casa paterna; ao contrário, como é natural do ponto de vista patrimonial, traz despesas à família.

Nestes casos, o Supremo Tribunal Federal, em orientação culminante na súmula 419, entendeu indenizável o acidente que causa a morte de filho menor, ‘ainda que não exerça trabalho remunerado’. O fundamento explícito das decisões que constituíram a base desta súmula terá sido o de que a morte prematura do filho retira dos pais uma espécie de ‘patrimônio em potencial’, pela presunção de que o extinto, ‘como um bom filho, ajudaria materialmente seus pais’, ainda que pudesse exercer trabalho remunerado. (STJDCRC05)

²⁰⁶ O enunciado de súmula nº 491 do STF determina que “é indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.

²⁰⁷ Por tais motivos, não se fará diferenciação detalhada em cada decisão entre o dano moral e o dano material no momento de exposição dos seus critérios.

²⁰⁸ Foram identificadas decisões no sentido de que a morte do filho menor de 21 anos é indenizada, apenas, em razão do dano moral, excluindo-se o dano patrimonial (STJDCRC46).

Este entendimento se fundamenta no auxílio financeiro do filho para com os seus pais por meio do chamado “patrimônio em potencial”, pois “como um bom filho, ajudaria materialmente seus pais”. Embora seja um exercício de “futurologia” prever que o filho iria auxiliar financeiramente os pais, o objetivo da indenização era o pagamento dos danos sofridos pelos pais.

A indenização era também devida aos filhos menores de 21 anos, que trabalhavam, especialmente em “famílias de baixa renda”. Os Ministros consideravam que a contribuição financeira dos filhos quando estes trabalham, diferentemente dos que não o exercem, é “efetiva” e “real” e justifica, de forma mais clara, a indenização. É interessante ressaltar a orientação dos Ministros, a qual explicita que o trabalho remunerado das pessoas menores de 21 anos acontece, em muitos casos, antes da idade permitida constitucionalmente.

A condição sócio-econômica da vítima e da família é, constantemente, utilizada na fixação da indenização. Quando se trata de “família de poucos recursos”, “família de baixa renda” ou “pessoas modestas”, presume-se a “colaboração prematura” dos filhos para a manutenção do “grupo sanguíneo”, o dano material resultante da morte de um dos seus membros e a manutenção do auxílio financeiro do filho para com os pais, após o seu casamento ou quando reside com os pais, é solteiro e trabalha. (STJDCRC01)

Observa-se que tal presunção se baseia na afirmação de que os filhos constituem como fonte de renda para os lares de família de condição econômica “precária” e na existência uma obrigação do filho em auxiliar os pais na medida da necessidade destes, em especial, durante a velhice. Já os pais, que não demonstram a condição social “precária” da família, devem comprovar a sua dependência econômica em relação ao filho-falecido, para ter direito à indenização por dano material, especialmente, quando se trata de famílias de “classe social média-alta” (entretanto, persiste o pagamento por dano moral).

O tempo de pagamento da indenização, em geral, mede-se pelo tempo provável de vida da vítima, que é de 65 anos, tal como acontece no caso de filhos maiores de 21 anos, que residem com os pais e trabalham. Ressalta-se que a indenização era devida até essa idade caso se comprovasse a “efetiva contribuição financeira”.

Este período de indenização concedido, que no início dos anos 90 era amplamente majoritário nas decisões, foi, aos poucos, sendo reformulado, dependendo das características do caso analisado e dos critérios utilizados para o julgamento. Inicialmente, reduziu-se até o momento em que o filho completaria idade de 25 (vinte e cinco) anos. Esta idade foi fixada em razão da constituição de “nova família” pelo filho, o que, para os Ministros, ocorreria presumidamente neste momento de sua vida. De acordo com eles, em razão da necessidade de

manutenção desta família, formada pelo casamento, o filho deixaria de contribuir para a manutenção dos pais.

Verificam-se, até o final da década de 90, posições divergentes entre os Ministros e julgamentos no sentido de conceder a indenização até 65 anos; e outros, até 25 anos. Neste período, forma-se um novo posicionamento no sentido de conceder a indenização até os 65 anos, e reduzir o valor pago a partir dos 25 anos.

Este posicionamento foi baseado, pelos Ministros, nas seguintes presunções: sobrevida da vítima, em média, até 65 anos; constante auxílio financeiro aos pais, em especial, nos “lares pobres”, mesmo antes de poder exercer legalmente trabalho remunerado; e formação de uma nova família devido ao casamento aos 25 anos, pela “ordem natural da vida”, com a redução no valor deste auxílio aos pais. Dessa forma, eles adotaram uma “posição intermediária” em relação a que vinham adotando até então.

Esta idade de 65 anos não se constituiu em “critério absoluto”. Em outros termos, caso os pais, beneficiários da indenização, venham a falecer antes do período em que o filho-falecido completasse esta idade, extinguiu-se a indenização antecipadamente. De igual maneira, caso a indenização fosse concedida a pais idosos, ela persistia enquanto eles permanecerem vivos.

Nas decisões analisadas, identificou-se uma no sentido de conceder indenização em virtude da morte do filho ao “pai de criação” ou “padrasto” (STJDCRC31). Com base nesta decisão, identifica-se que o filho era solteiro, tinha 20 anos de idade, residia com o “pai de criação”, trabalhava e contribuía para o sustento deste pai, e sofreu acidente ferroviário, que causou a sua morte. Nos julgamentos anteriores (1ª e 2ª instâncias), a ação foi julgada extinta sem o julgamento do mérito por ilegitimidade ativa, pois o “pai de criação” não teria direito à indenização por não ter parentesco consanguíneo ou civil com o filho.

Os Ministros julgaram em sentido contrário, possibilitando o pagamento da indenização ao “pai de criação”. De acordo com eles, a indenização por danos morais e materiais não é devida só aos parentes, mas também àqueles cuja morte priva de alimento, auxílio e educação, em caso de acidente ferroviário (art. 22, Dec. 2.681/1912). Em outros termos, o “pai de criação” ou o “padrasto” não tem vínculo de parentesco, natural ou civil, com o filho de sua cônjuge ou companheira; apenas, neste caso, o falecimento em razão de acidente ferroviário do filho prejudicou no auxílio financeiro a ele.

Dessa maneira, os Ministros adotaram o mesmo entendimento das instâncias anteriores: o “pai de criação” ou o “padrasto” não tem direito aos alimentos ou à herança, por não ser parente. Nesta decisão relatada, eles modificaram o fundamento da indenização, ou seja, ela só foi concedida pela espécie de acidente – ferroviário – e por esta espécie possuir uma lei específica que concede o direito à indenização em virtude da privação de alimento, auxílio e educação.

Além dos pais e deste beneficiário em virtude de uma lei específica, observou-se que outros membros da família têm direito à indenização, quais sejam, os filhos pela morte dos pais e o/a cônjuge pelo falecimento de seu marido ou esposa. Os primeiros têm direito à indenização até o momento em que eles completarem 24 anos, pois os Ministros presumem que, nesta idade, os filhos completariam a formação educacional necessária ao custeio condigno do seu sustento, inclusive, a formação universitária. Segundo eles, em caso de deficiência congênita ou adquirida do filho, beneficiário da indenização, é possível adiar o termo final para a concessão da indenização.

Em relação à esposa e ao marido, eles têm esse direito caso comprovarem “dependência econômica” do cônjuge falecido. Tal dependência, para os Ministros, é comum nas “famílias de baixa renda”, pela dificuldade de sobrevivência da família com o salário de apenas um dos cônjuges; por esse motivo, eles presumem a dependência econômica nestas famílias. Quanto à esposa-falecida que “trabalhava no lar”, o marido também tem direito à indenização por danos materiais, pois ela “contribuía com o trabalho doméstico para a economia da família” (STJDCRC07). O pagamento da indenização é devido, conforme o entendimento dos Ministros, até o cônjuge-falecido completar 65 anos.

Em caso de “remaridação”, ou seja, da viúva beneficiária do pagamento de indenização se casar novamente, não termina o pagamento desta indenização, já que o casamento não constitui garantia de cessação das necessidades dela. Além desta razão, os Ministros consideram que contraria o “interesse social” criar obstáculos para a constituição de “novo vínculo matrimonial”.

Observa-se que em todos os casos de concessão de indenização por danos provocados pela morte de um membro da família, é imprescindível provar o vínculo biológico ou civil (casamento, adoção). Cabe referir que, nas decisões analisadas, não se identificou concessão de indenização em razão do falecimento para pessoas que, embora tivessem “dependência econômica”, não provassem estes vínculos.

5.4 A ESTRUTURA DA FAMÍLIA

Conforme os Ministros do STF e do STJ, a estrutura da família define a sua existência jurídica ou não. Para eles, ocorreu uma “mudança” nesta estrutura devido a Constituição Federal de 1988, na medida em que “mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que com clarividência pós a constituinte de modo o mais abrangente, no texto da nova Carta” (STJDCDS01).

A estrutura familiar é explicitamente abordada como fundamento para as decisões que tratam a respeito do “bem de família”. A função deste bem, para os Ministros, é proteger os membros da família que residem no imóvel. Por essa razão, é necessário às “partes do processo” caracterizar que neste bem reside uma família para que ele possa se tornar impenhorável.

Nas ações em que se provava a existência de casamento ou união estável não houve discussão entre os Ministros, os quais unanimemente consideraram as estruturas formadas por estas instituições como família. Em outros casos, para eles “mais controvertidos” (como “mulher separada judicialmente e sua filha”, “homem separado judicialmente e seu filho”, “viúva com filhos e/ou filhas”, “ex-companheira e filhos”), observou-se a mesma conclusão: a estrutura derivava de uma “formação anterior” constituída pelo casamento ou pela união estável e que a formação em pauta foi resultado da repercussão da separação judicial ou da morte de um dos cônjuges ou companheiros. Dessa forma, consideraram os Ministros que estas estruturas compõem uma família.

Em relação às famílias formadas por irmãos solteiros e por irmãs solteiras, os Ministros decidiram pela impenhorabilidade do bem de família ao entenderem que a “consangüinidade” das irmãs e dos irmãos os une como uma família. Conforme um dos Ministros, os irmãos solteiros “são remanescentes da família, esta entendida como o grupo formado por pais e filhos, e constituem eles mesmos uma entidade familiar, pois para eles não encontro outra designação mais adequada no ordenamento jurídico” (STJDCIBF283).

Observa-se a significativa dificuldade encontrada para a decisão a respeito da impenhorabilidade do bem de família em imóveis nos quais residem pessoas solteiras. Identificam-se decisões diversas, algumas afirmando e outras negando a impenhorabilidade nestes casos. A principal razão evidenciada pelos Ministros do STJ nas decisões para a não aplicação desta norma aos solteiros se baseou no fato de a lei existir para proteger a família do devedor, e não a ele, “individualmente considerado”. A norma teria como beneficiária, portanto, a família e não os indivíduos.

Até o ano de 1999, esta era a orientação predominante. Após este período, algumas decisões começaram a divergir deste entendimento e a assegurar ao solteiro o direito à impenhorabilidade de sua residência. Elas se basearam em duas justificativas: garantia da moradia e formação de uma família por uma pessoa.

Quanto à garantia da moradia, os Ministros afirmavam que o direito à moradia é considerado como um “direito fundamental da pessoa humana”. Conforme um dos Ministros, “não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão” (STJDCIBF361). Esta justificativa se fundamentava na garantia dos

direitos individuais, expressos na CF/88, e foi associada a uma referência ao sofrimento do indivíduo por morar sozinho.

A segunda justificativa, identificada nas decisões a partir de 1999, reflete uma ampliação da compreensão a respeito da estrutura familiar: os Ministros, para concederem a impenhorabilidade do bem de família ao solteiro, expressaram o entendimento de que uma pessoa constitui uma família e, portanto, pode ser destinatária desta regra. A partir desta fundamentação, diversas decisões passaram a conceder o direito à impenhorabilidade do bem imóvel para as pessoas que viviam sozinhas, independentemente de serem “solteiros”, “celibatários”, “viúvos”, “separados” ou “divorciados”.

É importante refletir acerca do contexto social brasileiro ao analisar esta mudança nas decisões após 1999. A consideração do indivíduo como família é encontrada na Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios (PNAD) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), realizada em 2000. Nesta pesquisa, o indivíduo que forma uma família é designado como “família unipessoal”; denominação esta que vem sendo adotada pelos Ministros nas decisões judiciais que tratam sobre a impenhorabilidade do bem de família para solteiros.

De acordo com o IBGE (2005), houve um crescimento de 29% no número de famílias do Brasil entre os anos de 1991 e 2000. Dentre estas famílias, no ano de 2000, 8,6% eram unipessoais; 0,3%, compostas por duas ou mais pessoas; 91,2%, compostas por duas ou mais pessoas com vínculos de parentesco. Assim, “o padrão dominante de organização das famílias no Brasil continuou sendo aquele formado pelas famílias com parentesco, que constituíram, em 2000, 91,2% dos arranjos” (IBGE, 2005), havendo, inclusive, um crescimento das famílias unipessoais, que somam mais de 4,1 milhões de pessoas, em números absolutos.

O IBGE (2005) também constatou a “redução do tipo de família constituída pelo casal com filhos, que passou de 65,3%, em 1991, para 61,1%, em 2000”. Nesse sentido, identificou “um concomitante aumento dos demais tipos, sendo as famílias constituídas por mulher sem cônjuge e com filhos o que apresentou maior crescimento relativo: 14,9% para 17,3%” (IBGE, 2005).

A partir dos dados retirados da pesquisa do IBGE (2005), é possível observar, no contexto social brasileiro, a existência de “famílias unipessoais”, de “famílias formadas por duas ou mais pessoas” e de “famílias formadas por laços de parentesco”. Quanto a estas, o IBGE (2005) identificou famílias formadas por “casal sem filhos”, “casal com filhos”, “casal sem filhos com parentes”, “casal sem filhos sem parentes”, “mulher responsável com ou sem filhos e com ou sem parentes”, “homem responsável com ou sem filhos e com ou sem parentes”, além de outras estruturas, em que residiam avós com netos, irmãos.

As decisões dos Ministros que incluem diferentes estruturas de famílias para a concessão da impenhorabilidade do bem de família, dessa forma, refletem as mudanças sociais e culturais contemporâneas observadas pelo IBGE (2005) em relação à estrutura das famílias brasileiras. Entretanto, há uma diferença entre a concepção dos Ministros e a utilizada na pesquisa do IBGE (2005): para os primeiros, as famílias formadas por irmãos, pela mãe ou pai (solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos) com filhos, ou mesmo por pessoas solteiras, é remanescente de uma “formação anterior” baseada na estrutura familiar do modelo nuclear (pai-mãe-filhos); enquanto o IBGE (2005) aborda as famílias a partir de seu “grupo domiciliar” (Alves, 2008).

De acordo com Alves (2008), “nos censos demográficos e outras pesquisas domiciliares (tipo PNAD), o alcance máximo de uma família vai até os limites físicos da moradia. Uma mesma família (definida pelos laços de parentesco e de ajuda mútua) que ocupe dois domicílios é contabilizada como duas famílias” (p. 1). Esta maneira de definir a família busca, conforme o autor, operacionalizar o seu conceito e “restringe o escopo da família ao grupo domiciliar” (p. 1). O autor ainda explica que a conceituação de família pela literatura antropológica e sociológica “não se restringe ao grupo domiciliar, pois os laços de família extrapolam o domicílio, a cidade e até o país” (ALVES, 2008, p. 1).

Cabe referir que os estudos científicos contemporâneos questionam a hegemonia da estrutura de família ser baseada na relação pai-mãe-filhos (modelo nuclear de família) e abordam as famílias a partir de diferentes graus de parentesco²⁰⁹, em que ela é estruturada a partir da descendência/ascendência sanguínea, civil (em que se inclui a adoção) e sócio-afetiva, das relações conjugais, e de parentes que dividem o mesmo “grupo domiciliar” (Amazonas *et all*, 2003; Bem e Wagner, 2006; Bilac, 1995; Fonseca, 2000). De acordo com Bem e Wagner (2006), o núcleo familiar pode ser considerado a estrutura mais comum, em virtude, “em grande parte, do desemprego, dos baixos salários e da instabilidade das relações conjugais” (p. 146), embora não seja a única estrutura identificada na sociedade brasileira.

Para Fonseca (2000), pode ainda se encontrar, preponderantemente, a estrutura do modelo nuclear de família nas classes altas e médias, mas nas classes populares há predomínio da “família extensa”, que consiste em uma estratégia coletiva de suporte para o cuidado dos mais jovens. Segundo Bilac (1995), a família das camadas populares é “inicial e basicamente nuclear, mas que pode vir a se ampliar (...) para abrigar parentes, ascendentes e descendentes” (p. 47). Conforme Amazonas *et all* (2003), ao realizar uma pesquisa quantitativa sobre as famílias de classes

²⁰⁹ Conforme Grossi (2003), no Brasil, preferiu-se usar a designação “família” ao invés de “parentesco” no campo da antropologia. Para ela, a qual observa com postura crítica este “abandono” do termo parentesco, os antropólogos aprendem a “prestar atenção nas categorias nativas para definir os parentes: pai, mãe, filho, filha, nora, genro, avó, avó, tio, tia, sobrinho, sobrinha” (GROSSI, 2003, P. 277), cuja nomenclatura fala do lugar das pessoas no sistema de parentesco.

populares, a estrutura predominante foi a baseada no modelo nuclear (32,7%), seguido pelo de família extensa (24,5%), de recasados (16,3%), monoparental (14,3%), adotiva (8,2%) e abrangente (4,1%).

De acordo com Carvalho e Almeida (2003),

De início, vale reafirmar que o conceito de família é polissêmico, com várias acepções. No sentido mais restrito, ele se refere ao núcleo familiar básico. No mais amplo, ao grupo de indivíduos vinculados entre si por laços consangüíneos, consensuais ou jurídicos, que constituem complexas redes de parentesco atualizadas de forma episódica por meio de intercâmbios, cooperação e solidariedade, com limites que variam de cultura, de uma região e classe social a outra (p. 111)

Nesse sentido, Fonseca (2000) define que não é adequado acreditar que uma tipologia familiar possa ser homogênea entre as várias classes sociais, especialmente, nas sociedades ocidentais e industrializadas. As famílias podem ser identificadas por meio de vínculos entre pessoas que exercem função paterna e materna, que constituem relações conjugais, que compartilham o mesmo DNA, que formam estratégias coletivas de suporte para o cuidado dos mais jovens, ou que convivem no mesmo domicílio.

As decisões judiciais abordadas, que tratam a respeito da impenhorabilidade do bem de família, não repercutem diretamente no direito de família, que regula as relações familiares. Nas decisões que tratam especificamente sobre este ramo do direito, os Ministros são unânimes em afirmar que a família é constituída “pelos cônjuges e seus filhos, em razão do casamento, pelo que decorre da união estável entre homem e mulher, e pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus dependentes” (STJDCIBF90).

Em outros termos, constituem-se famílias, para o direito de família, as formadas por casais (casamento e união estável) com ou sem filhos (biológicos e adotivos) e por pai ou mãe com filhos (biológicos e adotivos). Estas estruturas são similares às identificadas nas decisões que tratam sobre a impenhorabilidade do bem de família, com exceção da família formada por irmãos e da família unipessoal. A similaridade também está na compreensão da “origem” da monoparentalidade, que é compreendida, nos dois ramos do direito, como “remanescente de uma formação anterior”. Isso indica que a estrutura da família, embora tenha sofrido “mudanças” de acordo com os Ministros, ainda é pensada e se fundamenta, preferencialmente, no núcleo constituído por pai-mãe-filhos (modelo nuclear de família).

