



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

MARTA NEIARA MARIA ALENCAR

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: O FENÔMENO DA
DESPATRIARCALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA.**

SOUSA
2021

MARTA NEIARA MARIA ALENCAR

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: O FENÔMENO DA
DESPATRIARCALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Profa. Dra. Olindina Ioná da Costa Lima Ramos

Assinatura do Orientador

SOUSA

2021



A368c Alencar, Marta Neiara Maria.

A constitucionalização do direito civil: o fenomeno da despatriarcalização do direito de família. / Marta Neiara Maria Alencar. – Sousa, 2021.

66 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2021.

Orientadora: Profa. Dra. Olindina Ioná da Costa Lima Ramos.

1. Direito civil. 2. Direito de família. 3. Despatriarcalização. 4. Novo paradigma do direito de família. 5. Constituição Federal. 6. Competências no código de processo civil. I. Ramos, Olindina Ioná da Costa Lima. II. Título.

CDU: 347:347.6(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Marly Felix da Silva

Bibliotecária-Documentalista

CRB-15/855

MARTA NEIARA MARIA ALENCAR

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: O FENÔMENO DA
DESPATRIARCALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina Grande como
requisito parcial para obtenção do título de Bacharel
em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 14/05/2021

Profa. Dra. Olindina Ioná da Costa Lima Ramos
Orientadora

Marilia Daniella Freitas Oliveira Leal

Primeiro Examinador

Osmando Formiga Ney

Segundo Examinador

SOUSA

2021

AGRADECIMENTO

Primeiramente e com todas as minhas forças, eu quero agradecer ao Pai, ao Rei do universo por ter me colocado aqui e por ter me enviado à Sousa.

Deus, obrigada por toda essa trajetória, por me amparar, me guiar, por me levantar todas as vezes que eu caí. Obrigada por tudo que eu passei, por tudo que eu aprendi, por todos os momentos tristes que foram consolados e também por tantos momentos felizes. Obrigada por tudo, Deus do universo, Rei dos reis.

Agradecer também à minha mainha que não mediu esforços, seja físico, seja emocional, para que eu pudesse iniciar e concluir meu curso superior. Obrigada mainha por tudo, pelos ensinamentos, pelo amor, pelos esforços, obrigada! E vamos nos formar em direito, mainha merece todo crédito por isso. Obrigada por acreditar tanto em mim.

Agradecer à minha irmã que sempre acreditou em mim e me ajudou no possível. Agradecer ao meu pai, ao meu irmão, ao meu tio Francisco e ao meu tio Cícero que sempre ajudaram no que era possível, muito obrigada.

Agradecer às minhas amigas: Iasmin, minha irmã de Sousa, obrigada por todo aquele apoio, você me acolheu como uma irmã em um dos momentos mais frágeis da minha vida, muito obrigada; Kaline, uma pessoa extremamente importante para mim, que fez coisas impagáveis por mim, muito obrigada; e Cinthia, minha grande amiga, minha vizinha, meu consolo, você foi essencial no meu percurso, muito obrigada. Meu agradecimento de coração a vocês três.

Agradecer às minhas amigas da residência: Joelma, Fernanda e Cleia, obrigada por terem sido como mães para mim. Agradecer também o grupo “as que preferem o bar”, Cinthia, Layza, Marina e Victória, obrigada por terem transformado os dias em Sousa mais leves, obrigada por todos os detalhes, aqueles momentos foram como um abraço no coração. As que preferem o bar, vivem!

Agradecer também à Ana Luísa, Anderson, Bernardino por terem sido tão necessários em minha vida nesse período de faculdade. Agradecer aos profissionais que compõem a equipe do RU, obrigada por temperarem meus dias com tanto amor.

Agradecer a Chico e Maria, um casal abençoado por Deus que sempre me receberam de braços abertos, obrigada!!! Agradecer a meu pai, tio, primo, amigo Carlinhos por todos os esforços. Agradecer ao Dr. Rennê pelas oportunidades de estágio e, conseqüentemente, de aprendizagem.

