

**NOVOS CONCEITOS LEGAIS DE FAMÍLIA NA SOCIEDADE
CONTEMPORÂNEA**

NEW FAMILY LEGAL CONCEPTS IN CONTEMPORARY SOCIETY

RESUMO: A família é instituição basilar da sociedade, contudo, sua conceituação vem se alterando drasticamente nos recentes anos, principalmente após os movimentos contra-culturais iniciados em meados da década de 60 e do desgaste da ideologia patriarcal e da modernidade. Tal mutação, que engloba ampliação e modificações socio-culturais, geram efeitos em diversas áreas das humanidades que refletem, como não poderia deixar de ser, no Direito. O conceito da família, no âmbito legal e legislativo é indicativo pautável para refletir as demandas sociais. Dessa forma é elaborada uma progressão histórica da legislação brasileira culminando com as recentes modificações introduzidas na constituição de 1988 e Código Civil de 2002 para que, diante dessas mudanças, um novo conceito de família possa ser compreendido.

ABSTRACT: The family is the fundamental institution of society, however, its concept has been changing dramatically in recent years, especially after the counter-cultural movements began in the mid-60, where the patriarchal ideology and modernity lost impact. This mutation, which includes expansion and socio-cultural changes, generate effects in various areas of the humanities sciences, including the Law. The concept of the family, the legal and legislative framework is indicative to social demands. Thus it is developed a historical progression of Brazilian legislation culminating with the recent changes introduced in the

1988 Constitution and the 2002 Civil Code that, given these changes, a new concept of family that can be understood.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família, Pós Modernidade, Família, Novas Formas de Família, Ideologia patriarcal.

KEYWORDS: Family Law, Post Modernity, Family, New Family Forms, patriarchal ideology.

1. INTRODUÇÃO

A família, como a base celular da nossa sociedade é uma, se não a mais antiga instituição humana, representa, assim, grande importância em todas as demais relações sociais. As recentes transformações culturais regem mutações na família tradicional. Sua alteração conceitual deve ser observada pelo Direito e encarada como um desafio nas quais novas acepções devem ser adequadas às últimas demandas sociais e culturais.

Nesse sentido, deve-se ter em mente que a progressão da cultural nunca se despe inteiramente de seu passado, guardando consigo sempre traços da cultura anterior, ingerindo e reconstruindo, criando novas leituras, mas jamais surgindo "do nada"ⁱ, sendo assim, a família, como base primordial, exerce, desde o início da sociedade, importante relevância para com as diversas projeções da vida humana.

O Direito, assim, como criação social deriva desse ramo cultural de origem familiar que se sustenta no poder - do progenitor sob sua cria - e se organiza pela hierarquia - escalonamento de poder do patriarca/ matriarca diante dos demais membros familiares. Logo, a cultura e a religião foram desenvolvidas no seio da famíliaⁱⁱ e dessa base, surge o gene do Direito.

Portanto, feita essa escala, de base religiosa/ familiar social, que persiste, independente das demais mutações sociais, ainda que como um "gene primitivo" que, apesar de antigo, ainda ativo e que exerce importante alicerce estrutura social, inclusive e, principalmente do Direito, tem-se que sua alteração e ampliação conceitual gera, reflexos profundos, que podem ser manifestos na hermenêutica legal e atividade legislativa.

Assim, será objeto do presente estudo apontar as alterações conceituais da família na legislação pátria, que resulta das modificações conceituais nascidas no seio da própria sociedade. Igualmente, será feita uma análise de como a legislação vem recepcionando esse conceito e se esse, como tal reflete os interesses sociais.

2. A Pós -Modernidade, ou Modernidade Líquida - Conceito

A Pós-Modernidade é expressão que nomeia um contexto sócio-histórico que se funda em críticas e constatação do esgotamento dos paradigmas estabelecidos e construídos pela modernidade ocidentalⁱⁱⁱ. Referida expressão é alvo de diversas críticas, ante a interpretação de que o sentido de "pós" se referiria a uma superação da Modernidade.

Outras expressões talvez apontem para uma terminologia diversa, como 'modernidade tardia', defendida por Anthony Giddens; 'supermodernidade', criada por Georges Balandier e 'Modernidade Reflexiva', sustentada por Ulrich Beck^{iv}.

Contudo, com que pese a imprecisão terminológica, até os recentes anos, a terminologia Pós-Modernidade foi recepcionada e aderida ao vocábulo comum, muito em parte pelo seu grande defensor, Zygmunt Bauman, que, apesar de inicialmente sustentar esse vocábulo, atualmente, rejeita sua concepção inicial, ante a confusão que essa causava, passando a adotar atualmente o vocábulo 'modernidade Líquida' que, particularmente, seria o termo talvez mais adequado para expressar essa nova modernidade da qual é defensor^v.

Independentemente da terminologia que é adotada, o que nos é relevante é que, há uma percepção de que os ideais e sistemas nascidos na Modernidade estão

enfraquecendo na atualidade, ao menos em alguns aspectos, e seu modelo não mais reflete com precisão a ideologia do mundo contemporâneo. Entretanto, para fins didáticos e convencionais, adotemos o vocábulo Pós-modernidade.