5.5 MEMBROS DA FAMÍLIA

Os membros da família são tratados diferentemente pelos Ministros a depender do seu sexo e da etapa de desenvolvimento em que se encontram. Em relação ao sexo, a análise das

decisões mostra que a separação entre “homem” e “mulher” é “naturalizada”, na medida em que de cada um são esperadas determinadas funções na família e na sociedade. A separação por sexo é tratada apenas durante a vida adulta. Durante a infância e a adolescência, os membros da família são tratados explicitamente a depender de sua etapa do ciclo vital. As decisões abordam, para as crianças, a necessidade de resguardar os seus direitos fundamentais; enquanto que, para os adolescentes, a aplicação da medida sócio-educativa de internamento.

5.5.1 A função do homem e da mulher

Na análise das decisões do STF e do STJ, identificam-se funções “naturalizadas” para o homem e para a mulher. Em relação ao homem, ele é geralmente tratado como “provedor” e como o “chefe da família”, conforme foi explicitado pelos Ministros em uma das decisões que assegurou ao homem o direito de pleitear, como “direito próprio”, o pagamento do tratamento médico dos familiares em virtude de acidente de carro destes. A mulher é abordada quanto a sua “função doméstica”, em especial, nas decisões que debateram a respeito da união estável e do concubinato. Nelas, a “concubina” é sempre a mulher, identificando-se, inclusive, que esta designação e a de “companheira” são usadas como sinônimos, o que não ocorre em relação ao homem. Cabe referir que não se identificou menção ao “concubino”.

Esta compreensão também é observada quando se analisa as decisões sobre pensão por morte. Elas são recorrentes ao homem e à mulher, quando o companheiro(a) falece, já que é necessária, por meio de uma ação judicial, a comprovação do vínculo conjugal constituído através da união estável. Isso não deveria ocorrer nos casos em que eles são casados, pois esta comprovação se dá pela Certidão de Casamento. Entretanto, em uma das decisões analisadas se observou que o viúvo foi obrigado a propor uma ação judicial para ter direito à pensão por morte em virtude do falecimento de sua esposa. A pensão havia sido negada pelo Tribunal de Justiça do Estado sob o argumento de que não é função da mulher “prover a família” (nota-se que ela era juíza neste Estado). Em 1996, a ação foi julgada procedente e os Ministros afirmaram que é necessário, nestes casos, ter como parâmetro a igualdade constitucionalmente prevista para o homem e a mulher (STJDA12). Da mesma forma, os homens-viúvos também tiveram de propor ação para ter o seu “direito real de habitação” assegurado; necessidade esta que não se identificou para as mulheres nas decisões analisadas.

O casamento é tratado, nestas decisões, como forma de a mulher garantir o amparo econômico necessário. Nesse sentido, os Ministros determinaram que a “filha desquitada” ou “divorciada”, além da “filha solteira”, tem direito à pensão prevista na Lei 3.373/58 (art. 5º, §

único). Para eles, a “filha casada” não tem direito a esta pensão, pois “pressupõe-se estar economicamente amparada” em virtude do casamento. Já a “filha desquitada” e a “filha divorciada”, “desde que satisfaça as exigências impostas a filha solteira”, quais sejam, não estar casada e não ser ocupante de “cargo público permanente”, têm direito à pensão (STJDP13).

Além disso, é possível identificar decisões no sentido de que tanto em ação de separação judicial ou quanto em ação de conversão de separação em divórcio, o lugar onde se deve propor a ação é no foro da Justiça Estadual em que reside a cônjuge. Apenas em 2002, há uma decisão no sentido contrário, que determinou que estas ações judiciais podem ser também propostas no domicílio do marido em razão da igualdade entre o homem e a mulher prevista constitucionalmente. De acordo com um dos Ministros,

o princípio constitucional da igualdade não comporta ser fragmentado na unicidade de suas conseqüências, para deixar de ser aplicado sob invocação da fragilidade da maioria das mulheres brasileiras, de seu deficiente desenvolvimento cultural ou de sua dependência sócio-econômica do marido, pois a invocação desses fatores depõe contra o próprio espírito que inspirou o princípio da igualdade jurídica da mulher brasileira como um todo, e não de pequena parcela delas. (STJDCDF155)

Nesta decisão, houve votos contrários no sentido de assegurar o direito da mulher de propor estas ações em seu domicílio. Conforme um dos Ministros que divergiu da decisão “vencedora”, o princípio da igualdade surgiu para melhorar o lugar da mulher frente à sociedade conjugal e não para criar uma situação em que ela pode ser prejudicada. Para ele, “essa idéia de que a mulher está em condições de igualdade com o homem é uma realidade presente em pequena parcela da nossa população. Não é o que acontece no foro de um modo geral, nem o que vemos todos os dias neste Tribunal” (STJDCDF155).

Esta concepção que “naturaliza” as funções do homem da mulher, definindo o primeiro como “provedor” e esta como sua dependente e como exercente da “função doméstica”, conforme foi observado nesta pesquisa, também foi identificada por Almeida (2002). Ao analisar as decisões judiciais da década de noventa do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que abordaram a dissolução da sociedade conjugal, a autora observa que “na percepção dos desembargadores a mulher é frágil em relação ao homem. Eles a naturalizam como dependente dos provimentos materiais dele” (ALMEIDA, 2002, p. 74).

Cabe referir que, contemporaneamente, as pesquisas científicas afirmam que, embora os papéis conjugais e parentais do homem e da mulher na família e na sociedade tenham passado por transformações significativas, em especial, a partir da década de oitenta, as representações sociais ainda estão marcadas pelo modelo de família que “naturaliza” as funções “domésticas” e “de cuidado aos filhos” para as mulheres e as funções de “provedor” e de “chefe da família” para os

homens (Trindade, Andrada e Souza, 1997; Wagner *et all*, 2005). Conforme Benardes (1995) e Hileshiem (2004), a divisão se dá por meio da distinção entre a função do pai e da mãe no modelo de família, em que a função do pai é de prover o sustento e de disciplinar, enquanto o da mãe é de cuidar os filhos e a casa.

Esta diferenciação de funções influencia no cuidado dos filhos desde o seu nascimento. Falcke e Wagner (2000) afirmam que, sobre a mulher, atribui-se o ideal de amor e de afeição, o qual se traduz no ideal de ser mãe. Segundo as autoras, “apesar do crescente questionamento sobre o amor materno incondicional e inato, a visão da mãe ideal, responsável pelo bem-estar psicológico e emocional da família ainda é bastante presente na literatura e no senso comum” (FALCKE E WAGNER, 2000, p. 424). Nesse sentido, Rago (2000) aponta que ainda existe uma culpabilização da mãe que se afasta desta função de cuidar dos filhos.

Alguns fenômenos estão influenciando, atualmente, na mudança destas funções, tais como, “a entrada das mulheres no mercado de trabalho e sua maior participação no sistema financeiro familiar” (WAGNER *et all*, 2005, p. 181). Este processo de transição tem sido visualizado em algumas famílias, especialmente as de nível sócio-econômico médio, nas quais algumas tarefas de educação dos filhos e de organização do dia-a-dia da família estão sendo, relativamente, divididas entre o pai e a mãe (Wagner *et all*, 2005). Bustamante e Trad (2005), ao realizar uma pesquisa etnográfica que focalizava a participação paterna no cuidado da saúde das crianças menores de seis anos em famílias de camadas populares, identificaram que, embora persista a divisão de funções, existem algumas dimensões no cuidado das crianças em que os homens participam ativamente, evidenciando uma proximidade física e emocional com os filhos.

Fleck e Wagner (2003) e Testoni e Tonelli (2006) definem que, embora estas mudanças que estejam influenciando no cuidado dos filhos, a responsabilidade principal no cuidado ainda recai sobre as mulheres. A modificação é bastante tênue, mesmo que a mulher seja a principal provedora do lar (Fleck e Wagner, 2003). Conforme Rocha-Coutinho (2003), existe um descompasso entre a participação da mulher no mercado de trabalho e sustento econômico do lar e a divisão de tarefas domésticas, criação e educação de filhos. Este descompasso está presente em diversas expressões, tal como o trabalho doméstico ser chamado de “trabalho de mulher”.

De acordo com Wagner *et all* (2005), as quais realizaram uma pesquisa quantitativa com 100 famílias constituídas por pai-mãe-filhos, residentes na cidade de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, é necessário “conhecer o contexto de cada família e a força que suas crenças, valores e atitudes têm na definição e na distribuição das tarefas e papéis familiares” (p. 186). As mudanças nas funções do homem e da mulher não estão ocorrendo com a mesma frequência e intensidade em todas as famílias. Dessa maneira, coexistem modelos de família baseados na “tradicional divisão de papéis; outros nos quais maridos e esposas dividem as tarefas domésticas e educativas

e, ainda, famílias nas quais as mulheres são as principais mantenedoras financeiras do lar, mesmo acumulando a maior responsabilidade pelo trabalho doméstico e educação dos filhos” (WAGNER *et all*, 2005, p. 182).

Observa-se, dessa forma, que as concepções “naturalizadas” que definem de funções às pessoas, a depender de seu sexo, ainda estão presentes nas representações sociais e influenciam significativamente o cotidiano das relações familiares no Brasil. Isso remete a reflexão acerca dos direitos que estão sendo concedidos aos homens e às mulheres, na medida em que a previsão constitucional estabelece a igualdade jurídica entre eles, enquanto as decisões analisadas afirmam funções de “provedor” e “chefe da família” ao homem e “função doméstica” à mulher. O casamento continua a ser compreendido como mecanismo de a mulher adquirir o amparo econômico necessário a sua sobrevivência. Estas concepções estão presentes não só nas decisões dos Ministros, mas também nos argumentos jurídicos utilizados na propositura da ação, pelos advogados e seus “clientes”. Ao mesmo tempo em que é imprescindível questionar esta concepção que “naturaliza” as funções para o homem e a mulher, como se elas fossem inerentes ao sexo de cada pessoa, é importante definir direitos que condizem com as relações familiares, a fim de não discriminar indiretamente as pessoas nelas envolvidas.

5.5.2 A função da criança e do adolescente

Nas decisões analisadas, é possível identificar duas abordagens diferenciadas das crianças e dos adolescentes. Em relação às primeiras, as ações tratam a respeito de direitos a resguardar e de como isso deve ser juridicamente realizado; quanto aos adolescentes, abordam a aplicação das regras para as medidas sócio-educativas de internamento.

Além do dever de resguardar a vida, a saúde, a alimentação, a educação, o lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, a liberdade, a convivência familiar e comunitária, os Ministros afirmam o dever do Estado de proteger a criança contra qualquer tipo de violência, inclusive, em relação aos crimes contra as suas vidas e ao tráfico internacional. Com base nos direitos fundamentais que devem ser assegurados às crianças, os Ministros entenderam que é imprescindível a atuação do Ministério Público, garantindo a ele requerer a condução coercitiva dos pais para tratar sobre a educação de seus filhos. Dessa maneira, cabe a esta instituição fiscalizar e propor medidas judiciais para garantir o integral cumprimento destes direitos.

Quanto aos adolescentes, as decisões judiciais abordaram a prática de atos infracionais realizado por eles e a respectiva medida sócio-educativa a ser aplicada. Antes da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, identifica-se uma decisão, em 1989, que autoriza a internação de “menor” com base no Código de Menores de 1979 (STJDCA01). Conforme os Ministros, este Código não se atrita com os direitos constitucionais previstos às crianças e aos

adolescentes pela CF/88, diferentemente do que se observou na análise da legislação constitucional e infraconstitucional nos capítulos anteriores (Código de Menores de 1979 trata o “menor” como “objeto de proteção” do Estado e a CF/88 cuida da criança e do adolescente como “sujeitos de direito”).

Nesta decisão, o Ministro determinou a internação de um adolescente antes de completar 14 anos devido à violência praticada por diversos “menores” no cotidiano, comprovada por meio da citação de uma notícia extraída de um jornal de grande circulação. Conforme o Ministro,

A ‘integração sócio-familiar’ a que se referem os impetrantes não tem a menor base fática. Não trazem aos autos a menor prova de que os pais ou o responsável têm condição de assistir e vigiar o menor.

É de sabença geral, ao contrário, que esses menores chegam às infrações penais, exatamente, porque os pais saem para trabalhar e os deixam em abandono entregues a todo o tipo de malfeitores.

De outro modo, não é o fato de ficar na instituição A ou B, que resolve o problema, porém, se qualquer delas preenche o que a lei exige. No caso, as explicações do Juiz de Menores devem merecer o devido crédito e respeito, além do que o menor completará quatorze anos no próximo dia doze deste mês e ano. (STJDCA01).

Em outros termos, a internação se baseou na dificuldade dos pais de “assistir e vigiar o menor”; na facilidade que os “menores” têm de chegar às infrações penais; e na função da instituição que, apesar de não resolver o problema, preenche os requisitos legais.

Com o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, a aplicação da medida sócio-educativa de internação é obrigatoriamente “breve” e “excepcional”. Em uma das decisões analisadas, identifica-se que o adolescente foi internado com base na decisão judicial de primeiro grau que considerou indicação de “sério desvio de conduta” e “ato de extrema gravidade” praticado por ele, qual seja a invasão de residência, na companhia de dois adultos, em que a sua participação consistiu em amarrar as pessoas. Para este juiz, a família do adolescente demonstra “disfuncionalidade” e o “adolescente sofre ‘uma perturbação emocional bastante séria em razão de conflitos familiares apresentados’. Nada se demonstrou que pudesse se concluir que tivesse outro caminho para ressocializá-lo que não o internamento” (STJDCA18).

O parecer do Ministério Público, citado por um dos Ministros, alega que a medida de internamento é “desfundamentada”, “exagerada” e “incompatível com os objetivos psicopedagógicos que se quer com a disciplina do Estatuto da Criança e do Adolescente” (STJDCA18). A medida imposta não considera o relatório do “Centro Integrado de Atendimento ao Adolescente Infrator”, em que se afirma que o adolescente necessita de tratamento emocional para trabalhar “com suas questões emocionais, elevando sua auto-estima e desenvolvendo no adolescente outros mecanismos de defesa, diferente da violência e do crime” (STJDCA18).

Além disso, o relatório sugere que “toda a família seja encaminhada a um trabalho de psicoterapia sistêmica, para que revejam seus papéis dentro do grupo familiar e social” (STJDCA18). Na falta de trabalho nestes aspectos quanto ao adolescente e à família, finaliza o relatório, o adolescente pode voltar a reincidir, mesmo que apresente consciência e arrependimento em relação ao ato cometido.

Em decorrência do parecer apresentado pelo Ministério Público e baseado no relatório deste Centro, bem como o fato de o adolescente ser “estudante de 2º grau”, “sem antecedentes infracionais” e “com família constituída”, os Ministros afirmaram que ele “necessita de assistência e não de cerceamento à liberdade”. Para eles, “a internação deve ser reservada a situações quando, na verdade, a família não tenha controle sobre o menor e que se exija um tratamento rigoroso” (STJDCA18).

A apuração de ato infracional, de acordo com os Ministros, não visa à imposição de pena, mas sim, de “medida de caráter preventivo e pedagógico”. Assim, a medida de internação, além de ser breve e excepcional, não deve ser aplicada, para eles, nos casos em que se verifica que o adolescente é “estudante”, tem “família estruturada” e não tem “antecedentes infracionais”, pois nesses casos a medida sócio-educativa de internação seria “excessiva” (STJDPP77).

Cabe referir que, embora a CF/88 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 tenham eliminado as designações “menor”, “menor infrator” e “direito do menor”, elas aparecem com frequência nas decisões analisadas para se referir à criança e ao adolescente. O uso destas definições é bastante criticado, contemporaneamente, pelos juristas, na medida em que referencia a legislação anterior a promulgação da Constituição e que traz consigo estigma e preconceito (Veronese, 1999).

A expressão “menor”, conforme é observado na análise da legislação infraconstitucional que trata sobre as crianças e os adolescentes realizada por Veronese (1999), está presente no Código Civil de 1916, no Código Penal de 1940 e na Consolidação das Leis do Trabalho, que iniciaram sua vigência antes da CF/88. Estas leis abordam a criança e o adolescente de acordo com a “incapacidade” destes sujeitos para realizar atos da vida civil, cometer crimes ou trabalhar, separando-os dos adultos, os quais, segundo estas leis, têm “capacidade”.

Veronese (1999) evidencia que esta diferenciação entre “incapaz” e “capaz” torna o primeiro impossibilitado de fazer algo (“privado pela lei de certas funções”), por meio da negação jurídica de determinada “capacidade”. De acordo com a jurista, “essa graduação não se dá de modo a valorizar o potencial, o nível de desenvolvimento já atingido ou a aptidão manifesta pelo indivíduo, mas sim de modo a sublinhar a ausência, a negativa de uma qualidade” (VERONESE, 1999, p. 64). Dessa forma, a designação “menor” não se vincula à compreensão das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direito em processo de desenvolvimento, tal como definido na

CF/88 e no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. A Constituição e o Estatuto diferenciam a “criança” e o “adolescente” como etapas diferenciadas do ciclo vital, concedem os mesmos direitos fundamentais de uma pessoa adulta e reconhecem a sua condição de pessoas em processo de desenvolvimento, e não a sua “incapacidade”.

5.6 VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR

Dentre as decisões analisadas, a violência intrafamiliar foi identificada, em especial, nos crimes de atentado violento ao pudor e de estupro. Nestas decisões, os crimes foram praticados por familiares ou por pessoas que conheciam a família, que se aproveitam “do seu relacionamento íntimo com a família da vítima-menor para a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal” (STJDP03).

Em um dos julgamentos, foi relatado que a família do menino de 14 anos que estava sendo violentado tinha “relacionamento íntimo” com o homem que praticou o crime de “atentado violento ao pudor”. A mãe do menino só “desconfiou do impetrante pois o menor vinha apresentando conduta estranha e sinais de perturbação de saúde mental” (STJDP03). Num dos dias que o menino saiu com o agressor, este foi preso em flagrante em um motel da cidade, após a “mãe do menor de 14 anos e seu sobrinho conseguirem mobilizar os agentes policiais com atuação na jurisdição do fato” (STJDP03). Inclusive, os Ministros evidenciam “o tempo gasto e as dificuldades encontradas” para eles “conseguirem” que os agentes fossem ao motel, embora não expliquem a razão que dificultou este convencimento. Não há, por eles, descrição das características do agressor, apenas informam que ele era “militar reformado da Marinha” (STJDP03).

Os Ministros narraram também as condutas praticadas pelo agressor. Segundo eles, o agressor praticou com o menino “atos libidinosos diversos da conjunção carnal, tais como: coito anal, sexo oral e outros. Ainda, por diversas vezes, em datas anteriores, vinha mantendo atos sexuais com o menor-vítima, em concurso com outras pessoas e sozinho, em sua residência e em motéis” (STJDP03).

Em outra decisão, os Ministros mantiveram o agressor preso “pela imposição a menor, de 09 anos de idade, de prática de atos libidinosos, diversos de conjunção carnal, dentro do ambiente familiar, dada a condição do acusado de padrasto da vítima” (STJDPP37). A razão para a manutenção da prisão foi a necessidade de “impedir a ocorrência de novos delitos”, já que o agressor era padrasto da menina violentada. Para eles, “a lei autoriza a prisão processual como forma de assegurar a ordem pública” (STJDPP37).

Neste julgamento, eles relataram que a mãe acordou durante a noite e surpreendeu o companheiro “com a calça abaixada, deitado na cama de sua filha e esta sentada sem calcinha e o acusado enfiando o dedo em sua vagina”. A menina, com nove anos de idade, “confirmou o ocorrido” e “apontou o paciente como autor do crime, descrevendo que sua genitora surpreendeu seu padrasto quando este tocava a sua genitália” (STJDPP37).

Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor são processados por meio de uma “ação penal pública condicionada a representação”, quando a vítima ou os pais tem subsistência afetada e não conseguem financeiramente suportar as custas do processo (“pobres para a lei”, “condição de miserabilidade”, “família humilde”). De acordo com os Ministros, “pobre não é apenas o miserável ou o indigente, mas aquele que não pode prover as despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis do próprio sustento ou da família” (STJDP07). A “prova de miserabilidade” pode ser realizada “por qualquer meio em direito permitido”, inclusive, é possível o “atestado de pobreza” ser “subscrito por autoridade policial de outra circunscrição onde reside a representante da vítima” (STJDP07).