Agradecer a todas as pessoas que, por ventura, eu não tenha deixado expresso aqui, mas que de alguma forma me ajudaram a chegar até aqui, aos que torceram por mim, aos que acreditaram em mim, meu muito obrigada, que Jesus recompense vocês.

Agradecer à minha orientadora, a professora Olindina que, embora distante fisicamente, sempre esteve perto para auxiliar no necessário.

Por fim, e, não menos importante, agradecer a mim por ter chegado até aqui, por ter errado e errado muito, mas por ter aprendido tanto e por tentar ser uma pessoa melhor a cada dia. Que Deus abençoe meu caminho e que me dê consciência e discernimento para esse mundo. Eu quero me agradecer por ser tão forte e tão corajosa. Obrigada!

“As relações jurídicas não podem se eternizar. Como todas as relações, ainda que estabilizadas e duradouras, vergam-se ao decurso do tempo [...]”

Sérvio Túlio Santos Vieira.

RESUMO

A presente monografia abordou os aspectos históricos que envolveram o Direito de Família desde o Direito Romano, passando pela ascensão do Cristianismo, absorvendo o contexto da Idade Média e do grande valor que era atribuído ao Direito Canônico, chegando-se ao Código civil de 1916, marcado pelas influências portuguesas através da colonização e chegando a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se traduz como o grande marco para o fenômeno da despatriarcalização do Direito de Família por intermédio do neoconstitucionalismo que inseriu no sistema jurídico o chamando Direito Civil Constitucional. Por tal fato, é relevante verificar como a constitucionalização do Direito Civil influenciou na despatriarcalização do Direito de Família? Nesse contexto, houve grande valoração dos princípios tanto constitucionais como infraconstitucionais que atribuíram uma nova leitura ao Direito de Família, também houve o reconhecimento estatal de novos arranjos familiares que trouxe um ideal democrático às famílias. Abordou-se institutos que sofreram transformações positivas como o poder familiar, a questão do nome civil da mulher, a reforma constitucional e a efetivação do divórcio direto, a análise do Código de Processo Civil e a menção ao instituto da separação, as regras igualitárias de competência no tocante às ações de família, a análise da lei 11.997/09 e da lei 11.340/06 que se traduzem em ações positivas do Estado para concretizar a igualdade entre homens e mulheres. Por fim, de forma geral, o objetivo do trabalho gira em torno da influência da constitucionalização do Direito de Família e o fenômeno da despatriarcalização. O método escolhido foi o dedutivo, fazendo uso de vasto arsenal bibliográfico. Conclui-se através do presente trabalho que o sistema jurídico vem incorporando significativas mudanças no tocante ao reconhecimento feminino baseado em um ideal de igualdade.

Palavras Chaves: Direito de Família. Constituição Federal. Despatriarcalização.

ABSTRATC

The present monographic paper addressed the historical aspects that involved Family Law since Roman Law, going through the rise of Christianity, absorbing the context of the Middle Ages and the great value that was attributed to Canon Law, reaching the Civil Code of 1916, marked by Portuguese influences through colonization and reaching the promulgation of the Federal Constitution of 1988, which translates as the major milestone for the phenomenon of the depatriarcalization of Family Law through neoconstitutionalism that inserted it in the legal system, calling it Constitutional Civil Law. For this reason, it is relevant to verify how the constitutionalization of Civil Law influenced the depatriarcalization of Family Law? In this context, there was great appreciation of both constitutional and infraconstitutional principles that attributed a new reading of Family Law, there was also the state recognition of new family arrangements that brought a democratic ideal to families. Institutes that underwent positive transformations were approached, such as family power, the issue of the woman's civil name, constitutional reform and the effect of direct divorce, the analysis of the Civil Procedure Code and the mention of the separation institute, the egalitarian rules of competence with regard to family actions, the analysis of Law 11.997 / 09 and Law 11.340 / 06 that translate into positive actions by the State to achieve equality between men and women. Finally, in general, the objective of the work revolves around the influence of the constitutionalization of Family Law and the phenomenon of depatriarcalization. The method chosen was the deductive one, making use of a vast bibliographic arsenal. It is concluded through this work that the legal system has been incorporating significant changes regarding the female recognition based on an ideal of equality.

