

Universidade Federal de Pernambuco
Universidade Estadual de Santa Cruz
Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado
Faculdade de Direito – Convênio UFPE – UESC

As Novas Famílias: Do patriarcado à
monoparentalidade

Wilma Alves Santos Vivas

Ilhéus – Bahia

2002

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SANTA CRUZ
FACULDADE DE DIREITO
CONVÊNIO UESC – UFPE
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO

As Novas Famílias: Do patriarcado à
monoparentalidade

Wilma Alves Santos Vivas

Ilhéus – Bahia

Julho/2002

WILMA ALVES SANTOS VIVAS

As Novas Famílias: Do patriarcado à
monoparentalidade

Dissertação apresentada ao Colegiado do Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, em cumprimento parcial dos requisitos para obtenção do grau de Mestre em Direito sob a orientação do Prof. Dr. José Luciano Oliveira.

Ilhéus – Bahia

Julho/2002

VIVAS, Wilma Alves Santos

As Novas famílias: do patriarcado à monoparentalidade

Ilhéus (BA): UESC, 2.002.

Projeto de Dissertação - Universidade Federal de Pernambuco – UFPE e Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC

1–As novas famílias: do patriarcado à monoparentalidade

Ilhéus - BA, 2.002.

Dissertação de Mestrado

Wilma Alves Santos Vivas

As Novas Famílias: Do patriarcado
à monoparentalidade

Aprovada pela comissão examinadora em
Setembro de 2002

Prof. Dr. Eduardo Rabenhorst

Prof. Dr. Raymundo Juliano do Rego Feitosa

Prof. Dr. Rodolfo Pamplona Filho

Agradecimentos

Agradecimento especial a Deus, meu maior orientador.

À Luciano Oliveira pelo incentivo, pelas palavras impulsionadoras, pela especial atenção, em que pese os entraves da distância física que nos separou durante a orientação, porém vencidos pelo especial carinho.

Amor especial à Luquinhas, Rafa e Tião, pela compreensão em abdicar da mãe e da esposa em prol da pesquisadora.

À Rita e Lilica. Rita pela ajuda constante nas horas em que necessitei por a “mão na massa”. Lis pelo sorriso de criança, me fazendo sentir avó e tia ao mesmo tempo. Que felicidade!

Agradecimento especial à Amélia e Helvécio, amigos constantes, companheiros de percurso, abraçados de perto quando dividimos as mesmas dificuldades, os mesmos sonhos, os mesmos projetos.

A mim mesma pela determinação, pela vontade incessante de vencer, de construir, de produzir, de ir além das minhas próprias forças.

Enfim, não acho demais lembrar que: *Cada um de nós constrói a sua história e cada um carrega em si o dom de ser capaz, de ser feliz!*

A Deus, gerador da minha vida.

**Ao meu esposo Sebastião Vivas
e aos meus filhos Lucas e Rafael,
fortes razões ao meu viver.**

Os modos de vida colocados em ação pela modernidade nos livraram, de uma forma bastante inédita, de todos os tipos tradicionais de ordem social. Tanto em extensão, quanto em intensidade, as transformações envolvidas na modernidade são mais profundas do que a maioria das mudanças características dos períodos anteriores. No plano da extensão, elas serviram para estabelecer formas de interconexão social que cobrem o globo; em termos de intensidade, elas alteraram algumas das características mais íntimas e pessoais da nossa existência cotidiana.

Giddens

Resumo

O presente trabalho buscou demonstrar as modificações ocorridas no âmbito dos paradigmas relativos ao antigo modelo de família, qual seja, da família considerada patriarcal até se chegar ao novo modelo implantado, o da monoparentalidade. Fez incursão, também, acerca da necessidade de reconhecimento da união livre entre parceiros homossexuais, dentro do estabelecimento de um parâmetro do quanto ocorreu com a Súmula 380. Tratou, para efeito de aplicação das normas pelo operador do direito, da questão relativa à utilização das fontes, no sentido de que não poderá o julgador abster-se de decidir, uma vez que existe um largo espectro de fontes onde poderá balizar suas decisões. Num segundo momento tratou a respeito da constitucionalização do Direito de Família, no intuito de demonstrar que a Constituição Federal de 1988 deu especial enfoque a tal direito. Entretanto, deixou de amparar as uniões livres entre homossexuais, assim também ocorrendo com o novo Código Civil. Num último momento teceu considerações a respeito das modificações trazidas no Novo Código Civil no que se refere aos pontos apresentadas no conteúdo do próprio trabalho. Após tais considerações concluiu pela existência de um novo modelo de família - a monoparental -, bem como acerca da necessidade de tratamento igualitário no que se refere aos direitos dos cidadãos, considerando os postulados constitucionais. Nesse diapasão, asseverou a pesquisa que algumas questões ainda não foram tratadas pelo legislador, fazendo alusão ao preconceito como entrave às decisões judiciais que, por sua vez, emergem em decisões isoladas, à luz do quanto ocorreu com o concubinato.

Abstract

This work sought to demonstrate the modifications that took place in the field of the paradigms referring to the old model of family, the family considered patriarchal, to the recently established monoparental model. It also treated the need to acknowledge the free union of homosexual couples within the setting of a parameter of what happened with the summary, Súmula 380. It dealt with the subject related with the use of sources, for the effects of application of the norms by the law operator, for the judge will not be able to avoid taking a decision since there is a large number of sources where to base his decisions. Next, it discussed the constitutionalization of the Family Right, pursuing to make evident that the Federal Constitution from 1988 gave special focus on such right but failed to protect the homosexual free unions; the same happening with the New Civil Code. Last it made remarks about the changes brought about by the New Civil Code in the points introduced in the content of its own work. After pondering the former considerations, it concluded that there is a new model of family – the monoparental, as well as there is the need of equalitarian treatment as regards citizens and their rights taking into consideration the constitutional postulates. Ultimately, the research has revealed that some questions have still not been answered by the legislator, allusions made to prejudice as a shackle to judicial decisions, which emerge as isolated decisions in the light of what had already happened with concubinage.

SUMÁRIO

Introdução.....	Pág. 17
I. Evolução do modelo de família:	
da patriarcal à monoparental	Pág. 21
II. União Livre entre homossexuais:	
mais um modelo de família	Pág. 47
III. A questão da adoção por parceiros homossexuais.....	Pág. 67
IV. A questão do preconceito como entrave à decisões inovadoras.....	Pág.73
V. Concubinato e a Súmula 380: um parâmetro.....	Pág.80
VI. As fontes do direito como elementos	
balizadores às decisões judiciais	Pág.92
VII. A constitucionalização do direito de família:	
breve análise	Pág.102
VIII. Novo Código Civil: inovações?	Pág.122
VIII.I. Casamento, a União Livre entre Homossexuais	
e o Novo Código.....	Pág.124
VIII.II. Igualdade de Direitos e Deveres entre os Cônjuges	Pág.132
Considerações Finais	Pág. 135
Referências Bibliográficas.....	Pág.137

1 - INTRODUÇÃO

No campo do direito, onde nos deparamos com conceitos engessados e que por vezes não correspondem à ordem social vigente, conduz-nos o presente trabalho a repensar modelos que estabeleçam uma nova ordem jurídica no que se refere a posições já formalizadas dentro do campo do Direito de Família, especificamente no que se refere à formação e aos conceitos já preexistentes da considerada família patriarcal, hierarquizada e, conforme lição de Michelle Perrot¹, “em frangalhos”.

Observamos a necessidade de que o direito passe a adotar conceitos descasados dos “pré-conceitos”, no sentido de uma modernização que há muito se faz necessária quando sabemos que tais conceitos acompanham paradigmas, servindo de chancela a situações já existentes. Tal não acontece na realidade jurídica, uma vez que observamos que inicialmente é a situação de fato quem se apresenta para, após, e com insofismável lentidão, manifestar-se o mundo jurídico a respeito da situação, o que levará o legislador, então, a uma reflexão, ainda que lenta.

Interessa-nos, nesse particular, estudo referente aos modelos de família que se apresentaram ao longo dos séculos, a considerarmos o modelo inicial surgido no direito romano, até o atual modelo de família marcada pelos laços da afetividade, do companheirismo e da livre escolha, fazendo um parâmetro relativamente às posturas adotadas pelo legislador no sentido de amparar situações tais.

Faremos referência, nesse contexto, acerca do concubinato, situação fática que marca, há muito, a história do direito e que por muito tempo foi

¹ PERROT, Michelle. O Nó e o Ninho. VEJA 25 anos—Reflexões sobre o futuro. SP, Abril, 1993 p.75.

desprezada pelo mundo jurídico, em que pesem os fortes argumentos de que tais situações já remontavam como fato social ditado por um costume arraigado em diversas culturas e que o direito, ainda que com relativo atraso, asseverou em reconhecer, dada a uma emergente grita da realidade social, uma vez que situações ali se apresentaram como carentes de uma postura do legislador ordinário, em amparo a direitos anteriormente desconsiderados.

Tem-se como certo que as relações concubinárias já existiam concomitantemente com a existência das famílias tradicionais, aquelas tidas como “abençoadas” pelo padre e reconhecidas legalmente pelo fato de serem amparadas pela lei e pela justiça. Entretanto, eram tidas como relações espúrias e a mulher que fazia parte dessa relação era considerada “a outra” e sofria toda uma gama de discriminações sociais.²

Na antigüidade observamos que a história da Grécia traz casos de concubinato existentes na vida íntima dos filósofos, poetas e escultores. Contamos a história que antes de viver com Péricles, Aspásia tornou-se concubina de Sócrates. Naquela época, o concubinato na Grécia era reconhecido pela própria lei, assim também ocorrendo na Roma antiga, sem que tal situação gerasse efeitos de ordem jurídica.

Na modernidade, ocorreu repúdio por parte da Igreja, fato esse que não possuiu o condão de ceifar a ocorrência de tais situações que, por sua vez, perduram até a pós-modernidade, atualmente sendo aceito como fato comum e amparado pela legislação.

Objetivamos tecer um paralelo entre o que emerge da ordem social vigente, uma vez que vamos analisar situações postas, dando ênfase ao

² A propósito, afirma Carmem Lúcia Silveira Ramos que na procura de um outro significante presente através das normas postas, editadas com o objetivo de impor a rejeição dos relacionamentos familiares não formalizados, dentre os dados que se pode tomar como ponto de partida, na análise do tratamento conferido pelo direito a estas situações de fato ao longo da história, destaca a autora as discriminações sociais, a vinculação entre as uniões matrimoniais e as relações de poder político, e precipuamente o elemento econômico. RAMOS, Carmem Lúcia Silveira, *Família sem Casamento: de Relação Existencial de Fato a Realidade Jurídica*. Biblioteca de Teses RENOVAR, RJ, 2.000, p. 58 .

aspecto sociológico de tais relações e situações que se apresentam como reais em um cotidiano, com pleito de buscarmos ajustar tais situações ao direito, a considerar não possa o julgador se furtar de aplica-lo ao caso concreto.

Nesse sentido, faremos um estudo acerca da origem da família e sua evolução, chamando a atenção para as modificações comportamentais encontradas, acopladas ao olhar que o direito dispensou às mesmas, tecendo um parâmetro entre o concubinato como situação de fato que se apresentou e o acolhimento pela Súmula 380, posteriormente abraçada pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96.

Interessa-nos a análise a respeito dos novos modelos, a considerar as entidades monoparentais, breve análise a respeito da união livre entre pessoas do mesmo sexo, seja porque tal situação apresenta-se como uma realidade absolutamente fática a ensejar observância ao caminho que vem traçando o julgador no sentido de dar amparo a tal situação.

Inobstante, mister ressaltarmos que o viés sociológico nos será de intensa valia, tendo em vista que não podemos considerar o direito divorciado da realidade social que se lhe apresenta, uma vez que vinculados claramente os caracteres típicos do fato social: coerção e integração com os demais setores da sociedade, numa representação coletiva. É no direito que a coerção ou pressão social - sinal distintivo dos fatos sociais apresenta-se mais patente.

Hans Kelsen³, ao definir o direito como uma ordem coativa, assevera que tal ordem social a que denomina direito, consideram-se ordens coativas no sentido de que reagem contra situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis – com um ato de coação, isto é, com um mal – como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros. -, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário até empregando a força física – coativamente, portanto.

O direito apresenta estreita vinculação com as demais manifestações da vida social: economia, ciências técnicas, arte, tradições, ideais e valores, religião, etc. e não pode ser compreendido senão dentro dessa realidade mais ampla, que é a vida real da sociedade.

O direito é tipicamente a expressão de representações coletivas, ou seja, ele é um sistema de valores reconhecidos como ideais pela sociedade ou por alguns de seus grupos. Essa focalização do direito como fato social, em seu relacionamento concreto com os demais aspectos da realidade coletiva, constitui o objeto próprio da Sociologia Jurídica.

Esse enfoque sociológico do direito ou da realidade jurídica não se opõe aos aspectos do direito focalizados pelo jurista na Dogmática Jurídica ou Ciência do Direito em sentido estrito, nem pela Filosofia do Direito. Pelo contrário, essas diversas perspectivas se completam. Utilizando um velho ensinamento da Filosofia Tomista, pode-se dizer que, de certa forma, a Sociologia Jurídica, a Ciência Jurídica, estritamente considerada (denominada também dogmática jurídica) e a Filosofia Jurídica tem o mesmo **objeto material: o direito**. Mas o objeto formal, isto é, o aspecto pelo qual cada uma dessas disciplinas considera o direito, é diferente. Pode haver um enfoque sociológico, outro dogmático e um terceiro filosófico. Interessa-nos o sociológico.

A abordagem sociológica é a do sociólogo do direito, que estuda o fenômeno jurídico como um fato social, procurando descrever e analisar os múltiplos aspectos da realidade jurídica, em sua interação com os demais fatores sociais. O enfoque que dispensaremos, dessa forma, é o estudo do direito como produto de processos sociais, bem como o estudo dos efeitos produzidos pelo direito no meio social, dado o caso concreto.

³ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Martins Fontes, SP, 1999, p. 35.

Dessa forma, objetivamos efetivação de um trabalho de cunho jurídico, cujo embasamento dar-se-á observando o aspecto sociológico que regem as situações abordadas.

I - EVOLUÇÃO DO MODELO DE FAMÍLIA

Na modernidade, seja pela força da globalização, seja pelos pressupostos que dão embasamento às mudanças culturais, uma vez que podemos considerar a cultura como uma realidade comum que governa os atores de uma organização, percebemos, com nitidez, uma grande mudança na concepção de família.

Tradicionalmente expõe Pontes de Miranda⁴ acerca desse conceito:

Esta palavra família, em sentido especial, compreende o pai, a mãe e os filhos; e tomada em um sentido geral compreende todos os parentes. As vezes exprimia a reunião das pessoas colocadas sob o pátrio poder ou a *manus* de um chefe único. A família compreendia, portanto, o *pater familias*, que era o chefe, os descendentes ou não, submetidos ao pátrio poder, e a mulher *in manu*, que se considerava em condição análoga a de uma filha. O *pater familias* e as pessoas sob seu poder eram unidas entre si pelo parentesco civil.

Atualmente entendemos a concepção de uma nova realidade social no que se refere ao conceito e formação das famílias. Insta salientar que a realidade demonstra tais mudanças, pelo que podemos citar recente matéria

⁴ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito de Família. São Paulo, Bookseller, 2001, p. 58 .

publicada pela Revista Veja⁵, autoria da jornalista Anna Paula Buchalla, onde narra a respeito da constituição das novas famílias.

Marina pertence a um grupo que já se apresenta encorpado o suficiente para chamar a atenção dos estudiosos de questões comportamentais – o das famílias compostas de pais gays ou mães lésbicas. As configurações, aqui, são de três tipos. Há os que “saíram do armário” depois de um casamento heterossexual e criam os rebentos do relacionamento anterior ao lado de seus novos companheiros. Existem os heterossexuais (solteiros ou não) que adotam. E por último há as lésbicas que se submeteram a inseminação artificial. Ninguém se preocupou ainda em medir o tamanho do fenômeno no Brasil, o que é quase um clichê. É possível, no entanto, que ele esteja próximo do patamar americano.

Nesse viés, podemos citar a formação da família monoparental, considerada aquela entidade com *status* familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes, desvinculada, portanto, da noção de casal apresentada por Pontes de Miranda. Tem-se, também, nessa nova ordem, a família concubinária, aquela formada por conviventes, atualmente amparada pela Constituição Federal em seu artigo 226 § 3º⁶. Abandonou-se, destarte, a idéia de família oriunda exclusivamente do casamento, que se justificou em benefício da ordem social reinante., conforme salientado por Rui G. C. Viana.⁷

Dada a essa nova configuração social, entendemos da necessidade de adequação do direito a esses novos conceitos, uma vez que não podemos considerá-lo como instrumento que se distancie do atual modelo de

⁵ BUCHALLA, Ana Paula. “Meu pai é gay. Minha mãe é lésbica”. REVISTA VEJA, ano 34, nº 27, edição 1708, Editora Abril, SP, julho de 2.001. p.66 .

⁶ Constituição da República Federativa do Brasil. Ed. Saraiva, SP, 1999, p.124.

⁷ VIANA, Rui. G. C. ; NÉRY, Rosa M. e Andrade (Org.). Temas Atuais de Direito Civil na CF. SP, Revista dos Tribunais, 2000, p.189.

família, sendo necessário, dessa forma, observarmos os parâmetros que ditaram a sua evolução.

No estudo acerca da origem da família, observamos a inexistência de um ponto de partida abalizado no que diz respeito a iniciação desses hoje denominados núcleos familiares. Luiz Édson Fachim e Ricardo Pereira Lira⁸ fazem referência a Eduardo Leite de Oliveira no sentido de considerar a noção de família como sendo anterior ao surgimento do Direito, e que quando se trata de investigar o início dessa cadeia, grande parte da história da família e do casamento, em sua parte original, encontra-se envolvida em total mistério pela ausência de documentos e inexistência material de fontes que retratem um estado de espírito e de atitudes.

Há de se considerar, portanto, como inexistentes, elementos concretos que nos possam relatar acerca da preexistência da formação das pessoas em torno de uma relação estabelecida onde cada um pudesse desenvolver papéis e caracterizada como o antigo modelo patriarcal e hierarquizado, até o modelo atual de família marcada por laços de afetividade.

Afirma Fachim⁹, em citação a Eduardo Leite de Oliveira que as origens, as primeiras manifestações e as reações do homem nesse campo só podem ser avaliadas através de suposições, hipóteses, conjecturas que tentam reconstruir uma época fugidia e indecifrável. Inobstante, sabemos que tal conceito foi empregado inicialmente no direito romano e em várias acepções, conquanto referia-se às pessoas e às coisas. Às vezes tal conceito fazia referência às pessoas sujeitas ao poder do *pater familias*. Por outras vezes referia-se aos parentes unidos pelo vínculo consaguíneo oriundo do patrimônio ou da herança.

⁸ FACHIM, Luiz Edson. LIRA, Ricardo Pereira. Elementos Críticos do Direito de Família. Rio de Janeiro Renovar, 1999, p.21 .

⁹ Op. Cit.p. 21.

No direito romano, com a prática do casamento, a mulher passava a integrar a família do seu marido, sujeitando-se ao poder marital. Estabeleceu-se o tipo patriarcal de família romana, absolutamente representada pelo varão. Na lição de Pontes de Miranda¹⁰, segundo esse modelo o filho era estranho à família de origem da mãe, sendo que da própria mãe só era parente porque a genitora se achava sob o poder do pai. A mulher era considerada filha, e em relação ao pai do marido era considerada neta. O marido tinha o poder de vida e de morte, de emancipação e de repúdio, de sorte que o despotismo romano cerceava os atos da mulher comprimindo-a à prática de velhos costumes.

Em Roma, os próprios costumes imprimiam indecifrável rigorismo ao regime patriarcal. Na lição de Frederich Engels¹¹ na família antiga os vínculos de parentesco formavam a essência das obrigações de um indivíduo, o que se articulava à existência de uma produção limitada, diferentemente do modelo estabelecido na modernidade.

Afirma Engels¹² que o homem apoderou-se do poder da direção da casa; a mulher viu-se degradada, convertida em servidora, em escrava da luxúria do homem, em simples instrumento de reprodução. Essa baixa condição da mulher, manifestada sobretudo entre os gregos dos tempos heróicos e, ainda mais, entre os tempos clássicos, tem sido gradualmente retocada, dissimulada e, em certos lugares, até revestida de formas de maior suavidade, mas de maneira alguma suprimida. O primeiro efeito do poder exclusivo dos homens, desde o momento em que se instaurou, observamo-lo na forma intermediária da família patriarcal. O que caracterizava essas famílias, acima de tudo, não era a poligamia, e sim a organização de certo número de indivíduos, livres e não livres, numa família submetida ao poder paterno de seu chefe.

¹⁰ Op. Cit. p.58 .

¹¹ ENGELS, Frederich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil S/A, 1991, p. 61.

¹² Op. Cit.

Na forma semítica,¹³ esse chefe de família vive em plena poligamia, os escravos têm uma mulher e filhos, e o objetivo da organização inteira é o de cuidar do gado numa determinada área. Os traços essenciais são a incorporação dos escravos e o domínio paterno; por isso a família romana destacou-se como o tipo perfeito dessa forma de família.

Tem-se que no antigo modelo de família ressalta-se o caráter patriarcal e hierarquizado, dominado pela figura do pai como chefe de família, cujos interesses sempre prevaleciam sobre as aspirações dos demais que a compunham.

Afirma Ronaldo Vainfas¹⁴:

Nos países fiéis à Igreja a propaganda da família, inerente à pastoral tridentina, desenvolveu-se por meio do reforço ao direito canônico-romano, do seminário de padres e moralistas e, sobretudo, de sumas e manuais de confissão. O rastrear das culpas organizado nesses textos implicava, sem dúvida, certa hierarquia e uma ordem familiar que, de um lado, “isolava” os núcleos conjugais da coletividade – privatizando-os, individualizando-os -, e de outro estabelecia direitos e deveres recíprocos para todos os familiares, inclusive criados sob o governo absoluto do pai, simulacro do rei. Todos lhe deveriam obedecer, respeitar e honrar, cabendo-lhe, em contrapartida, zelar pela educação dos filhos, pela subsistência da casa, pelo bem viver da esposa e pela austeridade moral de quantos vivessem sob seu bastão. Poder e obediência, respeito e sujeição, os manuais

¹³ Grupo de línguas da família camito-semítica, que compreende dois subgrupos: o oriental, representado pelo assírio, e o ocidental, com um tronco setentrional, ao qual pertencem o cananeu e o aramaico, e um tronco meridional, da qual fazem parte o árabe, o sabeu e o etiópico. Fazem parte de tal família os indivíduos semitas, família etnográfica e linguística, originária da Ásia Ocidental, e que compreende os hebreus, os assírios, os aramaicos, os fenícios, os árabes. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, Novo Dicionário da Língua Portuguesa. Nova Fronteira, RJ, 1986, p.1.567 .

de confissão dos séculos XVI e XVII estabeleceram para os sentimentos domésticos uma ética em que o verbo amar oscilava entre o governo paciente, racional, e a submissão conformada,

humilde. Amizade entre marido e mulher – nunca paixão –, zelo paterno pelos filhos e respeito dos últimos pelos pais, eis os significados do amor familiar para os moralistas católicos, homens de “coração seco”.

Já no século XVIII e IX ocorreu a prevalência da família hierarquizada, regida pelo comando do pai, seu líder, onde normalmente era composta de um casal de pele branca e pelos seus filhos legítimos, possuindo os chefes de família uma casta de agregados, incluindo-se concubinas e filhos ilegítimos. Nesse contexto, a posição feminina era de submissão e inferioridade, com a tarefa de gerência dos trabalhos domésticos, conjugados a uma constante opressão pelo mandante, ou chefe da família, uma vez que havia uma sujeição da mulher ao poder masculino.

Nesse diapasão podemos nos interrogar: qual o modelo de família que se rompeu? A família que herdamos do século XIX, paradigma que assegurava o funcionamento econômico com a transmissão dos patrimônios. Era o modelo “santificado”, dominado pela figura do pai, uma vez que da família ele era a honra, dando-lhe o seu nome, alardeando ser o seu chefe. As uniões privilegiavam os interesses em vez do amor, e a paixão era absolutamente menosprezada.

Afirma Perrot:¹⁵

¹⁴ VAINFAS, Ronaldo. Trópicos dos Pecados: Moral, Sexualidade e Inquisição no Brasil. Rio de Janeiro, Coleção Histórias do Brasil, Nova Fronteira, 1997, p.57 .

¹⁵ Op. Cit.p. 78 .

Família ambígua, essa do final do século XIX! Ninho e nó, refúgio caloroso, centro de intercâmbio afetivo e sexual, barreira contra a agressão exterior, enrustida em seu território, a casa, protegida pelo muro espesso da vida privada que ninguém poderia violar – mas também secreta, fechada, exclusiva, normativa, palco de incessantes conflitos que tecem uma interminável intriga, fundamento da literatura romanesca do século.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite¹⁶ na sociedade tradicional a família constituía um grupo importante, movido pela necessidade de enfrentar uma economia rude. A união da família em torno do pai, chefe incontestável, estava centrada no esforço de cada membro por um objetivo comum: a subsistência de um bem, a exploração de uma propriedade ou a manutenção de um nível social.

Era o casamento considerado o meio hábil para garantir a prosperidade do grupo, sendo comum a união de pessoas com o intuito maior de manter a união entre famílias, possuindo características específicas como a hierarquia vertical centrada no matrimônio, a família como comunidade baseada na homogeneidade de crenças e na divisão de papéis familiares.

Segundo Philippe Ariès¹⁷, a partir do século XV iniciou-se o “sentimento de família”, a ressaltar-se especial atenção, naquele período, para o sentimento da mãe e da criança, verticalizando-se a questão para um novo sentido à infância e à família, porquanto, até então, eram os infantes criados por amas. Inobstante, ainda distava aquela época do modelo instalado na modernidade, haja vista que também no século XIV imperava o modelo hierarquizado.

¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p.15.

¹⁷ ARIÈS, Philippe. História Social da Criança e da Família. RJ, ABDR (Associação Bras. de Direitos Reprográficos), 1981.

Afirma Perrot¹⁸ que quem fala de pulverização da família moderna faz implicitamente referência a uma idade de ouro situada no passado. Citam-se com frequência a Idade Média ou mesmo o século XIX como momentos de equilíbrio ideal. Trata-se de uma ilusão de ótica. A história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas.¹⁹

No Brasil, chama a nossa atenção as colocações trazidas por Gilberto Freyre²⁰ no sentido de que a começar pelo cristianismo liricamente social, religião ou culto de família mais do que de catedral ou de igreja, tais elementos vieram a favorecer a colonização que na América portuguesa, como nas “colônias de proprietários” nos ingleses na América do Norte repousaria sobre a instituição da família escravocrata; da casa grande; da família patriarcal, sendo que à época a família era formada por um número muito maior de bastardos e dependentes em torno dos patriarcas.

Para Freyre²¹ a nossa verdadeira formação social se processa de 1532 em diante, tendo a família rural ou semi-rural por unidade, quer através de gente casada vindo do reino, quer das famílias aqui constituídas pela união de colonos com mulheres caboclas ou com moças órfãs ou mesmo à toa, vindas de Portugal pelos padres casamenteiros. Há que se considerar a família colonial,

¹⁸ Op. Cit. p. 75.