A “representação” pode ser “formulada por pessoa que, de qualquer forma, seja responsável pelo menor, ainda que momentaneamente”. Este entendimento foi definido pelos Ministros ao decidirem um processo que tratava a respeito de uma “menor abandonada, que não tem família nem estudos” e que foi mantida em “cárcere privado” e, nesse período, estuprada.

De acordo com o relatado no julgamento, a menina “conseguiu se comunicar com uma senhora vizinha”, que “pediu socorro e que fez a representação”. Iniciou-se um processo penal contra o homem responsável por esta ação, o qual alegou que ele não poderia ser punido, pois a representação deve ser feita por membro da família (STFDPP94).

Os Ministros, então, decidiram que era a “ação penal pública condicionada a representação”, já que se tratava de “menor abandonada”. Na visão deles, a finalidade da representação é “acautelar os interesses da ofendida e de sua família, que podem preferir o silêncio ao ‘estrepitus judicii’” (STJDPP14). Por esse motivo, “é suficiente que se manifeste pessoa de qualquer forma responsável pelo menor, ainda que com o menor não resida em sua companhia” (STFDPP94).

Para eles, “não existe, dentro dos mecanismos imperfeitos do Estado, nada que venha a suprir a família para quem não a tenha. É na compaixão de um membro avulso da sociedade, portanto, que reponha o substitutivo necessário do grupo familiar faltante” (STFDPP94). Em outros termos, afirmam que “a senhora procedeu como se fosse a mãe, o pai ou a representante legal da menina, cujos ascendentes ela desconhece, como todos ignoram” (STFDPP94).

De acordo com os Ministros, “o Ministério Público tem legitimidade para propor ação penal, em caso de estupro e atentado violento ao pudor, independentemente de representação, se

está provada a violência real” (STJDPP02), ou se “o crime é praticado com abuso de pátrio poder” (STJDPP18). Nestes casos de violência intrafamiliar, em que um membro da família ou uma pessoa que se aproveita do relacionamento íntimo para praticar os crimes de estupro ou de atentado violento ao pudor, o violentador pode ser processado independentemente de representação.

5.7 A “EVOLUÇÃO DAS NORMAS FAMILIARES”

Nas decisões analisadas, identifica-se o esforço dos Ministros em refletir acerca da “evolução das normas familiares”. Para eles, há a necessidade de atualizar as leis em relação ao contexto histórico e social, pois “na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor” (STJDCDF06).

Esta mudança no contexto histórico e social, em especial, nas relações familiares, é visualizada pelos Ministros na saída das mulheres para o mercado de trabalho e nos direitos conquistados por ela e pelas crianças e adolescentes após a CF/88. Cabe referir que as pesquisas científicas contemporâneas abordam um rol mais amplo de mudanças quanto às relações familiares (Carvalho e Almeida, 2003; Mello, 2006; Scott, 2005). De acordo com Scott (2005), “se as famílias mudam, é valioso identificar como alguns fenômenos e processos contribuem para as mudanças na organização da família e como isso pode afetar as transformações nas moralidades familiares e em suas relações como a lei” (p. 44).

Nesse sentido, Mello (2006) aponta que as transformações da família nas últimas décadas são demonstradas em três níveis: “eliminação de seu papel como unidade produtiva; fragilização da estrutura do poder patriarcal, em face da crescente individuação e autonomia de mulheres e jovens; e separação entre sexualidade, conjugalidade e procriação” (p. 502). Tais níveis estão relacionados, para o autor, a cinco tendências globais:

1) elevação da idade média das mulheres em seu primeiro casamento e no primeiro parto, o que tem retardado a formação de novas famílias; 2) diminuição do tamanho das famílias e dos lares; 3) aumento das responsabilidades financeiras dos pais, que passam a ter dependentes mais jovens e também mais velhos; 4) elevação do número de lares chefiados por mulheres; e 5) maior participação das mulheres no mercado de trabalho formal e modificação na balança de responsabilidade econômica nas famílias. (MELLO, 2006, p. 502 e 503).

Além dos fenômenos sociais apresentados por Mello (2006), Carvalho e Almeida (2003) estabelecem que a fragilização dos laços matrimoniais e o incremento da proporção de casais maduros sem filhos também evidenciam as modificações nas relações familiares. Os autores

apontam, ainda, que há um “aumento da proporção de domicílios formados por ‘não famílias’, não apenas entre os idosos (viúvos), mas também entre adultos jovens que expressariam novo ‘individualismo’” (CARVALHO E ALMEIDA, 2003, p. 110).

Nas decisões analisadas, os Ministros relacionam as mudanças por eles afirmadas (saída das mulheres para o mercado de trabalho e direitos conquistados por ela e pelas crianças e adolescentes) com as leis. Ao analisar uma ação, pode configurar, para eles, a existência de uma “verdade real” que não condiz com as normas que as regulam, como os “legítimos interesses do menor”. Em uma das decisões, os Ministros entenderam que a prioridade devia ser da “verdade real”, pois, mesmo que o juiz fosse legalmente proibido de ter iniciativa probatória, a prova produzida em decorrência de sua ação verificou a “verdadeira paternidade” e é esta que deve prevalecer. No entendimento dos Ministros, quando um juiz decide contrariamente a esta “verdade real”, sem levá-la em consideração em razão da existência de normas contrárias a situação mostrada no processo, a sua decisão está equivocada, pois os julgadores não podem decidir por seu “fetichismo” a “normas ultrapassadas” (STJDCDF49).

Para os Ministros, no momento em que acontece esta incompatibilidade, é necessária a conciliação entre a “verdade real” e as normas, cuja responsabilidade recai sobre o Poder Judiciário. Nesse sentido, afirmam que “o Superior Tribunal de Justiça, pela relevância da sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana” (STJDCDF06). O Poder Judiciário coloca-se, assim, na função de ajustar as normas que tratam sobre as relações familiares advindas do Poder Legislativo e de requisitar, inclusive, provas para propiciar que a “verdade real” seja asseverada.

A superação de “normas ultrapassadas” para a averiguação da “verdade real” é refletida pelos Ministros em virtude do “caráter imperativo das normas”. Como explica um dos Ministros,

Em princípio, mercê da importância social da família, a maioria dos preceitos legais aplicáveis ao direito de família, tem “caráter imperativo, tendo vários deles o caráter de ordem pública, reduzindo-se a dimensões insignificantes o campo da autonomia privada”, conforme leciona o saudoso jurista Orlando Gomes (“Direito de Família”, 4 ed., Rio, Forense, 1981, p. 2). Salienta-se não serem todas as normas desse ramo do direito de natureza pública, mas várias, como observa o grande civilista, o que faz o intérprete pensar na possibilidade de disposições legais de ordem pública impossíveis de serem afastadas, como, por exemplo, a proibição de casamento entre irmãos, e outras distintas, como a estipulação aos bens dos nubentes, antes do casamento, onde os interessados têm inteira liberdade de contratar e, de nenhum modo, interfere interesse público. Portanto, ainda que sejam muitas as normas de caráter público, existem aquelas de ordem privada (STJDCDF41).

Segundo os Ministros, a maioria das normas que tratam sobre as famílias tem caráter de “ordem pública” e são, portanto, imperativas; enquanto outras, que se constituem em exceções a

regra, são de “ordem privada”. Plácido e Silva (2007) define que ordem privada é “a que se refere às pessoas, vistas de *per si* ou em suas relações individuais ou particulares” (p. 1097), enquanto ordem pública “não se refere simplesmente à condição de ser coisas de interesse comum ou de interesse coletivo, mas à íntima conexão ou à identificação da própria coisa com as finalidades do Estado e os interesses superiores do Estado, pairando acima dos interesses particulares e, mesmo, coletivos” (p. 1134). O caráter público das normas familiares, em sua maioria, explica a existência deste direito. Em outros termos, o direito de família

compreende as regras, que regulam as relações de família, notadamente no que se refere às pessoas, nas questões de estado e capacidade, na reciprocidade de direitos e deveres, que surgem do parentesco havido entre elas, ou dos contratos, fatos e atos, subordinados às mesmas relações. Regem-se, assim, pelo direito de família: o casamento, em todos os seus efeitos pessoais e econômicos, a legitimação, a adoção, o pátrio poder, a tutela e a curatela (PLÁCIDO E SILVA, 2007, p. 465).

O problema em torno da limitação do poder do Estado e, portanto, dos juízes na esfera privada do indivíduo, em questões de direito de família, não está na existência deste direito, mas sim, nas relações que são reguladas e como elas são reguladas. O papel do juiz, nas decisões judiciais, evidencia tal questão, ao tentar aplicar a norma e, ao mesmo tempo, compatibilizá-la com a “evolução” das relações familiares e com as mudanças históricas e sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No estudo das leis brasileiras que abordaram as famílias e as relações entre os seus membros, observa-se a continuidade no modelo de família pensado como ideal para a sociedade brasileira. Até 1988, ano em que foi promulgada a Constituição Federal, era prevista na legislação a “família legítima”. Ela era estruturada a partir do casamento e da “filiação legítima”, que era constituída em decorrência da formalização da relação conjugal dos pais. A “família legítima” era composta, assim, por um núcleo formado por pai-mãe-filhos, tal como previsto no modelo nuclear de família.

Conforme se observa, este modelo de família influenciou (e ainda influencia) significativamente as normas que regulam as relações familiares. A similaridade entre este modelo e o modelo legal de família até 1988 é identificado na sua estrutura (núcleo formado por pai-mãe-filhos), nas funções atribuídas ao homem (“chefe da família” e “representante da família na sociedade”) e à mulher (função doméstica, cuidado com o lar, o marido e as crianças), no lugar da família na sociedade (centralidade). A sua diferença estava diretamente relacionada a instituição de direitos às crianças e aos adolescentes que, por limitarem o “pátrio poder”, foram de difícil aceitação na legislação brasileira.

A história legislativa brasileira sobre as famílias evidencia incompatibilidades. A principal delas é a diferença entre a lei e as práticas sociais, que desde o período colonial mostravam a existência das separações dos casais; da chefia do lar pela mulher; da dificuldade do homem, devido o acesso ao trabalho, em cumprir sozinho a função de provedor do lar; das relações conjugais entre homossexuais; das filiações extraconjugais; das “adoções à brasileira”; das violências sofridas, em especial, pelas crianças e adolescentes em razão do “pátrio poder” ser ilimitado; da exclusão das relações familiares que não se adequavam às características previstas no modelo legal de família. Como esta exclusão era perceptível, ao invés de construir as leis a partir das práticas sociais, premiou-se o esforço de quem se enquadrasse no modelo. Assim, foram concedidos diversos direitos para quem formalizasse a relação conjugal pelo casamento e procriasse. A “família numerosa” precisava ser incentivada e protegida.

É difícil afirmar que esta história tenha sofrido mudanças com a Constituição Federal de 1988, embora ela tenha modificado diversas normas familiares. Até os dias de hoje, visualiza-se a concessão de direitos diferenciados para as pessoas que se casam. O casamento ainda é incentivado, não só por meio de direitos, mas também por expressa previsão constitucional (“facilitar” a transformação da união estável em casamento). Entretanto, a “família numerosa” não é mais o foco; atualmente, é imprescindível o “planejamento familiar”.

A história legislativa brasileira é permeada pela moralidade e preceitos religiosos. Mesmo com a separação formal da Igreja e do Estado desde 1890, os modelos de família previstos na lei e no direito canônico eram similares até a Constituição de 1988, com exceção da igualdade entre homem e mulher na relação conjugal, que foi prevista no Código de Direito Canônico de 1983, e da dissolubilidade do vínculo conjugal, que foi estabelecida na Lei do Divórcio em 1977. A família legítima, nestas normas, era constituída por meio do matrimônio e da filiação legítima e era central na sociedade. O casamento tinha como características a monogamia, a heterossexualidade e a indissolubilidade (até 1977). O homem detinha o poder em relação à esposa e aos filhos, e estes eram classificados de acordo com a relação conjugal dos pais (filiação legítima e ilegítima).

Esta permeabilidade não se modificou significativamente com a laicidade do Estado, apenas alterou o poder de quem legisla e regula, através da lei, as relações familiares. A influência da religião no processo constituinte foi identificada e problematizada neste trabalho, em concordância com o que foi demonstrado por Bruno (1995), que em análise do processo constituinte de 1987/1988 evidenciou o número de parlamentares declaradamente religiosos que estabeleceram as normas de direito de família, as quais são aplicadas, independentemente de religião, a toda sociedade brasileira.

A história legislativa brasileira continua com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Esta Constituição mantém a centralidade da família na sociedade (“base da sociedade”) e a “proteção especial” da família (com a atribuição de direitos às famílias e, conseqüentemente, aos seus membros). A estrutura da família persiste em ser preferencialmente baseada no núcleo pai-mãe-filhos, incluindo-se a monoparentalidade. Conforme se observa nos discursos dos parlamentares durante o processo constituinte de 1987/1988, a família formada pelo pai ou mãe e seus filhos era compreendida como decorrência do casamento ou da união estável e como forma de “proteção” da mulher. Ainda hoje, identifica-se juristas que afirmam ser o casamento “hierarquicamente superior” em relação à união estável e à monoparentalidade. Para eles, a importância da família se dá pela estrutura, e não pela qualidade das relações conjugais e parentais.

Com a Constituição, foram estatuídas mudanças significativas em relação aos direitos das mulheres e das crianças. As pessoas passaram a ser juridicamente iguais na família e na sociedade, independentemente de sexo (embora, no processo constituinte, a maioria dos parlamentares acredite na “desigualdade natural” do homem e da mulher e na complementaridade dos sexos e dos gêneros). As crianças e os adolescentes começaram a ser tratados como “sujeitos de direito”, com “absoluta prioridade”; mesmo que, como afirma Pinheiro (2004), os seus direitos

só foram alterados no processo constituinte de 1987/1988 em virtude da atuação dos movimentos sociais e da “desatenção” dos parlamentares.

A previsão destes direitos às crianças e aos adolescentes repercutiu na proibição legal de classificá-los em relação à filiação legítima ou ilegítima, bem como na reflexão acerca de designações largamente utilizadas a eles, como “menor” e “direito do menor”. O questionamento destas designações, conforme explica Veronese (1999), reside na concepção instaurada pelo tratamento das crianças e dos adolescentes como “sujeitos de direito”, os quais possuem direitos fundamentais iguais aos dos adultos e estão em processo de desenvolvimento. “Menor” e “direito do menor” referem a eles por suas “incapacidades” (“ausência” e “negativa de uma qualidade”), o que claramente contraria a concepção estabelecida na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

A aplicação da CF/88 e da legislação infraconstitucional foi analisada por meio das decisões judiciais do STF e do STJ. Identifica-se a importância de sua análise, na medida em que as decisões interferem diretamente nas relações familiares. Ao julgar os conflitos existentes entre os membros da família e definir quem está certo e quem está errado em sua demanda judicial, os Ministros produzem a “verdade jurídica” acerca das relações familiares. As decisões judiciais se baseiam nas demandas propostas pelas pessoas que fazem parte de um processo, chamadas de “partes”. Por um lado, está a lei, que depende de uma série de debates para ser proposta e aceita, o que pode, inclusive, propiciar a sua desatualização com relação às práticas sociais no momento em que é publicada; por outro, estão as partes com suas demandas, cujas características podem ou não estar previstas na lei, e com o sentimento de “esperança” depositado no Poder Judiciário, para que a decisão atenda seus interesses.

O poder legal conferido aos Ministros permite a eles deixar de homologar uma separação judicial, se esta afronta o interesse de um dos cônjuges ou dos filhos; julgar improcedente uma ação de separação judicial, quando é ajuizada pelo marido, sendo ele o “culpado” pela separação, já que possuía uma amante. Pode, inclusive, impedir a doação de bens entre cônjuges casados em regime de comunhão universal de bens; proibir a conversão da separação judicial (ou do desquite) em divórcio, se o ex-cônjuge não cumpriu inteiramente com a obrigação alimentar fixada no processo originário da separação, ou se não foram realizadas as obrigações assumidas quando da separação judicial, como a entrega da metade do preço de venda de um imóvel; suprir a vontade do marido em algum ato requerido pela esposa, sobre o qual ele não queria prestar o seu consentimento, durante a vigência da sociedade conjugal. As decisões dos Ministros interferem, assim, diretamente na vida das pessoas envolvidas em um processo judicial.

Em suas decisões judiciais, observou que as famílias são tratadas a partir das relações entre cônjuges ou companheiros e entre pai/mãe e filhos. As relações conjugais são constituídas

por meio do casamento e da união estável. Ambas as relações têm *status* de família, embora não sejam tratados de forma similar, inclusive, quanto aos efeitos jurídicos de seu término. Ainda se identifica, nas decisões analisadas, a dificuldade em aceitar a concessão de direitos a uma relação que não foi formalizada pelo Estado.

O término jurídico das relações conjugais, em especial, do casamento, é valorado negativamente, de modo a “culpabilizar” um dos cônjuges, ou ambos, por finalizar uma relação que tinha o objetivo de preferencialmente perdurar. Este término influencia significativamente na parentalidade, na medida em que é necessário definir novas regras para o cuidado dos filhos. Nas decisões judiciais, observa-se que este cuidado é traduzido na guarda e na pensão alimentícia e deve atender o “melhor interesse” da criança. O atendimento, entretanto, é de difícil tarefa para os Ministros, os quais evidenciam a transformação das crianças em “objetos de disputa” pelos pais, que almejam definir quem é o “ganhador” desta disputa.

Na análise das decisões, observa-se a importância do vínculo biológico para a determinação da parentalidade. Como, segundo os Ministros, a “maternidade é certa” e a “paternidade é presunção”, o exame genético modificou a maneira de se verificar a “verdadeira paternidade” e foi incentivado pela ampla permissão jurídica para propor as “ações de investigação de paternidade”. A possibilidade de propor estas ações, a partir da Constituição, independe da relação conjugal construída entre os genitores. Em suma, o pai e a mãe são os que tiverem o vínculo biológico com a criança.

De acordo com os Ministros, a “adoção legal” tem como funções a entrega de uma criança para uma “família substituta”, que vai “substituir” a família biológica, e a constituição de uma nova família que seja idêntica ao que deveria ser a família biológica. A adoção é ainda considerada como uma “ficção jurídica”, pois, para eles, a “verdadeira” parentalidade está no vínculo biológico.

A abordagem das relações familiares depende do que os Ministros entendem por aprovação/reprovação social. As características atribuídas às relações conjugais são a monogamia e a heterossexualidade; o não atendimento a estes requisitos repercute na sua reprovação. Quando estas relações não atendem a primeira característica, são designadas de “concubinato”. Até 1991, não se reconhecia qualquer efeito jurídico a esta relação; após esta data, começaram a ser tratadas como pertencentes ao direito das obrigações, em virtude do caráter “puramente econômico”. Ao não atender a segunda característica, as relações conjugais entre homossexuais são também abordadas pelo seu caráter econômico, o que aconteceu, no STJ, após 1998. Em outros termos, os sentimentos envolvidos nessas relações conjugais são traduzidos exclusivamente ao seu valor econômico. Dessa forma, não só os sentimentos são regulados nas decisões judiciais, mas também

são excluídos do direito de família quando os Ministros entendem que eles não são “socialmente aprovados”.

Nas relações entre pais e filhos, a abordagem acerca da aprovação/reprovação social é realizada por meio do vínculo biológico. A parentalidade é sinônima de “ter relação sexual, transmitir genes e dar à luz”. Em outros termos, a mãe é a mulher que teve relação sexual, transmitiu genes e deu à luz, da mesma forma que o pai é o homem que teve relação sexual e transmitiu genes. Não se identifica, nas decisões analisadas, discussão a respeito da função paterna e materna, mesmo nos casos em que estava em questão a “adoção legal”. Evidencia-se que a dificuldade no reconhecimento jurídico de outras formas de parentalidade, ou a definição destas formas como ilegais, acarretam na precarização ou negação de direitos e deveres aos pais e às crianças nas famílias. Temáticas como a parentalidade em famílias reconstituídas e em famílias homossexuais, e a “circulação de crianças” não foram identificadas na análise das decisões. Estas relações familiares evidenciam a parentalidade construída por laços afetivos, na medida em que questionam os preceitos “naturais” de reprodução, a exclusividade dos vínculos parentais e a fundamentação das funções paternas e maternas na diferença de sexo e de gênero entre o casal.