Keywords: Family Law. Federal Constitution. Depatriarcalization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 CAPÍTULO 1: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA	15
2.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	15
2.2 DIREITO ROMANO	16
2.3 CRISTIANISMO	18
2.4 IDADE MÉDIA E O DIREITO CANÔNICO	20
2.5 CÓDIGO CIVIL DE 1916	21
2.6 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	25
2.7 CÓDIGO CIVIL DE 2002	27
3 CAPÍTULO 2: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO NOVO PARADIGMA PARA O DIREITO DE FAMÍLIA	29
3.1 INFLUÊNCIA PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL	29
3.2 CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA	30
3.3 NOVAS ENTIDADES FAMILIARES	32
3.3.1 Famílias expressas na Constituição Federal	33
3.3.2 Famílias reconhecidas pela jurisprudencia	34
3.3.3 Famílias elencadas pela doutrinária	36
3.3.4 Famílias elencadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente	37
4 CAPÍTULO 3: PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA	39
4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	39
4.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA ENTRE OS CÔNJUGES E OS COMPANHEIROS E PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CHEFIA FAMILIAR	40
4.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA ENTRE OS FILHOS E PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL E PLANEJAMENTO FAMILIAR	42
4.4 PRINCÍPIO DA COMUNHÃO PLENA DE VIDA, PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE CONSTRUIR UMA COMUNHÃO FAMILIAR E PRINCÍPIO DA INTERFERÊNCIA MÍNIMA DO ESTADO NO DIREITO DE FAMÍLIA	42
4.5 PRINCÍPIO DA PLURALIDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES, PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR E PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA	44

4.6 PRINCÍPIO DA FACILITAÇÃO DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO E PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL	45
4.7 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR.....	45
4.8 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL A CRIANÇAS, ADOLESCENTES, JOVENS E IDOSOS.....	46
4.9 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA	47
5 CAPÍTULO 4: SITUAÇÃO JURÍDICA DA MULHER NO CONTEXTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL.....	50
5.1 PODER FAMILIAR.....	50
5.2 NOME CIVIL DA MULHER CASADA	51
5.3 EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66 DE 2010	53
5.4 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E AS MENÇÕES AO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO	55
5.5 REGRAS DE COMPETÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	57
5.6 PROTEÇÃO AO DIREITO SOCIAL À MORADIA DA MULHER (Lei 11.997 de 2009).....	58
5.7 O COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (Lei 11.340/06)	59
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

A família é um dos institutos mais antigos da história da humanidade. Os diversos povos e civilizações influenciaram no que hodiernamente se entende por família. Levando em consideração a localização geográfica, o Brasil está inserido no que se chama de “mundo ocidental” tendo por base a civilização romana e o cristianismo.

Roma Antiga é considerada o berço da história ocidental e o cristianismo por ter angariado força com o declínio do Império Romano culminou na ascensão da Igreja Católica no período medieval, posteriormente a formação dos Estados soberanos, especialmente, Portugal que mais tarde colonizaria parte do denominado Novo Mundo. Com isto, as normas portuguesas além de reger o próprio País, se estendia às colônias.

Nesse contexto, estavam organizados os fatores que contribuiriam para a elaboração do Código Civil de 1916, após a necessidade de revogar as ordenações portuguesas. Décadas depois, após acontecimentos importantes internacionais e nacionais, como as guerras mundiais e a ditadura militar no Brasil, adveio a Constituição Federal de 1988 com a promessa de um novo tempo. E somente em 2002, depois de oitenta e seis anos, nasce um novo Código Civil para reger as relações privadas.