A modernidade é consolidada na revolução burguesa, com base no capitalismo, no consumo e nos ideais de liberdade. Após a segunda guerra, surgem, no ocidente, os ideais garantidores do estado de "wellfare", hoje, contudo, esse modelo mostra um desgaste e falência, que se reflete em diversas frentes, tanto ideológicas (neo-liberalismo) quanto artísticas, econômicas e sociais.

Deve-se deixar claro que nenhum sistema rompe inteiramente com o anterior, no sistema nascido, em seu âmago o passado é carregado, em ideologia, em uma perversão de crença, no interior dos seres, em suas almas, nos seus escombros. Assim, da modernidade para a pós-modernidade, há uma concha de retalhos de difícil precisão, mas que, se desfocada e olhada atentamente à distancia, indicam tendências que revelam seu "rompimento" com o Moderno e dão indícios do caminhar do futuro.

Assim, segundo Zygmunt Bauman, a pós modernidade, ou modernidade líquida, seria uma contraposição à "modernidade sólida" ou seja, aquela baseada em valores e crenças pouco mutáveis, instituições firmes e o culto à racionalidade e ao antropocentrismo. A pós-modernidade, estimulada pelos avanços tecnológicos, principalmente os de comunicação, levam à uma sociedade demasiadamente dinâmica, sem apego à crenças fixas, à descentralização e a não uniformização de pensamento. Do ponto de vista econômico, a sociedade pós-moderna esta impregnada de dinamismo, de compras e barganhas realizadas em segundos, no mercado desprovido de lastro e contaminado pela especulação.

As relações pessoais, que são base da família e serão base do presente estudo, são, na sociedade pós-moderna, fluidas e inconstantes, os relacionamentos são selados e rompidos dinamicamente, na medida da comodidade de seus celebrantes. O casamento pode ser desfeito sem choque social, principalmente nos centro urbanos, novas concepções de identidade sexual e afetivas e a perda da influencia sacra do casamento, reflexo do afastamento da igreja "sólida" e do aumento do individualismo resultam na alteração conceitual da família, impondo à essa novos contornos, significados e pesos sociais

Esses novos "valores" moldam a nossa contemporaneidade e por isso, como tais, serão observados quando estudada a família e sua "nova" visão contemporânea social e reflexo legal/legislativo.

3. A Família, da Antiguidade à Contemporaneidade

O surgimento de proteção entre os progenitores e sua prole é natural, instintivo, gerado pela emissão de hormônios e aumento de receptores de oxitocina, principalmente entre animais complexos, como aves e os mamíferos e esta presente, principalmente nas primeiras semanas de vida da prole, podendo variar^{vi}.

Dessa base instintiva os laços afetivos ganham contornos de complexidade, até darem origem à família como hoje é vista. Essa família surge após longa evolução, originada dos mais primitivos grupos tribais às complexas estruturas sociais contemporâneas.

Para compreender-se essa evolução social, que culmina na família como hoje entendemos, os estudos devem partir da origem da humanidade e, por se tratar de período pré-histórico, os estudos pautam nos relatos orais e vestígios arqueológicos, e, principalmente na observação de grupos tribais que ainda existem, assim como dos relatos dos primeiros exploradores fizeram desses grupos.

A observação desses grupos é terreno seguro para o estudo da família. Isso se deve e se sustenta em uma observação histórica de que a evolução de determinados grupos tem seu próprio ritmo de avanços tecnológicos e de estagnação em estágios de progressão, talvez por ausência de necessidade de alterar suas estruturas, em virtude de condições específicas de seu ambiente, tratando-se de verdadeiras "culturas fósseis".

Assim, temos, por exemplo, na América, antes da chegada dos conquistadores Europeus, civilizações mais "avançadas" na manipulação dos bens naturais, como os povos Andinos (Incas e Maias) que possuíam uma metalurgia - ainda que primitiva- a domesticação de animais - Lhamas- agricultura avançada, com técnicas impressionantes de irrigação artificial e complexas obras de engenharia, assim como sociedades complexas, com intrincadas estruturas e hierarquias sociais; e, por sua vez, na selva Amazônica e Atlântica, no

que hoje consiste o território brasileiro, tribos com um manejo tecnológico rudimentar e que vivem quase em um estado de caça e coleta, com cultura semi-nomades e com estruturas sociais de menor complexidade.

Temos, portanto, dessas diversas civilizações, uma visão de como, possivelmente, as primeiras sociedades e, por conseqüência, estruturas familiares tiveram origem e como estas evoluíram. Cada uma dessas civilizações nos mostra uma camada de complexidade social familiar da qual nossos antepassados devem ter passado.