¹⁹ Considerações de tal ordem são univocamente aceitas, a exemplo do que escreveu Perrot: “Toda sociedade procura acondicionar a forma da família às suas necessidades e fala-se em “decadência” frequentemente para estigmatizar mudanças com as quais não concordamos. No final do século XIX, eram os donos da ordem social e moral que apontavam para essa decadência por temor da emancipação das categorias dominadas – operários, jovens, mulheres. Entre as duas guerras mundiais, coube aos regimes nazista e fascista alertar para a degenerescência, demonizando qualquer impulso de mudança. Isso não significa que a família, tal qual herdamos do século XIX, não esteja efetivamente se estilhaçando neste final de milênio. Na maioria dos países industrializados, casa-se cada vez menos e cada vez mais tarde. Mais raros e mais tardios esses casamentos são menos duráveis, com os filhos de divorciados formando com frequência a terça parte de uma sala de aula. Paralelamente, assiste-se a um aumento dos nascimentos extraconjugais e a um forte crescimento de famílias em que pai e mãe são um só – geralmente a mulher, mãe solteira ou divorciada -, que assume a guarda e o encargo dos filhos. Muitas crianças, crescendo entre mães e professoras, praticamente só vêem rostos femininos. A noção de filho natural – o bastardo desprezado de outrora – hoje também perdeu muito de sua concepção pejorativa. PERROT, Michelle às p. 76 e 76 v. da “VEJA 25 anos - Reflexões para o Futuro”, SP, Editora Abril, 1990.

²⁰ FREYRE, Gilberto. Casa Grande e Senzala. – Introdução à História da Sociedade Patriarcal no Brasil. Círculo do Livro 1993, SP, p. 60.

²¹ Op. Cit. p.60 .

então, como um absorvente órgão na formação social brasileira, uma vez que reuniu sobre a base econômica da riqueza agrícola e do trabalho escravo uma variedade de funções sociais e econômicas, inclusive a do mando político.²²

Assevera o autor que é inegável a importância da família patriarcal como unidade colonizadora no Brasil e que tal importância, antes qualitativa que quantitativa não exclui o fato, também importante, de entre grande parte da população do Brasil patriarcal, a instabilidade e segurança econômica e a escravidão terem sido elementos dificultadores à constituição da família na sua expressão integral, em bases sólidas e estáveis. Assim assevera Freyre com referência a afirmações que advieram de Caio Prado Jr. e Nélson Sodré.

Recorda ainda que o familismo no Brasil compreendeu não só o patriarcado dominante como outras formas de família: as parapatriarcais, as semipatriarcais e mesmo antipatriarcais, salientando que o observador que se colocar do ponto de vista da moral estritamente católico-romana terá de desprezar as formas antipatriarcais que floresceram no Brasil como organizadores de família. Assevera que do ponto de vista sociológico reconhece-se o fato de que desde os dias coloniais vêm se mantendo no Brasil, e condicionando sua formação, formas de organização de famílias extrapatriarcais, extracatólicas que o sociólogo não tem, entretanto, o direito de confundir com prostituição ou promiscuidade.

Tal tipo de família prevaleceu até o século XIX quando, então, começou a se instaurar uma nova ordem no que diz respeito à constituição das

²² Pertinente e interessante a intervenção feita por Freyre em relação à colocação posta pelo missionário capuchinho Frei Plácido de Messina: *Neste lugar demorei-me pela primeira vez vinte dias, pregando, confessando, baptizando e cresmando hum crescido número de meninos; casei a infinitos que vivião na mais escandalosa mancebia; mediante o Divino auxílio consegui extirpar os muitos abusos que entre aquelles povos havião sendo um dos mais repugnantes a troca mutua que os casados fazião de suas mulheres em prova do mais sabido grau de honra a que denominavão “despique”, fazendo que cada um delles restituisse a que conservava em seu poder ao seu legítimo marido e finalmente obrigando-se a seguir uma vida verdadeiramente christã e observar as maximas saudaveis que ligão os homens em sociedade e que os tornão obedientes às leis, ao Imperador, aos seus Delegados e a todas as Authoridades legalmente constituídas.* Para Freyre no “despique” refletia-se a influência, deformada, conforme ele próprio traduz, do costume ou instituição indígena ligada a deveres de hospitalidade. Ao seu ver seria erro considera-lo “promiscuidade” ou “prostituição”, conforme acredita assim faze-lo os estudiosos da formação

famílias, uma vez que iniciou-se um processo de desestruturação ao modelo implantado.

Em nosso país, inobstante tais posturas, tem-se que a partir da década de 60 tal situação começou a se reverter, haja vista a mudança de posições já engessadas e que passaram a acompanhar o desenrolar de uma nova realidade social.

Iniciava-se, em que pese a aceitação da condição a si imposta, um sentimento de indignação da mulher, buscando aquela altura refugir do paradoxal “rainha do lar”, ditando a posição de que deveria viver para o lar, somente pensar nos filhos, ser graciosa, recatada, estranha ao mundo.

Temos, assim, que o advento da pílula anticoncepcional e outros métodos contraceptivos, a própria emergência dos movimentos feministas que culminaram com novas valorações em relação a sexualidade feminina, a virgindade rejeitada enquanto tabú ou como pré-requisito para o casamento, a admissão da maternidade fora do casamento, a evolução da ciência e da pesquisa com a fecundação *in vitro*, a aceitação da mulher no mercado de trabalho, o retardamento na idade para o casamento e para o nascimento do primeiro filho, acopladas à ocorrência de mudanças quanto ao exercício da paternidade constituíram-se como elementos balizadores ao direcionamento de um novo olhar sobre a composição das famílias.

Coadunando tal afirmação, transcrevo conselhos retirados de revistas publicadas nos anos 50 e 60, antes da revolução dos costumes, textos retirados do Jornal “A Tarde”²³ :

social do Brasil inclinados a considerar mínima, na mesma formação, a influência do familismo quer patriarcal, quer extra ou antipatriarcal. Op. Cit. p. 100/101.

²³ RAMOS, Cleidiana. “As Amélias em processo de extinção”. Jornal ‘A Tarde’, Salvador, 12.08.2.001, p. 13.

A mulher deve estar ciente que dificilmente um homem pode perdoar uma mulher por não ter resistido à experiências pré-nupciais, mostrando que era perfeita e única, exatamente como ele a idealizara. (Revista Cláudia, 1962)

O lugar da mulher é no lar. O trabalho fora de casa masculiniza. (Revista Querida, 1955)

Não se deve irritar o homem com ciúmes e dúvidas. É fundamental manter sempre a aparência impecável diante do marido. (Jornal das Moças, 1957).

Depende muito da moça a maneira como é tratada pelos rapazes. Se dá preferência a modas e modos provocantes, perde o direito de queixar-se se o rapaz quiser avançar o sinal. O estímulo quem deu foi ela. (O Cruzeiro, 1958).

Diante de tais assertivas tem-se que a revolução dos costumes fez nascer um novo modelo de família, caracterizada como a família moderna, levando-se em conta novas posturas adotadas pela mulher, advindo, assim, novas famílias nascidas por ligações exclusivamente afetivas, desprezando-se o parentesco e priorizando-se a sociedade conjugal.

Dentro desse contexto, interessa-nos a análise desses novos modelos surgidos, considerados como modelos da modernidade. Tem-se da predominância no século XX, com iniciação no final do século XIX desses novos modelos de família, surgidos pelos processos de modificação da própria sociedade. Observamos como adventos a revolução industrial e os avanços contidos nos textos constitucionais brasileiros, ao longo das décadas, numa

irresistível tentativa de igualar os indivíduos, seja dentro de um contexto sócio-político, seja em observância a características peculiares ao homem como ser humano participante de um núcleo familiar.

Vamos notar, nesse caminhar, o surgimento de direitos que elevaram a mulher a uma categoria de igualdade em relação ao homem e, via de consequência, atribuindo-lhe direitos até então aqueles inerentes. É no campo dos direitos trabalhistas e civis que tais diferenças são demonstradas com maior ênfase. Deixou a mulher, dentro da esfera civil, de ser considerada relativamente incapaz e adquiriu, dentro da esfera trabalhista, direitos que lhe foram concedidos por força da modificação social vigente, bem como originários de suas próprias lutas sociais.

Segundo Alice Monteiro de Barros²⁴ a regra da igualdade perante a lei foi reconhecida pelo constitucionalismo moderno, sendo que no Brasil a Constituição de 1824 não se referiu à questão da igualdade entre os sexos, tampouco fez menção ao trabalho da mulher. Embora sustentasse, em seu artigo 178, XII, que a lei seria igual para todos, preteriu a mulher na sucessão ao Império, caso estivesse no mesmo grau de um homem (art. 117). Além disso, o artigo 120 dessa Constituição exigia que o casamento da herdeira da coroa fosse submetido à aprovação do Imperador ou, inexistindo este, da Assembléia Geral.

O mesmo texto constitucional previa, na hipótese de menoridade do imperador, que o Império fosse governado por uma regência permanente, constituída de parentes próximos e, enquanto essa regência não se elegesse por uma regência provisória a que presidiria a Imperatriz, sendo composta pelo Ministro do Império, da Justiça e pelos Conselheiros. Durante a menoridade do sucessor da Coroa, seu tutor seria quem o pai tivesse nomeado em testamento, e apenas na falta deste é que a Imperatriz mãe seria a tutora e, ainda assim, se não voltasse a se casar.

A Constituição de 1891 ao assegurar o princípio da igualdade, aboliu regalias de nobreza, omitindo-se sobre o trabalho da mulher.

O Código Civil em vigor, elaborado sob a vigência dessa Constituição, estabeleceu restrições à mulher casada, arrolando-a entre os relativamente incapazes. Esse dispositivo foi abolido com a Lei 4.121/62, que, tacitamente, revogou também parte do *caput* do art. 446 da CLT, o qual autorizava o pai ou o marido a se opor à celebração do contrato de trabalho da mulher. O § único citado facultava ao marido pleitear a dissolução do contrato de trabalho da mulher, quando a sequência no cumprimento do ajuste fosse suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família ou perigo manifesto às condições peculiares da mulher. Tal circunstância é uma decorrência do Código Civil (art. 233), que atribui ao marido chefia da sociedade conjugal. Com a Lei nº 7.855/89, revogou-se expressamente o art. 446 da CLT.

Já a Carta de 1934 assegurava a igualdade de salário entre homens e mulheres e proibia o trabalho destas últimas em condições insalubres; preconizava a assistência médica e sanitária à gestante, garantido-lhe um descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, preceitos estes já consagrados no Decreto nº 21.417-A, de 1932. Essa mesma Carta ocupa-se longamente da proteção à maternidade, garantindo, além do descanso remunerado, os benefícios da previdência em favor da maternidade, mediante contribuição da União, do empregado e do empregador; considerava obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para que a União, os Estados e os Municípios destinariam 1% das respectivas rendas tributárias. Essa mesma Constituição assegurou à mulher o direito de voto em casos em que exercesse função pública remunerada.

A Carta de 1937, embora contenha o preceito formal da igualdade perante a lei, eliminou o dispositivo da Constituição anterior que vedava a diferença de salário por motivo de sexo. E, diante dessa omissão, publicou-se o

²⁴ BARROS, Alice Monteiro. A Mulher e o Direito do Trabalho. LTR, SP, 1995, p.35.

Decreto-lei nº 2.548 de Agosto de 1940, que estabeleceu a possibilidade de as mulheres perceberem salários inferiores aos dos homens, autorizando uma redução de 10% em prejuízo daquelas.

A Constituição de 1937 manteve a proibição do trabalho das mulheres em locais insalubres; assegurava à gestante um período de descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário, omitindo-se a respeito da garantia do emprego à gestante, prevista na Carta de 1934. Em consequência, dificultou a inserção da estabilidade provisória em norma coletiva.

A Carta de 1946, como a de 1934, proibia diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de sexo. À semelhança das duas Constituições anteriores, a Constituição de 1946 vedava o trabalho da mulher em condições insalubres; assegurava à gestante um descanso antes e depois do parto, além de assistência sanitária, hospitalar, médica preventiva e os benefícios da previdência social, em caso de maternidade. O afastamento da gestante verificava-se sem prejuízo do salário e também sem prejuízo do emprego, nos moldes da Carta de 1934.

A Carta Constitucional de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1 de 1969, respectivamente em seus artigos 158, III, e 165, III, proibiam a diferença de salário por motivo de sexo ou estado civil, e o trabalho da mulher em condições insalubres; asseguravam descanso remunerado à gestante antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário, e os benefícios da previdência social, em caso de maternidade, como a carta de 1946. Diversas das cartas anteriores, a Constituição de 1967 proibiu a diferença de critérios de admissão por motivo de sexo, cor, estado civil e assegurou a aposentadoria para a mulher aos trinta anos.

Em 1988 promulga-se a Constituição vigente, que, em seu art. 5º, inciso I, considera homens e mulheres iguais em direitos e obrigações, proibindo diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, estado civil, idade e cor. A nova Carta dilatou a licença-

maternidade de 84 para 120 dias (sem prejuízo do emprego e do salário), estendendo-se à empregada rural, à doméstica e à trabalhadora avulsa.

A mesma carta assegura à empregada gestante garantia de emprego, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, vedando a sua dispensa arbitrária ou sem justa causa nesse período (art. 10, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Ainda no Capítulo dos Direitos Sociais, a Carta prevê a licença-paternidade de cinco dias (inciso XIX do art. 7º e § 1º, do art. 10 do Ato das Disposições Transitórias), como também a assistência gratuita aos filhos e dependentes do trabalhador, desde o nascimento até os seis anos de idade em creches e pré-escolas (art. 7º, XXV).

A mesma Constituição ampliou os direitos trabalhistas dos empregados domésticos, concedendo-lhes, além da Carteira de Trabalho e Previdência Social assinada e férias de vinte dias úteis após um ano de casa, já asseguradas na lei ordinária, o acréscimo de 1/3 sobre essas férias, salário mínimo, 13º salário, irredutibilidade salarial, repouso semanal remunerado, licença-maternidade, aviso prévio, aposentadoria e licença-paternidade.

A Carta silenciou acerca da proibição do trabalho da mulher em condições insalubres, como determinava os textos constitucionais anteriores, acelerando a revogação expressa dos dispositivos consolidados, que continham restrições ao trabalho da mulher nessas condições.

Narra Pinto Ferreira²⁵ que a inclusão dos direitos sociais do trabalho diminuiu a dicotomia tradicional entre direito público e direito privado, processando-se uma marcha para a socialização do direito. No Brasil, a revolução de 1930 modificou o panorama anterior, porquanto daí surgiu uma abundante legislação do trabalho, sendo que a Constituição de 1988 ampliou profundamente, tanto em extensão, quanto em importância, os direitos do trabalhador. Em relação a mulher, destacam-se direitos como capacidade para contratar trabalho, igualdade salarial e proteção à maternidade, dentre outros.

As mulheres lutaram pelo direito de ser tratadas como “pessoas”, ir e vir livremente, ser independentes, dispor dos seus salários. Buscavam o amor e não mais admitiam a determinação do marido imposto, escolhido para ser seu par. Buscavam liberdade, o desejo desenfreado de poder optar pelo seu próprio destino, traçar sua linha de vida, projetar um futuro elaborado no presente e com base em suas próprias decisões. Coordenar o próprio corpo, dispondo pelo direito de gestar quando bem entendessem. Foram tais desejos reivindicações célebres do século XX. Rompe-se a família tradicional. Quebra-se a “transmissibilidade” da fortuna construída, das profissões impostas aos filhos, a submissão desenfreada da mulher, até então somente doméstica. É a era da liberdade de pensamentos, não significando que, com o nascimento de novos modelos, consideremos a família tradicional como sepultada, uma vez que não é a família que a modernidade repulsa, e sim aquele antigo modelo excessivamente rígido.

Sabe-se que a Constituição de 1891 assegurou o princípio da igualdade. Entretanto, omitiu-se sobre o trabalho da mulher. O Código Civil então em vigor, que fora elaborado sob a vigência dessa constituição, estabeleceu restrições à mulher casada, arrolando-a entre os **relativamente incapazes**.

Esse dispositivo somente fora abolido com o advento da Lei 4.121/62 que, de forma tácita, revogou parte do *caput* do artigo 446 da CLT, o qual autorizava o pai ou o marido a se opor à celebração do contrato de trabalho da mulher. O parágrafo único do artigo retromencionado facultava ao marido pleitear a dissolução do contrato de trabalho da mulher, quando a sequência no cumprimento de quanto ajustado fosse suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família ou perigo manifesto às condições peculiares da esposa. Tal circunstância ocorria em decorrência do Código Civil (art. 233), que atribuiu ao marido a chefia da sociedade conjugal.

²⁵ FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 156.

Não obstante, modificações sociais continuaram acontecendo. A casa passa então a ser o “lar-doce-lar”, refúgio dos adolescentes e opção dos cônjuges, até o instante em que a afetividade prevaleça, com marca essencial ao calor humano, questões que sobremaneira serviram como marco à monoparentalidade.

Vamos observar, dessa forma, que a mudança nos costumes levou, pouco a pouco, a uma evolução no pensar e no agir das antigas “senhoras”, o que culminou no conceito de mulher moderna, respeitada e necessária ao processo natural de globalização que a evolução dos tempos encampa, advindo daí conquistas marcantes como a liberdade e o amparo aos seus direitos basilares, hoje cancelados em grau de paridade em relação aos homens perante a Carta Magna.

Nesse caminhar, observamos o surgimento de novos padrões de família, com destaque para a família monoparental que surgiu nas três últimas décadas, exclusivamente num período onde se constata um número mais intenso de divórcios, tendo em vista o advento da Lei 6.515/77, o que gerou uma modificação dentro do contexto familiar preexistente. A mulher, pouco a pouco, foi abandonando a posição de submissão que mantinha em relação ao homem, esposo ou companheiro, adquirindo uma posição que veio implantar uma nova sistemática na visão já contemplada de família.

Abandonou-se o paradigma da família hierarquizada, patriarcal, para dar lugar a um novo modelo pautado, significativamente, na vontade livre, no desejo de as pessoas relacionarem-se com os seus “amores”, compartilhando livres escolhas, em total abandono à imposição patriarcal de que suas filhas contraíssem núpcias com o “marido escolhido”, num ato despótico de união de bens e manutenção da tradição familiar, seja no aspecto econômico, seja no aspecto social, onde os bens de família eram considerados como sendo patrimônio que se revertia de geração a geração.

Afirma Michelle Perrot²⁶ que as rupturas que assistimos hoje são a culminação de um processo de dissociação iniciado há muito tempo. Ele está ligado, em particular ao desenvolvimento do individualismo moderno no século XIX. Afirma:

Um imenso desejo de felicidade, essa felicidade que como uma idéia nova na Europa – ser gente mesmo, escolher sua atividade, sua profissão, seus amores, sua vida. Especialmente das categorias mais dominadas da sociedade – os operários, por exemplo -, e da família: os jovens, as mulheres. Enquanto os rapazes resistiam às decisões paternas, as mocinhas da boa sociedade confiavam a seu diário o desejo de amar e de ser feliz, de casar por amor e até de ser independente e de criar.

Daí a formar-se a concepção de família do final do século XX: livre, aberta, pautada no diálogo e na afetividade pais/filhos. Não se exige, dentro desse novo padrão, aquela respeitabilidade imposta pelo modelo patriarcal, e o diálogo e a troca de idéias consistem em característica marcante a esse novo modelo. Os filhos, aqui, dividem as tarefas com os pais e os pais são os verdadeiros “amigos” dos filhos, compartilhando espaço com as amizades surgidas nos grupos sociais (condomínios, bairros, escolas, clubes, shoppings).

A palavra sexo tornou-se permitida e a revolução feminina surgida na década de 60 deu início a uma nova configuração na forma de pensar e repensar os modelos já estabelecidos, numa decifrável oposição ao paradigmático sistema de imposições. Forma-se, desse modo, uma nova estrutura e, aos poucos vão os componentes desse novo núcleo pautando-se em “novidades” que surgem, naturalmente com esse novo modelo. A palavra homossexual e lésbica já não são

²⁶ Op. cit. p.5 .

mais tratadas com a antiga hipocrisia e preconceito e decisões dos nossos tribunais já apontam para o reconhecimento dos direitos inerentes a tais relações.

Passam os genitores a adotar uma nova postura comportamental, especificamente no que diz respeito a posições adotadas em relação aos filhos. Em matéria publicada na Revista ISTO É²⁷, a Jornalista Celina Cortês, autora da matéria afirma:

O advogado Paulo Lins e Silva se diz estupefato com o número de homens solicitando a guarda dos filhos que chegam ao seu escritório, um dos mais conceituados do Rio de Janeiro. São cerca de 30% dos seus clientes. Lins e Silva atribui esse novo perfil familiar ao movimento de emancipação feminina, iniciado na década de 60. Hoje já é possível encontrar mães que são provedoras integrais e pais disponíveis para gastar seu tempo derramando-se em atenção aos filhos.

Coadunando tal pensamento a Revista Veja²⁸ traz como matéria de capa: HOMEM: O super-herói fragilizado. A manchete destaca que estudos recentes mostram que a grande angústia masculina é enquadrar-se na imagem tradicional do macho: seguro, frio, corajoso, bem sucedido, agressivo e provedor.

A matéria especial que trouxe a Revista Veja²⁹, de autoria das jornalistas Consuelo Dieguez, com reportagem de Sílvia Rogar, denota que o sexo masculino começa a descobrir que a obrigação de corresponder à imagem de super-herói infalível é fonte de angústia e de doenças que podem levar até à morte. Aduzem as jornalistas que o estereótipo de macho talvez exista desde que

²⁷ CORTÊS, Celina. “Na Barra da calça do pai”. REVISTA ISTO É. Nº 1553. SP, Editora Três, p. 108.

²⁸ REVISTA VEJA. Edição 1.714, ano 34, nº 33 de 22.08.2.001, Editora Abril, p. 116.

²⁹ DIEGUEZ, Consuelo. ROGAR, Sílvia. “Homens também choram”. Revista VEJA, SP, nº 33, Agosto 2.001 p. 116/123.

a humanidade começou a andar ereta e nossos ancestrais do sexo masculino tiveram de esquecer o medo para disputar comida com as feras. Com o tempo outros adjetivos foram se incorporando a esse leque de caracterizações. Para as feministas dos anos 60 eles eram, também, porcos chauvinistas. Mais recentemente, com os novos conceitos introduzidos pela globalização, cresceu a fama que já se tinha de serem ferozmente competitivos no trabalho. Por qualquer ângulo que se veja a figura masculina, ela continua associada à forma e ao poder.

Bastante interessante considerações trazidas na matéria tratada.³⁰

O que há de verdadeiramente novo nessa história é que a angústia do macho tem sido cada vez mais analisada e encarada como uma questão de saúde pública. A cada dia surgem estudos alertando para a deterioração psíquica masculina, uma dor que pode ser traduzida em números. O sexo masculino lidera as estatísticas mundiais de suicídio, de mortes violentas, de envolvimento com álcool.

Diante desse novo perfil que demonstra o sexo masculino como acessível aos embates diários do cotidiano, e a aceitação pela sociedade desse novo modelo de homem, onde o “macho” passou a ser considerado como um emblema do passado, vamos observar que tais características nos levam a crer acerca do nascimento e implementação desses novos modelos familiares que merecem atenção no nosso estudo.

Para tanto, especial referência ao novo Código Civil brasileiro, no sentido de que a guarda competirá, em grau de igualdade a quaisquer dos genitores, diferentemente do quanto já estabelecido, uma vez que a legislação vigente estabelece primazia para a genitora no que se refere à concessão da

³⁰ Op. Cit. p.118 .

guarda, sendo-lhe estirpado tal direito em situações peculiares, quais sejam: trato aos filhos de forma inconveniente (art. 329 CC)³¹ e Lei 6.515/77, em seu artigo 10º § 1º que assevera no sentido de que se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

A nova lei vem dar chancela ao quanto já contido no texto constitucional em seu artigo 5º, inciso I, que afirma serem homens e mulheres iguais em direitos e obrigações.

Tais situações, acopladas ao divórcio, à viuvez e à adoção, geraram a monoparentalidade entre pai e filho(s) ou mãe e filho(s), podendo tais situações serem geradoras dos novos conceitos introduzidos no que se refere à antiga “masculinização”; salientamos, também, que após a quebra dos antigos paradigmas onde o homem era considerado o “chefe de família”, o “provedor”, tem-se que nova concepção de afetividade gerou nos mesmos um sentimento de “humanização”, levando-os a desconsiderar antigas posições para surgir um novo perfil de pai e, conseqüentemente, de família, marcado pelo estigma da monoparentalidade.

Nesse diapasão, vale salientarmos, também o modelo existente de família formado por mãe e filho (s), pai e filho(s), essas geradas pelo divórcio ou viuvez.

Dentro desse contexto, observamos que a geração de filhos não se constitui como a finalidade básica do casal. Merece atenção a questão do “filho-indivíduo”, dissociada da figura do “filho-descendente”. A adolescência e a infância são estágios que ensejam maior atenção, diálogos francos e constantes que conduzem a conversas francas e completude de sentimentos. Tem-se que desapareceu, por completo, o padrão de família descrito por Ariès:³²

³¹ Código Civil Brasileiro. SP, Editora Saraiva, 1997, p. 80 .

³² Op. Cit. p.14 .

A criança desde muito cedo escapava à sua própria família, mesmo que voltasse a ela mais tarde, depois de adulta, o que nem sempre acontecia. A família não podia portanto, nessa época, alimentar um sentimento existencial profundo entre os pais e filhos. Isso não significava que os pais não amassem seus filhos; eles se ocupavam de suas crianças menos por elas mesmas, pelo apego que lhes tinham, do que pela contribuição que essas crianças podiam trazer à obra comum, ao estabelecimento da família. A família era uma realidade moral e social, mais do que sentimental. No caso de famílias muito pobres, ela não correspondia a nada além da instalação material do casal no seio de um meio mais amplo, a aldeia, a fazenda, o pátio ou a “casa” dos amos e dos senhores, onde esses pobres passavam mais tempo do que em sua própria casa. Nos meios mais ricos, a família se confundia com a prosperidade do patrimônio, a honra do nome. A família quase não existia sentimentalmente entre os pobres, e quando havia riqueza e ambição, o sentimento se inspirava no mesmo sentimento provocado pelas antigas relações de linhagem.

Tem-se que entre os séculos XVI e XVII, ocorreram mudanças importantes no que se refere a atitude da família para com as crianças, uma vez que prevaleciam modelos pautados na educação inglesa do século XV.³³. Contudo, tem-se intensa modificação nesses modelos anteriormente

³³ Relata Ariès: “ A falta de afeição dos ingleses manifesta-se particularmente em sua atitude em relação às suas crianças. Após conserva-las em casa até a idade de sete ou nove anos, eles as colocam, tanto os meninos como as meninas, nas casas de outras pessoas, para ali fazerem o serviço pesado, e as crianças aí permanecem por um período de sete a nove anos (portanto, até cerca de 14 e 18 anos). Elas são chamadas então de aprendizes. Durante esse tempo, desencumbem-se de todas as tarefas domésticas. Há poucos que evitam esse tratamento, pois todos, qualquer que seja sua fortuna, enviam assim suas crianças para casas alheias, enquanto recebem em seu próprio lar crianças estranhas. O italiano achava esse costume cruel, o que faz supor que fosse desconhecido ou tivesse sido esquecido em seu país. Eles insinuam que os ingleses recorriam às crianças dos outros porque pensavam ser melhor servidos dessa maneira do que por seus próprios filhos. De fato, a explicação que os próprios ingleses davam ao observador

sedimentados, especialmente pela concretização da revolução industrial, daí surgindo novos modelos de família, especificamente os pautados em caráter monoparental.