A análise das decisões judiciais quanto à “verdade” jurídica das relações familiares torna clara a concepção de família presente nas decisões judiciais do STF e do STJ. Nestas decisões, foram “naturalizadas” as similaridades entre o modelo legal e o nuclear de família, o que repercute na compreensão de estrutura familiar e de funções aos membros da família. A estrutura da família é central em sua conceituação, na medida em que define a sua existência jurídica ou não. Eles consideram uma família a relação conjugal entre homem e mulher com ou sem filhos e a relação entre pai ou mãe e filhos. A monoparentalidade é percebida como remanescente de uma “formação anterior”, que era baseada no casamento ou na união estável.

Em relação às funções, o homem é entendido como “provedor” e como “chefe da família”, e a mulher como detentora da “função doméstica”. O casamento serve, assim, para conceder amparo econômico necessário à mulher. Estas características atribuídas às famílias e aos seus membros evidenciam o tratamento desta instituição por meio de uma concepção “naturalizada”, que repercute na expectativa de determinadas funções para cada um dos seus membros a depender do sexo, na definição de uma família através de sua estrutura e na construção de relações entre seus integrantes a partir de requisitos pré-estabelecidos, como a genética para determinar a parentalidade e a filiação, e o casamento (preferencialmente) para afirmar a conjugalidade.

Os questionamentos a esta concepção “naturalizada” de família foram evidenciados considerando estudos nas áreas da sociologia, antropologia, psicologia, serviço social, história e também do direito. Estes estudos mostram que a composição e o funcionamento das famílias são heterogêneos, a depender de variáveis de ordem demográfica, como a distribuição etária, o ciclo

de vida, a fecundidade, a esperança de vida, e de variáveis de cunho social, como as de gênero, as econômicas e as antropológicas (Ferreira, 2001; Sarti, 2005).

Podem-se caracterizar mudanças significativas na vida familiar contemporânea, acompanhando transformações políticas, econômicas e sociais. Dentre elas, é possível citar a possibilidade de controle de natalidade; as mudanças culturais em relação à sexualidade e ao casamento, havendo aumento das uniões conjugais sem vínculos legais, grande índice de divórcios e aumento das famílias monoparentais (Rizzini, 2001); a tendência ao isolamento das famílias pelo aumento da mobilidade geográfica (Almeida, 1987); o enfraquecimento da autoridade nas relações pais-filhos. Embora o aumento da expectativa de vida possibilite a coexistência de diferentes gerações no mesmo grupo familiar (Capolillo, Costa e Paula, 2001), a mudança na dinâmica dos papéis parentais e das relações de gênero, com entrada das mulheres no mercado de trabalho, permite a participação mais ativa dos homens no cuidado das crianças.

Embora a composição e o funcionamento das famílias sejam heterogêneos, o modelo nuclear de família ainda influencia significativamente as práticas sociais no Brasil. Mesmo as pessoas cujas famílias não se organizam como o modelo nuclear, apresentam como definição ideal de família a composição pai-mãe-filhos (Araújo e Andrade, 2001). A análise das decisões judiciais evidencia a preponderância do discurso que reforça a apresentação da “família pensada” como a família nuclear. Tal como afirma Szymanski (2005), quando a “família vivida” se afasta desse padrão, surgem denominações como “família desestruturada”, apontando-a como incompetente, desqualificando seus membros adultos e responsabilizando-os por problemas emocionais e comportamentais das crianças. O aspecto avaliado é a presença-ausência de seus membros, e não a qualidade das relações estabelecidas entre eles.

O julgamento das famílias baseado no modelo nuclear também implica na compreensão de que ela é central da sociedade. Nas decisões analisadas, a família é “base da sociedade”. Ela é “fonte de referência” e propicia o desenvolvimento psicossocial dos indivíduos e a construção de subjetividade. A função essencial por ela desempenhada repercute na compreensão da família como valor. Mesmo nas decisões que tratam a respeito da violência intrafamiliar, identifica-se o entendimento de que “não existe, dentro dos mecanismos imperfeitos do Estado, nada que venha a suprir a família para quem não a tenha”, conforme se observa em uma das decisões.

Esta idealização da família é questionada por Gaiarsa (2005), o qual explica que a família está “muito longe de ser o melhor lugar do mundo para o desenvolvimento dos seres humanos” (p. 9). Para o autor, este modo de ver a família como o “melhor lugar do mundo” se deve à existência de uma “Ideologia da Família”. Esta ideologia induz as pessoas a acreditarem que a família é uma “instituição sagrada e perfeita”, mesmo que seja contra “o que todos experimentam” (GAIARSA, 2005, p. 13). A afirmação do autor é baseada no fato de que mais da metade dos pais brasileiros

são alcoolistas crônicos e na perspectiva de que mais de um terço das mães também o sejam. Mesmo com essa “calamidade pública crônica”, ainda se persiste em dizer que “pai é pai” e que “qualquer mulher se transforma em Nossa Senhora ao sair da maternidade” (GAIARSA, 2005, p. 13). Gaiarsa (2005) identifica a existência de duas famílias: a pública e a privada. A primeira cumpre a meta de estar “sempre feliz”, já a segunda está “sempre bastante problemática” (p. 13). Existe, assim, “a família de que se fala e a família de que se sofre”, como ilustra o título do livro do autor.

Alguns aspectos podem ser evidenciados a partir da análise das decisões. Em primeiro lugar, identifica-se a tradução dos sentimentos envolvidos nas relações familiares em valor econômico. Ou seja, no término jurídico das relações conjugais, são definidas a pensão alimentícia e a divisão de bens; na determinação jurídica da parentalidade, os principais efeitos jurídicos são a pensão alimentícia e a herança. Quando um dos membros da família falece, a tristeza e a dor sentidas pelos seus pais, filhos, cônjuges ou companheiros são traduzidas em indenização pecuniária, que é paga em virtude das expectativas afetivas e financeiras que os parentes têm em relação ao filho, ao pai ou à mãe, ao cônjuge ou ao companheiro.

Em segundo lugar, observa-se o esforço dos Ministros em julgar estas ações. Eles afirmam a necessidade de julgar as “pretensões conflitantes” envolvidas no processo de “maneira mais razoável”, com o objetivo de “equilibrar” os interesses das partes para solucionar os conflitos jurídicos esboçados e evitar “novos”, decorrentes destes. A preocupação dos Ministros torna-se clara nas decisões que abordam os efeitos do término das relações conjugais na parentalidade. Nestas ações, muitas vezes as crianças são transformadas em “objeto de disputa” dos pais, que objetivam se tornar o “vencedor da disputa”.

Com relação a este aspecto observado nas decisões, é esclarecedora a contribuição de Shine (2002), o qual afirma:

Pondero que a própria instituição judiciária pode contribuir para o acirramento das diferenças, visto que coloca os pais como contendores de uma disputa ao qual se atribui um juízo de *certo* ou *errado*, *inocente* ou *culpado* (uma lógica binária do tudo ou nada). Mas penso, por outro lado, que a própria *escolha do processo judicial*, como forma de lidar com os conflitos existentes responde a uma *necessidade anterior* de ataque e defesa que precisa, de certa forma, do reconhecimento público que é alcançado em um procedimento legal.

A busca por provas e o recurso a testemunhas são formas de convencer a todos da ‘ruindade’ do ex-cônjuge (ou da própria ‘bondade’). A busca de uma platéia vem de encontro com a necessidade de externalizar todo o ressentimento e a mágoa que não encontraram reconhecimento. Nesse processo, muito pouco da figura parental é preservada. (...) A criança se torna o foco privilegiado desse conflito porque, por definição, é um ser que necessita de cuidado, proteção e orientação (p. 69).

Nota-se que as decisões são realizadas com base no processo judicial. Os Ministros do STJ e do STF não têm acesso às “partes” do processo, não os conhecem, e as suas decisões são tomadas a partir do que é informado e documentado na ação. Na maioria das vezes, estas ações são julgadas após alguns anos de sua propositura. Neste transcurso de tempo, a vida das pessoas pode seguir ou ficar a espera de uma decisão. Este é um preço emocional alto a ser pago, em especial, quando se espera a decisão de terceiro que não se teve acesso, não se pode dialogar e nem discutir conjuntamente para refletir e encontrar soluções para o conflito existente.

Por estas razões, é imprescindível repensar o Sistema Judiciário brasileiro, especialmente, em relação à regulação das normas familiares. De acordo com Koerner (2002), “os problemas do Judiciário não resultam apenas de insuficiência orçamentária e de morosidade no serviço, mas de temas mais amplo” (p. 45). Conforme explica o autor, “os conflitos de família são encaminhados ao Judiciário na forma de litígios judiciais e são processados seguindo uma lógica adversarial, cuja inadequação para esse tipo de conflito é patente” (KOERNER, 2002, p. 44).

Trata-se de conflitos que envolvem pessoas que convivem no mesmo espaço social, que não são litigantes habituais; cujas relações são intensas, contínuas, multidimensionais e, por isso, pouco formalizáveis em termos de obrigações jurídicas; cujo objeto tem uma grande carga de afetividade, que não são mensuráveis nem divisíveis; cujas relações mobilizam padrões normativos de conduta diferentes dos supostos pelo sistema legal e o senso comum teórico dos juristas.

Os conflitos familiares enquadram-se nessas características, pois envolvem um indistinto emaranhado de relações e de conflitos que, se não são resolvidos pelos protagonistas, transformam-se em disputas intermináveis nas mãos de terceiros.

As pessoas ingressam em juízo sem conhecer seus verdadeiros interesses e sentimentos, os quais não podem ser administrados pelo processo judicial formal. Elas não têm plena consciência da extensão das conseqüências que provocará a intervenção judicial na sua vida familiar. Muitas vezes, as pessoas estão altamente fragilizadas, procurando uma solução rápida, que restabeleça regras, externas, ao seu relacionamento. Outras vezes, as pessoas procuram eternizar o litígio judicial, cujo objeto torna-se apenas um substituto de conflitos mais profundos (KOERNER, 2002, p. 46 e 47).

Dessa maneira, é evidente a inadequação do processo judicial para resolver “conflitos” familiares. Esta dificuldade, tal como afirma Koerner (2002), deve-se às próprias características destes conflitos, que envolvem relações multidimensionais e afetivas²¹⁰. É preciso considerar que a organização familiar não pode ser mais considerada a partir de normas dadas (Bilac, 2002). As decisões familiares devem resultar cada vez mais de um processo de negociação e acordo, do qual participam todos os membros da família (Ferreira, 2001).

Além de refletir acerca do processo judicial, também é importante destacar alguns aspectos do funcionamento do Sistema Judiciário brasileiro. O juiz que atua nas ações que tratam sobre o direito de família pertence a Magistratura Estadual. Para desempenhar esta função, ele foi

²¹⁰ Cabe referir que formas diferenciadas de solução de conflitos familiares têm sido adotadas no próprio Poder Judiciário, tal como a mediação (Koerner, 2002).

selecionado em concurso público que propicia atuação em diferentes ramos do direito, tais como direito penal, direito processual penal, direito civil, direito processual civil, direito tributário, dentre outros. Dessa maneira, logo que se insere na carreira, começa a trabalhar em uma cidade cuja população é reduzida e cujo Poder Judiciário se limita a apenas uma Vara, a qual integra todas as possíveis demandas judiciais. Com o passar do tempo, poderá atuar de forma específica, entretanto, esta mudança não necessariamente é acompanhada de especialização, preparo ou interesse pessoal.

Com relação às concepções dos juízes, como se observa na análise das decisões, o modelo nuclear de família é “naturalizado”. Isso repercute na ausência de debates em torno da função da família e de seus membros, da estrutura da família, do lugar da família na sociedade. Em outros termos, existem “pré-conceitos” a respeito da regulação das famílias, definindo o certo e o errado, o aceito e o reprovado nas relações conjugais e paterno-filiais.

Prado (2008), ao analisar a relação entre o juiz e a emoção, afirma que “a sentença judicial, embora baseada no conhecimento jurídico, constitui uma decisão como outra qualquer. Por isso, como ocorre em outras áreas do saber, lentamente começa a se notar no Direito a valorização da emoção no ato de decidir, sem ser desconsiderada a racionalidade” (p. 143). Nesse sentido, Nalini (2008) afirma que não há, no Brasil, preocupação “em conhecer a personalidade do futuro juiz. Seus temores e angústias, seus traumas, seus preconceitos, mas também seus anseios, aspirações, sonhos e ilusões” (p. X).

Conforme explica o jurista, “a estrutura da carreira judicial favorece o imobilismo e certa resignação funcional. Na Justiça comum estadual, é longo o percurso até o último patamar, suficiente para sufocar a rebeldia, aplainar a originalidade, refrear a criatividade. A Magistratura reflete a feição conservadora da sociedade organizada, no mundo destinado à estabilidade” (NALINI, 2008, p. XIV). Ele refere que ao juiz “impõe-se a regra dos 5 **nãos**, que alguns pensadores invocam para explicar a parcela profana da política do Estado do Vaticano: 1. não pensar. Se pensar, 2. não falar. Se falar, 3. não escrever. Se escrever, 4. não assinar. Se assinar, 5. não se surpreender...” (NALINI, 2008, p. XV).

Em terceiro lugar, observa-se, nas decisões analisadas, a referência à “evolução das normas familiares” e à necessidade do Poder Judiciário de atualizar estas normas, com o objetivo de assegurar a “verdade real”. Cabe enfatizar a importância da reflexão a respeito das mudanças no contexto histórico e social, em especial, com o intuito de questionar como as relações familiares são normatizadas. Se a existência de normas é necessária, também o é pensar sobre quais regras correspondem ao interesse público e ao interesse privado, qual “verdade real” se quer para as relações familiares, e se realmente há uma única verdade nas relações familiares a se almejar.

Dessa maneira, evidencia-se a necessidade das normas serem pensadas a partir das práticas sociais, a fim de evitar que, em razão de um ideal, relações familiares sejam juridicamente excluídas. Enfatiza-se a importância da família nuclear deixe de ser referencial normativo para a compreensão das famílias, pois nas composições não-nucleares, as famílias não estão desestruturadas, mas sim organizadas de forma diferenciada, segundo as necessidades que lhe são peculiares. A família deve ser pensada a partir de sua estrutura emocional e dos vínculos entre adultos e crianças, os quais pressupõem o estabelecimento de papéis e responsabilidades. Além dos condicionantes biológicos, é preciso incluir os laços estabelecidos social e culturalmente, caracterizando-se uma mudança de olhar e de pensar as famílias. Tal fato implica em considerar, primordialmente, a convivência e as ligações afetivas entre as pessoas, em diversos arranjos possíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, D. **No bico da cegonha**: histórias da adoção e da adoção internacional no Brasil. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

ABREU, J. H. **1.000 perguntas**: direito de família. Rio de Janeiro: Rio, 1983.

ADRIÃO, K. G. **Encontros do feminismo**: uma análise do campo feminista brasileiro a partir das esferas do movimento, do governo e da academia. 2008. 301 f. Tese (Doutorado em Ciências Humanas) - Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

ALANIZ, A. G. G. **Ingênuos e Libertos**. Estratégias de sobrevivência familiar em épocas de transição. 1871- 1895. Campinas: Centro de Memória/UNICAMP, 1977.

ALBUQUERQUE FILHO, C. C. A situação jurídica de pessoas que vivem sozinhas. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 11, p. 59-70, out./dez. 2001.

ALMEIDA, A. M. **Família e história**: questões metodológicas. Disponível em: <http://www.usp.br/nemge/textos_seminario_familia/fam_hist_metodologicas_almeida.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2008.

____. **Família e modernidade**: o pensamento jurídico brasileiro do século XIX. São Paulo: Porto Calendário, 1999.

____. Notas sobre a família no Brasil. In: ALMEIDA, A. M.; CARNEIRO, M. J.; PAULA, S. G. (Org.). **Pensando a família no Brasil**: da colônia a modernidade. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1987, p. 53-66.

ALMEIDA, D. S. **Vistos, relatados etc.**: uma interpretação de decisões do Tribunal de Justiça expressas em acórdãos acerca da dissolução da sociedade conjugal, em Florianópolis/SC, na década de 90. 2002. 81 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) - Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

ALVARENGA, M. A. F. P. **O Casamento Inválido no Novo Código Civil**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003.

ALVES, J. E. D. **A definição de família convivente do IBGE**: cuidados metodológicos necessários. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/notametodologica_familiasconviventes.pdf>. Acesso em: 20 set. 2008.

AMAZONAS, M. C. L. A. et al. Arranjos familiares de crianças das camadas populares. **Psicologia em Estudo**, v. 8, n. spe., p. 11-20, 2003.

ANTÔNIO CÂNDIDO. The Brazilian Family. In: SMITH, T. L.; MARCHANT, A. (Org.). **Brazil: portrait of half a continent**. New York: The Dryden Press, 1951. p. 291-311.

ARAÚJO, E. A arte da sedução: sexualidade feminina na Colônia. In: DEL PRIORI, M. (Org.). **História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2001. p. 45-77.

____. **Contribuição à investigação da paternidade ilegítima**: legislação – genética – sangue. Dissertação ao concurso para a cátedra de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Universidade de Recife. Recife: Associação da Boa Imprensa, 1959.

ARAÚJO, D. S.; ANDRADE, V. A. O perfil da criança de 0 a 6 anos: quem cuida e quem educa a primeira infância. In: SOUZA, S. M. G.; RIZZINI, I. (Org.). **Desenhos de família** - criando os filhos: a família goianense e os elos parentais. Goiânia: Cãnone Editorial, 2001, p. 138-170.

ARIÈS, P. **História Social da Infância e da Família**. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ASSEMBLÉIA Nacional Constituinte. **O processo histórico da elaboração do texto constitucional**: mapas demonstrativos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1993. 1 v.

____. **O processo histórico da elaboração do texto constitucional**: mapas demonstrativos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1993a. 2v.

____. **O processo histórico da elaboração do texto constitucional:** mapas demonstrativos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1993b. 3v.

____. **Repertório biográfico dos membros da Assembléia Nacional Constituinte de 1987.** 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenações de Publicações, 1989.

AZEVEDO, A. V. **Do concubinato ao casamento de fato:** proteção da família brasileira, contrato de concubinato, regulamentação do concubinato e do casamento de fato. Belém: CEJUP, 1986.

BADINTER, E. **Um amor conquistado:** o mito do amor materno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BARDIN, P. A. **Análise de conteúdo.** Lisboa: Edições 70, 1977.

BARRETO, M. F. **Direito de visita dos avós:** uma revolução no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1989.

BARRETO, M. M. **Novas entidades familiares à luz da Constituição Federal de 1988.** 2003. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, 2003.

BARROS MONTEIRO FILHO, R. **Indenização por dano moral:** evolução da jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/Discursos/0001089/Indeniza%C3%A7%C3%A3o%20por%20Dano%20Moral%20-%20Evolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Jurisprud%C3%Aancia.doc>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

BARSTED, L. L. Permanência ou mudança? O discurso legal sobre a família. In: ALMEIDA, A. M.; CARNEIRO, M. J.; PAULA, S. G. (Org.). **Pensando a família no Brasil:** da colônia a modernidade. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1987. p. 103-113.

BEM, L. A.; WAGNER, A. Reflexões sobre a construção da parentalidade e o uso de estratégias educativas em famílias de baixo nível socioeconômico. **Psicologia em Estudo**, v. 11, n.1, p. 63-71, abr. 2006.

BERNARDES, N. M. G. Ser mulher, ser homem: significações construídas por crianças de classes populares. In: JACQUES, M. G. C. (Org.). **Relações sociais e ética**. Porto Alegre: ABRAPSO, 1995, p. 219-232.