Nesse sentido, Friedrich Engels em sua obra "A origem da Família, da propriedade privada e do Estado", ao citar Morgan, Engels destaca:

"A família", diz Morgan, "é o elemento ativo; nunca permanece estacionaria, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado. Os sistemas de parentesco, pelo contrário, são passivos só depois de longos intervalos, registram os progressos feitos pela família, e não sofrem uma modificação radical senão quando a família já se modificou radicalmente." ^{vii}

Em complemento, Engels cita Marx, ao destacar a questão de mutação da família em seu caminhar próprio e a observação de suas tendências passadas, pelo olhar presente:

Karl Marx acrescenta: "O mesmo acontece, em geral, com os sistemas políticos, jurídicos, religiosos e filosóficos:" Ao passo que a família prossegue vivendo, o sistema de parentesco se fossiliza; e, enquanto este continua de pé pela força do costume, a família o ultrapassa. Contudo, pelo sistema de parentesco que chegou historicamente até nossos dias, podemos concluir que existiu uma forma de família a ele correspondente e hoje extinta, e podemos tirar essa conclusão com a mesma segurança com que Cuvier, pelos ossos do esqueleto de um animal achados perto de Paris, pôde concluir que pertenciam a um marsupial e que os marsupiais, agora extintos, ali viveram antigamente. ^{viii}

Em suma, tem-se observado que a unidade da família constituída pela relação monogâmica de um único homem e uma única mulher é uma construção social relativamente recente na sociedade humana, não se tratando de uma base instintiva, natural, tal qual ocorre, por exemplo, em alguns animais como na maioria das aves e em alguns primatas^{ix}.

Essa formação nuclear sobreviveu como a ideologia patriarcal, ou seja, da família em comando do *pater*, do homem. Contudo a ideologia patriarcal perde peso com o decorrer dos séculos e a conceituação da família passa a ser flexibilizada dentro da sociedade líquida, fator que pode ser observado na legislação nacional, que acaba destacando-se como um termômetro social para tal modificação.

Assim, a família contemporânea passa a ser uma instituição fluida, que, conceitualmente transita entre as diferentes culturas. A família pode ser vista de diferentes formas, variando, para tanto, a fonte que lhe olha. Essa variedade conceitual ocorre não só diante das localidades e níveis sócio econômicos, mas também nos conceitos ideológicos e religiosos.

O modelo de vanguarda dessa família é estabelecer como termo qualificador o laço afetivo^x em detrimento do formalismo do patriarcalismo, priorizando-se o laço afetivo em detrimento da mera ascendência. Tal formação possibilita a constituição das famílias monoparentais, homoafetivas, as famílias constituídas por avós, tios ou outros membros colaterais da família, e, até mesmo as famílias constituídas por pais divorciados e/de indivíduos que assumem formalmente^{xi} ou informalmente filhos de seus companheiros.

Na estrutura patriarcal hierarquizada, predominantemente presente no período anterior a modernidade, a autoridade era imposta pelo homem progenitor sobre a mulher e os filhos. Para que possa ser validada, tal estrutura permeia toda a sociedade, estando presente na cultura, política e legislação, tornando-se ideologia, se assim não for constituída, a estrutura colapsa em si, na revolta dos oprimidos^{xii}.

Conforme exposto, o patriarcalismo foi predominante na história, havendo demonstrado seu enfraquecimento apenas após a revolução sexual feminista, do pós guerra, no qual as mulheres, inseridas no mercado de trabalho, passam a buscar igualdade de direitos, iniciando-se pela luta do sufrágio universal, passando para a igualdade plena e ações

afirmativas que garantam a diminuição da desigualdade constituída apos tantos anos de ideologia machista.

Assim, a família pautada pelos laços de afetividade é um conceito relativamente novo, tratando-se de nova ideologia, e, como tal, se choca com a ideologia do patriarcalismo, dominante ate então. Referido conflito, inequivocamente, reflete na dificuldade de conceituação da família, pois o ranço conceitual da família patriarcal ainda imprime grande força na sociedade contemporânea, e pode ser observado da conceituação legal nas legislações pátrias, conforme será a seguir demonstrado.

4. Conceituação de Família na Legislação Pátria.

Conforme exposto, a ideologia conceitual da família esta perdendo seu caráter patriarcal, para fortalecer a conceituação da afetividade, assim, emerge um conflito no qual a legislação pátria transita e, por vezes, faz-se relevante.

4.1. Histórico das Constituições Passadas

A primeira constituição brasileira nasce do período do Brasil Império, foi promulgada em 1824 por D. Pedro I. Possuía natureza eminentemente autoritária e estava voltada na preservação da propriedade privada e da escravidão. Sua organização era voltada a elementos orgânicos do estado, sem pautar sobre a família em sentido amplo, ou do núcleo familiar. As uniões com intuito de constituição de família eram soberanamente regularizadas pela Igreja Católica, religião oficial desse período.

Com o advento do golpe militar de 1891, o pais se viu diante da primeira constituição republicana, seu modelo, inspirado na sucinta constituição estadunidense estava mais voltada à princípios fundamentais , contudo, referida constituição inaugurou a primeira previsão legal que contemplava aspectos do direito de família, ao prever em seu artigo 72, § 4º que " A Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração é gratuita".

Essa nova ordem jurídica rompe com a exclusividade da Igreja, possibilitando o casamento civil. Antes, contudo, em junho de 1890, na vigência do governo provisório, por

meio do decreto 181, Marechal Deodoro já havia previsto a legalização do casamento civil, que foi realizado nesse mesmo ano.