Posto isso, é relevante verificar como a constitucionalização do Direito Civil influenciou na despatriarcalização do Direito de Família? O constitucionalismo da segunda metade do século XX ficou marcado pelo fenômeno do neoconstitucionalismo que tem como uma das suas principais características a constitucionalização do Ordenamento Jurídico. Neste sentido, a Lei Maior é o centro do qual irradia todos os outros ramos do direito e conseqüentemente, o Direito de Família.

O presente trabalho objetiva, de forma geral, analisar os desdobramentos do fenômeno da despatriarcalização do Direito de Família à luz da constitucionalização do Direito Civil.

De forma específica, constituem objetivos deste trabalho, investigar as mudanças históricas dos institutos da seara familiar bem como do próprio conceito de família; verificar a postura estatal em relação aos novos arranjos familiares; identificar a repercussão do conteúdo dos princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família; e observar os avanços em termos de igualdade e liberdade da figura feminina no contexto familiar.

O que justifica o presente estudo é a compreensão do instituto da família e sua evolução história. O sistema patriarcal dominou a elaboração das normas, a execução dos projetos e o

juízo dos casos por longos anos, e neste trabalho se busca analisar como o sistema patriarcal influencia na construção do Direito de Família e como a figura da mulher foi, por séculos, subestimada. A importância acadêmica se traduz na possibilidade de interpretação histórica das normas jurídicas, buscando na história a razão de ser de determinados princípios e regras jurídicas. Já a relevância social diz respeito a compreender as individualidades de cada seio familiar.

A pesquisa que este trabalho elenca tem embasamento teórico, fazendo-se uso de um vasto arsenal bibliográfico, dentre doutrina, artigos científicos, jurisprudências e leis vigentes no ordenamento pátrio. O método escolhido é o dedutivo, partindo da observação dos efeitos advindos das normas pré-constitucionais e da Constituição Federal de 1988 em relação ao Direito de Família para se chegar a um resultado mais restrito, ou seja, a evolução dos institutos concernentes a legislação civilista em sede do instituto Família.

A divisão do trabalho compreende: o capítulo um que faz uma abordagem histórica seguindo uma linha cronológica que vai desde o Direito Romano, ascensão do cristianismo, Idade Média e a influência do direito canônico, o Código Civil de 1916, a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o advento do Código Civil de 2002.

O segundo capítulo aborda a Constituição Federal como novo paradigma para o Direito de Família, os desdobramentos da influência constitucional para a nova interpretação na seara familiar. Retrata-se também a composição das normas constitucionais: normas-princípio e normas-regras e como tais regras são aplicadas no Direito de família. E ainda nesse capítulo, expõe sobre os mais diversos arranjos familiares classificados para fins didáticos em quatro grupos: famílias constitucionais, famílias jurisprudenciais, famílias doutrinárias e famílias trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

No terceiro capítulo trata-se dos vários princípios constitucionais e infraconstitucionais que norteiam o Direito de Família. Na análise dos princípios restou claro o grande valor do macro princípio da dignidade da pessoa humana. Insta lembrar também do princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges e companheiros e a igualdade jurídica entre os filhos que causaram uma verdadeira revolução no contexto familiar. São os três pilares básicos da principiologia do direito familiar.

Por fim, ficou a cargo do último capítulo tratar da evolução do instituto do poder familiar, também há anotações acerca da histórica adoção do sobrenome do marido após o casamento e a situação atual do nome civil da mulher. É importante também falar sobre a dissolução do casamento e a revisão constitucional do assunto através da Emenda Constitucional 66/2010. Abordou-se também sobre o instituto da separação no contexto do

Código de Processo Civil, sobre normas de competência dispostas no mesmo diploma. Analisou-se o direito social da mulher à moradia a luz da Lei 11.997 de 2009 que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida e por fim, foi mencionada a Lei 11.340 de 2006 que trata sobre a violência doméstica.

2 CAPÍTULO 1: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

A família é uma das mais antigas instituições sociojurídicas da história da humanidade. Percorrendo uma linha do tempo desde as tribos antigas até os dias atuais percebe-se a evolução da família, do instituto do casamento, das relações decorrentes do casamento e do papel de cada membro familiar.