BERQUÓ, E.; CAVENAGHI, S. Direitos reprodutivos de mulheres e homens face à nova legislação brasileira sobre esterilização voluntária. **Cadernos Saúde Pública**, v. 19, p. 441-453, 2003.

BILAC, E. D. Mãe certa, pai incerto: da construção social à normatização jurídica da paternidade e da filiação. In: SILVA, R. P.; AZEVEDO, J. C. (Org.). **Direitos da família: uma abordagem interdisciplinar**. São Paulo: LTr, 1999, p. 13-28.

____. Sobre as transformações nas estruturas familiares no Brasil. Notas muito preliminares. In: RIBEIRO, I.; RIBEIRO, A. C. (Org.) **A família em processos contemporâneos**. São Paulo: Loyola, 1995.

BITTENCOURT, E. M. **O concubinato no direito**. Rio de Janeiro: Alba, 1961. 1 v.

BOHN, S. R. Evangélicos no Brasil: perfil socioeconômico, afinidades ideológicas e determinantes do comportamento eleitoral. **Opinião Pública**, v. 10, n. 2, p. 288-338, out. 2004.

BONAVIDES, P.; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB, 2004.

BONFIM, L. A. **A participação dos evangélicos na constituinte de 1988**. 1991. 249 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade de Brasília, Brasília, 1991.

BRAGA, M. G. R. Mulher e maternidade contemporâneas: reflexões sobre a adoção. In: AMAZONAS, M.C.L.A.; LIMA, A.O.; DIAS, C.M.S.B. **Mulher e família: diversos dizeres**. São Paulo: Oficina do Livro, 2006, p. 43-62.

BRAGA, M. G. R.; AMAZONAS, M. C. L. A. Família: maternidade e procriação assistida. **Psicologia em Estudo**, v. 10, n. 1, p.11-18, abr. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição n. 29526**. Decisão Monocrática. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgado em 01/08/2003. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=DEM>>. Acesso em: 09 nov. 2005.

____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AC 70005488812**. 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em 25/06/2003. Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 10 nov. 2005.

BRAUNER, M. C. C. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, B. P.; MADALENO, R. H. **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 255-278.

BRUNO, D. D. **Mulher e Família no Processo Constituinte de 1988**. 1995. 215 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1995.

BUENO, R. **Regime Jurídico da Mulher Casada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

BUSTAMANTE, V. Participação paterna no cuidado de crianças pequenas: um estudo etnográfico com famílias de camadas populares. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 21, n. 6, p. 1865-1874, dez. 2005.

CABRAL, C. S. Contracepção e gravidez na adolescência na perspectiva de jovens pais de uma comunidade favelada do Rio de Janeiro. **Caderno Saúde Pública**, v. 19, p. 283-292, 2003.

CALAZANS, R. Ambivalências: O Nordeste nas obras de Gilberto Freyre e Celso Furtado. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 22, n. 64, p.75-80, jun. 2007.

CAPOLILLO, M. V.; COSTA, A. O. B.; PAULO, J. T. S. Os avós como suporte na criação dos netos. In: SOUZA, S. M. G.; RIZZINI, I. (Org.). **Desenhos de família** - criando os filhos: a família goianense e os elos parentais. Goiânia: Cànone Editorial, 2001, p. 117-135.

CARDARELLO, A.; FONSECA, C. Os direitos dos mais e menos humanos. **Horizontes Antropológicos**, v. 10, p. 83-121, 1999.

CARRARA, S.; VIANNA, A. R. B. "As vítimas do desejo": os Tribunais cariocas e a homossexualidade nos anos 1980. In: PISCITELLI, A.; GREGORI, M. F.; CARRARA, S. (Org.). **Sexualidade e saberes: convenções e fronteiras**. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 365-384.

CARVALHO, I. M. M.; ALMEIDA, P. H. Família e proteção social. **São Paulo em Perspectiva**, v. 17, n. 2, p. 109-122, jun. 2003.

CARVALHO, T. **A importância das Delegacias de Polícia de Defesa da Mulher**. Disponível em: <<http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=36&rv=Direito>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

CASTELLANO, D. **Repository of Arcane Knowledge: Canon Law: Codes of Canon Law**. Disponível em <<http://arcaneknowledge.org/canon.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

CASTRO, M. H. M. **O sentido da Revolução brasileira em "Raízes do Brasil"**. Disponível em: <<http://www.esg.br/cee/ARTIGOS/mhenrique2.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2008.

CHIOZZINI, D. **Resenha: História Social da Criança e da Família, Philippe Áries**. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/resenhas/2005/12/resenha2.htm>>. Acesso em: 02 set. 2007.

CLÓVIS BEVILÁQUA. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Rio, 1939. 2 v.

____. **Direito de Família**. Recife: Ramiro M. Costa & Filhos Editores, Livraria Contemporânea, 1903.

____. **Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

CICCO, C. **Direito: tradição e modernidade: poder e autoridade na família e no Estado. Das origens romanas ao direito brasileiro moderno**. São Paulo: Ícone, 1993.

CÓDIGO de Direito Canônico de 1917. Disponível em: <<http://catho.org/9.php?d=fn>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

CÓDIGO de Direito Canônico de 1983. Disponível em: <<http://www.veritatis.com.br/area/8>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

COLTRO, A. C. M. A descriminalização do adultério, sua repercussão no Direito de Família e a culpa na responsabilidade pelo fim da conjugalidade. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Dignidade Humana. V, 2006, Belo Horizonte. **Anais...** São Paulo: IOB Thompson, IBDFam, 2006. p. 145-168.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Adoção: um direito de todos e todas.** Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2008.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM). **Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM.** Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sepm/conselho/o_que_e/>. Acesso em: 25 jun. 2008.

CORRÊA, M. **Morte em família: representações jurídicas de papéis sexuais.** Rio de Janeiro: Graal, 1983.

____. Repensando a família patriarcal brasileira. In: ARANTES, A. A. (Org.). **Colcha de Retalhos: estudos sobre a família no Brasil.** 3. ed. Campinas, São Paulo: UNICAMP, 1994, p. 15-42.

COSTA, A. C. G. A família como questão social no Brasil. In: KALOUSTIAN, S. M. (Org.). **Família brasileira, a base de tudo.** 5. ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNICEF, 2002, p. 19-25.

COSTA, A. O. É viável o feminismo nos trópicos? Resíduos de insatisfação – São Paulo, 1970. **Cadernos de Pesquisa**, n. 66, p. 63-69, ago. 1988.

COSTA, A. T. M. **O lobby militar e as relações civis-militares durante a Assembléia Nacional Constituinte.** 1998. 196 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade de Brasília, Brasília, 1998.

COSTA, J. F. **Ordem Médica e Norma Familiar.** 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

COSTA, R. G. O que a seleção de doadores de gametas pode nos dizer sobre noções de raça. **Physis**, v. 14, n. 2, p. 235-255, jul. 2004.

COSTA, L.; CAMPOS, N. M. V. A Avaliação Psicossocial no Contexto da Adoção: vivências das famílias adotantes. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, v. 19, n. 3, p. 221-230, set./dez. 2003.

CURY, M.; AMARAL E SILVA; A. F.; MENDEZ, E. G (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DA MATTA, R. A família como valor: considerações não-familiares sobre a família à brasileira. In: ALMEIDA, A. M.; CARNEIRO, M. J.; PAULA, S. G. (Org.) **Pensando a família no Brasil: da colônia a modernidade**. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1987, p. 115-136.

DAYRELL, C. **Da Filiação Ilegítima no Direito Brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DECCA, E. S. As metáforas da identidade em raízes do Brasil: decifra-me ou te devoro. **Varia história**, v. 22, n. 36, p. 424-439, dez. 2006.

DEL PRIORE, M. As atitudes da Igreja em face da mulher no Brasil colônia. In: MARCÍLIO, M. L. (Org.). **Familiar, mulher, sexualidade e igreja na história do Brasil**. São Paulo: Loyola, 1993, p. 171-190.

____. **História do Amor no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2005.

DEPARTAMENTO Intersindical de Assessoria Parlamentar (Org.). **Quem foi quem na Constituinte: nas questões de interesse dos trabalhadores**. São Paulo: Cortez, Oboré, 1988.

DIAS, M. B. Filiação Homoafetiva. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. IV, 2004, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 391-396.

____. **Manual de direito das famílias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

____. **União Homossexual: o preconceito & a justiça**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

D'INCAO, M. A. Mulher e família burguesa. In: DEL PRIORI, M. (Org). **História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2001, p. 223-240.

DONADEL, A. Efeitos da constitucionalização do Direito Civil no Direito de Família. In: PORTO, S. G.; USTÁRROZ, D. (Org.). **Tendências constitucionais no Direito de Família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DUARTE, G. A. Perspectiva masculina quanto a métodos contraceptivos. **Caderno Saúde Pública**, v. 14, p. 125-130, 1998.

DUARTE, L. F. D. Horizontes do indivíduo e da ética no crepúsculo da família. In: RIBEIRO, I.; RIBEIRO, A. C. I. **A família em processos contemporâneos: inovações culturais na sociedade brasileira**. São Paulo: Loyola, 1995.

EBRAHIM, S. G. Adoção tardia: altruísmo, maturidade e estabilidade emocional. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, v. 14, n. 1, p. 73-80, 2001.

ESTRELLA, H. **Os direitos da mulher**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.

ESTATUTO das Famílias. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/Estatuto_das_Familias.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2008.

EUGÊNIO, F. De pais, mães e filhos: discursos e reivindicações da homoparentalidade. In: Reunião de Antropologia do MERCOSUL. 5, 2003, Florianópolis, **Anais... GT Homossexualidades, Política e Direitos.** Disponível em: <<http://www.antropologia.com.br/tribo/vram/pdf/a13-feugenio.pdf>>. Acesso em 20 out. 2008.

EVANGELISTA, C. A. B. **Direitos indígenas: o debate na Constituinte de 1988**. 2004. 76 p. Dissertação (Mestrado em História Social) - Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

FACHIN, L. E. A Tríplice paternidade dos filhos imaginários. In: ALVIM, T. A. (Org.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: RT, 1995, 2 v., p. 170-185.

____. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

____. Paternidade e ascendência genética. In: LEITE, E. O. (Org.) **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 163-176.

FACHIN, R. A. G. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FALCI, M. K. Mulheres do sertão nordestino. In: DEL PRIORI, M. (Org.) **História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2001, p. 241-277.

FALCKE, D.; WAGNER, A. Mães e Madras: mitos sociais e autoconceito. **Estudos de Psicologia**, Natal, v. 5, n. 2, p. 421-441, 2000.

FARIA, T. W. **Dilemas e Consensos**. A seguridade social brasileira na Assembléia Nacional Constituinte 1987/1988 – um estudo das micro-relações político-institucionais entre a saúde e a previdência social no Brasil. 1997. 182 p. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1997.

FARIAS, C. C. A Proclamação da Liberdade de Permanecer Casado (ou um Réquiem para a Culpa na Dissolução das Relações Afetivas). **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 18. Porto Alegre: Síntese, jun/jul 2003, p. 49-82.

FERRARI, M.; KALOUSTIAN, S. M. Introdução. In: KALOUSTIAN, S. M. (Org.) **Família brasileira, a base de tudo**. 5. ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNICEF, 2002, p. 11-18.

FERREIRA, F. P. M. A família brasileira hoje: estrutura, dinâmica, distribuição de papéis, demanda por serviços. In: **Políticas públicas de apoio sócio-familiar** – Curso de Capacitação de Conselheiros Tutelares e Municipais. Coleção Infância e Adolescência. Belo Horizonte: PUC Minas, 2001, p. 71-84.

FERREIRA, J. S. A. B. N.; RÖRHMANN, K. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Dignidade Humana. V, 2006, Belo Horizonte. **Anais...** São Paulo: IOB Thompson, IBDFam, 2006. p. 507-530.

FIGUEIREDO, L. R. Mulheres nas Minas Gerais. In: DEL PRIORI, M. (Org.). **História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2001, p. 141-188.

FITERMAN, M. **Contornos axiológicos da família contemporânea**. 2002. 169 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

FLECK, A.; WAGNER, A. A mulher como a principal provedora do sustento econômico familiar. **Psicologia em Estudo**, v. 8, n. esp., p. 31-38, 2003.

FONSECA, A. **Secularização, pluralismo religioso e democracia no Brasil**: um estudo sobre a participação dos principais atores evangélicos na política. 2002. 262 p. Tese (Doutorado em Sociologia), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002a.

FONSECA, C. A certeza que pariu a dúvida: paternidade e DNA. **Revista de Estudos Feministas**, v. 12, n. 2, p. 13-34, ago. 2004.

____. **Caminhos da adoção**. São Paulo: Cortez, 1995.

____. Da circulação de crianças à adoção internacional: questões de pertencimento e posse. **Cadernos Pagu**, n. 26, p. 11-43, jun. 2006a.

____. Mãe é Uma Só? Reflexões em Torno de Alguns Casos Brasileiros. **Psicologia USP**, v. 13, n. 2, p. 49-68, 2002.

____. Quando cada caso NÃO é um caso: pesquisa etnográfica e educação. **Revista Brasileira de Educação**, São Paulo, v.10, p. 58-78, 1999.

____. Ser mulher, mãe e pobre. In: DEL PRIORE, M. (Org.). **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto/Unesp, 2000, p. 510-533.

____. Sexualidade, família e legalidade: questionando fronteiras. In: ÁVILA, M. B.; PORTELLA, A. P.; FERREIRA, V. (Org.). **Novas legalidades e democratização da vida social: família, sexualidade e aborto**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 53-66.

FRASSÃO, M. C. **Devolução de crianças colocadas em famílias substitutas: uma compreensão dos aspectos psicológicos, através dos procedimentos legais**. 2000. 145 p. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

FRESTON, P. **Evangélicos na política brasileira: história ambígua e desafio ético**. Curitiba: Encontro, 1994.

FULLER, L. L. **O caso dos exploradores de cavernas**. Trad. Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Fabris, 1976.

GAGLIANO, P. S. **Direitos da(o) Amante: na Teoria e na Prática (dos Tribunais)**. Disponível em: <http://www.pablostolze.com.br/upload/716213338_138912_152171.pdf>. Acesso em: 16 set. 2008.

GAIARSA, J. A. **A família de que se fala e a família de que se sofre: o livro negro da família, do amor e do sexo**. 8. ed. São Paulo: Ágora, 2005.

GARCEZ, M. **Do Direito de Família: segundo o projecto de Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho, 1914.

GARCIA, A. Gilberto Freyre: um vitoriano dos trópicos. **Estudos avançados**, v. 20, n. 58, p. 316-322, 2006.

GARCIA, E. M. S. **Direito de Família: princípio da dignidade da pessoa humana**. Leme, São Paulo: Editora de Direito, 2003.

GARCIA, M. A. O gênero na militância: notas sobre as possibilidades e uma outra história da ação política. **Cadernos Pagu**, n. 8/9, p. 319-342, 1997.

GIDDENS, A. **Sociologia**. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GILBERTO FREYRE. **Casa-Grande e Senzala**. Rio de Janeiro: Record, 1992.

GOLDBERG, A. Feminismo no Brasil Contemporâneo: o percurso intelectual de um ideário político. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, n. 28, p. 42-70, 2. sem. 1989.

GOMES, S. A. L. **Instituições e preferências no processo constituinte**: a definição do modelo brasileiro de relações de trabalho na Assembléia Constituinte de 1987. 1998. 145 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade de Brasília, Brasília, 1998.

GOMES, S. C. **A Assembléia Constituinte e o Regimento Interno**. 2002. 83 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

____. O Impacto das Regras de Organização do Processo Legislativo no Comportamento dos Parlamentares: um Estudo de Caso da Assembléia Constituinte (1987-1988). **Dados**, Rio de Janeiro, v. 49, p. 87-118, 2006.

GOMES, O.; CARNEIRO, N. **Do reconhecimento dos filhos adúlteros**. Rio de Janeiro: Forense, 1952.

GONÇALVES, M. A. Expostos, roda e mulheres: a lógica da ambigüidade médico-higienista. In: ALMEIDA, A. M.; CARNEIRO, M. J.; PAULA, S. G. (Org.). **Pensando a família no Brasil**: da colônia a modernidade. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1987, p. 37-52.

GREGORI, M. F.; SILVA, C. A. P. **Meninos de rua e instituições**: tramas, disputas e desmanches. São Paulo: Contexto, 2000.

GRISARD FILHO, W. Famílias Reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. IV, 2004, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 657-676.

GROENINGA, G. C. Direito e Psicanálise – um novo horizonte epistemológico. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. IV, 2004, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 249-264.

GROSSI, M. P. Gênero e parentesco: famílias gays e lésbicas no Brasil. **Cadernos Pagu**, n. 21, p. 261-280, 2003.

GUEDES, N. B. Mulher, participação popular e Constituinte. In: MICHILES, C. (Org.). **Cidadão Constituinte: a saga das emendas populares**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 300-319.

HEILBORN, M. L. **Dois é par**: gênero e identidade sexual em contexto igualitário. Coleção sexualidade, gênero e sociedade. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

HILESHIEM, B. Trabalho doméstico: “O serviço de sempre”. In: STREY, M. N.; CABEDA, S. T. L.; PREHN, D. R. (Org.). **Gênero e Cultura: questões contemporâneas**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 39-52.

HIRONAKA, G. M. F. N. Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. IV, 2004, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 217-248.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Famílias e Domicílios: Resultado de Amostras 2000: Censo Demográfico 2000**. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/familias/censo2000_familias.pdf>. Acesso em: 13/11/2005.

INSTITUTO Brasileiro de Direito de Família. **Uma década de novos paradigmas**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?institucional>>. Acesso em: 20 ago. 2008.

KALSING, V. S. S. O debate do aborto: a votação do aborto legal no Rio Grande do Sul. **Cadernos Pagu**, n. 19, p. 279-314, 2002.

KOERNER, A. Justiça consensual e conflitos de família: algumas reflexões. In: AGOSTINHO, M. L.; SANCHEZ, T. M. (Org.). **Família: conflitos, reflexões e intervenções**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002, p. 39-62.

KOIFMAN, F. (Org.). **Presidentes do Brasil**: pesquisa do Departamento de Pesquisa da Universidade Estácio de Sá. São Paulo: Cultura, 2002.

KROTH, V. W. **As famílias e os seus direitos**: uma relação entre o critério de exclusividade e as práticas sociais. 2006. 78 p. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2006.

KROTH, V. W.; SILVA, R. L.; RABUSKE, M. M. As famílias e os seus direitos: o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 como rol enumerativo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 2, n. 2, p. 98-116, jul. 2007.

LADVOCAT, C. **Mitos e segredos sobre a origem da criança na família adotiva**. Rio de Janeiro: Booklink, 2002.

LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA. **Direito de Família**. Publicada em 1889; atualizada por José Bonifácio Trindade e Silva. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

LIMA, D. S. B. **A nova Lei do Divórcio comentada**. São Paulo: DIP Editores, 1978.

LÔBO, P. L. N. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 99-109, jan/mar, 1999.

____. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma distinção necessária. **Jus Navegandi**, Teresina, a. 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 10 mar. 2008.

____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 16 out. 2005.

____. Paternidade socioafetiva e retrocesso da súmula nº 301 no STJ. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Dignidade Humana. V, 2006, Belo Horizonte. **Anais...** São Paulo: IOB Thompson, IBDFam, 2006. p. 795-810.

LOREA, R. A. Acesso ao aborto e liberdades laicas. **Horizontes Antropológicos**, v. 12, n. 26, p. 185-201, dez. 2006.

MACHADO, L. Z. Famílias e individualismo: tendências contemporâneas no Brasil. **Interface Comunicação, Saúde, Educação**, v. 4, n. 8, p. 11-26, 2001.

____. **Perspectivas em confronto**: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo? Disponível em: <http://www.unb.br/ics/dan/Serie284empdf.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2008.