Em 1894, foi proposto pelo deputado Erico Coelho um projeto de lei que já previa à época o divórcio, que acabou sendo rejeitado por 78 votos contra 35 a favor, o que indicava que, apesar da separação de uma sociedade e de uma legislação desvinculada da igreja, sua força e influencia ainda apresentava relevante importância^{xiii}. Dessa decisão, o escritor Arthur Azevedo, apoiador do divórcio assim lamentou o resultado da decisão:

"Contra o divórcio - quem diria? -
votaram muitos deputados
naturalmente bem casados;
Alguns arrependem-se-ão algum dia ..."xiv

A segunda constituição republicana foi promulgada em 1934. Na década que sucedeu seu surgimento, o país foi marcado por inúmeras revoltas militares, ficando essas conhecidas como "rebeliões tenentistas". Em 1930, por meio de um golpe militar, Getúlio Vargas ascende ao poder, o que enseja, por sua vez, uma série de novas revoltas pelo país, com destaque ao levante militar de São Paulo, em 1932.

Desse cenário pulsante, surge a nova república, fortemente marcado por ideais conservadores, alimentados pelo nacionalismo que ascendeu principalmente, após a primeira guerra (1914-1918).

Importante destacar que foi na constituinte de referida constituição que o sufrágio feminino foi pela primeira vez deferido no país. O Brasil foi a quarta nação na América a conceder o voto feminino, atrás apenas de Estados Unidos da América do Norte, Canadá e Equador.

A partir dessa constituição passou-se a apresentar um texto mais sobre a constituição da família que foi repetido praticamente intocável até a presente constituição de 1988, conforme, transcreve:

TÍTULO V

Da Família, da Educação e da Cultura

CAPÍTULO I

Da Família

Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo.

Art 145 - A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País.

Art 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

Parágrafo único - Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juizes Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas.

Art 147 - O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.

Observa-se que a corrente eugênica ficou marcada no artigo 146 que estabelecia que a lei civil regularia a apresentação pelos nubentes da prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do país. De igual tom, a corrente divorcista foi esmagada, não sendo regulamentada a previsão do parágrafo único do art. 144.

O constituinte Anes Dias, em defesa do casamento indissolúvel assim argumentou: "mesmo aqueles que se orgulham de uma ascendência símia são levados a considerar a monogamia como forma normal de associação sexual humana (...) libertando o divórcio aos dois cônjuges, vai a lei dar a estes tarados, viciosos e criminosos, carta branca para fundarem novas famílias, para constituição das quais só poderão levar as suas taras, os seus crimes, os divorcistas lhes darão autorização para repetirem o mal que motivou o divórcio. Que bela conquista da eugenia! e chama-se a isso estabilizar a família."^{xv}

A Constituição de 1934 teve vida curta, em 1937, foi outorgada por Getulio Vargas, apos golpe de estado, uma nova constituição que lhe possibilitavam um controle

ditatorial. referida constituição se inspirava fortemente nos ideais autoritários fascistas, que estavam em ascensão na Europa.

Com o decorrer da Segunda Guerra, e o país lutando justamente contra os Estados fascistas que inspiraram sua constituição, essa passou a ser alvo de severas críticas, o que motivou alterações consistentes, que amenizavam os seus aspectos autoritários.

Na constituição de 1937, a família é objeto de capítulo próprio, do qual se transcreve:

Art 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

Art 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

Art 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

Art 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

Destaca-se a equiparação dos filhos naturais aos legítimos e da sanção ao abandono materno, inclusive do abandono moral, tratando-se de falta grave, elemento que apenas recentemente ganhou peso, após decisões pontuais condenarem pais, em dano moral, por abandono afetivo de seus filhos.

Com o termino da segunda guerra mundial o perfil autoritário desta constituição passou a não condizer mais com a sociedade que nascia após essa longa batalha e passou ser alvo de muitas críticas. Logo, em 1946, com a posse do presidente Eurico Gaspar Dutra, após 8 anos de ditadura, foi promulgada a constituição de 1946.

A família, nesta carta magna, não recebe muitas inovações conceituais, conforme se observa da transcrição:

Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§ 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

Art 164 - É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.

Art 165 - A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em, benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do de *cujus*.

Com o advento do golpe militar de 1964, e o poder na mão dos militares, a constituição de 1967 é outorgada, com base na Emenda Constitucional I. Referida constituição praticamente reproduz o outrora já estabelecido no que tange a conceituação da família, conforme transcrito:

Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento é indissolúvel.

§ 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente.

§ 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

Esta constituição foi diversas vezes retalhada diante dos atos institucionais criados pelos militares governistas, com destaque ao AI-5.

Temos, assim, que a família recebeu atenção similar desde a constituição de 1934, sempre estabelecendo que o casamento era indissolúvel e reservando especial proteção à unidade familiar pelo Estado. A indissolubilidade era marcada fortemente pelos valores religiosos que a igreja católica exercia na quase absoluta maioria das famílias brasileiras.