Salienta Eduardo Leite de Oliveira³⁴ que a maioria dos países, tanto europeus como americanos englobam, na definição de monoparentalidade, tanto os casais que vivem em união livre quanto os casais casados com posterior separação. Em citação a John Ermisch, aduz o retromencionado autor que no sentido corrente da palavra, a família monoparental é constituída de um genitor e de seus filhos descendentes, quer eles vivam independentemente, quer se integrem no lar de outras pessoas.

Define-se o aspecto da monoparentalidade, ao seu entender, quando uma pessoa, homem ou mulher, encontra-se sem cônjuge ou companheiro, vivendo com uma ou várias crianças. Essa unidade ou entidade familiar, constituída de um genitor que educa e cria sozinho seus filhos não é um fenômeno novo no Ocidente, uma vez que sempre existiram viúvos ou viúvas, mães solteiras ou mulheres separadas ou abandonadas por seus maridos e que assumem, inteiramente, o encargo de sua progenitura. Entretanto, tem-se que o crescimento no número de divórcios que se deu a partir dos anos 60 nos países industrializados gerou um aumento, um impacto sobre a configuração das famílias.

Salienta que como a maioria dos casais desunidos tem filhos, os lares dirigidos por um só genitor sofreram um aumento considerável e intensa visibilidade. Incluem-se, desse contexto, as rupturas voluntárias que ocorrem entre os casais, dado o surgimento de uma nova postura social em relação a duração do matrimônio, livre do estigma “unidos para sempre”, acopladas ao falecimento do outro cônjuge (viuvez), bem como dos nascimentos extramatrimoniais, situação que tem levado adolescentes ou mesmo mulheres absolutamente independentes a criarem sozinhas seus filhos, algumas vezes por força da própria situação, não

italiano devia ser a verdadeira; “ Para que suas crianças aprendam as boas maneiras.” ARIËS, Phillippe. História Social da Criança e da Família, RJ, ABDR, 1981.

³⁴ Op. Cit. p.22.

possuindo o genitor qualquer intenção em compartilhar uma vida afetiva com a genitora da criança; outras vezes pelo próprio desejo de mulheres já maduras e bem sucedidas, estabelecidas no mercado de trabalho, e que se vêm às voltas com o desejo de cultivar o prazer da maternidade.

Geram-se, assim, filhos absolutamente desejáveis que são criados e mantidos pela genitora que, muitas vezes “escolhe” um parceiro sexual apenas no intuito de produzir um feto (futuro bebê), que será, ao final, fruto do desejo de concretização no sentido de geração à maternidade.

Atualmente são modelos absolutamente aceitos pela sociedade, desbancando o modelo único de família que se pautava na patriarcalidade. Para chancelar tal conduta, o Constituinte de 1988 no § 4º do artigo 226 da Constituição Federal³⁵ asseverou: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

Tem-se, assim, o reconhecimento de outras formas de família, ao lado do modelo tradicional estabelecido ao longo de séculos, definida como aquela família constituída por parentes e afins e que teve no sistema patriarcal o seu maior espelho. Observamos que esse tradicional modelo de prole antes numerosa, foi aos poucos dividindo espaço com um outro modelo ao longo do século XX, caracterizado pela família menos numerosa, formada por poucos filhos, a cujo núcleo pertenciam o genitor, a genitora e os filhos gerados daquela relação, ou por um só dos cônjuges com o seus filhos.

Aduz Oliveira³⁶ que os defensores da nova noção encaram nesta vida isolada e individualista também uma permanência de família, já que a relação paterno-filial ou materno-filial subsiste. Afirma que de acordo com suas concepções, o parentesco biológico e os laços jurídicos são elementos tradicionais, mas ultrapassados, da família. O que faz a família, a seu ver, é a vida cotidiana, são as relações sexuais, é o socioafetivo.

³⁵ Op. Cit. p.124 .

³⁶ Op. Cit. p. 29 .

Diante de tais concepções poderíamos nos questionar de que forma são formadas tais famílias. Teríamos, assim, as surgidas como consequência de divórcios ou separações ou mesmo oriundas de uma relação concubinária desfeita; ou como resultado de um processo de adoção sob o amparo do artigo 42 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)³⁷; da opção oriunda de mulheres independentes no sentido de “fisgar” um parceiro apenas com o objetivo de iniciar um processo de gestação, a culminar com o nascimento de um filho considerado “seu”. São as denominadas “produções independentes”; de adolescentes ou jovens que após uma breve relação com um parceiro, engravidaram, não havendo por parte do genitor a disposição em assumir o filho gestado, na qualidade de pai e, por fim, ganhado corpo na sociedade, as famílias monoparentais geradas por processos de inseminação artificial.

É a bioética, dissociando ainda mais a concepção de casal. São técnicas de reprodução em laboratório, podendo-se gerar uma criança sem que seus genitores sequer se conheçam.

Narra Fachim³⁸:

O ente familiar não é mais uma única definição. A família se torna plural. Há realmente uma passagem intimamente ligada às modificações políticas, sociais e econômicas. Da superação do antigo modelo da “grande família”, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família moderna, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma irrestrita

³⁷ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Reproduzido pelo Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência - BA. Salvador, Agosto, 1990, p. 08.

³⁸ Ibidem p. 08.

liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, solidariedade e de cooperação. Proclama-se a concepção eudemonista da família; não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.

Tem-se, portanto, o estabelecimento desse novo modelo, não nos interessando, destarte, considerações acerca da essencialidade no que se refere aos anseios que serviram para modificar (se para melhor ou para pior) o modelo já implementando, valendo ressalva efetuada por Perrot:³⁹: “Eles rejeitam o nó, não o ninho.”

³⁹ Ibidem Op. cit., p. 65.

II - UNIÃO LIVRE ENTRE HOMOSSEXUAIS – mais um modelo de família

Além do modelo de família tradicional já citado, bem como dos modelos monoparentais apresentados, observamos a necessidade de fazermos referência às famílias constituídas por pais e mães homossexuais, fato existente na nossa realidade social e que o legislador ainda não deu o necessário amparo.

No Brasil, em que pesem as pressões para que seja reconhecida a união civil entre pessoas do mesmo sexo, a lei ainda não ampara os homossexuais que constituíram família, deixando, via de consequência, os filhos oriundos de tais relações ao desamparo. Tem-se que sequer lhes dá o direito de adotar ou registrar em conjunto uma criança, sendo que tais situações permitem incursão ao preconceito.

Em recente publicação a Revista VEJA⁴⁰ em matéria intitulada “Meu pai é gay. Minha mãe é lésbica”, de autoria da jornalista Anna Paula Buchalla, fez referência a situação em que são colocados os filhos a se comportar como se fossem cúmplices de um crime. O que é aberto dentro de casa se torna um segredo fora dela. Nesse sentido, tem-se que a lei brasileira permite que homens e mulheres solteiros adotem crianças, sem fazer referência à sua orientação sexual. Nesse vácuo é que os homossexuais conseguem adotar um filho. Não pode o direito, dessa forma, fazer “vistas grossas” a esse modelo de família.

No Brasil, como em diversos outros países do mundo, a questão da união civil entre pessoas do mesmo sexo torna-se uma questão de primeira ordem, haja vista a realidade social em que vivemos. Nesse sentido, está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei de nº 1.115/95 da ex-deputada

⁴⁰ Op. Cit. p. 8.

Marta Suplicy (PT-SP), atualmente prefeita da capital paulista.⁴¹ O principal objetivo desse projeto é garantir que as parcerias homossexuais tenham os mesmos direitos das relações heterossexuais, quis sejam, direito à herança, à sucessão ao patrimônio adquirido conjuntamente, aos benefícios previdenciários, ao seguro saúde conjunto, à declaração conjunta do Imposto de Renda e direito à nacionalidade no caso de um dos parceiros ser estrangeiro.

Observamos que em nosso país as decisões nesse sentido caminham a passos lentos, seja pela questão da impregnação de velhos preconceitos no que se refere a aceitação desse tipo de união, seja pela evidente discriminação em um país marcado pela influência da religião católica, posicionando-se tal religião ao não acolhimento de uma situação de há muito já evidente.

Sabemos que a CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil posicionou-se inicialmente de forma contrária à aprovação do Projeto, por acreditar que o mesmo poderá prejudicar a família tradicional já enfraquecida pelos ataques que acreditam advir da legislação civil. Adotando posição mais conciliadora a Igreja Católica, observando a probabilidade de aprovação do projeto, acabou adotando, de forma diplomática, uma postura de acolhimento, ao admitir o disciplinamento jurídico da união entre homossexuais, desde que não denominada tal união de casamento ou matrimônio e excluindo-se a denominação de cônjuge aos parceiros de tais uniões. Inobstante, acreditamos que a família tradicional continuará ocupando o seu espaço dentro do contexto social brasileiro, mas não podemos negar que as novas famílias – concubinárias, monoparentais e parcerias homossexuais -, já ocupam significativa parcela das famílias brasileiras.

⁴¹ O Projeto da ex-Deputada Federal Marta Suplicy recebeu o nº 1.151/95 e como Projeto de Lei disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Recebeu substitutivo adotado pela Comissão e encontra-se tal projeto na Sala da Comissão desde 10 de Dezembro do ano de 1996, após ser aprovado pela citada Comissão Especial. Atualmente, e na data em que escrevo o presente trabalho, tal projeto aguarda ser apreciado em Plenário na Câmara dos Deputados, sendo válida tal informação na data em que redijo essa dissertação, qual seja, em Junho de 2.002.

Para tanto, basta que nos reportemos ao resultado dos últimos Censos realizado em nosso país,⁴² no sentido de que, de 1991 para 2.000, cai a proporção de casamentos legais e aumenta o de uniões consensuais. Quanto ao estado conjugal das pessoas, o Censo revelou que, entre 1991 e 2000 houve queda no total de casamentos legais (de 57,8% passou para 50,1%), enquanto a proporção de pessoas em união consensual cresceu significativamente, passando de 18,3 % para 28,3%. Entre os mais jovens a proporção de pessoas em união consensual são maiores.

Entre as pessoas unidas, o Estado do Amapá (57,2%) têm a maior proporção de pessoas que não são legalmente casadas, mas que vivem em união consensual, seguido de Roraima (51,2%) e Amazonas (48,4%). Já os Estados do Piauí (17,4%), Minas Gerais (18,1%) e Santa Catarina (19,9%) têm as mesmas proporções.

Do total da população de 10 anos ou mais de idade, 49,4% vivem em união conjugal, incluindo os casamentos legais e as uniões consensuais. Extrai-se de tais dados que de um modo geral as mulheres se casam mais cedo do que os homens, mas são os homens que conseguem manter altas taxas de nupcialidade ao longo da vida. No que se refere às mulheres, tem-se que a partir dos 35 anos apresentam taxas menores.

Já entre os jovens de 15 a 19 anos, a proporção das mulheres que vivem em união conjugal é cinco vezes maior do que a dos homens (15,1% contra 3,3%). Já entre as pessoas de 70 anos ou mais, a proporção dos homens que vivem em união conjugal é maior do que a das mulheres: 70,9% contra 27,9%. Este resultado revela que as mulheres têm mais dificuldade de casar novamente a partir de uma certa idade.

⁴² Dados coletados no site <http://www.ibge.gov.br> na Internet. Acesso em 28 maio 2.002.

O Censo 2.000 também informa o estado civil legal da população: 54,2% das pessoas de 10 anos ou mais são solteiras; 37,2% são casadas; 3,7% são desquitadas, separadas ou divorciadas e 4,6% são viúvas. Entre os solteiros 45,9% está na faixa etária de 10 a 19 anos.

O resultado do Censo 2.000 demonstra que os brasileiros estão dando menos importância ao papel na hora de casar. Tal assertiva emerge, na realidade, das respostas ao questionário efetuado pelo Censo que continha noventa perguntas e foi aplicado em 5,8 milhões de domicílios – pouco mais de 10% do total visitado entre agosto e novembro de 2.000.⁴³

Tem-se que no Brasil os casais que se uniram tanto no civil quanto no religioso ainda representam metade do total. Entretanto, a opção dos que escolheram pela denominada união consensual, a união estável, cresceu 55% em dez anos, ou seja, entre 1991 e 2.000. Denota a reportagem mencionada *que o aumento do número de uniões informais captado pelo IBGE é tão flagrante que o casamento sem papel já está reconhecido até na lei, sabidamente atrasada em relação aos novos costumes.*

Para melhor exemplificarmos, transcrevo a tabela apresentada pela Revista Veja:⁴⁴

TABELA 01 – DISTRIBUIÇÃO DOS DADOS SEGUNDO O TIPO DE UNIÃO PREDOMINANTE

Tipos de União	%	
	1991	2000
União consensual	18,3	29,3
Apenas casamento religioso	5,2	4,3
Só casamento civil	18,3	17,3
Casamento civil e religioso	57,8	50,1
Total	100	100

Fonte: Revista Veja, Edição 1751, ano 35, n 19, p.83 .

⁴³ SOARES, Lucila. A Nova Cara do Brasil. REVISTA VEJA, edição 7.751, ano 35, nº 19, Editora Abril, 2002, p. 82.

⁴⁴ OP. Cit., p. 83.

Feitas tais considerações, merece análise a referência feita por Fernanda de Almeida Brito⁴⁵ em citação a Rainer Czajkowski no sentido de que, em estudo, dissertou acerca da impossibilidade de considerarmos a união homossexual como entidade familiar, assim aduzindo o último:

Por mais estável que seja, a união sexual entre pessoas do mesmo sexo – que morem juntas ou não – jamais se caracteriza como uma entidade familiar. A não configuração de família, nestes casos, é resultante não de uma análise sobre a realização afetiva e psicológica dos parceiros, mas sim da constatação de que duas pessoas do mesmo sexo não formam um núcleo de procriação humana e de educação de futuros cidadãos. A união entre um homem e uma mulher pode ser, pelo menos potencialmente, uma família, porque o homem assume o papel de pai e a mulher de mãe, em face dos filhos. Parceiros do mesmo sexo, dois homens ou duas mulheres, jamais oferecem essa conjugação de pai e mãe, em toda a complexidade psicológica que tais papéis distintos envolvem. Como argumento secundário, a união de duas pessoas do mesmo sexo não forma uma família porque, primeiramente, é da essência do casamento – modo tradicional e jurídico de constituir família – a dualidade de sexos. Em segundo lugar, porque mesmo as uniões livres estáveis, consagradas pela Constituição como entidades familiares, são constituídas necessariamente por um homem e uma mulher (art. 226 § 3º). Menos por força de a Constituição expressamente dizê-lo; mais porque a concepção antropológica de família supõe as figuras de pai e de mãe, às quais se fez referência linhas acima, o que as uniões homossexuais não conseguem imitar.

⁴⁵ BRITO, Fernanda de Almeida. União Afetiva entre Homossexuais e Seus Aspectos Jurídicos. LTR, SP, 2.000, p. 27.

Em que pese discordância em parte ao quanto expresso, especificamente no sentido de discordar de que as uniões homossexuais não formem uma família por lhes faltar o valor referência pai/mãe, creio que tais relações vêm ao longo dos tempos adquirindo caráter de afetividade, livre escolha e liberdade, elementos preponderantes para formação do novo modelo familiar, conquanto falte a tais entidades o modelo mulher/mãe e homem/pai que serve de referencial aos filhos. Acredito que não se pode, dado ao avanço sociológico imbricado dentro do seio da sociedade, não mais considerarmos tais uniões como verdadeiros modelos de família, a nos despirmos dos velhos conceitos patriarcais/matriarcais que marcaram culturas anteriores, com grande impregnação de preconceitos arraigados. De ressaltar-se que tais uniões não receberiam a denominação “casamento”, uma vez que se assim fosse ocorreria afronta ao instituto do casamento, união concebida entre parceiros de sexos diferentes, com semelhança à união estável já amparada pela legislação.

É nesse sentido que o sistema jurídico necessita caminhar, observando com novos olhos tais situações e creio que é nesse sentido que vêm caminhando os nossos tribunais, conquanto não cuidou a legislação ainda de dar amparo a situações preponderantes e que dizem respeito a união entre parceiros do mesmo sexo, uma vez que a homossexualidade sempre existiu e sempre existirá, pois afeta ao comportamento humano.⁴⁶

⁴⁶ Fernanda de Almeida Brito discorre, no que se refere a origem e evolução histórica da homossexualidade, que tal escolha sempre existiu na história da humanidade, podendo ser encontrada entre muitos povos selvagens, como também nas antigas civilizações, visto que era conhecida a prática pelos romanos, egípcios, gregos e assírios. Entre outros povos chegou a ser relacionada à religião e à carreira militar, pois a pederastia era atribuída aos deuses Horus e Set, que representavam a homossexualidade e as virtudes militares entre os cartagineses, dórios, citas e mais tarde pelos normandos. Todavia, foi entre os gregos que a homossexualidade tomou maior feição, pois além de representar aspectos religiosos e militares, os gregos também lhe atribuíam características como a intelectualidade, estética corporal e ética comportamental, sendo por muitos considerada mais nobre do que o relacionamento heterossexual. Os registros são vários e apontam, nessa civilização, um comportamento em padrões de normalidade. No Império de Roma, Nero continua sendo o seu protótipo. Com o advento do Cristianismo, a homossexualidade passou a ser encarada como anomalia psicológica, sendo considerada um vício baixo, repugnante, sendo inclusive considerada crime entre os ingleses até a recente década de 60. A bíblia condenou a homossexualidade (Com o homem não te deitarás, como se fosse mulher: é abominação) – Levítico 18:22. Alguns teólogos modernos associam a concepção bíblica de homossexualidade aos conceitos judaicos que procuravam preservar o grupo étnico. Nessa linha, toda a prática sexual

No campo do direito brasileiro e conforme narrado anteriormente, a união entre pessoas do mesmo sexo ainda não mereceu apreciação por parte do legislador, sendo que tal situação ainda é vista com grande preconceito, impregnando-se valoração que beira o imoral, calcados os conceitos ainda em uma cultura baseada em ensinamentos religiosos e embasados na educação que se proliferou em nosso país, de cunho eminentemente machista.

Nesse diapasão, em que pese a disseminação de tais conceitos, na análise de questões afetas a união livre entre parceiros do mesmo sexo é necessário que tais preconceitos sejam colocados à margem, observando-se o princípio da paridade e da dignidade humana, uma vez que somos iguais perante a lei maior, qual seja, a Constituição Federal, em que pese a sobrevivência de um “direito” ainda impregnado por valores “morais”.

Por serem iminentes tais uniões, integrantes que são da nossa realidade social, tem-se que geraram consequências jurídicas positivas, com amparo tanto pela doutrina como pela jurisprudência no que se refere ao patrimônio dos parceiros.

Podemos citar a título exemplificativo os Processos abaixo relacionados:⁴⁷

PROCESSO 1997.001.08084

DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE

entre os judeus só poderia ser admitida com finalidade de procriação. Qualquer atividade sexual que desperdiçasse o sêmen seria condenada. Entre as mulheres, por não haver “desperdício”, a homossexualidade era reputada apenas como lascívia. Nos países islâmicos, ainda hoje, a homossexualidade é considerada um tipo delituoso por ser contrária aos regimes religiosos. Na Idade Média, segundo alguns historiadores, a homossexualidade floresceu nos mosteiros e acampamentos militares. No período Renascentista, vários intelectuais da época como Miguel Ângelo e Francis Bacon cultivaram paixões homossexuais. Por fim, resta assinalar a existência de homens que se tornam pederastas por circunstâncias especiais, entre as quais se destaca a vida carcerária. Op. Cit. 27 p.

⁴⁷ BRITO, Fernanda de Almeida. União Afetiva entre Homossexuais e seus Aspectos Jurídicos. LTR, 2.000, SP, p.79 .

HOMOSSEXUALISMO**ESFORÇO COMUM NA FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO****PARTES – SEGREDO DE JUSTIÇA****EMENTA:**

Sociedade de fato. Declaração de existência e dissolução de sociedade de fato entre homossexuais. Necessária para sua caracterização a prova inequívoca da contribuição dos sócios para a formação do patrimônio da sociedade. A comunhão de interesses, de natureza econômica, exteriorizado pelo esforço que cada qual realiza, visando à criação de um patrimônio é, e não a conotação sexual da relação, que é relevante para a configuração da sociedade de fato. Incomprovada a sociedade de fato. Provimento ao apelo.

JURISPRUDÊNCIA do STJ

SOCIEDADE DE FATO – Homossexuais. Partilha de bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos previstos no artigo 1.363 do Código Civil.

RESPONSABILIDADE CIVIL – Dano moral. Assistência do doente com AIDS. Improcedência da pretensão de receber o pai do parceiro que morreu com AIDS a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença.

Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Artigo 159 do Código Civil. Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido. (STJ – 4ª T. Rec. Esp. N. 148.897 – MG; Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar).

O posicionamento do judiciário, através do seu órgão supremo, têm dado a tais decisões o mesmo fundamento que serviu de embasamento às uniões estáveis e ao concubinato, servindo de suporte a tais decisões os princípios gerais do direito que já respaldaram julgados que ensejaram a Súmula 380 que inicialmente amparou a sociedade de fato entre homem e mulher e a indenização pelos serviços prestados no curso da convivência.

Nesse sentido, tem-se que vêm os nossos tribunais seguindo a mesma linha de aplicabilidade acerca da união entre homossexuais e das relações patrimoniais daí oriundas, ressaltando-se a necessidade de que para que se conceda o direito à partilha de bens não basta somente a existência de patrimônio, porquanto necessário se faz a comprovação de que tal patrimônio foi construído pelo esforço comum dos parceiros e durante o período em que ocorreu a união extramatrimonial, corroborado que já resultara de que em já sendo um parceiro proprietário de determinado bem antes da união, a si compete integralmente esse bem, não havendo que se falar em partilha, porquanto não resultou do esforço comum entre os parceiros. Ocorrendo crescimento desse patrimônio durante a união e havendo contribuição do parceiro do sentido de proporcionar aumento ao(s) bem(s) existente(s), fará tal parceiro jus a partilha na proporção da contribuição despendida, comprovando-se não apenas a mera coabitação, mas o esforço comum dos companheiros no que se refere ao crescimento do patrimônio.

Inexistindo norma no campo do direito material a reger tal conduta, poderão os parceiros valer-se, no sentido de assegurar seus direitos, do ajuste da

união pelo estabelecimento de um pacto de convivência, estabelecendo-se cláusulas quanto aos bens adquiridos na constância da união ou os já preexistentes, adquiridos por somente um dos parceiros, a estabelecer-se uma comunhão de aquestos ou, incorrendo a contribuição na aquisição de bens em comum ou esforço no aumento do patrimônio, considere-se o estabelecimento de valor indenizatório a título de pensão ao companheiro necessitado. É necessário que se aplique, dentro desse contexto, os princípios gerais do direito, acoplado aos mandamentos constitucionais no que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana na busca de uma sociedade livre e justa e que se mostre contrária à marginalização, aplicando-se a igualdade no que se refere a raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme contido na lei maior.

A título de direito comparado, cabe aqui uma breve incursão sobre o tema, retratando os países que regulamentaram a união entre homossexuais, ou mesmo algumas cidades que enfrentaram a polêmica matéria.

Em reportagem publicada no Jornal “A Tarde”⁴⁸ relata o repórter Marconi de Souza os países e cidades que aprovaram a união entre homossexuais:

**QUADRO 01 – DISTRIBUIÇÃO DOS PAÍSES
SEGUNDO O ANO DE LEGALIZAÇÃO DA
UNIÃO HOMOSSEXUAL**

País	Ano
Dinamarca	1989
Noruega	1993
Suécia	1995
Holanda	2001
França	1999
Portugal	2001
Alemanha	2001

Fonte: Jornal A Tarde ed. de 12.08.2.001, p.12.

⁴⁸ SOUZA, Marconi. “Casamento entre Gays vira polêmica nacional”. Jornal “A Tarde”, Salvador, edição de 12.08.2001, p. 12.

Em outras locais do mundo situações idênticas se apresentam. Na Hungria o Parlamento de Budapeste aprovou uma lei (21.5.96) que reconhece o direito à herança e pensão aos casais homossexuais – 207 votos a favor e 43 contra.

Na Espanha trinta cidades entre elas Barcelona, Córdoba, Granada, Ibiza e Toledo registram a união civil de homossexuais. Em Valência foi aprovada uma lei válida para toda a província.

Na Bélgica as cidades de Gant e Antuérpia aprovaram o registro de parceria entre homossexuais em setembro de 1995.

Nos Estados Unidos as cidades que concederam benefícios domésticos aos homossexuais são Baltimore, Hartford, New Orleans, New York, Oakland, Portland, Sacramento, San Diego, San Francisco e Seattle. Em março de 1996 o Corpo de Supervisores da Prefeitura de São Francisco votou por dez a zero a lei que autoriza funcionários a realizar cerimônia civil para casais homossexuais. O Prefeito de San Francisco, Willie Brown, concedeu o registro de casamento a 200 casais homossexuais na primeira cerimônia civil coletiva realizada na Califórnia.

No Canadá as cidades de Halifax, Montreal, Ottawa, Toronto, Nova Scotia, Território Noroeste e Yucon são as cidades que concedem igualdade de direitos aos casais homossexuais.

Cuidando da matéria como Direito Comparado, apontamos como certo que outros países já possuem legislação específica para este segmento da sociedade a exemplo da Hungria, Noruega, Suécia, Holanda e o Estado de Nova Iorque (EUA). Tais países possuem normas de convivência para acobertar a união de pessoas do mesmo sexo.

A Holanda, em fevereiro de 1998 aprovou uma lei que permitirá aos casais homossexuais adotar crianças, uma vez que a união seja legalmente registrada.

Também em 1989 o Parlamento da Dinamarca aprovou um Projeto de Lei autorizando o registro de uniões entre pessoas do mesmo sexo, atribuindo os mesmos efeitos legais do casamento, excetuando a adoção de crianças. A África do Sul constitui-se como o primeiro país a promulgar na sua Constituição a proibição expressa de qualquer tipo de discriminação em razão da opção sexual de qualquer pessoa.

Em que pese essa nova realidade mundial, percebemos que no nosso país decisões isoladas começam a despontar, como a exarada aqui na Bahia pelo Juiz de Direito da 8ª Vara Cível e Comercial da Comarca de Salvador, Ângelo Gerônimo Vita, culminando com a partilha de bens entre homossexuais que conviviam sob o mesmo teto desde o ano de 1983, sendo os seguintes os argumentos que deram fundamentação ao julgado:⁴⁹

Tratam os apresents autos de Ação Ordinária, visando o reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, com a consequente partilha do único bem amealhado durante a permanência da referida sociedade.

A única preliminar suscitada pela acionada, quando da apreciação de sua defesa, não requer pronunciamento nesta fase processual, uma vez que, já decidida pelo MM Juiz de Direito Titular desta Vara, por ocasião da audiência preliminar prevista no art. 331 do Estatuto Processual, não tendo as partes se irresignado contra o que foi decidido.

No mérito, a união entre duas pessoas do mesmo sexo em que os parceiros mutuamente se obrigaram a combinar

⁴⁹ VITA, Ângelo Gerônimo. Tribuna do Magistrado. Salvador, ano 1, nº 2, 2.001, PP p. 10.

seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns, é reconhecida como sociedade de fato prevista no art. 1.363 do Código Civil e, portanto, produz efeitos de natureza obrigacional e patrimonial que o direito civil comum abrange e regula, inclusive a partilha de bens, em caso de dissolução da sociedade.