MADALENO, R. H. **Direito de Família em Pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MARCÍLIO, M. L. **A cidade de São Paulo**: povoamento e população. 1750-1850, com base nos registros paroquiais e nos recenseamentos antigos. São Paulo: Pioneira/USP, 1973.

____. A Irmandade da Santa Casa de Misericórdia e a assistência à criança abandonada na história do Brasil. In: MARCÍLIO, M. L. (Org.). **Família, mulher, sexualidade e Igreja na história do Brasil**. São Paulo: Loyola, 1993, p. 149-156.

____. A roda dos expostos e a criança abandonada na história do Brasil. 1726-1950. In: FREITAS, M. C. (Org.). **História social da infância no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2001, p. 53-79.

____. **História Social da Criança Abandonada**. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 2006.

____. Introdução. In: MARCÍLIO, M. L. (Org.). **Demografia histórica**: orientações técnicas e metodológicas. São Paulo: Pioneira, 1977.

MARQUES, R. M.; MENDES, A. Atenção Básica e Programa de Saúde da Família (PSF): novos rumos para a política de saúde e seu financiamento? **Ciência e saúde coletiva**, v. 8, n. 2, p. 403-415, 2003.

MATOS, A. C. H. Filiação e homossexualidade. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Dignidade Humana. V, 2006, Belo Horizonte. **Anais...** São Paulo: IOB Thompson, IBDFam, 2006. p. 69-102.

MATTEUCCI, N. Direitos Humanos. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Org.). **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale et al. 12. ed., Brasília: UnB, 2004, 1 v., p. 353-355.

MAXIMILIANO, C. **Comentários à Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. V.

MELLO, L. Familismo (anti)homossexual e regulação da cidadania no Brasil. **Revista de Estudos Feministas**, v. 14, n. 2, p. 497-508, set. 2006.

____. **Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Coleção Sexualidade, Gênero e Sociedade. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

____. Outras famílias: a construção social da conjugalidade homossexual no Brasil. **Cadernos Pagu**, n. 24, p. 197-225, jun. 2005a.

MELO, Z. C. **Metamorfoses da Riqueza**. São Paulo, 1845-1895. São Paulo: Hucitec, 1990.

MESGRAVIS, L. **A Santa Casa de Misericórdia de São Paulo**. São Paulo: Conselho Estadual de Cultura, 1976.

MICHILES, C. J. O. **Democracia e participação popular: as emendas populares na Constituinte de 1987/1988**. 1989. 235 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade de Brasília, Brasília, 1989.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Planejamento Familiar**. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/saude/area.cfm?id_area=152>. Acesso em: 16 out. 2005.

MONTEIRO, W. B. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 1976. 2 v.

MONTENEGRO, D. **O uso, pela mulher, do sobrenome do companheiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, M. H. C.; ARAÚJO, J. N. G. Planejamento familiar: autonomia ou encargo feminino?. **Psicologia em estudo**, v. 9, n. 3, p. 389-398, dez. 2004.

MOTT, L. **Os Pecados da Família na Bahia de Todos os Santos**. Salvador: Centro de Estudos Bahianos, 1983.

MOTTA-MAUÉS, M. A. Na "casa da mãe"/na "casa do pai": anotações (de uma antropóloga e avó) em torno da "circulação" de crianças. **Revista de Antropologia**, v. 47, n. 2, p. 427-452, dez. 2004.

MOURA, E. R. F.; SILVA, R. M. Informação e planejamento familiar como medidas de promoção da saúde. **Ciência & saúde coletiva**, v. 9, n. 4, p. 1023-1032, dez. 2004.

NADER, F. M. C. B. **Direito constitucional de família**. Aspectos relevantes. 2002. 364 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituição Toledo de Ensino, 2002.

NALINI, J. R. Prefácio. In: PRADO, L. R. A. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. 4. ed. Campinas, SP: Millennium, 2008, p. I-XVII.

NARVAZ, M. G.; KOLLER, S. H. Famílias e patriarcado: da prescrição normativa à subversão criativa. **Psicologia & Sociedade**, v. 18, n. 1, p. 49-55, abr. 2006.

NEDER, G. Ajustando o foco das lentes: um novo olhar sobre a organização das famílias no Brasil. In: KALOUSTIAN, S. M. (Org.). **Família brasileira, a base de tudo**. 5. ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNICEF, 2002, p. 26-46.

NEDER, G.; CERQUEIRA FILHO, G. Os Filhos da Lei. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 16, n. 45, p.113-125, fev. 2001.

NELSON CARNEIRO. **A Luta pelo Divórcio**. Rio de Janeiro: Livraria São José, 1973.

NEVES, M F. R. O sacrilégio permitido: filhos de padres em São Paulo Colonial. In: MARCÍLIO, M. L. (Org.). **Família, mulher, sexualidade e Igreja na história do Brasil**. São Paulo: Loyola, 1993, p. 135-147.

OLIVEIRA, E.; HIRONAKA, G. M. F N. Do Direito de Família. In: DIAS, M. B.; PEREIRA, R. C. (Org.). **Direito de Família e Novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 1-8.

OLIVEIRA VIANNA. **Instituições Políticas Brasileiras**. Belo Horizonte: Itatiaia; Niterói: Universidade Federal Fluminense, 1987. 2. v.

____. **O idealismo da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939.

____. **Populações Meridionais do Brasil**. Belo Horizonte: Itatiaia; Niterói: Universidade Federal Fluminense, 1987a.

ORDENAÇÕES Filipinas. Reprodução da edição feita por Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870. Livros II e III. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

ORDENAÇÕES Filipinas. Reprodução da edição feita por Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870. Livros VI e V. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

ORLANDO GOMES. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

OSIS, M. J. D. et al. Escolha de métodos contraceptivos entre usuárias de um serviço público de saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 20, n. 6, p. 1586-1594, dez. 2004.

PEDRO, J. M. Mulheres do Sul In: DEL PRIORI, M. (Org.). **História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2001, p. 278-321.

PEIXE, M. Prescrição penal: extinção da pretensão punitiva e pretensão executória. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=966>>. Acesso em: 30 out. 2008.

PEREIRA, A. P. **A nova Constituição e o direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PEREIRA, R. C. **A sexualidade vista pelos Tribunais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

____. **Código Civil e legislação correlata da família**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

____. Da União Estável. In DIAS, M. B.; PEREIRA, R. C. (Coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003a, p. 257-276.

____. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PEREIRA, V. S. **Direito de Família**. Atualização e anotações por Vicente de Faria Coelho. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1959.

PERROT, M. A família triunfante. In: PERROT, M. (Org.). **História da Vida Privada**: da Revolução Francesa à Primeira Guerra. 6. Reimpressão. Tradução Denise Bottman e Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 93-104. 4. v.

____. A vida em família. In: PERROT, M. (Org.). **História da Vida Privada**: da Revolução Francesa à Primeira Guerra. 6. Reimpressão. Tradução Denise Bottman e Bernardo Joffily. Primeira publicação em 1987. São Paulo: Companhia das Letras, 1997c, p. 187-192. 4. v.

____. Figuras e papéis. In: PERROT, M. (Org.). **História da Vida Privada**: da Revolução Francesa à Primeira Guerra. 6. Reimpressão. Tradução Denise Bottman e Bernardo Joffily. Primeira publicação em 1987. São Paulo: Companhia das Letras, 1997b, p. 121-186. 4. v.

____. Funções da família. In: PERROT, M. (Org.) **História da Vida Privada**: da Revolução Francesa à Primeira Guerra. 6. Reimpressão. Tradução Denise Bottman e Bernardo Joffily. Primeira publicação em 1987. São Paulo: Companhia das Letras, 1997a, p. 105-120. 4. v.

PERUCCI, J. “**Mater semper certa est pater nunquam**”. O discurso jurídico como dispositivo de produção de paternidades. 2008. 244 p. Tese (Doutorado em Psicologia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

PIERUCCI, A. F. O. Representantes de Deus em Brasília: a bancada evangélica na constituinte. **Ciências Sociais Hoje**, v. 11, p. 104-132, 1989.

PILATTI, A. **Formas e movimentos de um conflito constitutivo**: progressistas, conservadores e a definição da ordem econômica no processo constituinte de 1987-1988. 2006. 370 p. Tese

(Doutorado em Ciência Política) - Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

PIMENTEL, S. **A Mulher e a Constituinte**. São Paulo: Cortez, 1985.

PIMENTEL, S.; DI GIORGI, B.; PIOVESAN, F. **A figura/personagem mulher em processos de família**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

PINHEIRO, A. A. A. A criança e o adolescente, representações sociais e processo constituinte. **Psicologia em estudo**, v. 9, n. 3, p. 343-355, dez. 2004.

PINHEIRO, M. F. S. **O público e o privado na educação brasileira: um conflito na Constituinte (1987/1988)**. 1991. 444 p. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade de Brasília, Brasília, 1991.

PINTO, C. R. J. Movimentos sociais: espaços privilegiados da mulher enquanto sujeito político. In: COSTA, A. O.; BRUSCHINI, C. (Org.). **Uma questão de gênero**. Rio de Janeiro/São Paulo: Rosa dos Tempos/Fundação Carlos Chagas, 1992, p. 127-150.

____. **Uma história do feminismo no Brasil**. Coleção História do Povo Brasileiro. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

PLÁCIDO E SILVA, D. **Vocabulário Jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990a. I e II.

____. **Vocabulário Jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990b. III e IV.

____. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Atualização Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PLAUTO FARACO DE AZEVEDO. Introdução. In: FULLER, L. L. **O caso dos exploradores de cavernas**. Trad. Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Fabris, 1976.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1946**. 3. ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960. IV.

PRADO, L. R. A. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. 4. ed. Campinas, SP: Millennium, 2008.

PRADO, M. E. **Leituras da Colonização Portuguesa no Brasil do Século XX**. Disponível em: <<http://www.intellectus.uerj.br/Textos/Ano5n1/Texto%20de%20Maria%20Emilia%20Prado.pdf>>. Acesso em 05 mai. 2008.

RAMOS, J. S. **Divórcio à brasileira**. Coleção Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Brasília/Rio, 1978.

RAGO, M. Trabalho feminino e sexualidade. In: DEL PRIORE, M. (Org.). **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto/Unesp, 2000, p. 578-606.

REPPOLD, C. T.; HUTZ, C. S. Reflexão social, controle percebido e motivações à adoção: características psicossociais das mães adotivas. **Estudos de Psicologia**, v. 8, n. 1, p. 25-36, 2003.

REZENDE, M. J. A democracia em Gilberto Freyre e Sérgio Buarque de Holanda. **Revista de Sociologia da USP**, n. 3, 1. sem. 1996.

RIBEIRO, E. M. As várias abordagens da família no cenário do programa/estratégia de saúde da família (PSF). **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, v. 12, n. 4, p. 658-664, ago. 2004.

RISOLIDARIA. **Memória Viva do Estatuto** – Entrevista com Desembargador Antonio Fernando do Amaral e Silva: Estatuto foi amplamente baseado em documentos internacionais. Disponível em: <http://www.risolidaria.org.br/util/view_noticia.jsp?txt_id=200511240012>. Acesso em 10 abr. 2007.

RIZZINI, I. Crianças, adolescentes e suas bases familiares: tendências e preocupações globais. In: SOUZA, S. M. G.; RIZZINI, I. (Org.). **Desenhos de família** - criando os filhos: a família goianense e os elos parentais. Goiânia: Cãnone Editorial, 2001, p. 23-44.

ROCHA-COUTINHO, M. L. Quando o executivo é uma “dama”: A mulher, a carreira, e as relações familiares. In: FÉRES-CARNEIRO, T. (Org.). **Família e casal**: arranjos e demandas contemporâneas. Rio de Janeiro: NAU, 2003, p. 15-30.

ROESLER, C. R. A estabilização do Direito Canônico e o Decreto de Graciano. **Revista Sequência**, n. 49, p. 9-32, dez. 2004.

RUSSOMANO, R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1970.

SABINO JÚNIOR, V. **Divórcio: teoria – prática – legislação – formulários**. São Paulo, Rio de Janeiro: Brasilivros, 1979.

SAMARA, E. M. **A família brasileira**. 4. ed. Coleção Tudo é História. São Paulo: Brasiliense, 1998.

____. **As Mulheres, o Poder e a Família**. São Paulo, século XIX. São Paulo: Marco Zero/Secretaria de Estado da Cultura de São Paulo, 1989.

____. Casamento e papéis familiares em São Paulo no século XIX. **Cadernos de pesquisa da Revistas de Estudos e Pesquisas em Educação**, n. 37, p. 17-25, 1981.

____. Estratégias Matrimoniais no Brasil do Século XIX. **Revista Brasileira de História**, v. 8, n. 15, p. 91-105, set. 87/fev. 88.

____. **Família, mulheres e povoamento: São Paulo, século XVII**. Bauru, SP: EDUSC, 2003.

____. **Mulheres Pioneiras: Histórias de Vida na Expansão do Povoamento Paulista**. Disponível em: <<http://sitemason.vanderbilt.edu/files/etVaU0/Samara%20Eni%20de%20Mesquita.pdf>>. Acesso em 05 mai. 2008.

____. O que mudou na família brasileira? (da Colônia à Atualidade). **Psicologia-USP**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 27-48, 2002.

____. Tendências atuais da história da família no Brasil. In: ALMEIDA, A. M.; CARNEIRO, M. J.; PAULA, S. G. (Org.). **Pensando a família no Brasil: da colônia a modernidade**. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1987, p. 25-36.

SAMPEL, E. L. **Introdução ao Direito Canônico**. São Paulo: LTR, 2001.

SAMRSLA, M. et al. Expectativa de mulheres à espera de reprodução assistida em hospital público do DF - estudo bioético. **Revista da Associação Médica Brasileira**, v. 53, n. 1, p. 47-52, fev. 2007.

SANCHES, R. R. **A questão da democracia em Sérgio Buarque de Holanda**. 2001. 136 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista, Araraquara, 2001.

SANTOS, B. R. **A Emergência da Concepção Moderna de Infância e Adolescência**. Mapeamento, documentação e reflexão sobre as principais teorias. 1996. 200 p. Dissertação (Mestrado em Antropologia), Programa de Pós-Graduação em Antropologia, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 1996.

SANTOS, R. B. **A tradução da Doutrina Religiosa Católica no Direito de Família brasileiro: uma análise crítica do casamento**. 2006. 65 p. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2006.

SARAIVA, J. B. C. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARTI, C. A. **A família como espelho: um estudo sobre a moral dos pobres**. São Paulo: Autores Associados, 1996.

_____. Família e individualidade: um problema moderno. In: CARVALHO, M. C. B. (Org.). **A família contemporânea em debate**. 6. ed. São Paulo: EDUC/Cortez, 2005, p. 39-50.

_____. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. **Revista de Estudos Feministas**, v. 12, n. 2, p. 35-50, ago. 2004.

SCHETTINI, S. S. M.; AMAZONAS, M. C. L. A.; DIAS, C. M. S. B. Famílias adotivas: identidade e diferença. **Psicologia em Estudo**, v. 11, n. 2, p. 285-293, ago. 2006.

SCOTT, P. Família, moralidade e as novas leis. In: ÁVILA, M. B.; PORTELLA, A. P.; FERREIRA, V. (Org.). **Novas legalidades e democratização da vida social: família, sexualidade e aborto**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 43-52.

SERAPIONI, M. O papel da família e das redes primárias na reestruturação das políticas sociais. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 10, p. 243-253, dez. 2005.

SEREJO, L. O parentesco socioafetivo como causa de inegibilidade. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Dignidade Humana. V, 2006, Belo Horizonte. **Anais...** São Paulo: IOB Thompson, IBDFam, 2006. p. 543-554.

SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA. **Raízes do Brasil**. Prefácio de Antônio Cândido. 14. ed. Rio de Janeiro: Olympio, 1981.

SHINE, S. O conflito familiar transformado em litúgio processual. In: AGOSTINHO, M. L.; SANCHEZ, T. M. (Org.). **Família: conflitos, reflexões e intervenções**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002, p. 63-74.

SILVA, C. E. **História e desenvolvimento do conceito de família**. 2005. 158 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

SILVA, E. A. **Famílias e sexualidades monogâmicas, poligâmicas, homoafetivas, heteroafetivas, fraternas: por uma perspectiva multidisciplinar para o direito**. 2004. 321 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

SILVA, W. C. L. **Vivo, uni-vos: os ecologistas e a Assembléia Nacional Constituinte (1986-1988)**. 1993. 350 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1993.

SOIHET, R. Mulheres pobres e violência no Brasil urbano. In: DEL PRIORI, M. (Org.). **História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2001, p. 362-400.

SOUSA, E. **Necessidade de filhos: maternidade, família e (homo)sexualidade**. 2005. 242 p. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2005.

SOUZA, C. V.; BOTELHO, T. R. Modelos Nacionais e regionais de família no pensamento social brasileiro. **Estudos Feministas**, a. 9, p. 414-432, 2. sem. 2001.

SOUZA, M. J. N. **A questão urbana na Assembléia Nacional Constituinte de 1987**. 1990. 238 p. Dissertação (Mestrado em Planejamento Urbano e Regional) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1990.

SZYMANSKI, H. Teorias e “teorias” de famílias. In: CARVALHO, M. C. B. (Org.). **A família contemporânea em debate**. 6. ed. São Paulo: EDUC/Cortez, 2005, p. 23-28.

TARNOVSKI, F. L. **Pais assumidos**: adoção e paternidade homossexual no Brasil contemporâneo. 2002. 114 p. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

TEPEDINO, G. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TERUYA, M. T. A família na historiografia brasileira. Bases e perspectivas teóricas. In: Encontro Nacional de Estudos Populacionais. XII, 2000, **Anais...** Disponível em: <<http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/A%20Fam%EDlia%20na%20Historiografia%20Brasileira....pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2008.

THEODORO JÚNIOR, H. **Direito de família**: família natural, jurisprudência. São Paulo: LEUD, 1988. 2. v.

THERBORN, G. **Sexo e Poder**: a família no mundo 1900 – 2000. Trad. Elisabete Dória Bilac. São Paulo: Contexto, 2006.

TRINDADE, Z. A.; ANDRADE, C. A.; SOUZA, Q. J. Papéis parentais e representações da paternidade: a perspectiva do pai. **Psico**, v. 28, n. 1, p. 207-222, 1997.

UZIEL, A. P. **Família e homossexualidade**: velhas questões, novos problemas. 2002. 210 p. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002.

VAINFAS, R. Homoerotismo feminino e o Santo Ofício. In: DEL PRIORI, M. (Org.). **História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2001, p. 115-140.

____. **Trópico dos pecados**: moral, sexualidade e Inquisição no Brasil. Rio de Janeiro: Campos, 1988.

VALENTE, A. L. O Programa Nacional de Bolsa Escola e as ações afirmativas no campo educacional. **Revista Brasileira de Educação**, n. 24, p. 165-182, dez. 2003.

VELHO, G. Família e Subjetividade. In: ALMEIDA, A. M.; CARNEIRO, M. J.; PAULA, S. G. (Org.). **Pensando a família no Brasil**: da colônia a modernidade. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1987, p. 79-88.

____. **Subjetividade e sociedade**: uma experiência de geração. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

VENÂNCIO, R. P. Maternidade negada. In: DEL PRIORI, M. (Org.). **História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2001, p. 189-222.

VERONESE, J. R. P. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1999.

VERONESE, J. R. P.; COSTA, M. M. **Violência doméstica**: quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

VERONESE, J. R. P.; PETRY, J. F. C. **Adoção internacional e MERCOSUL**: aspectos jurídicos e sociais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

VIANA, A. L. D.; DAL POZ, M. R. A reforma do sistema de saúde no Brasil e o Programa de Saúde da Família. **Physis**, v. 15, p. 225-264, 2005.

WAGNER, A. Possibilidades e potencialidades da família: a construção de novos arranjos a partir do recasamento. In: WAGNER, A. (Coord.). **Família em cena**: tramas, dramas e transformações. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002, p. 23-38.

WAGNER, A. et al. Compartilhar tarefas? Papéis e funções de pai e mãe na família contemporânea. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, v. 21, n. 2, p. 181-186, ago. 2005.