Com o advento das revoluções culturais do final da década de 1960 do sec. XX, marcados em parte pelo combate ao patriarcalismo a sociedade passou a clamar pela desvinculação dos valores religiosos e da possibilidade de separação do casamento. Parte da sociedade não se via mais submissa ao seu cônjuge, e, assim, em 26 de dezembro de 1977 é aprovada a lei N° 6.515, que possibilita, pela primeira vez no Brasil, o fim de um casamento, por meio do instituto denominado desquite.

Transcorrido o período de regime militar, foi promulgada a vigente constituição de 1988, que traz relevantes previsões legais, estabelecendo diversos direitos sociais inéditos para o ordenamento jurídico pátrio, inclusive o que tange a conceituação e o direito de família. Conforme se observa.

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. ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010](#))

§ 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.

Conforme se observa, foi garantida a ampla proteção à família, estabelecendo três novas formas de instituição família (i) pelo casamento civil; (ii) pela união estável; (iii) pelas relações monoparentais entre ascendente e qualquer de seus descendentes. Foi estabelecida, portanto, uma ampliação conceitual das relações sociais que ocasionou a ampliação e reconhecimento jurídico de outras formas de família não originadas exclusivamente pelo casamento.

Vemos, assim, uma consagração das relações afetivas em detrimento da formalidade burocrática do casamento como instituição formal. A família, assim esta baseada apenas pelo afeto, e não mais pelo casamento apenas.

A noção da família originada do casamento, advinda da noção sagrada religiosa, faz-se superada finalmente nessa nova constituição, de modo que a família agora pode ser formada por múltiplas espécies de entidades ou de unidades familiares, não estando mais vinculada ao instituto do casamento, é uma primazia da realidade fática em detrimento da formalidade burocrática.

A formalidade do casamento era um conceito que privilegiava um pensamento burguês e religioso, mas que não estava presente ou atendia parte significativa da sociedade.

Dessa forma, a constituição de 1988, também abraça a revogabilidade do casamento, que já havia sido previsto na lei 6.515 de 1977, conforme supra mencionado.

Importante inovação também se observa no § 5º do art. 226, no qual temos a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres no âmbito familiar, lembrando que, no código civil de 1916, vigente à época da promulgação da constituição de 1988, o marido possuía poderes e deveres diversos a de sua esposa, conforme será abordado.

Para Paulo Lobo ^{xvi} a vigente constituição de 1988 é importante promotora de transformações profundas e uma das mais inovadoras do mundo. Referido autor indica

como relevantes inovações a: (i) proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições; (ii) a família, entendida como entidade, assume a posição de sujeito de direito e obrigações; (iii) os interesses dos integrantes da família recebem primazia sobre os interesses patrimoniais; (iv) a natureza socio-afetiva da filiação torna-se gênero, abrangente das espécies biológicas e não biológicas; (v) consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos; (vi) reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal; e (vii) a família configura-se no espaço da realização pessoal e da dignidade da pessoa humana e seus membros.

4.2 Da legislação infraconstitucional civil pátria.

Observamos que o código civil de 1916, elaborado por Clovis Bevilacqua, ainda que sendo progressista para seu tempo, trazia a conceituação de família fortemente enraizada nos valores ideológicos do patriarcalismo. Isso se constata da própria conceituação de filho legítimo e ilegítimo, como se observa dessa legislação:

Art. 383. O filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno. Se, porém, a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o pátrio poder, dar-se-á tutor ao menor.

Observamos nessa previsão legal que, nos casos de não reconhecimento do filho por parte do pai, esse deveria restar com a mãe, obrigada a cuidar desse indivíduo sem o auxílio do pai. Ou seja, havia o direito do pai em rejeitar a filiação da sua prole "bastarda", um verdadeiro absurdo quando visto pela ideologia atual.

Nessa mesma linha lógica, o Código Civil de 1916 rezava:

Art. 385. O pai e, na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225.

Vejam que ao pai recaia o pátrio poder de forma natural, enquanto que à mãe esse poder era residual, aplicável apenas diante da inexistência do pai.

Também esta evidente o patriarcalismo no art. 393, conforme:

Art. 393. A mãe, que contrai novas núpcias, perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátrio poder (art. 329); mas, enviuvando, os recupera.

Esse caso parece bem evidente o quanto a superioridade do pai em relação sua família, pois a previsão legal recai apenas à mãe, e não ao pai.

Observa-se, contudo, que com o advento da lei 4.121 de 1962, referida previsão legal sofreu alteração, passando a constar como:

Art. 393. A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido. [\(Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962\).](#)

A ideologia patriarcal estava presente até quando se dava mais direitos à mulher, em detrimento do homem. Isso se evidencia quando era estabelecido que a mãe ficasse na guarda dos filhos, isso por que havia o entendimento de que a criação dos filhos era uma obrigação e uma tendência natural, biológica da mãe, não eram, nesses casos, considerados as particularidades do casal, apenas a questão de gênero era valorada, como algo absoluto.

O Código Civil de 1916 certamente refletia uma sociedade muito diversa daquela que existia quando da aprovação do novo e vigente código civil de 2002, por isso, sua elaboração veio a alterar as bases do direito de família.

A atual codificação civil, de autoria do professor Miguel Reale, após tramite legislativo de 26 anos, foi finalmente sancionada em 10 de janeiro de 2002, sob a lei n^a 10.406/2002, entrando em vigor, em 11 de janeiro de 2003, após o *vacatio legis* de um ano.