Se por um lado é certo que o fato de duas pessoas do mesmo sexo dividirem o mesmo teto, não resulta direito algum e não cria laço senão o da amizade, também não se pode negar que se em razão dessa amizade os parceiros praticam atos da vida civil e adotam reiterado comportamento e demonstrar o propósito de constituírem uma sociedade com os pressupostos de fato enumerados no art.1.363 do CC, um de natureza objetiva, combinação de esforços e outro subjetivo, fim comum, convém avaliar essa realidade jurídica e lhe imputar os efeitos que a lei confere.

A controvérsia gira em torno da dissolução da dissolução da sociedade de fato e consequente partilha do bem, havido durante a constância da referida sociedade, uma vez que, em sua contestação a acionada reconhece expressamente a existência da sociedade de fato quando afirma que: “...Em verdade, Excelência, a ré, que é funcionária pública, manteve relacionamento homossexual com a autora, na modalidade de lesbianismo, iniciando-se por volta de 1.983, e, terminando-o em 1.990, em virtude da autora começar outro relacionamento lésbico com a Sra. ...”.

A testemunha WBS, da parte ré, afirma em seu depoimento que “... que viu em uma oportunidade autora e ré

juntas embora não chegasse ao conhecimento do depoente que ambas mantivessem relacionamento amoroso; que levou uma temporada em São Paulo e antes ouviu da acionada que estava a comprar um imóvel vizinho ao anteriormente adquirido; ao voltar de São Paulo, não precisando o ano, já encontro o esqueleto da obra, a parte superior do imóvel; que nada sabe dizer da participação de N na compra do imóvel ou da colocação da laje sobre as duas casas contíguas...” A testemunha JES, pedreiro da obra, também arrolada pela ré, diz em seu depoimento que “ ... que não conhecia a acionada e só manteve contato com a mesma ao prestar os seus serviços profissionais, de acabamento da parte interna da casa, térreo...”. Já a testemunha JMC declarou que nada sabe dizer sobre a relação entre J e C, já que à época J morava no ... e C morava na

O testemunho colhido pela parte autora é mais preciso, seguro. A primeira testemunha da autora diz que “ ...que trabalha em casa de material de construção, ; que apenas tirava umas notas de material de construção adquiridos por N; que os pagamentos eram feitos em dinheiro; que também por uma vez C comprou material de construção das mãos do depoente...” .

A Segunda testemunha da autora declarou que “ ... que efetivamente era quem transportava o material de construção, dirigindo um “ caminhãozinho Chevrolet”; que jamais fora procurado por C para fazer transportes; que se limitava a fazer o transporte dos materiais até a casa da autora; que entregava o material de construção na ladeira da Soledade...” .

A terceira testemunha da parte autora afirma em seu depoimento “ ... que era ajudante da autora em seu trabalho de venda de acarajés, a partir de 1.991; que as duas juntas compraram as casas localizadas na ...; que conhece o local pois ia pela manhã preparava os acarajés na cozinha da casa e saíam a depoente e a autora; que sabe que sobre as duas casas fora batida uma laje mas não se recorda o ano de tal empreendimento; que via a autora separando o dinheiro para comprar material de construção e pagar o pedreiro...”.

A maioria dos julgados ratifica o entendimento de que somente há de ser deferida a partilha dos bens, se comprovada a participação efetiva dos parceiros na aquisição do patrimônio comum.

Mas, ao lado do elemento objetivo consistente no trabalho, ainda há exigência de fator psicológico ou de intenção de assim proceder para a obtenção de patrimônio comum, demonstrado pelas circunstâncias da própria atividade em prol da economia comum.

Sobre a matéria o Egrégio Superior Tribunal Federal, em repetidas ocasiões, ao aplicar a Súmula 380, reafirmou o seu entendimento de que “ a sociedade de fato, e não a convivência “ more uxorio” é que legitima a partilha dos bens. (RE 84969/RJ, RTJ 80/260; RE 81099/MG, RTJ 79/229.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, persistiu com o mesmo entendimento, acentuando-se a sociedade

de fato como pressuposto para o reconhecimento do direito à partilha do patrimônio comum dela resultante (Resp 45886/SP, 4ª T. rel. Ministro Torreão Braz), constando da ementa do Resp 4.599/RJ:

“ A criação pretoriana inscrita no verbete de n. 380 da Súmula do STF tem por referência os arts. 1.363 e 1.366 do CC; os efeitos patrimoniais, ali descritos, decorrem do direito das obrigações.” (3ª T., rel. Min. Nílson Naves).

Donde se conclui que a orientação dominante, condensada na Súmula 380 do STF, deduz que a caracterização de sociedade de fato não é co-extensiva da convivência “ more-uxório”.

Nos autos há provas suficientes de que as partes mantiveram um relacionamento societário, visando atingir os mesmos fins (fins comuns). Os depoimentos colhidos não autorizam concluir que a ré houvesse contribuído sozinha para a construção do bem imóvel.

Ao revés, constatada a contribuição direta da acionante na constituição do patrimônio comum, amealhado durante o período de convivência, comprovada através da prova testemunhal colhida e dos documentos acostados a inicial, documentos esses não impugnados pela acionada, que os reconhece como válidos, mas alega e não prova terem sido os mesmos subtraídos de sua residência pela acionante, admissível o

reconhecimento da existência de sociedade de fato e do consequente direito a partilha.

No caso “ sub judice”, a autora provou que contribuiu de forma direta para o aumento do patrimônio da acionada, empregando verbas resultantes de sua atividade laborativa na construção do bem que pretende ver partilhado.

Verificando que foi significativa para a formação do patrimônio comum, a participação direta da autora na compra do material utilizado para a obra, há que se reconhecer patenteado o esforço comum a que alude o Enunciado da Súmula 380 do Supremo Tribunal federal.

Apesar do esforço do nobre advogado da acionada na defesa de sua constituinte, não há como se reconhecer, pela prova dos autos, que o bem indicado na vestibular, cuja partilha é pretendida, tenha sido adquirido pelo esforço único da acionada, sem a participação da autora.

Irrefutável a existência da sociedade de fato, reconhecida pela própria acionada, com as partes conjugando seus esforços, seu trabalho e suas economias na constituição de um patrimônio comum.

Assim, ante o exposto e tudo o mais que dos autos consta, julgo procedente a presente ação, para reconhecer e dissolver a sociedade de fato existente entre a autora e a ré,

promovendo-se, conseqüentemente, a partilha do bem apontado na inicial, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma das litigantes.

Condeno a acionada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa atualizado.

Publique-se.

Arquive-se cópia autêntica.

Intimem-se.

Salvador, 2 de Maio de 2.001.

ÂNGELO JERÔNIMO E SILVA VITA

Juiz de Direito Auxiliar

Podemos observar, assim, que dada a uma realidade social, vem o nosso direito, ainda que com relativo atraso, enfrentando a matéria, observando que o juiz prolator da sentença a que fizemos referência embasa o seu julgado na Súmula 380 do STF, a qual já nos referimos anteriormente, pelo que entendemos não possa o direito refugir a questões já postas e cabalmente comprovadas.

Em recente matéria publicada pela Revista Veja⁵⁰ afirma-se que decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça caminham nesse sentido. Em 1998, por exemplo, o empresário Milton Pedrosa teve assegurado o direito à metade do patrimônio construído ao longo da convivência com Jair Batista Prearo, vítima de Aids. Afirmo o Ministro Rui Rosado que “ *há uma quantidade cada vez maior de causas pelo país versando sobre essas questões.*”

Afirma a reportagem que a Corte também ratificou uma decisão da justiça gaúcha, assegurando ao parceiro de um bancário a inclusão como dependente no plano de saúde. Afirmou o juiz Roger Raupp Rios, lotado em Porto Alegre e prolator da decisão no contexto da matéria citada: “Não se trata de privilégio, mas simplesmente de respeitar o princípio da igualdade.”

No Rio de Janeiro ocorreu decisão oriunda da 28ª Vara de Família⁵¹ em decisão envolvendo o artista plástico George Guinle Filho, falecido em 1987, reconhecendo-se o direito ao companheiro sobrevivente, porquanto ocorreu convivência por dezessete anos, concedendo-lhe metade do patrimônio por ambos amealhado durante a união, a considerar-se uma verdadeira sociedade de fato com criação de patrimônio constituído pelo esforço comum dos conviventes, decisão mantida pela instância superior. Naquela *decisum* declarou-se a partilha do patrimônio fundando-se na necessidade de evitamento ao enriquecimento sem causa e o locupletamento ilícito, o que constitui princípio geral do Direito.

Dessa forma, percebemos que no Brasil a jurisprudência, consubstanciada em súmulas do Supremo Tribunal Federal, constituiu-se como embrião que desmotivou o conservadorismo, abrindo caminhos para o reconhecimento de direitos legítimos e oriundos de sociedades extracasamentárias, sobretudo estáveis.

Nesse paralelo, acreditamos na evolução de tais julgados, à luz do quanto ocorreu com o concubinato, uma vez que até o termo “concubinos”,

⁵⁰ Revista VEJA. Edição 1714, ano 34, nº 33 de 22/8/2001, Editora Abril Cultura.

⁵¹ Revista de Jurisprudência Brasileira, v. 173. P. 206/209

inicialmente considerado pejorativo e fortemente marcado por uma conduta tida como ilegal, sofreu modificação na atualidade, sendo alcunhado, numa visão mais moderna e aceita socialmente como a de “conviventes” e designado pelo novo texto constitucional de União Estável.

Observamos, sem sombra de dúvidas, a existência de um novo modelo de família, essas estruturadas no afeto e na cooperação, devendo o direito, portanto, ser revisto, necessitando-se de uma releitura das normas infraconstitucionais sob a ótica dos valores constitucionais.

Na lição de Eduardo de Oliveira Leite⁵² a admissão pela sociedade e pelo Direito da pluralidade de modelos familiares tornou-se indiscutível a partir do momento em que, ao lado da família tradicional – desejada como modelo único pelo legislador -, se desenvolveram outras modalidades familiares fundadas sobre o concubinato ou organizadas sobre a vontade de criar uma família unilinear (mães solteiras), ou mesmo em decorrência de uma separação (libertando-se de um marido ou companheiro incômodo), igualmente geradora da monoparentalidade (embora a criança tenha pai e mãe, o fato da separação obriga-a a viver isoladamente com um deles.)

Dessa forma, a família monoparental apresenta-se como uma realidade sóciojurídica que não mais poderá ser olvidada. Precisamos nós juristas observa-la ao lado das demais entidades familiares, objetivando aquilatar o grau de afetividade que une as pessoas que a formam e acima de tudo, buscar no direito mecanismos de amparo e proteção legal aos seus componentes, de sorte a não permanecermos na evidente realidade: sociedade de um lado, o direito do outro.

⁵² Op. Cit. p. 27.

IV – A QUESTÃO DA ADOÇÃO POR PARCEIROS HOMOSSEXUAIS

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves⁵³ existem, atualmente, três espécies de adoção: simulada, civil e estatutária. A simulada ou à brasileira é uma criação da jurisprudência. A expressão “adoção simulada” foi empregada pelo Supremo Tribunal Federal ao se referir a casais que registram filho alheio, recém-nascido como próprio com a intenção de dar-lhe um lar, de comum acordo com a mãe e não com a intenção de tomar-lhe o filho.

Na lição de Gonçalves embora tal fato constitua uma das modalidades de crime de falsidade ideológica, tem-se que na esfera criminal tais casais eram absolvidos pela inexistência do dolo específico. O nosso Código Penal dispõe que, nesse caso, o juiz deixará de aplicar a pena. No Juízo Cível o Supremo manteve o mesmo entendimento, no momento em que não determinou o cancelamento do Registro de Nascimento, afirmando tratar-se de uma adoção simulada.⁵⁴

A adoção civil é a tradicional, regulada pelo Código Civil. Já a adoção estatutária é a prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente para os menores de dezoito anos, chamada também de adoção plena, uma vez que promove a integração absoluta da família ao adotante, desligando-o inteiramente da família a que estava ligado por laços de sangue.

Com o advento da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente -, a adoção civil aos maiores de dezoito anos, tacitamente a idade mínima dos adotantes foi elevada para trinta e quatro anos, uma vez que devem ser mais velhos dezesseis anos que o adotando. Se o adotando for maior,

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de Família. Saraiva, SP, 1999, p.117.

manifestará consentimento no ato da lavratura da escritura. Se tiver entre dezoito e vinte e um anos deverá consentir assistido por seu representante legal.

O instituto da adoção já se encontra pacificado no Brasil, uma vez que o Código Civil, a Lei 3.133/57 e o Estatuto da Criança e do Adolescente cuidaram da matéria. Não obstante, quando a matéria refere-se a adoção por pessoas homossexuais, observamos que torna-se instrumento controvertido carregado, ainda, de grande preconceito, haja vista o tratamento diversificado que a sociedade brasileira, de uma forma geral, dispensa aos homossexuais.

Tem-se, ainda, uma visão generalizada de que os homossexuais não passariam à criança a noção de família, ante a falta do modelo clássico pai/mãe, o que lhe traria transtornos psicológicos, conforme posição adotada por Rainer Cjajkowski, à qual já nos referimos anteriormente. Entretanto, acreditamos que assim não se proceda, uma vez que a implementação do novo modelo de família vêm se baseando, principalmente, na concepção de afetividade e carinho recíprocos. Dessa forma, entendemos que a lei não determina a opção sexual do adotante, deixando em aberto a possibilidade de uma pessoa homossexual adotar, conquanto preencha os requisitos essenciais à concessão da adoção.

Observamos, dessa forma, possuir o ECA 12 artigos que dissertam acerca da adoção, em que pese não traduzirmos integralmente todos os artigos, certo que inexistente referência à preferência sexual do adotante, assim também ocorrendo no Capítulo V do Código Civil que trata da adoção. Pacificado o entendimento da concessão da adoção por homossexuais, conquanto preencham os requisitos expressos na legislação retromencionada, é de se indagar: Pode a adoção ser concedida a parceiros homossexuais? Seguindo à risca o texto legal, observamos o impedimento no que se refere a concessão de tal adoção, porquanto dispõe a lei que uma pessoa ou um casal poderá adotar, a entender-se por casal um homem e uma mulher. Expressa o artigo 370 do Código Civil⁵⁵ que *ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e*

⁵⁴ O autor menciona que a decisão foi publicada em RTJ, 61:745. Op. Cit. p. 118.

⁵⁵ Código Civil Brasileiro. Saraiva, SP, 1997, p.85 .

mulher. Nos parâmetros estabelecidos pelo ECA, permite-se que os dois adotantes sejam casados entre si, ou que sejam companheiros oriundos de uma união estável.

Criado assim o imbróglio, haja vista que a realidade social nos mostra parceiros convivendo sob o mesmo teto, daí resultando convivência salutar sem que, entretanto, possam constituir uma família, aí incluindo-se os filhos. O que vêm ocorrendo dentro do contexto social é que, quando ocorre a convivência entre parceiros do mesmo sexo, um dos parceiros acaba por adotar uma criança, sendo concedida a mesma os direitos legais inerentes à adoção, sem que assim ocorra em relação ao parceiro do adotante, por conta do impedimento legal preexistente. Vamos observar, dessa forma, acerca da necessidade de que venha o direito cancelar tais situações, no sentido de dar proteção legal às pessoas colocadas em tal circunstância por se constituir a união entre homossexuais uma realidade de há muito existente e que o direito ainda não cuidou de amparar, seja pela forte carga preconceituosa que a matéria enseja, seja pela nossa cultura ainda arraigada a padrões machistas e fortemente impregnados de conceitos religiosos ainda arcaicos.

Vale externar pensamento contrário ao quanto colocado por Fernanda de Almeida Brito⁵⁶, que assim prelecionou:

Neste momento devemos analisar a questão tendo em vista duas possibilidades. A primeira seria se dois homossexuais vivessem juntos e assumissem notoriamente esta condição, e um deles quisesse adotar. Muito embora não haja nenhum impedimento legal; entendemos que essa adoção não poderia ser possível, pois o adotado teria um referencial desvirtuado do papel de pai e mãe, além de problemas sociais de convivência em razão do preconceito, condenação e represália por parte de terceiros, acarretando um risco ao bem estar psicológico do adotado que não se pode ignorar.

⁵⁶ Op. Cit. p. 55.

Com toda *venia* às colocações cingidas pela autora, acredito que posições nesse sentido, principalmente advindas de juristas, levam à perpetuação do preconceito, da mesma forma que discriminamos inicialmente e por tantas décadas o concubinato, fato que levou milhares de pessoas padecerem ao desamparo ante a carga preconceituosa de se admitir tal tipo de relação, porquanto já se tratava de um fato social a que o direito já não mais podia se esquivar de cancelar. Assim ocorre atualmente com as uniões homossexuais, a entender-se que somente um estudo psicossocial aquilatado poderia definir se a convivência com pessoas que tenham tal tipo de preferência sexual poderiam gerar ou não traumas psicológicos em menores porventura adotados.

Fortalecendo tal entendimento, transcrevo depoimentos prestados por pessoas homossexuais que vivenciam tal tipo de relacionamento:⁵⁷

A VONTADE DE TER UMA FAMÍLIA – Quando eu e Marcos completamos quatro anos vivendo juntos, veio a vontade de ter um filho. Montamos enxoval para adotar um bebê. Foi um susto para toda a família. Como poderíamos criar um filho sem uma mãe? Mas eu fui criado para ter uma família: filhos, gato, cachorro, passarinho... Adotamos Débora com 5 meses. Foi uma experiência tão feliz que, seis anos depois, adotamos Lara. Elas lidam muito bem com nossa orientação sexual. Quando Débora foi para a escola, isso a abalou um pouco. Ela notou que os coleguinhas tinham um pai e uma mãe e ela tinha dois pais. Dizemos a elas que nos amamos e é isso que une uma família. Eu sofri e sofro com a discriminação e não quero que isso se repita com minhas filhas. Nós as preservamos ao máximo e as

⁵⁷ REVISTA VEJA. Ano 34, nº 27 de 11/07.2001, Editora Abril, p. 67.

preparamos para enfrentar as diferenças. *Renato, empresário* .

NAMORADO...NÃO. – Minha mãe viveu durante dez anos com Cristina. No fundo, eu sabia que elas eram mais do que amigas íntimas. Até porque no quarto delas havia uma cama de casal. Evitava perguntar porque eu não queria saber. Um dia, quando elas já haviam se separado, estava indo para a padaria com minha mãe e lancei a pergunta: “Mãe, você não tem namorado?” “namorado...não”, ela respondeu. Desci correndo do carro para não ter de ouvir o resto. Para mim, era normal. Mas eu tinha muito medo dos outros. E também pensava: “será que minha mãe vai ficar beijando outra mulher na minha frente? Mas ela sempre me respeitou muito. Tinha 14 anos na época. Tive um namorado que vivia fazendo piadinhas de gays e eu só pensava na minha mãe. Foi um alívio quando meu namorado atual soube de tudo e levou numa boa. *Marina, estudante, filha de Márcia, gerente administrativa.*

PAI É PAI E NADA MAIS - Conheci meu filho em um orfanato no Rio, em meados de Abril de 1997. Já na primeira visita, aquele menino franzino, de apenas um ano e seis meses, me chamou muito a atenção. Foi amor à primeira vista. Lembro-me de tê-lo tomado nos braços e dizer: “Eu vou mudar a sua vida e você vai mudar a minha”. Quando o conheci, sua certidão registrava apenas o nome da mãe. Pai, desconhecido. Hoje ele é filho de Ângelo Barbosa Pereira e mãe desconhecida. Faz quatro anos que ele chegou e posso garantir que minha qualidade de vida melhorou. Não acho relevante o fato de eu ter orientação sexual homossexual. Não vejo diferença entre mim e outros pais. Um pai não é homossexual, nem heterossexual, nem médico, nem bicheiro, nem nada. Pai é pai e nada mais. Minha sexualidade nada tem a ver com a dele. Se um dia ele perguntar com todas as letras, responderei com todas as letras. Não há bondade na adoção. É ato de amor ou não é nada. Se falo sobre isso abertamente, é para incentivar outras pessoas a fazer o mesmo. *Ângelo B. Pereira, professor e tradutor de inglês e alemão.*

Tais situações demonstram que, na realidade, existe ainda um preconceito arraigado na sociedade, de sorte que os vácuos existentes na legislação acabam por semear batalhas na justiça, ante a posição moderna e aquela outra, conservadora. A reportagem “ Meu pai é gay e minha mãe é lésbica” publicada na Revista Veja⁵⁸ evidencia que não há nenhum estudo sério que prove ou mesmo insinue que filhos de homossexuais, biológicos ou não, estejam mais predispostos a se tornar adultos perturbados. Aduz que na mão oposta, cresce o número de juízes, promotores e assistentes sociais que partem do princípio de que homossexuais estão aptos a criar um filho.

Nessa linha de pensamento, almeja-se possa o legislador caminhar a passos largos no sentido de acobertar situação de fato já existente e que há tanto reclama amparo judicial, especificamente no que se refere a adoção por parceiros homossexuais.

⁵⁸ Op. Cit.p. 66.

4 – A QUESTÃO DO PRECONCEITO COMO ENTRAVE A DECISÕES INOVADORAS

De há muito nos questionamos a respeito da necessidade de que o direito evolua acompanhando a ordem social vigente e os reclamos de uma sociedade que, em tese, seja politicamente organizada.

Vamos observar, conforme já narrado, que nem sempre é assim que ocorre, uma vez que o fato social surge em primeiro lugar para, após, ocorrer o amparo pelo direito de questões que há muito já reclamavam posicionamento por parte dos operadores do direito. Assim o foi com o concubinato, de sorte que a Constituição Federal veio dar amparo a situações específicas nesse âmbito, deixando de lado velhos tabus.

Nesse sentido, entendo chegado o momento de fazermos uma releitura dos modelos de família atualmente implementados em nosso país, a carecerem especial proteção do legislador ordinário e, nesse sentido, fizemos breve incursão acerca das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Mas, na realidade, seria de questionarmos o porquê dessa lentidão por parte do legislador no que se refere ao amparo de questões que muitas das vezes se fazem tão gritantes a merecerem análise imediata. Nesse caminhar, buscamos o pensamento de Agnes Heller em “ O Cotidiano e a História”, no sentido de melhor entendermos até que ponto o preconceito cria entraves, resistências a que decisões mais arrojadas sejam adotadas pelo julgador, quebrando-se o antigo conceito de um judiciário fechado em si mesmo.

Afirma Heller⁵⁹ que a função papel social não nasce casualmente, nem do nada, mas resulta de numerosos fatores da vida cotidiana dados já antes da existência dessa função e que continuaram a existir quando ela já se tiver esgotado. Assevera a autora que numerosos indícios e numerosos componentes da atitude própria do papel social já estejam, dados de modo geral na existência do homem, e, pelo menos, possam reivindicar um passado bem mais longo que a existência da função “papel social”, incorrendo fronteiras rígidas entre comportamentos destituídos do caráter de “papel” e aqueles que o possuam.

Um desses fatores seria a imitação, especificamente no que se refere a imitação do uso, uma vez que em todos os estágios sociais o homem nasce num mundo já feito, numa estrutura consuetudinária já “feita”. Assim, assimila esses usos do mesmo modo como assimila as experiências do trabalho. Para Heller o homem jamais se enfrenta com usos isolados; ele os “aprende” numa totalidade relativa, como sistema, como estrutura. Assim, o caráter estruturado do uso, a presença simultânea de várias reações consuetudinárias é um dos pressupostos da função “papel”. A sociedade para Heller não poderia funcionar se não contasse com sistemas consuetudinários de certo modo estereotipados, constituindo tais sistemas o fundamento dos reflexos condicionados do homem, sistema que permite a maior parte da sociedade mecanizar a maior parte de suas ações, a praticá-las de um modo instintivo.

Disserta a autora de forma hábil a questão do preconceito, conceituando-o como a categoria do pensamento e do comportamento cotidianos, aduzindo que os preconceitos sempre desempenharam uma função importante também nas esferas que, por sua universalidade, encontram-se acima da cotidianidade; mas não procedem essencialmente dessas esferas, nem aumentam sua eficácia; ao contrário, não só a diminuem como obstaculizam o aproveitamento das oportunidades que elas comportam.

⁵⁹ HELLER, Agnes. O Cotidiano e a História. Paz e Terra, SP, 1992., p. 88.

Assim, relata que os preconceitos, partindo da esfera da cotidianidade denotam o caráter momentâneo dos efeitos, a natureza efêmera das motivações e a fixação repetitiva do ritmo, a rigidez do modo de vida, de sorte a implicar o pensamento cotidiano também em comportamento. A unidade imediata de pensamento e ação expressa-se também no fato de que, na vida cotidiana, identificam-se o verdadeiro e o correto. O que revela ser correto, útil, o que oferece ao homem uma base de orientação e de ação no mundo, o que conduz ao êxito, é também verdadeiro. Mas a rigidez das formas de pensamento e comportamento cotidianos é apenas relativa, ou seja, pode se modificar lentamente na atividade permanente e, com efeito, geralmente se modifica.

Nesse sentido é que os juízos científicos, diferentemente dos juízos cotidianos, consideram-se provisórios até o instante em que, num determinado estágio evolutivo da ciência, as hipóteses comprovam-se como verdades, sendo confirmadas, o que torna necessário, para a autora, uma rememoração da ambivalência contida no conceito de “saber”. O que na ciência é apenas opinião pode corretamente considerar-se como saber na vida cotidiana, já que é critério da ação e já que a ação cotidiana comprova o conteúdo correto do juízo em que se baseia aquele saber. Para Heller o preconceito pode ser individual ou social. Pode o homem estar tão cheio de preconceitos com relação a uma pessoa ou instituição concreta que não lhe faça absolutamente falta a fonte social do conteúdo do preconceito. Mas a maioria de nossos preconceitos tem um caráter mediata ou imediatamente social. Costumamos, pura e simplesmente, assimilá-los em nosso ambiente, para depois aplicá-los espontaneamente a casos concretos através de mediações.

Assim, a maioria dos preconceitos, embora nem todos, são produtos das classes dominantes, mesmo quando essas pretendem, na esfera do *para-si*, contar com uma imagem do mundo relativamente isenta de preconceitos e desenvolver as ações correspondentes. Aduz Heller que o fundamento dessa situação é evidente: as classes dominantes desejam manter a coesão de uma estrutura social que lhes beneficia e mobilizar em seu favor inclusive os homens

que representam interesses diversos. Com ajuda dos preconceitos apelam à particularidade individual que em função de seu conservadorismo, de seu comodismo e de seu conformismo, ou também por causa de interesses imediatos, é de fácil mobilização contra os interesses de sua própria integração e contra a *praxis* orientada no sentido do humano-genérico. Todo preconceito, assim, impede a autonomia do homem, ou seja, diminui sua liberdade relativa diante do ato de escolha, ao deformar e, conseqüentemente, estreitar a margem real de alternativa do indivíduo.

Para concluir a breve análise ao pensamento da autora, questiona-se em sua dissertação: como libertarmo-nos dos preconceitos? Há alguma receita, algum esquema, algum conselho que garanta essa libertação? Naturalmente que não, afirma Heller. Em muitos casos, apenas *a posteriori* poderemos ver que uma união gera um preconceito, e, com muita frequência, não somos capazes de perceber o ponto histórico nevrálgico no qual nossas idéias não preconceituosas convertem-se em preconceitos. Nesse campo há tanto risco quanto em qualquer outra escolha que fazemos em nossa vida.