WALD, A. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

____. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 7. ed. revista, ampliada e atualizada com a colaboração de Luiz Murillo Fábregas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

WEBER, L. N. D. **Aspectos psicológicos da adoção**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

WELTER, B. P. **Estatuto da União Estável**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

ZAMBRANO, E. Parentalidades "impensáveis": pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. **Horizontes Antropológicos**, v. 12, n. 26, p. 123-147, dez. 2006.

ZAMBRANO, E. F.; LOREA, R.; MYLIUS, L.; MEINERZ, N.; BORGES, P. **O direito à homoparentalidade**: cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais. Porto Alegre: Venus, 2006.

ZANINI, M. C. C. **Vozes Parlamentares**: a alteridade negociada – a trajetória da questão indígena na Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988). 1997. 328 p. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade de Brasília, Brasília, 1997.

ANEXOS

ANEXO A

CAPÍTULO	LEGISLAÇÃO CITADA
CAPÍTULO 1 (Período Colonial e Imperial)	<p>1- Ordenações do Reino, denominadas de “Ordenações Filipinas”, decretada em 11 de janeiro de 1603; confirmada e revalidada em 29 de janeiro de 1643; em vigência devido à Lei de 20 de outubro de 1823 (art. 1º), decretada pela Assembléia Constituinte;</p> <p>2- Constituição Política do Império do Brasil de 1824;</p> <p>3- Lei nº 556, de 25 de junho de 1850;</p> <p>4- Decreto nº 1.144, de 11 de setembro de 1861;</p> <p>5- Decreto nº 3.069, de 17 de abril de 1863;</p> <p>6- Código Canônico de 1917.</p>
CAPÍTULO 2 (Entre a Declaração da República e a promulgação do Código Civil de 1916)	<p>1- Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890;</p> <p>2- Decreto nº 278, em 24 de março de 1890;</p> <p>3- Decreto nº 521, de 26 de junho de 1890;</p> <p>4- Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890;</p> <p>5- Código Civil de 1916.</p>
CAPÍTULO 3 (Entre o Código Civil de 1916 e a Constituição Federal de 1988)	<p>1- Decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923;</p> <p>2- Decreto nº 16.107, de 30 de julho de 1923;</p> <p>3- Decreto nº 16.388, de 27 de fevereiro de 1924;</p> <p>4- Decreto nº 16.665, de 06 de maio de 1924;</p> <p>5- Decreto nº 5.083, de 1º de dezembro de 1926;</p> <p>6- Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927;</p> <p>7- Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932;</p> <p>8- Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934;</p> <p>9- Decreto nº 54, de 12 de setembro de 1934;</p> <p>10- Lei nº 367, de 31 de dezembro de 1936;</p> <p>11- Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937;</p> <p>12- Lei nº 387, de 27 de janeiro de 1937;</p> <p>13- Decreto-lei 196 de 22 de janeiro de 1938;</p> <p>14- Código de Processo Civil de 1939;</p> <p>15- Decreto-lei nº 1355, de 19 de junho de 1939;</p> <p>16- Decreto-Lei nº 1.764, de 10 de novembro de 1939;</p> <p>17- Decreto-lei 2122, de 9 de abril de 1940;</p> <p>18- Código Penal de 1940;</p> <p>19- Decreto-lei 2186, de 14 de março de 1940;</p> <p>20- Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941;</p> <p>21- Decreto-lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942;</p> <p>22- Decreto nº 5.976, de 10 de novembro de 1943;</p> <p>23- Decreto-lei 6.022, de 23 de novembro de 1943;</p> <p>24- Decreto nº 14.904, de 29 de fevereiro de 1944;</p> <p>25- Decreto-lei 6303 de 2 de março de 1944;</p> <p>26- Decreto nº 15.075, de 16 de março de 1944;</p> <p>27- Decreto nº 15.462, de 03 de maio de 1944;</p> <p>28- Decreto nº 15.494, de 09 de maio de 1944;</p> <p>29- Decreto nº 15.670, de 26 de maio de 1944;</p> <p>30- Decreto nº 15.759, de 02 de junho de 1944;</p> <p>31- Decreto-Lei nº 6.561, de 06 de junho de 1944;</p> <p>32- Decreto nº 16.620, de 19 de setembro de 1944;</p> <p>33- Decreto-lei 7.036, de 10 de novembro de 1944;</p> <p>34- Decreto nº 17.136, de 13 de novembro de 1944;</p> <p>35- Decreto-lei nº 7.485, de 23 de abril de 1945;</p> <p>36- Decreto-lei nº 9.400, de 21 de junho de 1946;</p> <p>37- Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946;</p> <p>38- Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949;</p> <p>39- Lei 1.060, de 05 de fevereiro de 1950;</p> <p>40- Lei 1.757-A, de 10 de dezembro de 1952;</p> <p>41- Lei 3.133, de 8 de maio de 1957;</p> <p>42- Decreto nº 49.303, de 21 de novembro de 1960;</p> <p>43- Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962;</p>

	<p>44- Lei nº 4.266, de 03 de outubro de 1963; 45- Decreto nº 52.748, de 24 de outubro de 1963; 46- Decreto nº 53.153, de 10 de dezembro de 1963; 47- Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965; 48- Constituição do Brasil de 1967; 49- Lei nº 5.653, de 27 de abril de 1971; 50- Lei nº 5.890, de 08 de junho de 1973; 51- Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973; 52- Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975; 53- Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977; 54- Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977; 55- Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979; 56- Lei 7.250, de 14 de novembro de 1984; 57- Lei nº 7.417, de 10 de dezembro de 1985.</p>
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO 4 (Entre a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002)</p>	<p>1- Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988; 2- Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990; 3- Lei 8.069, de 13 de julho de 1990; 4- Lei 8.213, de 24 de julho de 1991; 5- Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992; 6- Lei 8.560 de 29 de dezembro de 1992; 7- Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993; 8- Lei 8.971 de 29 de dezembro de 1994; 9- Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995; 10- Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996; 11- Decreto nº 2.038, de 15 de outubro de 1996; 12- Decreto nº 2.081, de 26 de novembro de 1996; 13- Decreto nº 2.318, de 05 de setembro de 1997; 14- Decreto nº 2.255, de 16 de junho de 1997; 15- Decreto nº 2.421, de 16 de dezembro de 1997; 16- Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997; 17- Lei 9.533, de 10 de dezembro de 1997; 18- Emenda Constitucional nº 20, de 1998; 19- Medida Provisória nº 1.718, de 6 de outubro de 1998; 20- Medida Provisória nº 1.729, de 02 de dezembro de 1998; 21- Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999; 22- Decreto de 04 de outubro de 2000; 23- Medida Provisória nº 2.083-30, de 27 de dezembro de 2000; 24- Medida provisória nº 2.140, de 13 de fevereiro de 2001; 25- Lei nº 10.211, de 23 de março, de 2001; 26- Lei nº 10.219, de 11 de abril de 2001; 27- Decreto nº 4.032, de 26 de novembro de 2001.</p>

ANEXO B

CARACTERÍSTICAS	MODELO DE FAMÍLIA	MODELO PATRIARCAL DE FAMÍLIA	MODELO NUCLEAR DE FAMÍLIA
LUGAR DA FAMÍLIA		- centralidade da família na sociedade.	- centralidade da família na sociedade (“prodigioso crescimento do sentimento de ser uma família”).
FUNÇÕES DA FAMÍLIA		- grupo multifuncional; - o patriarca detinha: a) as decisões de todas as esferas do social (políticas, econômicas, interpessoais); b) sob sua guarda e responsabilidade, os parentes, afilhados, agregados, escravos, concubinas e bastardos.	- estruturação da sociedade (“átomo da sociedade civil”); - essencialidade da produção e do funcionamento econômico; - reprodução e primeira socialização das crianças; - garantia da perpetuação da espécie; - consciência nacional, cidadania e civilidade; - fundamento do Estado.
ESTRUTURA FAMILIAR		- a família era constituída pelo casamento e pelos filhos desta relação; - características do casamento: a) heterossexual; b) indissolúvel.	- a família era constituída pelo casamento e pelos filhos desta relação; - características do casamento: a) heterossexual (complementação dos sexos e “naturalização” da desigualdade dos sexos); b) monogâmico (demonstração de afeto e de amor e satisfação dos impulsos sexuais).
FUNÇÕES DOS MEMBROS DAS FAMÍLIAS	HOMEM	- representante da família na sociedade e chefe da família; - incorporava decisões de todas as esferas do social, e guarda e responsabilidade sobre os agregados.	- público: sustento econômico e modelo moral de cidadão; - privado: chefe da família e detentor do poder de decisão em relação à esposa e aos filhos.
	MULHER	- submissa em relação ao poder do homem; - função doméstica.	- submissa em relação ao poder do marido; - função doméstica; - afeto e cuidado dos filhos (“instinto materno”).
	CRIANÇA	- obediência em relação ao poder paterno.	- centralidade na família; - herdeiro da família (futuro da família, imagem sonhada e projetada); - objeto de investimentos: afetivo, econômico, educativo, existencial; - infância como etapa do ciclo vital diferenciada da vida adulta.

ANEXO C

CARACTERÍSTICAS	MODELO DE FAMÍLIA	DIREITO CANÔNICO (Código de Direito Canônico de 1917)	DIREITO CANÔNICO (Código de Direito Canônico de 1983)
LUGAR DA FAMÍLIA		- centralidade da família na sociedade (matrimônio era um dos sete sacramentos do catolicismo).	- centralidade da família na sociedade (matrimônio é um dos sete sacramentos do catolicismo).
FUNÇÕES DA FAMÍLIA		- finalidade do matrimônio: a) primeira: a procriação e a educação dos filhos; b) segunda: a ajuda mútua e o remédio à concupiscência. - reprodução da espécie; - legitimação dos filhos; - organização da sociedade.	- reprodução da espécie; - organização da sociedade; - legitimação dos filhos.
ESTRUTURA FAMILIAR		- a família legítima era constituída exclusivamente pelo matrimônio e pelos filhos legítimos e legitimados; - características do matrimônio: a) indissolúvel; b) heterossexual; c) monogâmico.	- a família legítima é constituída exclusivamente pelo matrimônio e pelos filhos legítimos e legitimados; - características do matrimônio: a) indissolúvel; b) heterossexual; c) monogâmico.
FUNÇÕES DOS MEMBROS DAS FAMÍLIAS	HOMEM	- idade mínima para casar: 14 anos de idade; - poder em relação à esposa e aos filhos; - presunção de paternidade: a) decorria do matrimônio com a mãe; b) decorria do nascimento do filho após 180 dias depois da data da celebração do matrimônio, ou 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal.	- idade mínima para casar: 16 anos de idade; - presunção de paternidade: a) decorre do matrimônio com a mãe; b) decorre do nascimento do filho após 180 dias depois da data da celebração do matrimônio, ou 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal.
	DEVERES COMUNS	- obrigação de educar religiosa, moral, física e civilmente os filhos.	- os cônjuges têm o “dever especial de trabalhar pelo matrimônio e pela família, na construção do povo de Deus”; - têm direitos e deveres iguais na relação conjugal; - os pais têm o direito e a obrigação de educar física, social, cultural, moral e religiosamente os filhos, e os pais cristãos de cuidar da educação cristã dos filhos.
	MULHER	- idade mínima para casar: 12 anos de idade; - submissa em relação ao poder do marido.	- idade mínima para casar: 14 anos de idade.
	CRIANÇA	- submissas ao poder paterno; - os filhos eram classificados em: a) legítimos; b) legitimados; c) ilegítimos; - os filhos ilegítimos eram legitimados pelo matrimônio, com equiparação dos filhos concebidos durante o matrimônio e dos filhos legitimados em decorrência do matrimônio; - as crianças eram privadas do uso da razão até os 7 anos; após esta idade se presumia o uso da razão.	- a “pessoa menor” permanece “dependente do poder dos pais ou tutores”; - os filhos são classificados em: a) legítimos; b) legitimados; c) ilegítimos; - os filhos ilegítimos são legitimados pelo matrimônio, com equiparação dos filhos concebidos durante o matrimônio e dos filhos legitimados em decorrência do matrimônio; - os filhos adotivos, de acordo com a lei civil, são considerados filhos; - as crianças são privadas do uso da razão até os 7 anos; após esta idade se presume o uso da razão. A maioridade é adquirida com dezoito anos, com o pleno exercício dos direitos.

ANEXO D

CARACTERÍSTICAS	MODELO DE FAMÍLIA	ORDENAÇÕES FILIPINAS	PRIMEIRAS LEIS BRASILEIRAS	DECRETO 181 DE 1890	CÓDIGO CIVIL DE 1916
LUGAR DA FAMÍLIA			- centralidade da família na sociedade.	- centralidade da família na sociedade.	- centralidade da família na sociedade.
FUNÇÕES DA FAMÍLIA		- reprodução da espécie; - legitimação dos filhos; - resguardo do patrimônio.	- reprodução da espécie; - legitimação dos filhos.	- reprodução da espécie; - legitimação dos filhos; - constituição da família legítima.	- reprodução da espécie; - legitimação dos filhos; - constituição da família legítima.
GARANTIA DE DIREITOS					- bem de família.
ESTRUTURA FAMILIAR		- a família legítima era constituída exclusivamente pelo casamento e pelos filhos legítimos e legitimados; - características do casamento: a) heterossexual; b) monogâmico; c) indissolúvel.	- a família legítima era constituída exclusivamente pelo casamento e pelos filhos legítimos e legitimados; - características do casamento: a) heterossexual; b) monogâmico; c) indissolúvel; - o casamento poderia ser: a) católico; b) misto; c) celebrado entre pessoas de “seitas dissidentes”.	- a família legítima era constituída exclusivamente pelo casamento e pelos filhos legítimos e legitimados; - características do casamento: a) heterossexual; b) monogâmico; c) indissolúvel.	- a família legítima era constituída exclusivamente pelo casamento e pelos filhos legítimos e legitimados; - características do casamento: a) heterossexual; b) monogâmico; c) indissolúvel.
FUNÇÕES DOS MEMBROS DAS FAMÍLIAS	HOMEM	- poder em relação à mulher e aos filhos.	- público: representante da família na sociedade; - privado: chefe de família (“cabeça do casal”).	- público: representante da família na sociedade (“administrador dos bens”); - privado: chefe da família (decisão sobre a fixação do domicílio, a profissão da mulher e a educação dos filhos); - no exercício da função de chefe da família: a) direitos: detentor da autoridade em relação à esposa e aos filhos; b) deveres: sustento da família.	- público: representante da família na sociedade (“administrador dos bens”); - privado: chefe da família (decisão sobre a fixação do domicílio, a profissão da mulher e a educação dos filhos); - no exercício da função de chefe da família: a) direitos: detentor da autoridade em relação à esposa e aos filhos; b) deveres: sustento da família.
	DEVERES COMUNS AOS CÔNJUGES				- fidelidade recíproca; - moradia no mesmo domicílio; - mútua assistência; - sustento, guarda e educação dos filhos.
		- submissa ao poder	- submissa ao poder do marido;	- submissa ao poder do marido;	- submissa ao poder do marido;

	MULHER	do marido; - rígido controle da sua sexualidade e do seu corpo, bem como na determinação do casamento, em virtude do patrimônio.	- incapacidade civil: não votava e precisava de autorização do pai ou do marido para exercer uma profissão (exemplo: comerciante).	- incapacidade civil; - “mulher honesta” casada: a) direitos: usar o nome da família do marido e gozar das honras e direitos advindos deste nome; b) deveres: cuidado do lar e educação dos filhos.	- incapacidade civil quando casada (solteira maior de 21 anos tinha capacidade civil plena); - mulher casada: a) direitos: usar o nome da família do marido e gozar das honras e direitos advindos deste nome; b) deveres: cuidar da economia doméstica; companheira (amiga), consorte (sócia) e auxiliar (colaboradora) do marido.
	CRIANÇA	- submissa ao poder paterno.	- submissa ao poder paterno; - os filhos eram classificados em: a) legítimos; b) legitimados; c) ilegítimos, que eram classificados em ilegítimos; adúlteros; incestuosos; - o processo de legitimação dependia exclusivamente da vontade do pai e do casamento deste com a mãe.	- submissa ao poder paterno; - os filhos eram classificados em: a) legítimos; b) legitimados; c) ilegítimos, que eram classificados em ilegítimos; adúlteros; incestuosos; - o processo de legitimação dependia exclusivamente da vontade do pai e do casamento deste com a mãe.	- submissa ao poder paterno, embora este poder tivesse alguns limites: “castigos imoderados”, “abandono”, “atos contrários a moral e aos bons costumes” (atuação do Ministério Público); - os filhos eram classificados em: a) legítimos; b) legitimados; c) ilegítimos, que eram classificados em ilegítimos; adúlteros; incestuosos; - o processo de legitimação dependia exclusivamente da vontade do pai e do casamento deste com a mãe; - a legitimação dos filhos ilegítimos adúlteros e incestuosos era proibida legalmente; - adoção: cônjuges casados, maiores de 50 anos, sem filhos legítimos ou legitimados, com diferença de, no mínimo, 18 anos entre o cônjuge mais velho e o adotado.