Esse novel código, que, infelizmente, pelo largo tempo que levou para ser aprovado, já nasceu em uma sociedade modificada, mas ao menos substituiu uma codificação anterior da qual era um verdadeiro fóssil jurídico, sem qualquer respaldo social.

De qualquer forma, o código civil de 2002 recepcionou valorosos entendimentos jurisprudenciais e legislações conexas, como a lei do desquite (lei 6.515/1977) dentre outras.

Conforme sustentado pelo professor Claudio de Cicco^{xvii}, o novo (atual) Código Civil inova em diversas matérias relacionadas à família, tal qual a sucessão, o casamento, a herança e etc., mas que, contudo, não rejeita o casamento, em detrimento da união estável. O casamento, dentro do ordenamento, ainda é instituto de relevante importância e devidamente protegido pelo estado e que, de forma alguma está superado.

Ricardo Fiuza, relator geral do Código Civil de 2002, nas palavras introdutórias e justificativas desta codificação elenca as relevantes modificações no direito de família, da seguinte forma: (i) procurou-se assegurar a completa igualdade entre cônjuges, chegando a substituir a expressão: Pátrio poder por poder familiar, a ser exercido igualmente pelo marido e pela mulher; (ii) definiu-se a união estável como instituto intermediário entre o concubinato e o casamento; (iii) acabou-se com a desigualdade entre os filhos, que passam a ser totalmente equiparados, inclusive os adotivos; (iv) suprimir a possibilidade do marido pedir a anulação do casamento em virtude da descoberta que a mulher não era mais virgem; (v) isentou qualquer custo do casamento para pessoas declaradamente pobres; (vii) determinou que a direção da sociedade conjugal compete igualmente ambos os cônjuges, sendo que as divergências podem ser dirimidas em juízo; (viii) estabeleceu-se que a guarda dos filhos na separação não fica necessariamente com a mãe, mas com aquele que tiver melhores condições de exercê-la; (ix) possibilitou a alteração de regimes de bens na constância do casamento por intermédio de decisão judicial; (x) ampliou as hipóteses de cessação da obrigação alimentar da pessoa que recebe alimentos; (xi) reduziu os efeitos da culpa na separação litigiosa (xii) codificou o instituto da união estável; (xiii) alterou a conformação do casamento, deixando de ser a única forma de constituição de família; e (xiv) modificou a intervenção estatal da família.^{xviii}

Como se observa, a ideologia patriarcal foi fortemente combatida no atual Código Civil, vemos um evidente esforço de proporcionar a igualdade entre o homem e a

mulher, entre o pai e a mãe, a vigente codificação ainda é cuidadosa ao olhar para a sociedade e garantir direitos e deveres para as relações conjugais "de fato" que tinham ausente a formalidade do casamento e muitas vezes, causavam grandes injustiças, principalmente aos viúvos, que se viam desprestigiados na sucessão e nos demais direitos previdenciários.

Entretanto, o código evitou ingressar em questões mais polemica ao não legalizar a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, adoção por casais homoafetivos e relações poliafetivas, o que não impede de ter sido, ao seu tempo, uma codificação inovadora e em sintonia com as demandas de parte majoritária da população.

As questões familiares referentes aos casais homoafetivos teve de ser conduzida pelo entendimento jurisprudencial, por meio de um esforço interpretativo e de um ativismo jurídico, particularmente, sem precedentes, no voto do julgamento da ADI 4277, de relatoria do Ministro Ayres Britto no qual a união estável é estendida aos casais homoafetivos, mas não o casamento. Atualmente, contudo, as uniões estáveis são convertidas em casamento, em mais um ativismo judiciário/ administrativo, uma vez que tais conversões são realizadas pelos cartórios extrajudiciais competentes.

5. Considerações finais

Conforme foi trilhado, a família é uma instituição humana que, apesar de natural, advinda dos laços afetivos dos progenitores por suas proles, nem sempre teve a constituição atual. A estrutura de pai, mãe e filhos é uma dentre muitas que as diversas sociedades na história tiveram.

A forma da criação da prole, igualmente, nem sempre foi de exclusividade da mãe, cabendo, muitas vezes, uma criação coletiva, desvinculada dos laços biológicos.

Na sociedade ocidental, contudo, o patriarcalismo foi a ideologia dominante, passando a vigorar, de uma maneira ou de outra, desde as mais jovens civilizações, vindo a perder força apenas no início do século IX.

Uma ideologia tão cravada no seio da sociedade não se rompe de sopetão, sua sombra permanece perante muitas gerações, contudo, hoje, esse rompimento vem demonstrando sinais mais acentuados.

Esse aceleração do rompimento com a ideologia patriarcal inicia-se com as revoluções culturais do final da década de 1960 do século XX, nas quais as mulheres passaram a invocar a igualdade de forma ampla e acima de tudo.

Nesse mesmo período é visto por autores, como Bauman, o início do desgaste das bases do projeto da modernidade, passando a vigorar uma sociedade mais líquida e fluida, que não se apega excessivamente à tradição e que valoriza a dinamicidade das relações.