Não poderia deixar de retratar, no âmbito de nossas considerações o abalizado pensamento de Marilena Chaui⁶⁰ quanto discorre acerca da questão ideologia como instrumento que oculta uma realidade social. Sustenta a autora que é das relações sociais que precisamos partir para compreender os conteúdos causais dos pensamentos e das ações do homem e porque eles agem e pensam de maneira determinada, sendo capazes de atribuir sentido a tais relações, de conserva-las ou de transforma-las.

Trata-se, assim, de tomarmos tais relações como um dado ou como um fato observável, compreendendo a própria origem dessas relações sociais e de suas diferenças temporais, encarando-as como processos históricos. Penso que não pode o legislador, por tais razões, continuar preso a um passado engessado e permeado por preconceitos absurdos, servindo tais aspectos como

⁶⁰ CHAUI, Marilena. O que é Ideologia. Editora Brasiliense, SP, 2.001, p.22 .

entraves a uma modificação nas condições de vida de tantas pessoas. A esse ocultamento da realidade social denomina Marilena Chaui de ideologia. Nessa perspectiva assevera a autora que a história constitui-se como o real, e o real seria o movimento pelo qual os homens, em condições que nem sempre foram escolhidas por eles instauram um modo de sociabilidade e procuram fixa-lo em instituições determinadas, aí incluindo-se a família, as instituições religiosas, a transmissão dos costumes etc.

O que se pode perceber, assim, é a divisão de uma sociedade civil dividida em classes, imperando o poder do dominante sobre o dominado como forma de legitimação de um poder econômico, político e social. Tal circunstância, declara a autora, *tenderão a esconder dos homens o modo real como suas relações sociais foram produzidas e a origem das formas sociais de exploração econômica e de dominação política.*

Nessa explanação podemos repensar um pouco a questão da divisão social que separa os intelectuais das pessoas mais comuns, das “pessoas do povo”. Tais situações, como no caso da discriminação e da necessidade de decisões baseadas na nova realidade já exposta não seria obtida através de teorias a serem implementadas, sequer por uma *transformação de consciência*, no dizer de Chaui. Ocorre a necessidade, portanto, da tomada de decisões, mas decisões práticas e que sejam direcionadas a caminharem de encontro com os postulados já estabelecidos. Por tal razão de entender-se coerente a opinião da autora retromencionada quando se refere a existência a uma *crise de hegemonia*, como a ocorrência também de uma crise de idéias e valores dominantes, partindo da sociedade uma recusa à forma de dominação existente.

Vale transcrição da autora em abalizado pensamento:⁶¹

⁶¹ Op. Cit. p.112 .

Se a ideologia mostrasse todos os aspectos que constituem a realidade das famílias no sistema capitalista, se mostrasse como a repressão da sexualidade está ligada a essas estruturas familiares (condenação do adultério, do homossexualismo, do aborto, defesa da virgindade e do heterossexualismo, diminuição do prazer sexual para o trabalhador porque o sexo diminui a rentabilidade do trabalho alienado), como, então a ideologia manteria a idéia e o ideal da Família? Como faria, por exemplo, para justificar uma sexualidade que não estivesse legitimada pela procriação, pelo Pai e pela Mãe? Não pode fazer isso, não pode dizer isso.

Acreditamos que no campo do direito tais assertivas não que ser consideradas, porquanto as decisões advindas do Judiciário são oriundas de atores sociais que na qualidade de juristas desenvolvem papéis e desempenham a função julgadora. É nesse instante que deveria haver o divórcio da carga preconceituosa a que estão submetidos esses atores, uma vez que travestidos de operadores possuem a nobre missão de proferir julgamentos e, via de consequência, “conduzir” o cotidiano das pessoas.

Assim não ocorre, dada a uma dificuldade do que diz respeito ao isolamento de tal carga, uma vez que, segundo o pensamento de Agnes Heller, o homem costuma orientar-se num complexo social dado através de normas e estereótipos, fator que dificulta a tomada de decisões no sentido de inovação quando da tomada de decisões, uma vez que sempre pautadas em posições já sedimentadas e, no mais das vezes, arcaicas, haja vista a evolução constante a que está submetida a sociedade que, dinâmica, faz ressurgir situações peculiares e diferenciadas, a merecer especial observação por parte do legislador e, via de consequência, por todos aqueles que manejam instrumentos de aplicação do direito e, objetivamente, tendem a reestruturar o conceito de justiça, dada a

essencialidade no que se refere ao acompanhamento de tais situações que, na realidade, não podem resultar ao desamparo do direito e da tão almejada justiça.

É por tais fatores que acreditamos o direito constituir-se como tão arraigado aos velhos modelos e que decisões mais arrojadas e inovadoras possam permear decisões diferenciadas daquelas já ultrapassadas, a necessitar de uma nova forma de exteriorização do “pensar jurídico”.

O próprio fato de constituir-se o Poder Judiciário como uma instituição de caráter público, ali estando inseridos atores sociais que em que pese a moderação e a cautela na forma de agir, por serem as posturas adequadas inerentes ao julgador consciente, desprezando-se os ímpetos e a forma compulsiva de agir, há que se considerar a necessidade de que o conceito de justiça deva imperar, não prevalecendo apenas os ditames do direito.

Foi por tal configuração que em nosso país vimos, lentamente, situações que reclamavam e ainda reclamam um posicionamento por parte dos legisladores serem relegadas a um plano diferenciado, pois, de forma implícita, estamos ainda impregnados de valores que beiram o arcaico, e a inovação, via de regra, leva a questionamentos e novas posições a que o Judiciário, em sua clausura, talvez ainda não tenha atentado para a necessidade de acolher, à luz do quanto exposto no que se refere às uniões entre parceiros homossexuais.

Despir-se de padrões conservadores na busca de admitir-se uma nova roupagem é papel que deve ser acatado, a despeito de ainda termos que percorrer árduo caminho até que se chegue ao almejado conceito de justiça.

V - O CONCUBINATO E A SÚMULA 380 - UM PARÂMETRO

Ao tecermos análise acerca das novas entidades familiares surgidas ao longo das décadas e da necessidade de reconhecimento por parte do direito a respeito do reconhecimento e aplicabilidade do princípio da igualdade frente às dificuldades encontradas para reconhecer-se tais direitos, faremos um retrocesso no que se refere ao concubinato, situação que de início não fora reconhecida pelo legislador, em que pese a realidade social que à época já se fazia vigente.

Nesse sentido, e tendo o nosso Código Civil nascido em 1916, certo que tal legislação omitiu-se no que se refere a regulação das uniões extra matrimoniais impondo, por uma via indireta, punições a tais relações, mormente quando estabeleceu vedação às doações efetuadas pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice, conforme norma estabelecida no artigo 1177, vedando também a instituição da concubina como beneficiária de seguro (art. 1474). Fez referência explícita também à vedação do testador casado à concubina no que se referia a possibilidade de ser nomeada herdeira ou legatária (art. 1719).

Quando buscamos estabelecer um parâmetro entre os postulados da Súmula 380 e sua evolução, aplicando tais postulados às questões ligadas às uniões homossexuais, assim o fazemos tomando como premissa a circunstância de que as uniões entre pessoas com tal orientação sexual caminham para um reconhecimento no campo do Direito tomando a mesma direção, seguindo a mesma via que o reconhecimento do concubinato e da união estável.

Era opinião de juristas conceituados, a exemplo de Washington de Barros Monteiro que *estender os braços protetores aos concubinos terminará, sem*

*dúvida, por prejudicar e comprometer a estabilidade e a dignidade da família legítima.*⁶²

Em vários julgados considerou-se a convivência *more uxorio* como algo imoral, atentando contra os princípios éticos, a exemplo da decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Paraná na Apelação Cível nº 367-57 prolatada em 29 de Abril de 1958, ali não se concedendo alimentos à mulher separada que viveu em concubinato mesmo após o falecimento de seu companheiro, alegando-se perda de tal direito por haver levado uma vida desonesta. No mesmo sentido ocorreram decisões oriundas do Tribunal de Justiça de São Paulo nas Apelações Cíveis de nºs 80.335/57, 61.621/53, 83.673/57, 65.664/54; do Tribunal de Justiça da antiga Guanabara na Apelação Cível de nº 81.882/73., conforme narrado por Luzia Rosa Leite de Converti. Conforme tais decisões a mulher que tivesse uma relação concubinária seria considerada de vida irregular e desonesta, perdendo, via de consequência, o direito ao reconhecimento da união anteriormente havida e seus consectários direitos.⁶³

Em que pese a situação instalada, constituíam-se as famílias de fato como fator relevante, gerando efeitos no campo do direito, iniciando-se um processo jurisprudencial nos Tribunais de respeitabilidade ao novo instituto, não acenando os juristas, entretanto, para a aplicação às famílias de fato das mesmas prerrogativas afetas à família legítima. As decisões originárias do Supremo Tribunal Federal referiam-se a institutos estranhos ao Direito de Família, conforme adiante melhor narraremos, com o intuito de resolução às pendências havidas entre os conviventes, nos precisos termos da **Súmula 380/1963** do Supremo Tribunal Federal, nascida da necessidade de reconhecimento pelo direito a tais pendências.

⁶² MONTEIRO, Washington Barros, Direito de Família, SP, Saraiva, 1964.

⁶³ CONVERTI, Luzia Rosa Leite de. As Relações Patrimoniais nas Uniões sem Vínculo Legal. Forense, 1985, p.62/63.

Anteriormente ao acolhimento de tal fato, não podia mais o direito eximir-se a reconhecer situação preexistente, de sorte que surgiu a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal⁶⁴, aduzindo o seu conteúdo:

Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Tal decisão, mesmo não possuindo a força de uma lei, uma vez que referia-se a simples orientação, representou um marco na iniciação das decisões acolhendo as uniões concubinárias, em que pese as decisões ocorrerem, inicialmente, de forma tímida. Via-se, ali, a necessidade da aplicação de uma propalada justiça social e do princípio da equidade, a reconhecer-se uma sociedade de fato calcada em comunhão de bens, se existentes, caracterizando-se, à época, uma comunhão societária, com união de esforços econômicos objetivando a formação de um patrimônio. Tais fatos levaram a doutrina e a própria jurisprudência, como um todo, a acolherem a Súmula 380, elegendo-a, destarte, como via de conduta às decisões posteriores.

Com efeito, conclui-se que não bastaria a convivência *more uxorio* para acolhimento às pretensões dos conviventes, exigindo-se uma comprovada participação de fins patrimoniais comuns, com ajuda recíproca, ou seja, ambos os conviventes deveriam demonstrar terem-se empenhado para a realização de um patrimônio comum, de sorte que somente assim admitia-se a relação societária. Evitava-se, desta forma, a ocorrência de um dano injusto ou da prática do enriquecimento ilícito. Assim ocorria dada a necessidade da comprovação de tal sociedade, bem como do período relativo à convivência, requerendo-se a comprovação da efetiva prestação de serviços, sendo que tais serviços, mesmo os

⁶⁴ ROSAS, Roberto. Direito Sumular. SP, Revista dos Tribunais, 1989, p.169 .

de ordem estritamente doméstica já serviam de embasamento ao acolhimento da pretensão.

Observamos que inicialmente, conforme já narramos, decisões começaram a apontar de forma isolada em nosso país, conquanto ainda o legislador ordinário não houvera cuidado de codificar a matéria. Essa evolução a que fazemos referência parece-me idêntica ao percurso ora perseguido pelas uniões entre parceiros homossexuais, inicialmente sob o aspecto da questão do preconceito para aceitação a tal tipo de situação; segundo pelo fato de existir uma emergência premente, uma verdadeira grita social para que o direito acolha situações já postas.

Ao nosso ver, os caminhos perseguidos carecem da mesma observação e de idêntica análise. E porquê elegemos a Súmula 380 para fazer tal parâmetro?

Ora, já dissemos que historicamente o concubinato era considerado como uma situação normal e frequente dentro do contexto social.⁶⁵ Antes de o Direito Constitucional ter dado amparo à matéria, tais uniões já eram tratadas pela doutrina e pela jurisprudência, a exemplo do que ocorre hoje com relação às uniões homossexuais, de sorte que a insistência em tal ponto redundou na Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, cuja aceitação deu-se também por parte do Superior Tribunal de Justiça. Não obstante, a aplicação da Súmula restringia-se a aceitação de uma mera dissolução da união comprovada e consequente partilha de bens, se existentes, situação que gerou dúvidas no que se refere a permissividade à aceitação do instituto no âmbito do Direito de Família.

Pensavam os conservadores que o não amparo a tais entidades familiares implicaria na ausência de oportunidades de pretensões além do quanto estabelecido na Súmula que deveria tratar somente questões afetas à partilha de

⁶⁵ Afirma Eduardo Leite de Oliveira em *O Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento* p. 81, que historicamente o concubinato era tipo como uma instituição comum em todas as camadas sociais romanas, tendo passado desde uma situação de ilegitimidade, na época

bens. Imaginava-se que a questão não deveria ser tratada no âmbito do Direito de Família, conforme já dito, por haver uma consideração apenas ao aspecto contratual de tais relações, razão que levaria a apreciação da matéria ao campo do Direito das Obrigações ou mesmo dentro do Direito Comercial.

Observaram os julgadores, entretanto, que os postulados da Súmula 380 não atendiam aos anseios de uma sociedade que travava uma luta ferrenha buscando o reconhecimento aos direitos dos concubinos, não cabendo ali, observado o espectro de sentimentos que envolviam tais relações – ódio, amor, paixão, vingança, disputas -, ater-se aos mandamentos mínimos expressos na matéria sumulada, porquanto tais valores caminhavam para além do campo das obrigações. Iniciaram-se, assim, postulações que se referiam a partilha de bens cumuladas com pleitos indenizatórios, conquanto não resultasse comprovada a existência da formação de um patrimônio comum, sendo a mulher, via de regra, autora de tais ações, uma vez que era apenas doméstica, auxiliando indiretamente na formação do patrimônio do casal.

Tinham-se como exemplos de contribuição indireta a criação e formação no que se referia a educação dos filhos, os afazeres domésticos, o resguardo do lar, considerando que o companheiro exercia suas funções laborais fora de casa e por tal razão não poderia ater-se a tais afazeres. Assim, os nossos tribunais começaram a estabelecer quantias a título de indenizações e que correspondiam ao período em que perdurara a união, ocorrendo variação segundo critérios estabelecidos pelos juízes, via de regra fixados com base no salário mínimo.

Iniciaram-se também pleitos relativos a Pensão Alimentícia, tomando-se por base a Lei 5.478/68 – Lei que dispõe sobre Alimentos - . Entretanto, obstaculizadas tais ações pela falta do vínculo parental, que se constituía como condição indispensável ao pleito, condição que deveria ser comprovada conjuntamente com o pedido inicial. Tal direito foi inicialmente

da República a reconhecimento oficial no início do Império, com Augusto, sob o único requisito da união de fato duradoura.

denegado a pretexto da inexistência de equiparação constitucional entre casamento e união estável. Antes da Constituição de 1988 não se tem notícias de que tenham sido acolhidas decisões nesse sentido. Não obstante, após a Constituição de 1988 iniciou-se a admissão, ainda que de forma restrita e discreta de acolhimento a pretensão alimentar entre concubinos, sendo a 1ª decisão emanada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com base em forte corrente alternativista nascida naquele Estado. A matéria começou a ser analisada, então, no campo jurisprudencial.

Vale transcrição do aresto oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

ALIMENTOS – *Com o advento da nova Carta Constitucional, que deferiu à união estável proteção estatal, comprovada a sua existência, exsurge a obrigação alimentar entre ambos. (TJRS – Ap. 590069308 – 8ª CC Relatora Juíza Maria Berenice Dias. Decisão em 20.12.90)*

Importante relembrar que tal decisão foi modificada em sede de Embargos Infringentes.

Iniciou-se, então, tímido posicionamento da jurisprudência acerca da pretensão do direito a alimentos pleiteados pela concubina. Era tal pretensão, inicialmente, taxativamente considerada carecedora de ação. Deveria, então a concubina optar pela remuneração dos serviços prestados, ou optar pela partilha dos bens adquiridos durante a vida *more uxorio*, haja vista que não concebia a doutrina, sequer a jurisprudência, o acolhimento conjunto a tais pleitos.

Longo foi o caminho percorrido até que se chegassem às Leis que acolheram o concubinato. Ações surgiram também, no sentido de se buscar a tutela para Ações de Separação de Corpos, tão comuns nas Ações de Separação

Judicial e Divórcio. Entretanto, tais pleitos também não mereceram acolhida inicial, sob o argumento de que tais relações fáticas não implicavam na coabitação necessária entre os companheiros, não se devendo impor qualquer efeito jurídico negativo ao concubino sem que se retirasse do lar, motivação para que tais ações fossem extintas sob o argumento da falta de possibilidade jurídica ao pedido. Situações, entretanto, começaram a surgir a exemplo da prática de agressões físicas perpetradas por um dos companheiros e casos específicos da necessidade de proteção e amparo aos filhos, havendo as decisões evoluído no sentido de acolhimento por parte do julgador, com fundamento no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que assim assevera: “*Art. 5º CC – Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*”

A promulgação das Leis 8.971/94 e 9.278/96 trouxeram, por sua vez, estabilidade à discrepância jurisprudencial instalada, com pretensão de uniformização aos entendimentos já instalados, ampliando-se, entretanto, o entendimento já formalizado na Súmula 380.

Foi em torno de 1930 que começaram a surgir os primeiros julgados conferindo à mulher direito à remuneração por serviços domésticos prestados, pleitos esses que se constituíam, na realidade, como pedidos de indenização pelo período em que havia mantido relação concubinária, alegando-se a aplicabilidade do enriquecimento ilícito, caso não acatado o pleito. Naquela época a concubina era traduzida, pela própria linguagem dos Tribunais *como a amante, a mulher dos encontros velados, frequentada pelos homens casados que conviviam ao mesmo tempo com a concubina e a esposa*. Também era chamada de mulher de lar clandestino, oculto, velado aos olhos da sociedade, com prática de bigamia.⁶⁶

Foi no ano de 1963 que o Supremo Tribunal Federal consagrou a Sociedade de Fato através da Súmula 380, considerando a existência de uma

⁶⁶ Citação efetuada por Mary Amélia Barros Muniz na Revista Consulex, ano VI, nº 120 de 15.01.2002 oriundas do Recurso Especial nº 83.930 de SP.

“sociedade contratual” entre os concubinos e que seria regida pelo Direito das Obrigações, com base nos postulados contidos no artigo 1.363 do Código Civil

Nesse sentido, temos que a relação concubinária era tida como uma relação adúltera, impingindo-se à palavra forte carga de preconceito. Para comprovar tal assertiva, sabe-se que em 1947 o Ministro Hahnemann Guimarães, então Ministro do Supremo Tribunal Federal, em RT 125/616⁶⁷ asseverou que a ordem jurídica ignorava a existência do concubinato, rejeitando de forma absoluta esse tipo de relacionamento. Afirmou o Ministro: “*O ordem jurídica ignora a existência do concubinato.*”

Tais posições eram consideradas à época absolutamente normais, dada a grande carga preconceituosa que se atribuía à mulher que convivia com parceiro sem que anteriormente fosse submetida à consagração religiosa e ao modelo de casamento daquele momento, que era, por certo, marcado pelo casamento civil, ou seja, pelo próprio casamento notarialmente reconhecido.

Entretanto, no Brasil tal conduta não era tipificada como crime, em que pese a falta de regulamentação para a matéria. Em que pese tal falta, não havia norma impedindo tal prática. Certo é que muitos civilistas resolveram ignorar o tema por considerá-lo imoral, outros por acreditar ser a matéria irrelevante do ponto de vista jurídico. Tem-se que no nosso país a apreciação de tal matéria versa de época recente, apesar de já se constituir de há muito como um fato social dominante. Na atualidade é que o tema vêm merecendo destaque constante, uma vez que a Constituição de 1988 deu uma maior abrangência ao tema, deslocando-o, inclusive, para o Direito de Família, porquanto era tratado inicialmente no campo do Direito das Obrigações.

Caracterizam-se as uniões livres, portanto, e na lição de Rodrigo da Cunha Pereira⁶⁸ como aquela que não se prende às formalidades exigidas pelo

⁶⁷ RT 125/616

⁶⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e União Estável. Editora Del Rey, BH, 1997, p.29 .

Estado, ou seja, uniões não-oficiais e com uma certa durabilidade. Pode-se denomina-las, também, de concubinato.

Relata o autor⁶⁹ traduzindo pensamento de Caio Mário da Silva Pereira que o concubinato,

apesar de combatido pela Igreja, nunca foi evitado, nunca deixou de existir. E se os canonistas o repudiavam de iure divino, os juristas sempre o aceitaram de iure civile. Quem rastrear a sua persistente sobrevivência, por tantos séculos, verá que em todas as legislações, em todos os sistemas jurídicos ocidentais houve tais uniões, produzindo efeitos mais ou menos extensos.

A Constituição de 1988 passou a dar amparo ao concubinato como sendo uma das formas de família. Após, advieram as Leis 8.971/94 que regula os direitos dos companheiros a alimentos e a sucessões e a Lei 9.278/96 que regulamenta o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal.

Tem-se que não pretendeu a jurisprudência dar foros de legalidade ao concubinato, mas reconhecer as consequências advindas dessa união, principalmente quando da existência de auferimento de vantagens conquistadas pelo esforço comum entre os conviventes.

A jurisprudência do STF começou a aplicar, assim, a Súmula 380 para admitir a sociedade entre os conviventes pela existência do concubinato, possibilitando a partilha, decisão que deu margem a que várias ações fossem julgadas tomando-se por base tal Súmula, haja vista que o direito não poderia ficar indiferente a tais relações, uma vez que representavam um número significativo

⁶⁹ Op. Cit.p. 30 .

dentro da sociedade brasileira.

Afirma Cláudia Grieco Tabosa Pessoa⁷⁰ que o enunciado da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, com a evolução jurisprudencial ocorrida nessa mais Alta Corte de Justiça, entendeu como harmonizada a orientação consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça. Por tal evolução, começou-se a admitir a contribuição indireta para a formação do patrimônio dos concubinos.

Com o reconhecimento constitucional e regulamentação através das Leis 8.971/94 e 9.278/96 confirmou-se o entendimento no que concerne à equiparação da união estável a uma nova espécie de casamento de fato. A decisão de viver sob o mesmo teto sem a realização do casamento civil, com ou sem filhos, ganhou o reconhecimento da legislação brasileira, conforme anteriormente citado e foi batizada de união estável.

Segundo matéria publicada na Revista Veja⁷¹, com a divulgação pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) dos resultados do censo 2000 referentes à constituição da família brasileira, obteve-se um quadro real daquela que é uma das principais tendências atuais: o crescimento vertiginoso da união estável, acompanhado da queda do ritmo do casamento em cartório.

Assim, dada a tal realidade social e acatamento pelo direito de uma questão de fato, viu-se o operador mobilizado a amparar tais direitos, valendo exposição de alguns deles que, detalhadamente, vieram expressos na matéria da revista mencionada.

⁷⁰ PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa. Efeitos Patrimoniais do Concubinato. Ed. Saraiva, SP, 1997.

⁷¹ Revista Veja. Edição 1713, ano 34, nº 32, Abril Cultural, p.138.

QUADRO 02 – DIREITOS ADQUIRIDOS PELOS CONCUBINOS APÓS A LEI 9.278/96

Situação anterior	Efeitos
Patrimônio anterior	Pertence a cada um separadamente
Patrimônio adquirido durante a união	Pertence aos dois igualmente
Dívidas anteriores	São de responsabilidade exclusiva de cada um
Dívidas contraídas durante a união	Responsabilidade do casal, se beneficiaram a família
Doação recebida	Fica com cada um separadamente
Venda de imóveis e bens comuns	Não exige autorização do parceiro, mas a parte lesada pode pleitear ação judicial
Conta bancária	Os dois podem abrir conta conjunta
Imposto de Renda	É aceita a declaração conjunta
Pensão alimentícia	Após separação, ambos têm direito
Guarda dos filhos comuns	Quando não há consenso entre o casal, o juiz decide
Pensão para os filhos	Os filhos comuns têm direito a pensão
Herança recebida	Pertence apenas ao parceiro que recebe
Herança deixada	Em caso de morte de um dos parceiros, o parceiro tem direito a herança e usufruto
Adoção de sobrenome do parceiro	Pode ser feita por meio de processo judicial

Fonte: Revista Veja, ano 34, nº 32 de 15.8.2.001, Ed. Abril, p.138/139 .

Observamos, dessa forma, o grande avanço que se operou no campo jurisprudencial e doutrinário a partir do advento da Súmula 380, quando, inicialmente e de forma tímida, o Supremo Tribunal Federal reconheceu à concubina o direito à meação. Percebe-se que, a partir daquele instante, viu-se o direito obrigado a acolher uma situação de fato, bem como a necessidade de evoluir na tentativa de criar instrumentos para regulamentar uma realidade social.

Ante a necessidade de tal evolução, progrediram as decisões judiciais, até que se chegou ao reconhecimento dessas uniões pela própria Constituição Federal e, posteriormente, regulamentados os dispositivos através

das Leis 8.971/94 e 9.278/96, com o balizamento de direitos conforme anteriormente transcrevemos.

Não pode, é verdade, imiscuir-se o julgador de proferir julgamentos, sob a afirmação da inexistência de lei que ampare situação de fato.

VI - AS FONTES DO DIREITO COMO ELEMENTOS BALIZADORES ÀS DECISÕES JUDICIAIS

Na lição de Norberto Bobbio⁷² entende-se por completude a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular cada caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente “lacuna”, completude significa falta de “lacunas”. Tem-se que um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma qualquer para o caso que se lhe apresente, ou seja, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema.

Nesse contexto, tem-se regulamentado que o juiz é obrigado a julgar todas os casos que se apresentem a seu exame e com base em uma norma pertencente ao sistema. Para tanto, poderá recorrer às fontes do direito, aos costumes, à analogia e aos princípios gerais que o norteiam.

Fonte Jurídica seria a origem primária do direito, confundindo-se com o problema da gênese do direito. Trata-se de fonte real ou material do direito, ou seja, dos fatores reais que condicionaram o aparecimento da norma jurídica. Na lição de Pietro Perlingieri,⁷³ o direito positivo pode exercer uma dupla função, dependendo do fato de se propor simplesmente a conservar as situações presentes na sociedade, adaptando as próprias regras às de natureza social preexistentes; ou a modificar a realidade criando novas regras.

⁷² BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Editora UNB, 1999, p.115 .

⁷³ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 2 .

Assim Norberto Bobbio⁷⁴ define fontes do direito: “Aqueles fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas.”

Nesse sentido, o conhecimento de um ordenamento jurídico é também de um setor particular desse ordenamento. Essencial notar, portanto, que o que interessa numa teoria geral do ordenamento jurídico não é tantas quantas e quais sejam as fontes do Direito de um ordenamento jurídico moderno, mas o fato de que, no mesmo momento em que se reconhece existirem atos ou fatos dos quais se faz depender a produção de normas jurídicas – fontes do direito –, reconhece-se o ordenamento jurídico, que além de regular o comportamento das pessoas, regula também o modo pelo qual se devem produzir as regras. Costuma-se dizer que o ordenamento jurídico regula a própria produção normativa.

Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁷⁵ afirma que, em verdade, a expressão fonte do direito é uma metáfora cheia de ambiguidades. O uso da palavra está transposto e pretende significar origem, gênese. As discussões sobre o assunto revelam que muitas das disputas resultam da ambiguidade, posto que por fonte quer-se significar simultaneamente e às vezes confusamente a origem histórica, sociológica, psicológica, mas também a gênese analítica, os processos de elaboração e de dedução de regras obrigatórias, ou ainda a natureza filosófica do direito, seu fundamento e sua justificação.

Diz o autor que a teoria das fontes tem a ver, primordialmente, com o problema da identificação do que seja direito no contexto da sociedade moderna. A aplicação do direito aos fatos, reconhecido como um fenômeno em constante câmbio, exige critérios para a qualificação jurídica de manifestações prescritivas da conduta social como normas, numa sociedade marcada pela perda de padrões estáveis, como o direito natural.

⁷⁴ Op. Cit.p.45 .

⁷⁵ JR. Tércio Sampaio Ferraz. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo, Atlas, 1994, p.224.

A dogmática, desde o século XIX, desempenha esta função, pois a consciência da mutabilidade gerou insegurança e incerteza que não podiam mais ser contornadas por postulados subconscientes como “forças sagradas”, “postulados da razão” ou “tradições inquestionáveis”.

Henri Lévy-Bruhl⁷⁶ afirma que a palavra fonte é tomada em empréstimo aos fenômenos da natureza. Refere-se ao ponto em que um curso de água emerge da terra, ao lugar onde ele nasce. Em matéria de direito, a palavra liga-se igualmente a essa idéia de nascimento, de origem, mas costuma ser usada em duas acepções diferentes, que convém não confundir. No primeiro sentido, chamado histórico ou documentário, entende-se por fontes os dados de qualquer natureza que permitam que conheçamos o direito. Trata-se, quase sempre, a partir de um certo nível de civilização, de documentos escritos. Pode-se dizer, portanto, que as fontes do direito romano consistem em manuscritos, nas inscrições, nos papiros, nas alusões ao direito contidas na literatura latina. Podem ser também monumentos arqueológicos, ritos, tradições orais etc. Em suma, tudo aquilo que nos pode informar sobre as instituições jurídicas presentes ou passadas é uma fonte do nosso conhecimento.

O sentido dogmático da palavra fonte, segundo Lévy Bruhl,⁷⁷ está mais próximo da metáfora da qual procede. Designa, com efeito, a origem do conjunto das normas jurídicas. Responde à pergunta: de onde vem o direito?

Para analisarmos tal questionamento, necessário estabeleçamos um parâmetro entre o direito dogmaticamente visto e a concepção sociológica. Bem explicitou tal questão o sociólogo Luciano Oliveira ⁷⁸ao efetuar o seguinte questionamento: que problemas se colocam à idéia de captação da realidade com finalidades normativas, via sociologia jurídica, se os fatos às vezes contrariam valores como, por exemplo, os direitos humanos? Responde ao questionamento

⁷⁶ BRUHL, Hénri Lévi. *Sociologia do Direito*. São Paulo, 1997, Martins Fontes, p.38.

⁷⁷ Op. Cit. p.40.

⁷⁸ OLIVEIRA, Luciano. *Direito, Sociologia Jurídica, Sociologismo*. Texto apresentado no 8º Encontro Nacional da ANPOCS em Águas de São Pedro, SP, Outubro/1984.

com base na idéia de que o direito, de há muito, é entendido como sendo um ordenamento jurídico estatal, necessitando estar adequado ao tempo e ao povo aos quais se aplica.

Para Oliveira,⁷⁹ observando o pensamento de Carbonnier, uma das citações mais utilizadas sobre o sociologismo jurídico é a que o considera um enfoque “que se caracteriza por situar nas profundezas da vida social a única fonte de direito”.

Sustenta o pensamento de Eugen Ehrlich que o direito emana do grupo social, sob a afirmação de que existe na sociedade um direito vivo que não está nas proposições jurídicas do direito positivo, mas que domina a vida, de sorte que as normas jurídicas expressam a maneira pela qual esse grupo entende devam ser estabelecidas as relações sociais. Esse modo de ver é bastante diverso daquele que geralmente é ensinado. A doutrina corrente sobre as fontes do direito não coloca claramente a questão da origem da norma jurídica, a qual, não obstante, é primordial; dirige seus esforços para as diferentes modalidades que elas revestem – lei, costume, jurisprudência, doutrina – dando assim a impressão de que tais modalidades são radicalmente diferentes umas das outras. Ao contrário, para o sociólogo, as fontes formais do direito, que os juristas distinguem, não passam de variedades de uma só e mesma fonte, que é a vontade do grupo social.⁸⁰

⁷⁹ OLIVEIRA, Luciano. Direito, Sociologia Jurídica, Sociologismo. Texto apresentado no 8º Encontro Nacional da ANPOCS, Águas de São Pedro, SP, 1984, p.09 .

⁸⁰ Para Perlingieri a norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora de relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. A normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores. Para o civilista apresenta-se um amplo e sugestivo programa de investigação que se proponha à atuação de objetivos qualificados: individuar um sistema do direito civil mais harmonizado aos princípios fundamentais e, em especial, às necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos e, principalmente, daqueles civilísticos, evidenciando os seus perfis funcionais, numa tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor; verificar e adaptar as técnicas e as noções tradicionais (da situação subjetiva à relação jurídica, da capacidade de exercício à legitimação, etc.) em um esforço de modernização dos instrumentos e, em especial, da teoria da interpretação. Op. Cit. p. 12 .

Importante salientar a questão da dominação como elemento constituinte da própria realidade – dado bastante explorado no texto – no sentido de que tal dominação não se encontra expressa na sociologia jurídica postulada por Ehrlich, sequer nos postulados positivistas em geral. Assim, Durkheim, em sua teoria clássica assevera que os fatos sociais devem ser tratados como coisas, isto é, a necessidade de uma descoberta no que se refere as leis que regem o social, sem que se tome partido.

Em verdade, assim não seria, haja vista que a perspectiva sociológica é no mais das vezes equivocada, conforme lição de Oliveira, porquanto acolhe a idéia do distanciamento da lei em relação à sociedade, do distanciamento no que diz respeito aos valores ditados pelo legislador em confronto aos valores locais já estabelecidos.

Aduz Oliveira:⁸¹

A idéia de constituição da sociologia jurídica como um saber que teria como uma de suas finalidades investigar na realidade as práticas jurídicas efetivamente vigentes – e portanto capazes, num segundo passo, de subsidiar o legislador -, é uma idéia que, de certa forma, se confunde com o próprio sentido funcional da disciplina, que já desde os seus primórdios, ao afirmar-se em oposição à dogmática jurídica, tendeu a uma valoração das práticas jurídicas concretas como sendo o verdadeiro direito, em contraposição aos modelos jurídicos enunciados no ordenamento oficial. Trata-se, sem dúvida, de uma visão sociologista do direito.

Vicente Ráo⁸², dissertando acerca do tema, aduz que Savigny, após haver demonstrado que este problema não se confunde com o das normas

⁸¹ Op. Cit.p. 9 .

⁸² RÃO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p.248 .

das relações jurídicas, nem com o das fontes das relações jurídicas, nem com o das fontes históricas da ciência jurídica ensina:

Poder-se-ia crer numa origem diversa do direito segundo a influência do acaso, ou do arbítrio humano, ou da reflexão, ou da ciência. Mas, contra semelhante hipótese, opor-se-ia esse fato indiscutido: sempre e quando uma relação jurídica se apresenta ao espírito e é posta em questão, verifica-se que de há muito já existia uma norma para disciplina-la, de sorte que nada mais se faz necessário, nem mais é possível inventá-la.

Narra Ráo⁸³ que é ao direito assim pré-constituído e realmente existente, que Savigny chama de direito positivo, acrescentando ser o povo o sujeito no qual e para o qual este direito tem existência, não no sentido de ser criado pela vontade dos indivíduos, singularmente considerados, dos quais o povo se compõe, mas no sentido de sua criação pela consciência comum, pelo espírito popular, que vive e age universalmente em todos os indivíduos. A prova dessa origem encontra-se no reconhecimento geral e uniforme do direito positivo e no sentimento de íntima necessidade, que lhe acompanha a idéia; e assim o direito não vive na consciência comum do povo sob a forma de uma regra abstrata; nela existe, sim, sob a forma de uma intuição viva dos institutos jurídicos, considerados em seu complexo orgânico da qual se extrai, quando a necessidade surge, a regra de direito revestida de forma lógica.

Fonte substancial do direito, pois, é a consciência comum do povo, que dá origem e legitimidade às normas lógicas que, delas, razão extrai.

⁸³ Op. Cit.p. 249 .

O termo fontes pode ser compreendido num sentido material, que é, seja o que for que se diga, o sentido imediato. As fontes de um direito constituem os fenômenos e as idéias a que ele se refere para enunciar as suas prescrições. Assim distingue-se um direito capitalista de um direito feudal e este de um direito muçulmano. Por fonte entende-se, pois, aquilo de onde se extraiu o sistema jurídico, aquilo de que ele se constituiu, o seu conteúdo. Este ponto de vista não é nunca, em geral, apontado pelos juristas, pois isso obriga-los-ia a falar das realidades. Tudo isso são questões de sociologia ou de história. Pelo contrário, os juristas vão tomar a palavra fonte num sentido puramente formal: o de técnica de edição de regras, das normas. São, portanto, separados em dois significados da palavra fonte: um sentido material e um sentido formal.

Fonte formal são os modos de manifestação do direito mediante os quais o jurista conhece e descreve o fenômeno jurídico. Logo, quem quiser conhecer o direito, deverá buscar a informação desejada nas suas fontes formais, ou seja, na lei, nos arquivos de jurisprudência, nos tratados doutrinários. As fontes formais podem ser estatais e não estatais. As estatais subdividem-se em legislativas, (leis, decretos, regulamentos) e jurisprudenciais (sentenças, precedentes judiciais, súmulas). As não estatais abrangem o direito consuetudinário (costume jurídico), o direito científico (doutrina) e as convenções em geral ou negócios jurídicos.

Fonte material ou real – não se incluem aí somente os fatores sociais, que abrangem os históricos, os religiosos, os naturais (clima, solo, raça), os demográficos, os higiênicos, os políticos, os econômicos e os morais (honestidade, decoro, decência, fidelidade, respeito ao próximo), mas também os valores de cada época (ordem, segurança, paz social, justiça) dos quais fluem as normas jurídico-positivas. São elementos que emergem da própria realidade social e dos valores que inspiram o ordenamento jurídico.

Há um pluralismo de fontes reais do direito, pois se o direito coexiste com a sociedade, tudo que pode influir sobre esta pode influenciar aquele. Se as normas jurídicas têm os mais variados conteúdos não podem

derivar de um fator único. As fontes materiais são, portanto, o direito positivo, mas tão-somente o conjunto de valores e de circunstâncias sociais que, constituindo o antecedente natural do direito, contribuem para a formação do conteúdo das normas jurídicas, que por isso, têm sempre a configuração determinada por esses fatores, que também encerram potencialmente as soluções que devem ser adotadas na aplicação das normas jurídicas.

Em suma, as fontes materiais consistem no conjunto de fatores sociais determinantes do conteúdo do direito e nos valores que o direito procura realizar fundamentalmente sintetizados no conceito amplo de justiça.

Conclui-se que a expressão fontes do direito pode ser empregada em diversos sentidos. Entre os múltiplos sentidos do termo, entende-se por fonte do direito comumente não a norma, mas os fatos ou atos dos quais, através da interpretação, se extrai a norma. As fontes, por sua vez, são individuadas por outras normas, às quais Perlingieri alcunha de “normas sobre a produção jurídica”. Dentre eles o que mais de perto nos toca são os sentidos sociológico e jurídico.

Observamos, dessa forma, que se constitui o grupo social como fonte geradora de normas, a observar-se que, na verdade, tem-se que nasce o fato social, e dele emerge toda uma carga coletiva de pressões no que se refere a busca por parte da sociedade da observância ao fato, devendo os direitos que dele emanam receber o amparo no campo jurídico, não podendo o cidadão, por conta das dificuldades encontradas no ordenamento, ver-se à mercê do desamparo legal por força de qualquer lacuna existente nesse ordenamento e que, conforme descrevemos, poderá ser suprida, observada que seja qualquer das fontes mencionadas. Não pode o operador do direito, em verdade, furtar-se de resolver conflitos de interesses sob a inócua alegação de que a matéria ainda não fora apreciada pelo legislador ordinário.

No nosso sistema, as normas expressas na Constituição Federal estão em posição de supremacia, uma vez que ocupa a Constituição o lugar mais alto na hierarquia das fontes, impondo-se, destarte, devam os juristas levar em

consideração a prioridade hierárquica das normas constitucionais na aplicação do caso concreto.⁸⁴

Tem-se, portanto, que o ordenamento considerado de forma global compõe-se de normas diversas, estando em seu ápice a norma constitucional, impondo-se ao jurista uma harmonização entre tais fontes, num esforço contínuo, especificamente no que condiz ao respeito à hierarquia, não respondendo apenas a uma expressão de certeza formal do ordenamento para resolver os conflitos entre as normas emanadas por diversas fontes. Há que se observar uma lógica substancial, seja no que se refere aos valores que deverão ser aplicados em conformidade com a filosofia de vida presente acoplada ao modelo constitucional. Dessa forma, a Constituição, considerada fonte suprema, implica na observância a determinados procedimentos donde emanarão as normas (a infraconstitucional), atendendo o conteúdo daquela aos valores que serão organizados pela própria Constituição.

Daí a necessidade de uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição Federal, pleiteando-se o evitamento da assunção de significados ambíguos e problemáticos, o que, conseqüentemente, implica em uma adequada reflexão sobre o papel global que o texto constitucional exerce na teoria das fontes do Direito.

Segundo Pietro Perlingieri, a norma constitucional seria um mero “limite” ou “barreira” à norma ordinária. Os enunciados normativos ordinários, enquanto não ofenderem um interesse constitucionalmente protegido, assumem, autonomamente, significado e fundamento, como expressões de um sistema completo e totalmente legítimo. Nesse sentido, a norma constitucional atuaria excepcionalmente e de forma residual, mas sempre sem incidir sobre a atividade interpretativa dos enunciados normativos ordinários.

⁸⁴ Na lição de Perlingieri o conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia, traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera. Não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem os ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora. Op. Cit.p. 5.

Não se pode, assim, negar que existam normas constitucionais que se propõem a estabelecer limites às ordinárias; mas que essa seja, por definição, a única função da norma fundamental, pode-se certamente refutar. Afirma o retromencionado autor que o recurso à noção de limite impede, outrossim, que a norma constitucional possa ser utilmente reconhecida como verdadeira norma por parte dos operadores jurídicos. Seria consentido a estes tão-somente interpretar e aplicar a norma ordinária, mediante o esquema lógico da subsunção, com a reserva, todavia, de excepcionar, nos limites e com as modalidades previstas, o seu defeito de legitimidade constitucional.

Não há que se considerar, nesse desiderato, que questões atuais sejam rejeitadas com base em sentimentos preconceituosos, sob o “disfarce” de que o nosso ordenamento jurídico ainda não regulamentou determinadas matérias, havendo a necessidade de que observemos que o fato social impõe ao julgador apreciação a quaisquer questões que se lhe apresentem, a observar-se, dessa forma, a necessidade de amparo a questões afetas aos direitos oriundos de famílias formadas por casais homossexuais, o amparo ao direito dos filhos oriundos dessa entidade familiar, sejam eles adotados ou mesmo nascidos de processos como a inseminação artificial, uma vez que se constituem como matéria de primeira ordem, sem rejeição à necessária observância às questões patrimoniais que daí defluem e que o novo código olvidou de considerar.

Sustenta John Rawls⁸⁵ ser a justiça a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas do pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas e abolidas se são injustas.⁸⁶

⁸⁵ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Martins Fontes, SP, 2.000, p. 33 .

⁸⁶ Assevera Rawls que essas proposições parecem expressar a sua convicção intuitiva sobre a primazia da justiça. O seu desejo seria indagar se essas afirmações ou outras semelhantes são bem fundadas, e, caso o sejam, como se podem explicar. Com esse intuito é necessário elaborar uma teoria da justiça à luz do qual essas asserções possam ser interpretadas e avaliadas. Iniciou apreciando o papel dos princípios da justiça, sob a afirmação de ser a sociedade uma associação mais ou menos eficiente de pessoas que em suas relações mútuas reconhecem certas regras de

Interessa salientar, portanto, em que pese o direito institucionalizado, observância ao direito emanado do âmbito social ao qual clama o povo, ainda que numa remota idéia acerca daquele constitucionalizado e estatal, mas com uma idéia, essa premente, daquele conceito de justiça há tanto apregoado por Sócrates, sacramentado por Platão e divulgado desde a antiguidade até a pós-modernidade, conceito esse que em que pese o passar dos milênios tem-se como moderno, legal e abrangente. Esse o conceito de justiça desejado, ansiado pela marginalidade e ainda distante dos organismos institucionais, conquanto o direito, numa visão ainda soberana e absolutista, não cuidou de aquiescer.

VII - A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: BREVE ANÁLISE

A Constituição brasileira de 1988 deu enfoque especial à família, especificamente no sentido de repensar e reinterpretar antigos modelos. Tem-se que com o passar dos tempos aquele modelo já implementado de família patriarcalizada foi cedendo espaço para um novo modelo que hoje serve de paradigma, passando a caminhar, ao lado do modelo já sedimentado de família

conduta como obrigatórias e que, na maioria das vezes, agem de acordo com elas. Supõe também que essas regras especifiquem um sistema de cooperação concebido para promover o bem dos que fazem parte dela. Então, embora uma sociedade seja um empreendimento cooperativo visando vantagens mútuas, ela é tipicamente marcada por um conflito bem como por uma identidade de interesses. Há uma identidade de interesses porque a cooperação social possibilita que todos tenham uma vida melhor da que teria qualquer um dos membros se cada um dependesse de seus próprios esforços. Há um conflito de interesses porque as pessoas não são indiferentes no que se refere a como os benefícios maiores produzidos pela colaboração mútua são distribuídos, pois para perseguir seus fins cada um prefere uma participação maior a uma menor. Exige-se um conjunto de princípios para escolher entre várias formas de ordenação social que determinam essa divisão de vantagens e para selar um acordo sobre as partes distributivas adequadas. Esses princípios são os princípios da justiça social; eles fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Martins Fontes, SP, 2.000, p. 5 .

(pai, mãe e filhos), a família monoparental, aquela que, conforme já narrado, forma-se basicamente por um dos genitores e seu (s) filho(s).

A família, enquanto formação social, é garantida pela Constituição Federal com a função da realização das exigências humanas, como o lugar onde se desenvolve a pessoa. Tem-se, assim, que obteve valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana. A considerarmos que diversas possam ser as suas modalidades de organização, objetiva a educação e a promoção daqueles que formam o seu contexto. Inseridos nesse âmbito, tem-se a ressaltar a concepção de liberdade que se limita ao âmbito da unidade e nos deveres afetos a cada componente, a considerarmos, nesse sentido, a formação moral e social de cada partícipe.

Na sua formação, o sangue e a afetividade são questões basilares, mas o consenso e a afetividade são marcos e constituem-se como denominador comum de qualquer núcleo familiar. Daí a merecer destaque no que se refere tutela da família não somente às relações de sangue, mas, sobretudo, aquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida, advindo a previsibilidade pelo ordenamento de uma formação social onde convivam pessoas ligadas por relações conjugais ou de filiação que tenha por origem o casamento ou as adoções.

Afirma Pietro Perlingieri⁸⁷ que se o dado unificador é a comunhão espiritual e de vida, deve ser evidenciado como ela se manifesta em uma pluralidade de articulações, em relação aos ambientes e ao diverso grau sociocultural: da família nuclear sem filhos à grande família. Cada forma familiar tem uma própria relevância jurídica, dentro da comum função de serviço ao desenvolvimento da pessoa; não se pode, portanto, afirmar uma abstrata superioridade do modelo da família nuclear em relação às outras. A comunhão material e espiritual que identifica cada família continua mesmo na presença de

⁸⁷ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Constitucional. Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 244.

eventos que marcam a separação de alguns de seus componentes: por exemplo, os filhos que prosseguem a convivência com o cônjuge supérstite ou divorciado, sendo este último às vezes casado novamente ou convivente.

Para os conservadores, esse novo modelo e determinados avanços como a igualdade civil entre as mulheres e os homens, passou a desconsiderar a família tradicional. Assim não entendemos, uma vez que observamos que a aceitação social e jurídica de um novo paradigma serviu de ajuste para uma configuração que reclamava a sociedade moderna, a ser chancelada pela Constituição Federal de 1988 em seu título VIII – Da Ordem Social -, Capítulo VII relativo à família, à criança, ao adolescente e ao idoso. Segundo esse novo regime implementado, tem a família direito à proteção especial do Estado, diferindo daquele antigo regime no qual era a família constituída, exclusivamente, pelo casamento de vínculo indissolúvel, haja vista que a Constituição de 1967 proibia o divórcio para a dissolução do vínculo matrimonial, consolidando o quanto disposto na Constituição de 1934 (art. 144, *caput*), que estatuiu que a família, constituída pelo casamento indissolúvel, estaria sob a proteção especial do Estado.

Nesse mesmo sentido, conforme narrado, posicionou-se a Constituição de 1967, ao declarar como de vínculo indissolúvel a família constituída pelo casamento, permanecendo a proteção constitucional como especificamente voltada para a família legítima. Com a Emenda Constitucional 1/69 o quanto anteriormente especificado assim permaneceu (art. 175 e § 1º). Não obstante, mereceu o último parágrafo modificação após a Emenda 9/77 que possibilitou o advento do divórcio no Brasil:

O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

Nota-se o desprezo por parte do legislador à existência da família de fato, conquanto fosse já, à época, uma realidade social.

O avanço constitucional veio no sentido de amparar situação já existente, reconhecendo-se como entidade familiar a união entre um homem e uma mulher, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento, a entender-se como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, de sorte que os direitos daí oriundos são exercidos em nível de igualdade tanto pelo homem como pela mulher, com especial proteção à pessoa dos filhos que, havidos ou não da relação casamentária, ou os havidos por adoção, obtiveram os mesmos direitos e qualificações, proibindo-se quanto aos mesmos qualquer designação discriminatória.

A Constituição Federal de 1988, em perfeito casamento com a realidade, adotou o princípio da igualdade entre os cônjuges, numa clara demonstração de que os fatos se impõem ao direito, necessitando, destarte, da efetivação de um ajuste entre o que se encontra no campo social com as regras do direito, não podendo haver distanciamento entre elas, ao ensejo de que, em verdade e se assim ocorresse, estaria o direito descumprindo o seu papel de constituir-se, antes de tudo, como um fenômeno social.

Afirma Álvaro Villaça Azevedo⁸⁸ que o legislador constituinte reconheceu, pelo texto da Constituição, a premente necessidade de cuidar do direito de família.

Carlos Alberto Menezes Direito⁸⁹ assim deduz:

O que se deve buscar é a proteção jurídica da vida em comum. Não se pretende robustecer a união

⁸⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. O Direito na Década de 1990: Novos Aspectos. Coordenadores: GUSMÃO, Paulo Dourado e GLANZ, Semy. Revista dos Tribunais, SP, 1992, p. 81 .

ilegítima, mas, sim, criar condições jurídicas para proteger a família, ainda que não formada pelo ato civil do casamento.

Tem-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988 veio ao encontro dessa interpretação construtiva ao tratar da família, mas não somente da família tradicional e casamentária, e sim da família considerada como base da sociedade, pautada na afetividade e nas escolhas individuais e personalizadas.

Observa-se que a organização familiar recebeu nova estruturação jurídica fundada em princípios advindos da evolução dos costumes e das novas tendências surgidas no limiar de um novo século. Tem-se, portanto, que imprimiu o novo texto um novo olhar acerca das relações jurídicas familiares

Afirma Carlos Alberto Bittar⁹⁰ que prosperaram as ações de :

- a) reconhecimento da família nuclear;
- b) personalização das relações familiares;
- c) valorização da posição da mulher, dos filhos e dos idosos;
- d) desvinculação da condição dos filhos da situação jurídica dos pais.

Nesse diapasão, direitos foram criados, tais como:

⁸⁹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. O Direito na década de 1990: Novos Aspectos. Coordenadores: GUSMÃO, Paulo Dourado e GLANZ, Semy. Revista dos Tribunais, SP, 1992, p.176 .

⁹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. O Direito nas década de 1990: Novos Aspectos. Coordenadores: GUSMÃO. Paulo Dourado e GLANZ. Semy. Revista dos Tribunais, SP, 1992, p. 92.

- a conceituação de família como base da sociedade e sob proteção do Estado (art. 226, *caput*)
- a instituição da família pelo casamento (§ 1º);
- a igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal (§ 5º)
- a dissolubilidade do vínculo matrimonial pelo divórcio (§ 6º);
- a paridade de direitos entre filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, § 6º);
- reconhecimento da entidade familiar como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226 § 4º);
- união estável entre homem e mulher § 3º)
- adoção e mecanismos de defesa do menor e do idoso (arts. 226, 227 e seus parágrafos).

Manteve, entretanto, as posições tradicionais da cultura romana:

- a) a família é a base da sociedade, ficando sob especial proteção do Estado;
- b) a constituição da família assenta no casamento, do qual defluem, ademais, as relações de parentesco.

Registra Carlos Alberto Bittar⁹¹ que em consonância com o espírito que presidiu a elaboração da Carta, o legislador distingue “família” – esta, a célula maior da sociedade – e “entidade familiar” – reunião de pessoas não casadas, em situação de estabilidade; e reunião de um genitor com seus filhos,

⁹¹ BITTAR, Carlos Alberto. O Direito Civil na Constituição de 1988. Revista dos Tribunais, SP, 1991, p. 60.

em relação estranha ao casamento – cada qual com conceituação e posicionamentos próprios em seu contexto.

A família, que, como natural, forma o núcleo central da sociedade, é a instituição que preserva e se protege no direito estatal, reunindo-se pelo casamento e sob regime solene, diante das responsabilidades que do ato resultam e no qual participam representantes do Estado.

As entidades familiares, na visão do retromencionado autor,⁹² assim conceituadas apenas para efeito de proteção do Estado, através de mecanismos assistenciais, não se integram, portanto, ao plano do Direito de Família, ou seja, na Parte Especial do Código Civil como tal.

Com as novas concepções, apenas se reúnem em família as pessoas que compõem o núcleo central, ou os pais e os filhos, sob o mesmo lar, continuando a família como célula essencial da sociedade, mas limitada às pessoas que coabitam sob o teto comum. Enfatizaram-se, assim, as relações pessoais entre cônjuges e destes com os filhos, embora sem perda da substância do núcleo. Nelas foram ajustadas à evolução a posição individual da mulher e dos filhos, que mereceram tratamento diverso, fundado na noção de igualdade de direitos.

Segundo o retromencionado autor⁹³, com relação aos filhos apartou-se de sua qualificação jurídica o relacionamento à posição dos pais; vale dizer, não mais se leva em conta, para a fixação do respectivo estatuto jurídico, a condição dos genitores em relação aos demais componentes da prole, seja do pai, seja da mãe. Prevaleceu a idéia de paridade de direitos. Por força disso, no novo estatuto da filiação encontram-se normas protetivas próprias, tendentes a

⁹² Op. Cit.