ANEXO E

CARACTERÍSTICAS	MODELO DE FAMÍLIA	CÓDIGO CIVIL DE 1916	LEGISLAÇÃO ENTRE O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988
LUGAR DA FAMÍLIA		- centralidade da família na sociedade.	- centralidade da família na sociedade (“célula-base dos aglomerados humanos” e “elo fundamental da sociedade”).
FUNÇÕES DA FAMÍLIA		- reprodução da espécie; - legitimação dos filhos; - constituição da família legítima.	- reprodução da espécie; - legitimação dos filhos; - constituição da família legítima; - organização da sociedade.
GARANTIA DE DIREITOS À FAMÍLIA		- bem de família.	- “proteção especial” do Estado: garantia de direitos à família, tais como benefícios especiais em favor das “famílias numerosas”; benefícios às famílias em razão de falecimento; ampliação da garantia ao bem de família; direitos trabalhistas; benefício da justiça gratuita; direitos penais; - “famílias numerosas”: algumas legislações específicas ampliaram o conceito de família, priorizando as funções de pai e mãe e contemplando os filhos independentemente de classificação. Mantiveram, entretanto, a estruturação família constituída por pai, mãe e filhos. Esta ampliação era exclusivamente aplicada nestas leis e não repercutiu no direito de família (Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941; Decreto nº 5.976, de 10 de novembro de 1943; Decreto-lei 6.022, de 23 de novembro de 1943).
ESTRUTURA FAMILIAR		- a família legítima era constituída pelo casamento e pelos filhos legítimos e legitimados; - características do casamento: a) heterossexual; b) monogâmico; c) indissolúvel	- a família legítima era constituída exclusivamente pelo casamento e pelos filhos legítimos e legitimados; - características do casamento: a) heterossexual; b) monogâmico; c) dissolúvel (Lei do Divórcio de 1977).
	HOMEM	- público: representante da família na sociedade (“administrador dos bens”); - privado: chefe da família (decisão sobre a fixação do domicílio, a profissão da mulher e a educação dos filhos); - no exercício da função de chefe da família: a) direitos: detentor da autoridade em relação à esposa e aos filhos; b) deveres: sustento da família.	- público: representante da família na sociedade (“administrador dos bens”); - privado: chefe da família (decisão sobre a fixação do domicílio do casal); - no exercício da função de chefe da família: a) direitos: detentor da autoridade em relação à esposa e aos filhos; b) deveres: sustento da família.
	DEVERES COMUNS AOS CÔNJUGES	- fidelidade recíproca; - moradia no mesmo domicílio; - mútua assistência; - sustento, guarda e educação dos filhos.	- fidelidade recíproca; - moradia no mesmo domicílio; - mútua assistência; - sustento, guarda e educação dos filhos.
		- submissa ao poder do marido; - incapacidade civil quando casada (solteira)	- público: a) igualdade constitucional entre homem e mulher (Constituição de 1934);

FUNÇÕES DOS MEMBROS DAS FAMÍLIAS	MULHER	<p>maior de 21 anos tinha capacidade civil plena);</p> <p>- mulher casada:</p> <p>a) direitos: usar o nome da família do marido e gozar das honras e direitos advindos deste nome;</p> <p>b) deveres: cuidar da economia doméstica; companheira (amiga), consorte (sócia) e auxiliar (colaboradora) do marido.</p>	<p>b) proibição da diferença de salário entre homem e mulher (Constituição de 1934);</p> <p>c) direito ao voto (Código Eleitoral de 1932);</p> <p>- privado:</p> <p>a) capacidade civil para as mulheres solteiras e casadas, indistintamente (Estatuto Jurídico da Mulher Casada de 1962);</p> <p>b) decisão a respeito do exercício de sua profissão e da disposição dos bens auferidos pelo produto de seu trabalho, sem necessidade de autorização do marido (Estatuto Jurídico da Mulher Casada de 1962);</p> <p>b) mulher casada:</p> <p>b.1) direitos: usar o nome da família do marido e gozar das honras e direitos advindos deste nome;</p> <p>b.2) deveres: cuidar da economia doméstica; “consorte” e “colaboradora” da sociedade conjugal (foi retirado o “auxiliar” pelo Estatuto Jurídico da Mulher Casada de 1962); “velar pela direção material e moral familiar” (Estatuto Jurídico da Mulher Casada de 1962).</p>
	CRIANÇA	<p>- submissa ao poder paterno, embora este poder tivesse alguns limites: “castigos imoderados”, “abandono”, “atos contrários a moral e aos bons costumes” (atuação do Ministério Público);</p> <p>- os filhos eram classificados em:</p> <p>a) legítimos;</p> <p>b) legitimados;</p> <p>c) ilegítimos, que eram classificados em ilegítimos naturais; adúlteros; incestuosos;</p> <p>- o processo de legitimação dependia exclusivamente da vontade do pai e do casamento deste com a mãe;</p> <p>- a legitimação dos filhos ilegítimos adúlteros e incestuosos era proibida legalmente;</p> <p>- adoção: cônjuges casados, maiores de 50 anos, sem filhos legítimos ou legitimados, com diferença de, no mínimo, 18 anos entre o cônjuge mais velho e o adotado.</p>	<p>- tratadas juridicamente como “objetos de proteção” do Estado (1- Decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923; 2- Código de Menores de 1926; 3- Código Penal de 1940; 4- Código de Menores de 1979):</p> <p>a) categorias para definir os “menores” (1- “abandonados”, “vadios”, “mendigos” e “libertinos”; 2- “expostos”, “abandonados”, “vadios”, “mendigos” e “libertinos”; 4- “situação irregular”);</p> <p>b) poder de decisão sobre os “menores” era centralizado no “Juiz de Menores” (2- “dever de vigilância”; 4- “dever de assistência, proteção e vigilância”);</p> <p>- submissa ao poder paterno, embora este poder tivesse alguns limites:</p> <p>a) Decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923: suspensão ou perda do “pátrio poder”: “abandono”, “negligência”, “incapacidade”, “abuso de poder”, “maus exemplos”, “crueldade”, “exploração”, “perversidade”, “comprometimento da saúde, da segurança, ou moralidade”, entre outras causas;</p> <p>b) Código de Menores de 1926: sigilo para “abandonar” os filhos;</p> <p>c) Código Penal de 1940: após 30 dias da notificação do recolhimento da criança, se o pai, a mãe ou o tutor não se manifestasse, qualquer pessoa idônea poderia requerer os direitos ao “pátrio poder” sobre esta;</p> <p>d) Código de Menores de 1979: causar a “situação irregular do menor”; descumprir o termo de compromisso fixado com a autoridade judiciária para o tratamento ministrado ao “menor”, além das causas previstas no CC/16;</p> <p>- a “perda ou a suspensão do “pátrio poder” não exonera os pais do dever de sustentar os filhos” (Código de Menores de 1979);</p> <p>- os filhos eram classificados em:</p> <p>a) legítimos;</p> <p>b) legitimados;</p> <p>c) ilegítimos, que eram classificados em ilegítimos naturais; adúlteros; incestuosos;</p>

			<p>- ilegítimos naturais: igualdade na concessão de direitos em relação aos filhos legítimos (Constituição de 1937); gratuidade no reconhecimento, que não precisava distinguir entre legítimo e ilegítimo; dever do pai que não resida com o filho “prestar inteira assistência” (Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941);</p> <p>- filhos ilegítimos adulterinos: assistência no direito previdenciário e trabalhista; ser reconhecido ou demandar reconhecimento após o desquite do cônjuge casado (Decreto-lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942); direitos iguais em relação ao filho ilegítimo natural reconhecido e direito à metade do valor da herança percebido pelo filho legítimo ou legitimado (Lei 883/49); reconhecimento, ainda que na constância do casamento, em “testamento cerrado” e igualdade no valor da herança em relação ao filho legítimo ou legitimado (Lei do Divórcio em 1977); reconhecimento durante a sociedade conjugal, desde que houvesse separação de fato por mais de cinco anos contínuos (Lei 7.250, de 14 de novembro de 1984);</p> <p>- a legitimação dos filhos ilegítimos incestuosos era proibida legalmente;</p> <p>- adoção:</p> <p>a) Lei 3.133, de 8 de maio de 1957: adotantes maiores de trinta anos, solteiros ou casados (mais de cinco anos); diferença de dezesseis anos entre o adotante e o adotando; não tinha direito à sucessão hereditária caso os adotantes tivessem filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos;</p> <p>b) Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965: limite de sete anos de idade para a criança ser adotada; adotantes casais sem filhos, sendo um deles com mais de trinta anos (dispensa em caso de esterilidade), viúvos ou viúvas com mais de trinta e cinco anos, desde que o “menor” resida com eles a mais de cinco anos; processo de adoção realizado em “segredo de justiça”; término jurídico do vínculo de filiação anterior; direito à metade da herança do filho legítimo;</p> <p>c) Código de Menores de 1979: diferenciou entre:</p> <p>c.1) adoção simples: relação de parentesco civil exclusivo entre o adotante e o adotado; direito à herança desde que não houvesse filhos legítimos; vínculo de adoção poderia ser rompido;</p> <p>c.2) adoção plena: rompimento do vínculo de filiação anterior; vínculo de adoção não poderia ser rompido; limite de sete anos para a criança em “situação irregular” ser adotada (maior desta idade se estivesse sob a guarda dos adotantes); adotantes eram casais, viúvo ou viúva e cônjuges separados judicialmente, desde que o processo de adoção iniciou durante o casamento.</p>
	<p>FAMÍLIAS NÃO CONTEMPLADAS PELO DIREITO DE FAMÍLIA E RECONHECIDAS NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES</p>		<p>- concubinato (constituído por homem e mulher não casados entre si ou com terceiros):</p> <p>a) decisões do Supremo Tribunal Federal: regulado pelo direito das obrigações e considerado com uma relação exclusivamente econômica;</p> <p>b) Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975: permitiu a mulher solteira, desquitada ou viúva utilizar o patronímico do companheiro, que também devia ser solteiro, desquitado ou viúvo, desde que houvesse impedimento legal para casar.</p>

ANEXO F

CARACTERÍSTICAS	MODELO DE FAMÍLIA	LEGISLAÇÃO ENTRE O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E LEGISLAÇÃO POSTERIOR ATÉ O CÓDIGO CIVIL DE 2002
LUGAR DA FAMÍLIA		- centralidade da família na sociedade (“célula-base dos aglomerados humanos” e “elo fundamental da sociedade”).	- centralidade da família na sociedade (“base da sociedade”, Constituição Federal de 1988).
FUNÇÕES DA FAMÍLIA		- reprodução da espécie; - legitimação dos filhos; - constituição da família legítima; - organização da sociedade.	* discussão dos juristas: organizar a sociedade (“fato natural”) X unir as pessoas pelo vínculo de “afetividade” (a família tem componentes psicossociais e culturais envolvidos e deve assegurar os direitos fundamentais, tal como dignidade humana).
GARANTIA DE DIREITOS À FAMÍLIA		- “proteção especial” do Estado: garantia de direitos à família, tais como benefícios especiais em favor das “famílias numerosas”; benefícios às famílias em razão de falecimento; ampliação da garantia ao bem de família; direitos trabalhistas; benefício da justiça gratuita; direitos penais; - “famílias numerosas”: algumas legislações específicas ampliaram o conceito de família, priorizando as funções de pai e mãe e contemplando os filhos independentemente de classificação. Mantiveram, entretanto, a estruturação família constituída por pai, mãe e filhos. Esta ampliação era exclusivamente aplicada nestas leis e não repercutiu no direito de família (Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941; Decreto nº 5.976, de 10 de novembro de 1943; Decreto-lei 6.022, de 23 de novembro de 1943).	- dever do Estado de criar mecanismo para coibir a violência no âmbito das relações familiares (Constituição Federal de 1988); - “proteção especial” do Estado: a) Constituição Federal de 1988: garantia de direito penais e processuais penais, direitos trabalhistas, direito à moradia, direito à assistência social, direito à educação, direito à adequada comunicação social; b) legislação infraconstitucional: impenhorabilidade do bem de família, indenização à família de pessoa desaparecida ou morta em razão da participação ou acusação de participação em atividade políticas durante o período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, autorização de doação de órgãos, Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e a Lei de Organização da Assistência Social (LOAS).
ESTRUTURA FAMILIAR		- a família legítima era constituída exclusivamente pelo casamento e pelos filhos legítimos e legitimados; - características do casamento: a) heterossexual; b) monogâmico; c) dissolúvel (Lei do Divórcio de 1977).	- a família é constituída*: a) pelo casamento heterossexual, monogâmico** e dissolúvel (divórcio após um ano de separação conjugal ou após dois anos de separação de fato); b) pela união estável*** entre o homem e a mulher****; c) comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (monoparentalidade); * discussão dos juristas: rol taxativo de estruturas X rol enumerativo de estruturas (interpretação a partir dos direitos fundamentais); ** discussão dos juristas: exclusividade de relação conjugal X simultaneidade de relações conjugais (práticas sociais); *** união estável: a) Lei 8.971 de 29 de dezembro de 1994: regular o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão hereditária (esta com regras diferenciadas em relação ao casamento). Critérios para

		<p>a união estável: relação conjugal entre homem e mulher, desde que solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, com convívio superior a cinco anos ou com filhos em comum;</p> <p>b) Lei nº 9.278/96: regular a união estável. Critérios para a sua definição: “convivência duradoura, pública e contínua”, relação conjugal entre homem e mulher, “objetivo de constituir família”. Direitos regulados: meação, pensão alimentícia, direito real à habitação ao companheiro sobrevivente, direitos e deveres iguais aos “conviventes” (“respeito e consideração mútuos”, “assistência moral e material recíproca”, “guarda, sustento e educação dos filhos comuns”);</p> <p>**** discussão dos juristas: exclusão das relações conjugais entre homossexuais X inclusão das relações homoafetivas (práticas sociais, interpretação a partir dos direitos fundamentais).</p>	
FUNÇÕES DOS MEMBROS DAS FAMÍLIAS	HOMEM	<ul style="list-style-type: none"> - público: representante da família na sociedade (“administrador dos bens”); - privado: chefe da família (decisão sobre a fixação do domicílio do casal); - no exercício da função de chefe da família: <ul style="list-style-type: none"> a) direitos: detentor da autoridade em relação à esposa e aos filhos; b) deveres: sustento da família. 	- igualdade de direitos entre homem e mulher, inclusive, na relação conjugal.
	DEVERES COMUNS AOS CÔNJUGES	<ul style="list-style-type: none"> - fidelidade recíproca; - moradia no mesmo domicílio; - mútua assistência; - sustento, guarda e educação dos filhos. 	
	MULHER	<ul style="list-style-type: none"> - público: <ul style="list-style-type: none"> a) igualdade constitucional entre homem e mulher (Constituição de 1934); b) proibição da diferença de salário entre homem e mulher (Constituição de 1934); c) direito ao voto (Código Eleitoral de 1932); - privado: <ul style="list-style-type: none"> a) capacidade civil para as mulheres solteiras e casadas, indistintamente (Estatuto Jurídico da Mulher Casada de 1962); b) decisão a respeito do exercício de sua profissão e da disposição dos bens auferidos pelo produto de seu trabalho, sem necessidade de autorização do marido (Estatuto Jurídico da Mulher Casada de 1962); b) mulher casada: <ul style="list-style-type: none"> b.1) direitos: usar o nome da família do marido e gozar das honras e direitos 	- igualdade de direitos entre homem e mulher, inclusive, na relação conjugal.

	<p>advindos deste nome;</p> <p>b.2) deveres: cuidar da economia doméstica; “consorte” e “colaboradora” da sociedade conjugal (foi retirado o “auxiliar” pelo Estatuto Jurídico da Mulher Casada de 1962); “velar pela direção material e moral familiar” (Estatuto Jurídico da Mulher Casada de 1962).</p>	
<p>CRIANÇA</p>	<p>- tratadas juridicamente como “objetos de proteção” do Estado (1- Decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923; 2- Código de Menores de 1926; 3- Código Penal de 1940; 4- Código de Menores de 1979):</p> <p>a) categorias para definir os “menores” (1- “abandonados”, “vadios”, “mendigos” e “libertinos”; 2- “expostos”, “abandonados”, “vadios”, “mendigos” e “libertinos”; 4- “situação irregular”);</p> <p>b) poder de decisão sobre os “menores” era centralizado no “Juiz de Menores” (2- “dever de vigilância”; 4- “dever de assistência, proteção e vigilância”);</p> <p>- submissa ao poder paterno, embora este poder tivesse alguns limites:</p> <p>a) Decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923: suspensão ou perda do “pátrio poder”: “abandono”, “negligência”, “incapacidade”, “abuso de poder”, “maus exemplos”, “crueldade”, “exploração”, “perversidade”, “comprometimento da saúde, da segurança, ou moralidade”, entre outras causas;</p> <p>b) Código de Menores de 1926: sigilo para “abandonar” os filhos;</p> <p>c) Código Penal de 1940: após 30 dias da notificação do recolhimento da criança, se o pai, a mãe ou o tutor não se manifestasse, qualquer pessoa idônea poderia requerer os direitos ao “pátrio poder” sobre esta;</p> <p>d) Código de Menores de 1979: causar a “situação irregular do menor”; descumprir o termo de compromisso fixado com a autoridade judiciária para o tratamento ministrado ao “menor”, além das causas previstas no CC/16;</p> <p>- a “perda ou a suspensão do “pátrio poder” não exonera os pais do dever de sustentar os filhos” (Código de Menores de 1979);</p> <p>- os filhos eram classificados em:</p> <p>a) legítimos;</p> <p>b) legitimados;</p> <p>c) ilegítimos, que eram classificados em ilegítimos naturais; adúlteros; incestuosos;</p> <p>- ilegítimos naturais: igualdade na concessão de direitos em relação aos filhos legítimos (Constituição de 1937); gratuidade no reconhecimento, que não precisava distinguir entre legítimo e ilegítimo; dever do pai que não resida com o filho “prestar inteira assistência” (Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941);</p> <p>- filhos ilegítimos adúlteros: assistência no direito previdenciário e</p>	<p>- tratadas juridicamente como “sujeitos de direito”, com “prioridade absoluta” e “condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento” (Constituição Federal de 1988 e Estatuto da Criança e do Adolescente);</p> <p>- “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”(Constituição Federal de 1988)*;</p> <p>* discussão dos juristas: paternidade exclusivamente biológica X paternidade sócio-afetiva, parentalidade nas famílias reconstituídas, parentalidade por casais homossexuais (práticas sociais, interpretação a partir dos direitos fundamentais);</p> <p>- dever dos pais de “assistir, criar e educar os filhos menores” e o dos “filhos maiores” em “ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (Constituição Federal de 1988);</p> <p>- “pátrio poder”: exercício “em igualdade de condições” entre o pai e a mãe; em caso de discordância: recorrer a autoridade judiciária. Limitações ao “pátrio poder”: “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”; limitação não é relacionada a “falta ou carência de recursos materiais”;</p> <p>- cuidado das crianças e dos adolescentes: centrado na família, que pode ser:</p> <p>a) “família natural”: “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”;</p> <p>b) “família substituta”: recebe a “guarda, tutela ou adoção”;</p> <p>- adoção:</p> <p>a) capacidade para adotar: maior de vinte e um anos, “independentemente do estado civil”*; maior, pelo menos,</p>

	<p>trabalhista; ser reconhecido ou demandar reconhecimento após o desquite do cônjuge casado (Decreto-lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942); direitos iguais em relação ao filho ilegítimo natural reconhecido e direito à metade do valor da herança percebido pelo filho legítimo ou legitimado (Lei 883/49); reconhecimento, ainda que na constância do casamento, em “testamento cerrado” e igualdade no valor da herança em relação ao filho legítimo ou legitimado (Lei do Divórcio em 1977); reconhecimento durante a sociedade conjugal, desde que houvesse separação de fato por mais de cinco anos contínuos (Lei 7.250, de 14 de novembro de 1984);</p> <p>- a legitimação dos filhos ilegítimos incestuosos era proibida legalmente;</p> <p>- adoção:</p> <p>a) Lei 3.133, de 8 de maio de 1957: adotantes maiores de trinta anos, solteiros ou casados (mais de cinco anos); diferença de dezesseis anos entre o adotante e o adotando; não tinha direito à sucessão hereditária caso os adotantes tivessem filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos;</p> <p>b) Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965: limite de sete anos de idade para a criança ser adotada; adotantes casais sem filhos, sendo um deles com mais de trinta anos (dispensa em caso de esterilidade), viúvos ou viúvas com mais de trinta e cinco anos, desde que o “menor” resida com eles a mais de cinco anos; processo de adoção realizado em “segredo de justiça”; término jurídico do vínculo de filiação anterior; direito à metade da herança do filho legítimo;</p> <p>c) Código de Menores de 1979: diferenciou entre:</p> <p>c.1) adoção simples: relação de parentesco civil exclusivo entre o adotante e o adotado; direito à herança desde que não houvesse filhos legítimos; vínculo de adoção poderia ser rompido;</p> <p>c.2) adoção plena: rompimento do vínculo de filiação anterior; vínculo de adoção não poderia ser rompido; limite de sete anos para a criança em “situação irregular” ser adotada (maior desta idade se estivesse sob a guarda dos adotantes); adotantes eram casais, viúvo ou viúva e cônjuges separados judicialmente, desde que o processo de adoção iniciou durante o casamento.</p>	<p>dezesseis anos que o adotando;</p> <p>b) capacidade para ser adotado: mais de dezoito anos, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes</p> <p>c) critérios: “fundamentar-se em motivos legítimos”; necessidade de consentimento dos “pais ou do representante legal do adotando”, com dispensa aos “pais” desconhecidos ou que foram destituídos do “pátrio poder”; necessidade do consentimento do adolescente;</p> <p>d) procedimento: estágio de convivência (“guarda provisória”); adoção (“guarda definitiva”);</p> <p>e) efeitos jurídicos: irrevogabilidade do vínculo constituído pela adoção; cancelamento do “registro original do adotado”, em que não pode constar “nenhuma observação sobre a origem do ato”;</p> <p>* adoção por homossexuais: impossibilidade jurídica X possibilidade jurídica (não há proibição legal expressa, práticas sociais, interpretação a partir dos direitos fundamentais).</p>
<p>FAMÍLIAS NÃO CONTEMPLADAS PELO DIREITO DE FAMÍLIA E RECONHECIDAS NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES</p>	<p>- concubinato (constituído por homem e mulher não casados entre si ou com terceiros):</p> <p>a) decisões do Supremo Tribunal Federal: regulado pelo direito das obrigações e considerado com uma relação exclusivamente econômica;</p> <p>b) Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975: permitiu a mulher solteira, desquitada ou viúva utilizar o patronímico do companheiro, que também devia ser solteiro, desquitado ou viúvo, desde que houvesse impedimento legal para casar.</p>	