Essa transição é observável no Brasil por meio da leitura da progressão dos e esvaziamento dos valores patriarcais na legislação pátria, tanto nas constituições quanto nas legislações infraconstitucionais.

Como foi apresentado, a conceituação de família, desde a primeira constituição, pouco se alterou, privilegiando sempre uma conceituação religiosa, mesmo no estado laico.

Com o afrouxamento da doutrina católica na segunda metade do sec. XX, em 1977 há a primeira grande revolução no âmbito da família, ao ser permitido o desquite, que dava fim ao casamento indissolúvel.

Juntamente com essas modificações, a constituição de 1988 traz a igualdade de direitos e deveres dos pais e filhos e igualdade de direitos entre filhos legítimos e ilegítimos, até mesmo extinguindo a terminologia do pátrio poder, passando a chamá-lo de poder familiar, para desvincular da ideologia patriarcal.

A ampliação da família também passa a ser vigente, recepcionando a união estável e a família monoparental, o que acabou constituindo base para uma ampliação jurisprudencial ainda maior, permitindo o casamento homoafetivo.

Assim, diante da recepção das minorias o respeito à dignidade humana e o impedimento da discriminação por opção sexual, o judiciário se viu impelido a votar favoravelmente a união afetiva de pessoas do mesmo sexo, por meio de um ato de ativismo jurídico do STF sem precedentes. Posteriormente essa união afetiva passa a ser base para um

casamento. Assim, por meio de um malabarismo jurídico, viu-se o país com o casamento entre pessoas do mesmo sexo legalizado, ainda que sem qualquer disposição legal nesse sentido.

Logo, vemos por meio da legislação pátria que, após uma letargia de praticamente um século, a família permaneceu conceitualmente nos termos da modernidade uma instituição imutável, firme, irrevogável e sólida, contudo, com os afrouxamentos das relações líquidas da pós-modernidade, a família se ampliou, passou a valorizar os laços afetivos em detrimento da formalidade e passou a ser algo diverso daquilo que antes a modernidade via.

Esse novo conceito líquido de família ainda encontra resistência na sociedade, principalmente nos setores mais conservadores que saudosos por um tempo antigo ainda pregam uma família indissolúvel e tradicional, composta pelos tradicionais membros pai, mãe e filho. Muitas vezes esses indivíduos até aceitam a relação de pessoas do mesmo sexo, mas rejeitam o casamento, pois vêem na instituição aquela sombra do passado, aquele instituto que resguardava a sacralidade cristã.

Há ainda forte rejeição perante a sociedade quanto ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, metade da população é contrária, conforme indicam pesquisas^{xix}.

Contudo, igualmente refratária era a sociedade quanto a possibilidade de divórcio em 1894, conforme página 09 deste artigo.

Esse momento de transição, naturalmente gera divisões, contudo, a linha progressiva tende a superar a conservadora com o tempo e com a superação de gerações anteriores. Assim foi com relação ao divórcio e assim está sendo em relação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Com os novos tempos e o assentamento da ideologia da pós-modernidade, a tendência, é o enfraquecimento cada vez mais intenso de valores conservadores, sustentados pela moralidade e religiosidade. Assim, possivelmente outros tabus sociais que, mesmo hoje são refutados como a relação poliafetiva e as relações incestuosas, com o tempo, serão recebidas na sociedade e os legisladores, (ou juízes) futuros deverão com essas situações

lidares, diante de novel conceito de família, baseado apenas na afetividade, em detrimento da formalidade burocrática.

Assim, no futuro a conceituação da família será o de um agrupamento de pessoas que, independente de quantidade, gênero ou parentesco se unem pelos laços afetivos e se auto declaram uma família.

6. Referências

BAUMAN Zygmunt. O malestar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

CASTELLS, Manuel. O poder da identidade: a era da informação: economia sociedade e cultura. [Tradução: Klauss Brandini Gerhardt]. Vol. II. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

DE CICCIO, Cláudio. Interpretação histórica para as lacunas do Direito. In: Historia do pensamento jurídico e da filosofia do direito. Epilogo. São Paulo: Saraiva, 2006.

ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo: Ed. Centauro, 2002.

LOBO, Paulo. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAGALHAES, Apud JR. Raymundo. *Arthur Azevedo* e sua época. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966.

PUGLIESI, Marcio, Teoria do direito, Aspectos Macrossistemicos, Amazon, São Paulo, 2015.

VILLA, Marco Antonio "A História das Constituições Brasileiras" 2011, primeira reedição, ed. Leya, São Paulo - SP.

Sítios virtuais consultados

<http://cienciasecognicao.org/neuroemdebate/?p=2318>, consultado na internet em 11 de maio de 2016.

em <http://www.publico.pt/ciencias/jornal/e-um-dia-os-primatas-tornaramse-monogamicos-nao-se-sabe-e-bem-porque-26911273> consultado em 10 de maio de 2016.

<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/ana-beatriz-parana-mariano.pdf> - artigo consultado em 11 de maio de 2016.

Adoção à brasileira - <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,adocao-a-brasileira-x-filiacao-biologica-posicao-do-stj,43982.html> visto na Internet em 11 de maio de 2016.