⁹³ Op. Cit. p. 38.

assegurar aos filhos direitos básicos e a correspondente fruição, estendendo-se o amparo do direito de família a toda e qualquer prole.⁹⁴

Tem-se, portanto, que foi exatamente no Direito de Família e especificamente no que se refere ao relacionamento familiar que o Constituinte de 1988 introduziu maiores inovações.

Afirma Henri Lévy Bruhl⁹⁵ ser o direito o conjunto de normas obrigatórias que determinam as relações sociais impostas a todo momento pelo grupo ao qual se pertence. Trata-se, portanto, de normas obrigatórias que são impostas pelo grupo social e que se modificam incessantemente. Nesse sentido, não pode o estudo do direito prescindir da análise da sociedade no que se refere a sua historicidade, de sorte a permitir a individualização do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social. Assim, o conjunto de princípios e de regras que determinam a coexistência social constitui o aspecto normativo a que se submetem os indivíduos no campo social.

Aduz Pietro Perlingieri⁹⁶ que a transformação da realidade social em qualquer dos seus aspectos significa a transformação da realidade normativa e vice-versa. A afirmação, ao contrário, da autonomia da ciência jurídica e as consequentes tentativas de definir a chamada realidade jurídica como alguma coisa que possa viver separadamente da realidade social, econômica ou política é herança que ainda pesa muito sobre os juristas e sobre o ensino do direito.

⁹⁴ Nesse sentido afirma Eduardo Leite de Oliveira que a identidade pessoal é sempre fruto de uma troca entre indivíduos e as pessoas que o cercam. E, no início da vida, este círculo nos é dado pela família. Assim como o útero materno é o meio natural da criança, antes do nascimento, da mesma forma o núcleo familiar é o meio natural após o nascimento. A família tem dupla vocação; ao mesmo tempo que atende a certas exigências mínimas de harmonia e estabilidade, garantindo às crianças segurança e confiança, gera um clima de proteção sem o qual o desenvolvimento natural não pode existir harmoniosamente. Base, início, meio ou fim, a verdade é que o constituinte de 1988 acabou reconhecendo a existência de outras formas de família, ou novas formas de família, consagrando – a gosto ou contragosto – a noção de família monoparental, no que se revelou uma tendência constatável na maioria dos países ocidentais: a referência à família biparental (até então considerada legítima e elevada à categoria de legitimamente válida) como modelo das outras formas de família. OLIVEIRA, Eduardo Leite. Famílias Monoparentais. Revista dos Tribunais, SP, 1997.

⁹⁵ BRUHL, Henri Lévy. Sociologia do Direito. Martins Fontes, SP, 1977.

⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Renovar, RJ, 1999, p. 2.

De considerar-se que a Constituição Federal de 1988 deu especial atenção à família, não no sentido de buscar descaracterizar a família tradicional, mas ao determinar no seu artigo 226 que a família tem especial proteção do Estado, acolhendo a união de fato em seu artigo 226 § 3º, bem como a família monoparental, aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes – art. 226, § 4º e a família adotiva, incluindo-se a adoção por pessoa não casada.

Vamos observar, assim, mudanças nos padrões de família e no papel da mulher, uma vez que o processo de mudança surgiu no campo sociológico, com necessidade de se fazer acompanhar de uma evolução jurídica.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite⁹⁷ qualquer que seja a postura adotada pela doutrina, relativamente à previsão constitucional, ficou suficientemente claro que o surgimento da noção de entidade familiar ao lado da família tradicional, ou da família monoparental, abandona o vocabulário moralizador que qualificava situações relativamente atípicas para reconhecer, sem vacilações, a existência de um fenômeno social, uma nova forma familiar com a qual será necessário, bom ou mau grado, conviver e legislar daqui para o futuro.

Não obstante tais assertivas, tem-se que, no Brasil, em que pese o reconhecimento da família enquanto entidade familiar, casos existem que carecem de proteção Estatal.

Sabemos, é verdade, que os direitos dos cidadãos brasileiros encontram suporte na sua Carta Maior, qual seja, a Constituição Federal, que se baseia no princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas. Nesse diapasão, observamos as dificuldades, em que pese o princípio da paridade, pelas quais passam as novas famílias no que se refere a busca pela tutela dos direitos se equiparadas às famílias tradicionais, à exceção da concubinária, a qual a Constituição já tratou.

⁹⁷ Op. Cit. p. 6

Nesse sentido, podemos citar a dificuldade encontrada perante o Poder Judiciário no que se refere a aplicação do princípio anteriormente citado, a exemplo da adoção pleiteada por parceiros homossexuais, em que pese a permissão da lei brasileira de que homens e mulheres solteiros adotem crianças sem que se faça referência à sua orientação sexual. Vale tradução, assim, de matéria veiculada pela revista *Veja*⁹⁸:

Os empresários paulistas Renato e Marcos vivem juntos há 17 anos. Quando sua união completou quatro, eles decidiram adotar um bebê. Renato, então, tornou-se pai de Débora, hoje com 13 anos. Depois foi a vez de Marcos adotar Lara, atualmente com 7. Cada menina tem um sobrenome e, perante a lei, não teria direito à herança do pai legal da outra. O casal contornou esse entrave colocando os bens de família em nome dos dois. Ao não reconhecer a união civil de homossexuais, a legislação brasileira cria esse tipo de imbróglio.

O exemplo citado constitui-se, apenas, como um caso dentre tantos outros existentes no cotidiano brasileiro, como pleitos em relação a Planos de Saúde, Seguros de Vida, e questões relativas aos preconceitos de supressão da verdadeira identidade do cidadão.

É sabido da existência de modificações inseridas no Novo Código Civil Brasileiro que nasceu composto de 2.027 artigos e que reafirmam a necessidade de mudanças na legislação codificada, ante os avanços ocorridos ao longo de décadas. Em entrevista concedida à Revista *Consulex*⁹⁹ o Deputado Ricardo Fiúza, relator do projeto, afirmou:

⁹⁸ Op. Cit. p. 3

⁹⁹ Revista *Consulex*. Ano V, nº 112 de 15.9.2001, Editora *Consulex*, DF, p. 7.

O objetivo de qualquer código não é inovar, e sim o de consolidar normas já existentes, além de trazer para o direito positivo avanços da jurisprudência e da doutrina, sem falar nas regras consuetudinárias já aplicadas pela sociedade.

No sentido das afirmações efetuadas pelo relator, necessário fazamos algumas considerações acerca do direito posto e da concepção de justiça, haja vista que tais posições interessa-nos, no particular, conquanto trabalhamos a evolução de modelos, de paradigmas e de conceitos relativos a família.

Nesse particular, há que ser considerada a finalidade social do direito, uma vez que os seres humanos, em essencial particularidade, constituem-se como membros de um grupo social, ou de grupos sociais diversos, havendo a necessidade, dessa forma, de que possuam os seus interesses tutelados por normas que ditam condutas, ou seja, regramentos que levem o indivíduo a portar-se adequadamente dentro do contexto social no qual encontra-se inserido, ante a efetiva necessidade de coabitação social.

Afirma Vicente Ráo¹⁰⁰ que o direito ampara o ser humano desde o momento em que é concebido e enquanto ainda vive no ventre materno. E depois o segue e acompanha em todos os passos e contingências de sua vida, contemplando o seu nascimento e, com o seu nascimento, o início de sua personalidade. Protege-lhe com a liberdade, a integridade física e a moral. Prevê e segue, de grau em grau, seu desenvolvimento físico e mental, dispondo sobre sua capacidade progressiva ou sobre sua incapacidade. Regula suas relações de família como filho, parente, nubente, esposo e pai, bem assim suas relações patrimoniais, quer tenham por objeto bens corpóreos, quer recaiam sobre outras pessoas, obrigadas a uma prestação de dar, fazer, ou não fazer alguma coisa. Contempla sua qualidade de membro de grupos sociais e de membro da

¹⁰⁰ Op. Cit. p. 52 .

comunhão política, inclusive suas relações com o Estado, que ele, o direito, também cria, ordena e enquadra na ordem da comunhão universal. E, por fim, dispõe sobre a sua morte, perpetuando-o através dos seus sucessores.

Sabemos que, dessa forma, ocorre a essencialidade de que o direito crie mecanismos de amparo ao homem, especificamente porque o considera elemento de um grupo social, partilhando de uma vida em sociedade. Por tal situação, tem-se que o direito e a sociedade estão imbricados, num processo de ligação dentro do qual não poder-se-ia considerar um isolado do outro.

Nesse sentido, há que se considerar o nascimento e a essência do direito na própria natureza humana, uma vez que consideramos o homem como um ser social. Dentro desse contexto, necessário seja mantida a harmonia social, o respeito do direito do outro que forma essa coletividade, impondo-lhes deveres e obrigações. Impõe-se o cumprimento das leis.¹⁰¹

Reclama-se, nessa oportunidade, tenhamos análise acerca do instituto do casamento frente a Constituição Federal e o Novo Código Civil – Lei nº 10.406/2002, (originariamente numerado PL nº 634-B/75) tema que de perto nos interessa, a merecer análise as inovações contidas no bojo do texto, havendo que se considerar, dentro desse conteúdo, o novo perfil do direito civil, adequando-se à realidade constitucional vigente para, *a posteriori*, tratarmos acerca das antinomias encontradas, haja vista que nos interessa observância ao ordenamento jurídico como um todo.

¹⁰¹ Afirma Lessa que não se restringem as atividades individuais na sociedade, para que cada homem possa fazer o que quiser, mas para cada homem poder realizar os atos necessários à sua conservação e desenvolvimento, atos em cuja prática poderia ser embaraçado pela atividade indisciplinada dos consorciados. A observação dos fatos em toda a longa história do direito fundamenta esse conceito. Sempre se tem garantido pela lei, ou norma jurídica, a prática dos atos, reputados condições de vida e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade. Se frequentemente, sobretudo em um passado remoto, se erigiu em direito a prática de atos que erroneamente se julgavam condições de vida e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, é isso uma razão para reconhecermos que o verdadeiro conceito do direito é o que acabamos de esboçar, e que a deficiência dos meios de conhecer a verdade tem levado os homens à formação de normas jurídicas que não assentam em sólido fundamento, e nunca para concluirmos que o direito tem por

Objetivamos, assim, verticalização no sentido de tecermos análise ao aspecto do casamento/família e respectiva evolução ante o Direito Civil Constitucional, especificamente as transformações inseridas no Direito de Família, especialmente advindas com a Constituição de 1988.

Instituiu-se o nascimento do Direito Civil Constitucional que, na linguagem de Maurício Pessoa,¹⁰² necessitou de uma releitura dos institutos de Direito Privado insertos no Código Civil e em legislação especial em grande parte derogadora daquele.¹⁰³

Insta salientar que a Constituição Federal de 1988 ao albergar a dignidade da pessoa humana e o pleno exercício da cidadania como fundamentos de uma nova ordem jurídica e social, consagrando a justiça distributiva, alterou profundamente valores jurídicos, o que levou o operador do direito a buscar uma nova concepção acerca de conceitos já preestabelecidos. A idéia de codificação passa por instante de transformação, devendo-se observância a dois elementos essenciais, quais sejam, o da descodificação do direito civil e o da sua constitucionalização.

O direito positivado, codificado, por atender às necessidades peculiares de cada coletividade constituída em Nação e Estado, por exteriorizar uma particular conceituação, ou um modo particular de aplicação da justiça, é eminentemente nacional. Sucede assim porque o direito, deste modo concebido,

função garantir o interesse real, ou suposto, do indivíduo em sociedade. (LESSA, Pedro. Estudos de Filosofia do Direito, SP, 2.000, p.38 .)

¹⁰² PESSOA, Maurício. Nery, Rosa Maria de Andrade (Organizadora). Temas Atuais de Direito Civil na CF. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2.000, p. 196.

¹⁰³ Maurício Pessoa, em citação a Gustavo Tepedino, afirma que o Código Civil Brasileiro é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso Código Civil de 1916. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O Direito Privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil. Daí porque afirmar-se, ainda hoje, que o Código Civil Brasileiro é a constituição do Direito Privado, na medida em que instrumento garantidor da ingerência do poder público nas relações privadas. Op. Cit. p. 197 .

nasce dos fatos e, deles nascido, passa a rege-los, sujeitando-os à disciplina que lhes impõe. Os fatos variam, com maior ou menor intensidade, de povo a povo, segundo as condições próprias de cada um, determinadas pela raça com seus respectivos caracteres físicos e psíquicos, pelo meio geográfico, por motivos de ordem ideológica, histórica, religiosa, política, econômica e, sempre, em consequência desses fatores, por seu grau de desenvolvimento, que está longe de ser uniforme, entre todos os povos.

É o direito, dessarte, o espelho que melhor reflete o modo de viver de cada povo e as suas aspirações próprias, permitindo classificá-lo dentro do quadro maior da comunhão universal, permitindo, ainda, fixar os seus momentos históricos, porque os fatos que dão origem ao direito positivo não são apenas mutáveis de povo a povo, mas, também, dentro de cada povo, como manifestações das sucessivas fases de sua vida social.

Eroulths Cortiano Júnior,¹⁰⁴ em referência a Amaral Neto, afirma que a história do século XX marca-se pelo declínio da idéia de codificação, sendo a descodificação um fenômeno contemporâneo que consiste na fragmentação do sistema do Código Civil, com a proliferação de leis civis especiais que reduzem o primado do código e criam uma pluralidade de núcleos legislativos, os chamados microssistemas jurídicos. Representa o ocaso dos Códigos Civis e a passagem ao monossistema jurídico da modernidade, centralizado no código ao polissistema, que, por sua vez, atrela-se à Constituição.

A questão da descodificação deverá ser analisada a partir da codificação que na lição de Roberto de Rugiero¹⁰⁵ denomina-se como o fenômeno da redução à unidade orgânica de todas as normas vigentes em dado momento histórico da vida de um povo, mediante a publicação de corpos de direito ou códigos que consubstanciam, ainda que com modificações ou inovações profundas, todo o direito de um Estado ou todos os ramos desse direito.

¹⁰⁴ JÚNIOR, Eroulths Cortiano Júnior. Repertório de Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos Constitucionais, Civis e Processuais. COORDENADORES: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. LEITE, Eduardo de Oliveira. Vol. 4, SP, Revista dos Tribunais, 1999, p.224 .

Ao lado do Direito Civil, essencial consideração à legislação emanada posteriormente, especificamente no que se refere a questões afetas ao Direito de Família. Dentro desse contexto, numerosas leis especiais tem disciplinado, embora de forma fragmentada, postos relevantes, a exemplo do Divórcio, da União Estável, do Concubinato, da Adoção, dos Alimentos e tantas outras. Sob esse aspecto podemos observar que o Código Civil perdeu a centralidade no trato de tais questões, ou sequer as observou no seu conteúdo, de sorte que o papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo texto constitucional.

Para Perlingieri,¹⁰⁶ falar em descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desempenho global. Tal desenho deve ser identificado no trabalho constante e tenaz do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista de sua legitimidade.

O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre Poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos. Daí que a questão não reside na disposição tipográfica que, a seu ver, refere-se aos códigos e leis especiais, mas na correta individuação dos problemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do carácter residual do código, e, por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas.

¹⁰⁵ RUGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil. Bookseller, SP, 1999, p.144 .

¹⁰⁶ Op. Cit. p.6 .

Tem-se que várias se constituem como sendo as causas que lhe costumam dar lugar: a necessidade de simplificar e ordenar as diferentes regras jurídicas dispersas em leis diversas e contidas em variados usos e costumes, dando, assim, a certeza da existência de estabilidade no campo do direito; a necessidade de reduzir à unidade e uniformidade as diversas legislações vigentes nas várias regiões do território de determinado Estado. Principalmente quando isso se faça em seguida a um movimento de unificação política; ou ainda a necessidade de introduzir reformas radicais no novo estado de coisas de uma sociedade que tenha atravessado uma profunda evolução social.¹⁰⁷

Marco na codificação foi o Código Civil de Napoleão, conquanto considerado um monumento na ordenação da vida civil (1804/1810), revogando todas as ordenações, usos e costumes até então vigentes. Surgiu, assim, o Código Civil como expressão da vontade comum, inadmitindo qualquer concorrência por parte dos usos e costumes e, também, por parte de elaborações legislativas particulares. A lei exsurgiu a plano tão alto que passou a ser como que a única fonte do direito. A sistematização perpetrada influenciou, sobremaneira, a codificação em diversos países da Europa e da América Latina durante o século XIX, estando o Brasil inserido dentro desse contexto.

Separado de Portugal em 1822 o Brasil, apesar de sua independência, manteve em vigor as leis civis anteriores as quais imperaram com alterações trazidas por leis esparsas até 1917. Antes da entrada em vigor do Código Civil em 1º de janeiro de 1917, as leis brasileiras constituíam um estranho conjunto dos elementos heterogêneos.

¹⁰⁷ Nesse sentido, afirma Ruggiero que assim sucedeu em épocas antigas, quando depois de grandes perturbações sociais na Grécia e em Roma as legislações salônica e decenviral deram ao povo um corpo único de leis, ou quando, ao final do ciclo secular da evolução do direito romano, Justiniano, com a compilação dos *jura* e das *leges* realizava um propósito que outros, antes dele, haviam concebido, mas que ainda não fora posto em prática ou realizado. Igualmente assim sucedeu nos tempos modernos quando, ao findar o século XVIII e nos primeiros alvares do século XIX, se produziu na Europa um grande movimento a favor da codificação, movimento esse que passou aos países transoceânicos. Op. Cit. p.144 .

Afirma Ráo¹⁰⁸ que tais elementos foram assim distribuídos:

1º - As ordenações Filipinas, em especial o seu livro IV, que eram, elas próprias, amálgama de direito romano, de direito canônico e de costumes ibero-lusitanos.

2 º - As chamadas leis extravagantes, que compreendiam as leis propriamente ditas e, também, com força obrigatória, os alvarás, as cartas régias, os decretos, as resoluções das consultas, as provisões dos Tribunais, os avisos, as portarias, os Assentos da Casa da Suplicação, além das leis esparsas brasileiras.

3 º - As fontes subsidiárias, constituídas:

- a) pelos costumes;
- b) novamente pelo direito romano;
- c) pelo direito canônico;
- d) pela opinião dos jurisconsultos e pelos arestos dos tribunais;
- e) pelos princípios gerais do direito e pelas leis das nações modernas.

Os trabalhos de codificação do direito civil brasileiro iniciaram-se com o esboço de Teixeira de Freitas que, em que pese haver sido considerada

¹⁰⁸ Op. Cit. p.111 .

uma obra notável fora rejeitada, à época, pelo governo, tendo, entretanto, influenciado na elaboração dos códigos das demais repúblicas sul-americanas.

Afirma o autor mencionado que prosseguiram tais trabalhos com o projeto de José Thomaz Nabuco de Araújo, iniciado em 1873 e não terminado por morte do seu autor e, a seguir, com o projeto de Joaquim Felício dos Santos apresentado em 1881, e com o projeto de Coelho Rodrigues, publicado em 1890, sucessivamente abandonados, como também foi um projeto parcial do Visconde de Seabra, autor do Código Civil português.

Finalmente Clóvis Beviláqua, professor da Faculdade de Direito de Recife, fora convidado em janeiro de 1899 para elaborar um novo projeto, que ultimou em fins de outubro do mesmo ano. Sob críticas de Rui Barbosa, de Inglês de Souza e outros, o projeto Clóvis foi revisto por uma comissão da qual faziam parte Olegário Herculano D'Aquino e Castro, Joaquim da Costa Barradas, Amphilóquio Freire de Carvalho, Lacerda de Almeida e Bulhões Carvalho.

Depois de longos debates e de novas e sensíveis alterações aprovadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, foi o Código sancionado em 1º de janeiro de 1916, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1917.¹⁰⁹

Certo é que obteve-se, após a codificação, maior estabilidade nas relações jurídicas, garantindo-se o direito dos indivíduos dentro do sistema de desigualdade das classes sociais, uma vez que a realidade de então observava o direito como um sistema.

Não obstante o acolhimento de tal sistema, ocorreu o nascimento de uma atitude de positivismo legislativo, passando o direito a identificar-se com a

¹⁰⁹ Ainda segundo Ráo: Apresentando o projeto primitivo dizia o seu eminente autor: *não será um código adiantado demais, nem tampouco uma simples consolidação do direito natural vigente. E fugindo do dilema, escapa ao perigo de ficar alheio à alma nacional e de opor embaraços à reconstrução social, que se opera em nossos dias.* No projeto primitivo, entretanto, transparecia uma acentuada penetração do direito alemão, a contrastar com a tradição latina do direito civil brasileiro – o que, sem dúvida, resultou da circunstância de haver sido Beviláqua, com Tobias Barreto, Sílvio Romero e outros da Escola de Recife, quem, no Brasil, imprimiu maior destaque aos estudos germânicos, filosóficos e jurídicos. Op. Cit. p.114 .

ordem do soberano, distando-se do conceito de justiça. Nesse caminhar, movimentos sociais – Primeira Guerra Mundial, industrialização e a globalização –, produtos da pós-modernidade, marcaram a necessidade de mudança na estrutura antes solidificada, ocorrendo o nascimento de novos modelos jurídicos, o que não se obteve pela modificação dos códigos, uma vez que se constituíam como trabalhos legislativos sistematizados, ocorrendo, destarte, o nascimento de um conjunto de leis especiais denominadas de microssistemas, objetivando-se, assim, regulamentação acerca da interdisciplinaridade de determinadas categorias de relações intersubjetivas.

Posicionou-se, dessa forma, o fenômeno da descodificação que se constituiu como sendo a fragmentação da sistemática implantada pelo código civil, uma vez que criadas leis especiais nascendo, daí, uma pluralidade de núcleos legislativos, hodiernamente considerados os microssistemas jurídicos.

Afirma Maurício Pessoa:¹¹⁰

Representa o ocaso dos Códigos Civis e a passagem do monossistema jurídico da modernidade centralizado no Código, ao polissistema, centralizado na Constituição.¹¹¹

Nesse sentido tem-se a quebra do paradigma estabelecido, surgindo um novo sistema a ser considerado, qual seja, um Direito Civil pautado

¹¹⁰ PESSOA, Maurício. NÉRY, Rosa Maria de Andrade (Org.). temas Atuais de Direito Civil na CF. Revista dos Tribunais, SP, 2.000, p. 200 .

¹¹¹ Afirmo Pessoa que nesse novo contexto, tendo o Código Civil perdido a centralidade de outrora, há necessidade de que outro instrumento legislativo assumo o papel unificador do sistema, agregando a ordem jurídica até mesmo para o fim de afastar as antinomias que se avolumam na medida em que prolifera a função legislativa. Esse instrumento de modo cada vez mais incisivo é a Constituição Federal, até mesmo pela superioridade hierárquica já proclamada. Op. Cit.p. 201 .

no constitucionalismo. Para se chegar a esse conceito afirma Paulo Bonavides¹¹² que verificou-se sensível declínio de certos institutos fundamentais de Direito Privado, em proveito da influência crescente, se não avassaladora, que o Direito Constitucional começou a exercer. Interesses reputados exclusivamente individuais e aparentemente intangíveis tomaram, com o tempo, notável transcendência social, ocasionando, como efeito, sua ordenação subsequente pelo Direito Constitucional.

Assim ocorreu com o Direito de Família, uma vez que a Constituição Federal de 1988 deu especial enfoque a questão familiar.

VIII - O NOVO CÓDIGO CIVIL: INOVAÇÕES?

O tema que ora propomos analisar merece especial atenção no desenvolvimento do nosso trabalho, uma vez que se trata de matéria recente, de sorte que buscaremos tecer um parâmetro entre as consideradas inovações (?) contidas no novo texto, especificamente no que pertine ao tema em estudo.

O Projeto do Novo Código Civil, atualmente Lei nº 10.406 de 10.1.2.002 tramitou no Congresso Nacional por longos vinte e seis anos, iniciando-se no ano de 1975 quando teve início a sua tramitação até receber aprovação final pelo Senado Federal em Agosto de 2.001.

Inicialmente foi criada uma Comissão formada por Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis de Couto e Silva e Torquato Castro.

No ano de 1975 foi realizada a propositura de um Projeto de Lei efetuado pelo Presidente da República com o empenho de Miguel Reale e que recebeu o nº 634/75, com mensagem lida no Plenário da Câmara em data de 11

¹¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Malheiros, SP, 1997, p.34 .

de Junho de 1975, sendo designada a primeira Comissão Especial em 23 de maio daquele mesmo ano objetivando dar parecer ao projeto.

Em junho de 1983 o parecer do Relator Geral da Comissão Especial foi votado e três meses após ocorreu a publicação de tal Parecer. Após discussão em Plenário ocorreu aprovação em 16 de junho de 1984, ocasião em que foi remetido para o Senado Federal. Assim, em junho do ano de 1984 recebeu o nº 118/84 passando a ser objeto de estudo da Comissão Especial presidida por Nélson Carneiro, com modificação em sua composição em data de 23 de Março de 1995, quando passou a presidi-la o senador Ronaldo Cunha Lima, sendo relator o Senador Josaphat Marinho, merecendo aprovação pelo Senado Federal em 26 de novembro de 1997. Assim, com as adequações apresentadas pelo relator recebeu aprovação em 12 de dezembro de 1997.

Após, foi encaminhado para a Câmara dos Deputados onde recebeu aprovação por unanimidade em 15 de agosto de 2.001. A Lei 10.406/2002 foi publicada no Diário Oficial da União em 11.02.2002, instituindo o Novo Código Civil, devendo entrar em vigor em 11 de Janeiro de 2.003.

Feitas tais considerações passaremos a análise, portanto, dos pontos que interessam ao nosso trabalho.

VIII.I - O CASAMENTO, AS UNIÕES LIVRES ENTRE PARCEIROS HOMOSSEXUAIS E O NOVO CÓDIGO

Com o advento da Constituição de 1988, merece especial análise os pressupostos contidos no novo texto, especificamente no que diz respeito às inovações trazidas no âmbito da família, com especial destaque aos artigos 226 e 227 da Carta Magna.

O artigo 226 inserido no Capítulo VII – DA FAMÍLIA, DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE E DO IDOSO – preleciona:¹¹³ “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

Percebe-se que de forma incisiva e em título autônomo o legislador, de forma discriminativa, tratou da família legítima, primando por declarar proteção especial à constituída pelo casamento. Inobstante e ante a necessidade de atender aos reclamos da sociedade brasileira e amoldar-se a uma realidade de há muito já evidenciada, laborou em cuidar do Direito de Família como um fato.

Nos parágrafos 1º ao 8º do artigo retromencionado o legislador trata de questões afetas ao direito familiar, assim asseverando:¹¹⁴

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

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

¹¹³ Op. Cit .p. 124 .

¹¹⁴ Idem

§ 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 a 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 título, 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.

Afirma o artigo 227 da Constituição Federal:

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

Dentro dessa exposição, tem-se que já tratamos acerca do concubinato e da união estável, merecendo atenção agora os pressupostos que regem o casamento.

Nesse sentido e conforme lição de Arnaldo Wald¹¹⁵ indicavam os canonistas como finalidades do casamento a procriação e a educação dos filhos, a colaboração mútua entre os cônjuges e o remédio contra a concupiscência, distinguindo assim fins sociais e fins individuais do casamento que ainda encontramos hoje definidos no Código Civil.

Para Roberto de Rugiero¹¹⁶ o instituto fundamental de todo o direito familiar é o casamento, visto que o próprio conceito de família repousa nele, como sua base e pressuposto necessário. É dele que derivam todas as relações, direitos e poderes. A proeminência desse instituto faz do casamento um eixo de todo o sistema jurídico familiar, revelando-se e repercutindo fora do âmbito dos direitos familiares, uma vez que é na família que se encontra a primeira raiz do Estado.

Dessa mesma forma, repousa no casamento a origem daquela e a solidez de todo o organismo social. Base e condição da convivência civil, sem ele não se compreende qualquer organização duradoura da sociedade, constituindo-se como um instituto não só jurídico, mas ético, social e político e é tal a sua importância que a própria estrutura do organismo social depende de sua regulamentação. Para Rugiero¹¹⁷ impera no casamento não só o direito, mas também o costume e a religião.

Nesse sentido, o conceito mais adequado de casamento é dado pela idéia de sociedade conjugal, ou seja, uma união que não é apenas de corpos, mas de espíritos, que tem caráter de permanência e perpetuidade, acreditando-se que se baseia tal sociedade no amor consolidado pela afeição, cuja finalidade

¹¹⁵ WALD, Arnaldo. O Novo Direito de Família. Saraiva, SP, 2.000, p.49 .

¹¹⁶ RUGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil. Bookseller, SP, 1999, p.96 .

¹¹⁷ Op. Cit. p.96 .

seria a procriação dos filhos e a perpetuação da espécie, observada a assistência recíproca e a prosperidade econômica, gerando deveres também recíprocos entre os esposos e de ambos para com a prole, a observar-se o convívio sexual e o auxílio mútuo e recíproco.

Para Pontes de Miranda¹¹⁸ o casamento, regulamentação social do instituto de reprodução, varia, como todas as instituições sociais, como os povos e como os tempos, valendo distinção entre a união legal (casamento, no sentido jurídico) e a forma atual, sociológica, da regulamentação do instituto de perpetuação da espécie. Diz o autor que socialmente a união tolerada não é apenas a união legalizada. O casamento não partiu de forma única, sequer tende a isso. A família pode originar-se de quaisquer uniões sexuais, mas nem sempre as pessoas oriundas de relações não-legais constituirão família, na acepção jurídica, isto é, grupo de parentes entre os quais existam relações de direito. Juridicamente, isto é, do ponto de vista legal, técnico, o casamento é a proteção, pelo direito, das uniões efetuadas conforme certas normas e formalidades fixadas nos Códigos Civis.

Assim, o casamento de que ora tratamos é o casamento apontado pelo Código Civil e leis posteriores, cuja definição da lição de Miranda¹¹⁹ considera-se como sendo a união de homem e mulher, implicando igualdade de vida e comunhão de direitos divinos e humanos. Em citação a Lafaiete Rodrigues Pereira, aduz Miranda que o casamento é o ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida. Citando Clóvis Beviláqua, afirma ser o casamento o contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer.

¹¹⁸ MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito de Família. Bookseller Editora e Distribuidora, SP, 2001, p.86 .

¹¹⁹ Op. Cit.

Feitas tais considerações acerca do casamento, mister citarmos que o Novo Código – Lei 10.406/2002 – cuidou do Direito de Família no Livro IV, com referência ao casamento no Subtítulo I, correspondendo tal subtítulo aos artigos 180 a 228 do Código de 1916.

Assim está expresso no artigo 1511:¹²⁰ : “*Art. 1511 – O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.*”

Já no artigo 1.723 e seguintes a nova lei cuida da União Estável, inexistindo, entretanto, correspondentes para os artigos no Código de 1916. Nesse sentido, estabelece o artigo 1.723:¹²¹

Art. 1723 – É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Vamos observar pelo quanto anteriormente exposto que a Lei 10.406/2002 nada trouxe de inovações no campo da matéria abordada, uma vez que a própria Constituição Federal já havia se encarregado, desde a sua promulgação em 1988, de priorizar a questão da união estável equiparando-a ao casamento, pelo que não observamos qualquer atualização ou acompanhamento do quadro social em que vivemos inserido na nova lei.

Observamos o acolhimento a uma tese conservadora, não havendo o legislador levado em consideração situações gritantes como a União entre Parceiros Homossexuais a qual já discurremos anteriormente e que se

¹²⁰ GAMA, Ricardo Rodrigues. Novo Código Civil Brasileiro. Bookseller, SP, 2002, p.372 .

¹²¹ Op. Cit. p.419 .

constitui, em verdade, como um fato social que necessita de amparo legal por parte do legislador.

Observamos que a matéria já vêm sendo apreciada por Juízos esparsos, tomando por base um cipoal de entendimentos divergentes pelo uso de normas também esparsas, deixando o legislador, entretanto, de apreciar a matéria em uma oportunidade tão veemente, creio que por apego a uma tradição praxista, não levando em conta as transformações ocorridas no âmbito da sociedade brasileira e com base num modelo ainda patriarcal e que não corresponde a realidade ora vivenciada. Não se levou em conta, nesse caso, o quanto contido na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III que ressalta que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana, tornando iguais todos os cidadãos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Tem-se que em instante algum a Constituição Federal faz restrição à orientação sexual das pessoas.

Ressalto que a própria criação do projeto 1.151/95 de Marta Suplicy o qual disciplina as uniões civis entre parceiros homossexuais já demonstrou, por si só, a premência de se atribuir um novo olhar às uniões homossexuais, havendo a necessidade, portanto, que o Estado reconheça tais relações, marcando-se, a partir de então, a saída desses cidadãos de uma “marginalidade”, incluindo-os dentro do contexto Estatal, retirando-os, destarte, da situação de excluídos civis em que se encontram.

Conforme já foi explorado nessa pesquisa, sabemos que tal regulamentação não levaria a equiparação de tais relações ao casamento, atribuindo-lhe idêntico *status*. Imperioso atribuisse o legislador trato específico a questões já existentes para, a partir daí, apresentarem-se soluções a problemas rotineiros.

Há que se considerar que o reconhecimento de tal situação como um novo instituto legal seria plenamente compatível com o nosso ordenamento

jurídico, uma vez que conforme afirmamos, guarda harmonia com os objetivos que constituem o Estado Democrático de Direito brasileiro e também com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, no sentido da necessidade de constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, voltada para atender o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade, e quaisquer outras formas de discriminação, conforme expresso no próprio artigo 3º incisos I e IV da Carta Magna.

Seria acobertar mais uma relação entre particulares, uma vez que não se pretende equiparar tais uniões ao casamento, sequer confundi-la com a união estável já disposta no artigo 226 § 3º da Constituição Federal. No contexto da regulamentação de tais situações deveriam prevalecer modificações básicas e singelas e em artigos específicos da Lei de Registros Públicos, na Lei de Benefícios Previdenciários e na Lei dos Estrangeiros, considerando que a nossa sociedade é dinâmica e abarca uma grande diversidade de relações/situações que, por sua vez, devem ser acompanhadas pelo Direito, como disciplina que codifica tal diversidade.

Rejeitar a matéria, deixá-la de lado e à margem do novo código, é também rejeitar e deixar à margem grande parcela de pessoas que fazem parte do nosso contexto social, excluindo tais situações do mundo jurídico, não podendo o Direito portar-se como obstáculo à transformação social, ao revés, deveria caracterizar-se como instrumento de proteção a essas mesmas conquistas, reparando injustiças.¹²²

Afirma Miguel Reale¹²³ que não é de hoje que vem sendo reclamada a reforma da lei Civil em vigor, como decorrência de profundas alterações havidas no plano dos fatos e das idéias, tanto em razão do progresso

¹²² Miguel Reale em O Projeto do Novo Código Civil, Ed. Saraiva, 1999, à p.29 assevera que *infelizmente no Brasil há juristas que examinam os projetos de lei como advogados que contestam uma petição inicial, isto é, com espírito polêmico, quando não agressivo, esquecendo-se que todos nós estamos empenhado em uma obra transpessoal, de interesse fundamental para a comunidade. Nesse trabalho crítico, deve-se, em suma, ter sempre presente a sábia advertência de Max Weber: “ Só se pode realmente criticar algo que já tenha sido lido, ou a opinião daquele que, uma vez lido, não tenha sido esquecida.”*

tecnológico, somo em virtude da nova dimensão adquirida pelos valores da solidariedade social.

A denotar, assim, que o Código Civil de 1916 foi concebido a partir de 1899, coincidindo, segundo Reale, com os últimos reflexos de um ciclo histórico marcado, no plano político e jurídico, por *acendrado individualismo*.

Reale faz referência ao pensamento de Clóvis Beviláqua:¹²⁴

O legislador tem necessidade de harmonizar os dois princípios divergentes (o que se amarra ao passado e o que propende para o futuro), para acomodar a lei e as novas formas de relações e para assumir discretamente a atitude de educador de sua nação, guiando cautelosamente a evolução que se acusa no horizonte.

Entretanto, ao menos para o tema ora proposto temos que tais considerações não foram levadas em conta. Não se reconheceu os imperativos de uma Democracia Social, com repúdio às formas de coletivismo. Não se observou, sequer, que tal questão era básica na vida civil de determinadas pessoas, devendo o Estado, por esse motivo, assegurar-lhes direitos e proteção.

Necessária a implementação de um Direito Social, onde exista uma correlação concreta dos valores considerados coletivos com aqueles eminentemente individuais, com essencial preservação à pessoa humana, excluídos privilégios e discriminações.

¹²³ REALE, Miguel. O projeto do Novo Código Civil. Ed. Saraiva, 1999, p.44 .

¹²⁴ Op. Cit. p.46 .

VIII.II - IGUALDADE DE DIREITOS E DEVERES ENTRE OS CÔNJUGES

A matéria ora tratada constitui-se como de grande importância dentro do campo do Direito de Família, uma vez que a mulher e os seus direitos sempre foram relegados a um segundo plano, valendo a lembrança de que antes do advento da Lei 4.121/62 – Estatuto da Mulher Casada –, a mulher figurava como relativamente incapaz. Estabeleceu a lei retromencionada e alcunhada de Estatuto da Mulher Casada direitos específicos à mulher que contraísse núpcias, equiparando-a ao cônjuge.

Nesse diapasão, obrigou a mulher, tendo bens ou rendimentos próprios e no regime de separação de bens, a contribuir com as despesas comuns, se os bens também comuns fossem insuficientes para atendê-los; pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmado por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação. Tais aspectos deu margem a que a mulher casada ingressasse, por exemplo, com embargos de terceiro para resguardar da execução a sua meação em imóvel pertencente ao casal e contraído por débito exclusivo do marido.

Em que pese tal avanço, o artigo 233 do Código Civil de 1916 inserido no Capítulo II – Dos Direitos e Deveres do Marido –, expressa ser o marido o chefe da sociedade conjugal, função a ser exercida com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos. Contrariamente a tal assertiva reagiu o Novo Código Civil, estatuinto em seu artigo 1.567:¹²⁵

¹²⁵ Op. Cit. p.386 .

A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

§ único – havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, desde que as questões sejam essenciais e não de trate de matéria personalíssima.

Inobstante, consideramos que tais imperativos promovem o igualamento dos direitos e deveres entre os cônjuges e que converteram-se em lei, em estreita obediência ao texto constitucional que prevê em seu artigo 226, § 5º:¹²⁶ “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

No campo desses deveres recíprocos podemos destacar a fidelidade de vida em comum no domicílio conjugal e a mútua assistência, importando a grave violação de qualquer deles em motivação para o pleito de separação judicial litigiosa.

Segundo Arnoldo Wald¹²⁷ a fidelidade é entendida no sentido físico e moral, ou seja, como manutenção das relações sexuais exclusivamente com o outro cônjuge e dever de lealdade de cada membro do casal em relação ao outro, comportando a infidelidade física a aplicabilidade de sanção penal, a ser considerado crime de adultério. No âmbito do direito privado, a prática de tal delito é motivo ensejador, e por justa causa, para ingresso com o pleito de separação litigiosa.

¹²⁶ Op. Cit. p.124 .

¹²⁷ Op. Cit. p. 83 .

No que se refere a vida em comum (coabitação), tem-se como a residência no mesmo local, com sanção no que se refere ao abandono do lar caso ocorra descumprimento de tal obrigação, uma vez que corresponde a grave violação a um dos deveres do casamento, conforme disposição contida no artigo 5º da Lei 6.515/77. Nesse sentido, existe entre os cônjuges o dever de assistência recíproca tanto moral como econômica, devendo o casal propiciar recursos para a manutenção e educação da prole em comum.

A Lei 10.406/2002 em seu artigo 1.511 ao determinar que o casamento estabelece comunhão de vida, também trouxe equiparação em direitos e deveres entre os cônjuges, apoiando, apenas, questão já tratada na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226 § 5º:¹²⁸ *“Art. 226 § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”*

Mais uma vez consideramos que não trouxe o legislador qualquer modificação ou novidade na matéria tratada, valendo-se apenas o texto da nova lei a corroborar matéria já amparada anteriormente.

¹²⁸ Op. Cit. p. 124 .

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nossa proposta de trabalho visou um estudo objetivando a comprovação da modificação no modelo de família, partindo do modelo tradicional e patriarcalizado, até se chegar ao novo modelo de família monoparental, marcada pelo caráter eudemonista.

Nessa incursão, buscamos demonstrar acerca da constitucionalização do Direito de Família, haja vista que a Constituição Federal de 1988 deu grande ênfase a tal direito, de sorte que já podemos considera-lo como alheio ao Código Civil a que originariamente estava atrelado. Nesse sentido, tecemos análise a respeito das novas modificações trazidas no novo código, a considerar que já encontram-se “ultrapassadas”, dado que a jurisprudência, há muito, já tratou das matérias, de sorte que algumas que mereciam apreciação (união livre entre homossexuais), resultou legada ao esquecimento.

Discorremos, então, um pouco acerca do tema descodificação e da implantação dos microssistemas, bem como dos pontos contidos no Novo Código e que possuem pertinência com o tema ora trabalhado. Dentro desse viés, buscamos, conforme acima demonstrado, efetuar uma visão sociológica no que refere a mudança nos padrões antes considerados como paradigmas, até se chegar a prevalência do novo modelo implantado.

Tem-se, assim, que a proposta inicial do nosso projeto, qual seja, das modificações ocorridas no modelo tradicional de família resultou concretizada, uma vez que a pesquisa bibliográfica amalhada nos deu o condão de traduzir tal realidade, asseverando a “queda” do modelo patriarcal, chegando-se atualmente ao que podemos alcunhar de família moderna, aquela formada pelos pais e seus filhos, mas calcada em posturas distintas no que se refere a individualidade de

cada componente do núcleo familiar, conquanto também ocorra a predominância das famílias monoparentais, que mereceram especial análise por parte do legislador.

Nesse caminhar, tratamos da união entre parceiros homossexuais, a merecer, ainda, atenção especial por parte dos operadores do direito, bem como a postura adotada por esse modelo de família tão comum na nossa sociedade, sem que se tenha, entretanto, atentado o legislador para os direitos que decorrem de tais relações.

Por fim, fizemos incursão nas matérias contidas na nova legislação civil, demonstrando as inovações (?) contidas na nova lei, a demonstramos o conteúdo do texto antigo e as alterações contidas especificamente na nossa área de estudo, qual seja, no tema trabalhado.

Dessa forma, entendemos que o objetivo inicial do nosso projeto resultou demonstrado, uma vez que a nossa premissa partiu da idéia de modificação no antigo paradigma relativo à formação das novas famílias, a concluirmos que o direito, infelizmente, vem acolhendo os direitos e deveres que delas ressurgem com relativo atraso, conquanto em outras situações caminhe a passos lentos no sentido de amparar situações que merecem, de logo, proteção por parte do legislador, demonstrando, através do pensamento de Agnes Heller, que muitas modificações ainda não foram inseridas dada a posturas preconceituosas, conquanto não possamos desprezar posturas ainda rigorosas por parte de determinados operadores, o que cria entraves na evolução do direito no sentido de previsibilidade de amparo a situações que se encontram no âmbito da sociedade e que são, portanto, afetas aos indivíduos que a compõem.

Por fim, não posso entender concluída a nossa pesquisa, uma vez que o tema trabalhado apenas busca contribuir, de forma tímida, com as necessárias modificações que ainda deverão ocorrer no espírito dos operadores, tudo em prol de uma sociedade mais digna, mais justa e mais igualitária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMADA, Ney de Mello. **Direito de Família**. Brasiliense Coleções, SP, (Obs. Sem data de publicação)

ARIÈS, Phillippe. **História Social da Criança e da Família**. Rio de Janeiro, ABDR, 1981.

ARIÈS, Phillippe. DUBY, Georges. **História da Vida Privada**. Companhia das Letras, Vols. I e IV, 1990.

BARRETTO, Vicente. (Org.). **A Nova Família: Problemas e Perspectivas**. Renovar. RJ, 1997.

BARROSO, Carmem. **Mulher, Sociedade e Estado no Brasil**, UNICEF Brasiliense, SP, 1982.

BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**, Renovar, RJ, 1983.

BICUDO, Hélio. **Direitos Humanos e Sua Proteção**. FTD, SP, 1997.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. **Guarda dos Filhos**. Leud, 1981.

BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. Revista dos Tribunais, 1991, SP, 2ª edição.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Editora UNB, Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Malheiros, SP, 1997.

BRANCATO, Ricardo Teixeira. **Instituições de Direito Público e de Direito Privado**. Saraiva, SP, 1998.

BRANDÃO, Zaia. **A Crise dos Paradigmas e a Educação**. Cortez, SP, 1999.

BRITO, Fernanda de Almeida. **União Afetiva entre Homossexuais e seus Aspectos Jurídicos**. LTR, SP, 2.000.

BRUHL, Henri Lévy. **Sociologia do Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 1997.

CATTANEO, Mário. **A Persona e Stato Di Dirritto: Discorsi alla Nazione Europea**. Torino: Giappichelli, 1994.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis de Trabalho**. Revista dos Tribunais, SP, 1990.

CERVO, Amado Luiz. BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia Científica**. ABDR, SP, 1996.

CHAUÍ, Marilena. **O que é Ideologia**. Editora Brasiliense, SP, 2.002.

CÓDIGO CIVIL. SP, Saraiva, 1997.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Saraiva, SP, 1999, 01 volume.

CRUZ, Anamaria da Costa. PEROTA, Maria Luiza Loures Rocha. MENDES, Maria Tereza Reis. **Elaboração de Referências**. (NBR 6023/2.000). Editora Interciência, RJ, 2.000.

DEMO, Pedro. **Metodologia Científica em Ciências Sociais**. Atlas, 1995, SP.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: O Preconceito – a Justiça**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2.000.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. Saraiva, SP, 2.000.

Direito Civil Brasileiro. Saraiva, SP, 2.002.

ECO, Humberto. **Como de Faz um Projeto de Tese**. Perspectiva, SP, 1997.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. São Paulo, Bertrand do Brasil, 1991.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Reprodução feita pelo Centro Brasileiro de Apoio à Infância e à Adolescência - BA. Salvador, Agosto, 1990.

FACHIM, Luiz Édson. LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Renovar, RJ, 1999.

Em Nome do Pai. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de Família Contemporâneo – Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinaridade**. Belo Horizonte, Del Rey, 1997.

FACHIM, Rosana Amaral Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio**. Biblioteca de Teses Renovar. RJ, 2.001.

FERNANDES, Florestan. **Fundamentos Empíricos da Explicação Sociológica**. Editora Nacional, SP, 1959.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva, SP, 1993. 6ª edição.

FREIRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala**. Círculo do Livro, SP, 1993.

FUHRER, Maximilianus. C. A. MILARÉ, Édis. **Manuel de Direito Público e Privado**. Revista dos Tribunais, SP, 2.000.

GLISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1979.

GOMES, Luiz Flávio. PIOVESAN, Flávia (Orgs.) **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. Revista dos Tribunais, SP, 2.000.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Forense, RJ, 1996.

_____ **Raízes Históricas e Sociológicas do Direito Civil Brasileiro**.
In Direito Privado: Novos Aspectos. Freitas Bastos, RJ, 1961.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. Saraiva, SP, 1999.

GRAU, Eros Roberto. GUERRA Filho, Wills Santiago (Orgs.) . **Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. Malheiros, SP, 2.001.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. GLANZ, Semy. (coordenadores). **O Direito na Década de 1990: Novos aspectos**. Estudos em homenagem ao professor Arnoldo Wald. Revista dos Tribunais. SP, 1992.

HABERMAS, Jurgen. **Mudança Estrutural na Esfera Pública**. Tempo Brasileiro, RJ, 1984.

HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-modernidade**. DP&A Editora, RJ, 2.001.

HELLER, Agnes. **O Cotidiano e a História**. Paz e terra, SP, 1992.

HUME, David. **Uma Investigação sobre os Princípios da Moral**. Editora da Unicamp, 1995.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **O Novo Código Civil Brasileiro**. Bookseller, SP, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. Saraiva, SP, 1999.

FERRAZ Jr. Tércio Sampaio . **Introdução ao Estudo do Direito**. Atlas, SP, 1994.

KELSEN, Hans. **A Ilusão da Justiça**. Martins Fontes, SP, 2.000.

_____ **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes, SP, 1999.

LACAN, Jacques. **A Família**. Lisboa. Assírio & Alvim, 1987.

LATOUR, Bruno. **Jamais Fomos Modernos**. Nova Fronteira, RJ, 1994.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Família Monoparentais**. Revista dos Tribunais, SP, 1997.

_____ **Temas de Direito de Família**. Revista dos Tribunais, SP, 1994.

_____ **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento**. Juruá, Curitiba, 1991. Vol. I.

_____ **A Repersonalização das Relações de Família**. In: Bittar, Carlos Alberto (Coord.) **O Direito de Família e a Constituição de 1988**, Saraiva, SP, 1989.

LESSA, Pedro. **Estudos de Filosofia do Direito**. Bookseller, Campinas, SP, 2.000

LIMA, Sônia Vieira. **Como Escrever uma Tese**. Pioneira, SP, 1999.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, Senado Federal, 1999.

LUBISCO, Nídia M.L.. VIEIRA, Sônia Chagas. **Manual de Estilo Acadêmico**. Núcleo de Pós-Graduação em Administração da UFBA. Salvador, 2.001.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família - Aspectos Polêmicos**. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 1998.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de Pesquisa**. Atlas, SP, 1996.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e Tratados Internacionais**. Ed. Juarez de Oliveira, SP, 2.002.

MIRANDA, PONTES. **Tratado de Direito de Família**. Bookseller, SP, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Novo Processo Civil Brasileiro**. Forense, RJ, 1997.

MOURA, Mário Aguiar. **Concubinato**. Aide, RJ, 1985.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**. Saraiva, SP, 2001.

NÉRY, Néson. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**. Revista dos Tribunais, SP, 1996.

OLIVEIRA, Luciano. **Direito, Sociologia Jurídica, Sociologismo – Notas de uma discussão**. Versão anterior apresentada no 8º Encontro Nacional da ANPOCS em Águas de São Pedro, São Paulo, Outubro de 1984.

PEDROTTI, Irineu Antônio. **Concubinato e União Estável**. Leud, SP, 1997.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e Separação Judicial**. Renovar, RJ., 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. Del Rey, BH, 1997.

_____ **A Família. Estruturação Jurídica e Psíquica**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de Família Contemporâneo – Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinaridade**. Belo Horizonte, Del Rey, 1997.

_____ **Direito de Família do Século XXI**. Revista Literária de Direito. BH, nº 35 maio/junho 2.000.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Int. do Direito Civil Constitucional**. Renovar, RJ, 1999.

PERROT, Michelle. **O Nó e o Ninho**. VEJA 25 anos - Reflexões sobre o Futuro. SP, Abril Cultural, 1993.

_____ **Dramas e Conflitos Familiares. História da Vida Privada**. Companhia das Letras, SP, 1991, Vol. 4.

PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa. **Efeitos Patrimoniais do Concubinato**. Saraiva, SP, 1997.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. Revista dos Tribunais, SP, 1999.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. **Família Sem Casamento: de Relação Existencial de Fato à Realidade Jurídica**. Biblioteca de Teses Renovar. RJ, 2.001.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Martins Fontes, SP, 2.000.

REA, Luiz. RICHARD, A. **Metodologia de Pesquisa - do Planejamento à Execução**. Pioneira, SP, 2.000.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. Saraiva, SP, 1999.

_____ **O Novo Código Civil**. Saraiva, SP, 1999.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Saraiva, SP, 2.002.

ROSAS, Roberto. **Direito Sumular**. Revista dos Tribunais, SP, 1989.

RUIZ, João Álvaro. **Metodologia Científica – Guia para Ciências nos Estudos**. SP, 1996.

RUGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. Bookseller, SP, 1999, vol. I.

_____ **Instituições de Direito Civil**. Bookseller, SP, vol II.

KELSEN, Hans. **A Ilusão da Justiça**. Martins Fontes, SP, 2.000

_____ **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes, SP, 1999.

RUDIO, Franz. **Introdução ao Projeto de Pesquisa Científica**. Vozes, Petrópolis, 2.001.

SARLET, Wolfgang Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2.002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros, SP, 1997.

SUNFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. Malheiros, SP, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. Coordenador. **Problemas de Direito Constitucional**. Renovar, SP, 2.000

_____ **A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-Constitucional**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de Família Contemporâneo – doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade**. BH, Del Rey, 1997.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Revista de Direito Civil, nº 65, SP.

TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Renovar, Rio de Janeiro, 2.001. 2ª edição.

VARELA, Antunes. **Direito de Família**. 3ª edição, Lisboa, Petrony, 1993, Vol. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Atlas, SP. 2.002, Vol 1.

VERA, Asti. **Metodologia de Pesquisa Científica**. Ed. Globo, Porto Alegre, 1978.

VIANA, Rui G.C. . **Temas Atuais de Direito Civil**. Revista dos Tribunais, SP, 2.000.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1967.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os Novos Paradigmas da Família Contemporânea**. Biblioteca de Teses Renovar. RJ, 2001.

WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. Saraiva, SP, 2.000

_____ **O Projeto do Código Civil e a Ordem dos Advogados do Brasil**, RJ, 1984.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Repertório de Doutrina sobre Direito de Família**. Revista dos Tribunais, SP, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**. Alfa-ômega, 1994.

REVISTAS:

REVISTA ISTO É nº 1553, Editora Três, SP.

REVISTA JURÍDICA CONSULEX, ano V, nº 112 de 15.9.2001, SP, Editora Consulex.

----- ano VI, nº 120 de 15.1.2002. SP, Editora Consulex.

_____ ano VI, nº 120 de 15.01.2002, SP, Editora Consulex.

REVISTA VEJA. Ano 34, nº 97, edição 1.708, Editora Abril Cultural, SP.

REVISTA VEJA, ano 34, edição 1.713 de 14.8.2001. Abril Cultural, SP.

REVISTA VEJA, ano 34 edição 1.708 de 11.6.2001, Abril Cultural, SP.

REVISTA VEJA, ano 35, edição 1.751 de 15.5.2002, Abril Cultural, SP.

VEJA 25 ANOS. REFLEXÕES PARA O FUTURO. Editora Abril, SP, 1990.

JORNAIS:

RAMOS, Cleidiana. **As Amélias em Processo de Extinção**. Jornal “**A Tarde**”, Salvador, edição de 12.08.2.001, pag. 13.

SOUZA, Marconi. **Casamento entre Gays vira polêmica nacional**. Jornal “**A Tarde**”, edição de 12.08.2.001 pag. 12.

SITES;

<http://www.ibge.com.br> acesso em 15.07.2001.

<http://glsplanet.com> acesso em 05 de março de 2.001.