BAUMAN Zygmunt em 28/04/2016, entrevista realizada por PALLARES-BURKE Maria Lúcia Garcia; no sítio:

http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/4_Encontro_Entrevista_A_Sociedade_Liquida_1263224949.pdf. in verbis:

ⁱ PUGLIESI, Marcio, Teoria do direito, Aspectos Macrossistemicos, Amazon, São Paulo, 2015, pag. 15.

ⁱⁱ idem item 1, pag. 23.

ⁱⁱⁱ BITTAR Eduardo Carlos Bianca, em Artigo "O Direito na Pós -modernidade, revista Sequencia, nº 57, P. 131-152, dez. 2008

^{iv} Para Bauman: "Não é em toda parte, porém, que essas condições parecem, hoje, estar prevalecendo: é numa época que Anthony Giddens chama de 'modernidade tardia', Ulrich Beck de 'modernidade reflexiva', Georges Balandier de 'supermodernidade', e que eu tenho preferido (junto com muitos outros) chamar de 'pós-moderna': o tempo em que vivemos agora, na nossa parte do mundo (ou, antes, viver nessa época delimita o que vemos como a 'nossa parte do mundo)" (BAUMAN Zygmunt. O malestar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 30).

^v BAUMAN Zygmunt em 28/04/2016, entrevista realizada por PALLARES-BURKE Maria Lúcia Garcia; no sítio: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/4_Encontro_Entrevista_A_Sociedade_Liquida_1263224949.pdf. in verbis:

O senhor já foi descrito como um "profeta da pós-modernidade" e os termos "pós-moderno" e "pósmodernidade" aparecem em títulos de quatro de seus livros. Estaria sugerindo que ocorreu uma mudança cultural e social significativa na última geração suficientemente grande para que falemos de um novo período da história? Uma das razões pelas quais passei a falar em "modernidade líquida" em vez de "pós-modernidade" (meus trabalhos mais recentes evitam esse termo) é que fiquei cansado de tentar esclarecer uma confusão semântica que não distingue sociologia pós-moderna de sociologia da pós-modernidade, entre "pósmodernismo" e "pós-modernidade". No meu vocabulário, "pós-modernidade" significa uma sociedade (ou, se se prefere, um tipo de condição humana), enquanto que "pós-modernismo" se refere a uma visão de mundo que pode surgir, mas não necessariamente, da condição pós-moderna. Procurei sempre enfatizar que, do mesmo modo que ser um ornitólogo não significa ser um pássaro, ser um sociólogo da pós-modernidade não significa ser um pós-modernista, o que definitivamente não sou. Ser um pós-modernista significa ter uma ideologia, uma percepção do mundo, uma determinada hierarquia de valores que, entre outras coisas, descarta a idéia de um tipo de regulamentação normativa da comunidade humana e assume que todos os tipos de vida humana se equivalem, que todas as sociedades são igualmente boas ou más; enfim, uma ideologia que se recusa a fazer julgamentos e a debater seriamente questões relativas a modos de vida viciosos e virtuosos, pois, no limite, acredita que não há nada a ser debatido. Isso é pós-modernismo.

^{vi} <http://cienciasecognicao.org/neuroemdebate/?p=2318>, consultado na internet em 11 de maio de 2016.

^{vii} ENGELS, Friedrich, idem 8.

^{viii} ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo: Ed. Centauro, 2002, p. 39.

^{ix} em <http://www.publico.pt/ciencias/jornal/e-um-dia-os-primatas-tornaramse-monogamicos-nao-se-sabe-e-bem-porque-26911273> consultado em 10 de maio de 2016.

^x <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/ana-beatriz-parana-mariano.pdf> - artigo consultado em 11 de maio de 2016.

^{xi} Adoção à brasileira - <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,adocao-a-brasileira-x-filiacao-biologica-posicao-do-stj,43982.html> visto na Internet em 11 de maio de 2016.

^{xii} CASTELLS, Manuel. O poder da identidade: a era da informação: economia sociedade e cultura. [Tradução: Klaus Brandini Gerhardt]. Vol. II. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

-
- ^{xiii} VILLA, Marco Antonio "A História das Constituições Brasileiras" 2011, primeira reedição, ed Leya, São Paulo - SP, pag. 39
- ^{xiv} Apud MAGALHAES JR. Raymundo. *Arthur Azevedo* e sua época. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966, p. 280 em idem anterior.
- ^{xv} VILLA, Marco Antonio "A história das Constituições Brasileiras" 2011, primeira reedição, ed Leya, São Paulo - SP, pag. 55 e 56, citando Anais da Assembléia Nacional constituinte. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935 XIII, p. 260.
- ^{xvi} LOBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.06.
- ^{xvii} DE CICCO, Cláudio. Interpretação histórica para as lacunas do Direito. In: *Historia do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. Epilogo. São Paulo: Saraiva, 2006, pag. 304-305.
- ^{xviii} FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. coordenação: Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2004, p.26.
- ^{xix} <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/quase-50-dos-brasileiros-sao-contra-casamentos-gays>, consulta realizada em 08 de junho de 2016.