Do Direito Romano (base do ordenamento jurídico pátrio), marcado pelo autoritarismo, passando pela consagração do cristianismo e sacralização do casamento e da família, observando estas influências na elaboração do Código Civil de 1916, frisado pela valorização do patrimônio e perpetuador dos ideias patriarcais, sobrevivendo a Constituição Federal de 1988 embasada pelo princípio da dignidade da pessoa humana e por fim, chegando ao Código Civil de 2002 que culminou no Direito Civil Constitucional norteado pelos valores constitucionais.

2.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O Direito de Família é, dos ramos do direito, um dos mais complexos que há, pois está intimamente ligado à vida, à dignidade da pessoa humana e à liberdade. A família, nesse momento, deve ser conceituada pela sociologia e pelo direito, mas para ambas as ciências tal conceituação depende do momento vivido.

Para a sociologia, a família é o primeiro instituto social que o indivíduo tem contato ao nascer e seus componentes são vinculados pelo afeto e cuidado dos adultos para com as crianças e os idosos. Giddens, Philip (2017, p. 194) define família como “Grupo de indivíduos ligados por laços consanguíneos, casamento ou adoção, que formam uma unidade socioeconômica, sendo os membros adultos responsáveis pela criação dos filhos”. A família é um intermédio entre o indivíduo e o Estado e, portanto, merece especial proteção.

No direito não há identidade de conceitos entre os ramos. De maneira geral, pode-se dizer que família para o direito é um grupo de indivíduos unido por um laço sanguíneo ou adotivo descendentes de um ancestral comum. Compreendo os cônjuges, companheiros, parentes e os afins (GONÇALVES, 2017). No Direito de Família o conceito de grupo familiar tende a abranger as relações pessoais: casamento e suas consequências jurídicas, bem como a união estável e relações de parentesco (filiação, adoção e poder familiar), na seara patrimonial

as relações decorrentes do regime bens, alimentos e dos institutos da tutela e curatela. Frisa-se a importante relação entre o Direito de Família e o Direito das Sucessões, principalmente a sucessão legítima, no tocante a transmissão de bens, *causa mortis*, entre parentes, constituindo a herança legítima.

A denominada pequena família é o modelo para a lei, constituindo um grupo mais restrito: pai, mãe e filhos que estabelecem um vínculo afetivo (relação pessoal) e a transmissão do patrimônio (relação patrimonial), assim, o casamento estabelece, basicamente, três liames: o conjugal entre os cônjuges; o parentesco que reúne todos os que estão ligados por um ancestral comum; e o de afinidade decorrente dos cônjuges com a família um do outro (GONÇALVES, 2017).

Partindo para o contexto das relações sexuais, de onde advém o liame de parentesco, Friedrich Engels em sua obra *A origem da família, da propriedade e do Estado*, aduz que no estado primitivo das civilizações as relações sexuais ocorriam entre todas os membros que compunham a tribo (endogamia) e disso, sabe-se ao certo quem era a mãe, porém não havia certeza de quem era o pai. Nesse contexto, pode-se afirmar que, no início, a família teve um caráter matriarcal. Posteriormente, os homens foram buscar relações com mulheres de outras tribos (exogamia), os historiadores classificam essa mudança de comportamento como a primeira manifestação contra o incesto.

Com isso a monogamia surge como inspiração de organização social, a família monogâmica reflete um fator econômico de produção. Na Babilônia, por exemplo, o casamento era monogâmico, no entanto havia o direito a esposas secundárias, caso a primeira esposa apresentasse problemas para conceber um filho ou doença grave, por exemplo (VENOSA, 2017), portanto a procriação se apresenta como o principal escopo do casamento.

2.2 DIREITO ROMANO

A organização familiar Romana é bem diferente da organização familiar atual. A concepção de família no Direito Romano era assim conceituada, conforme Marky (1995, p. 165) “família compreendia todas as pessoas que estariam sujeitas ao mesmo *pater familias*, se este não tivesse morrido: era a família *communi iure*.” O liame familiar era constituído com base na incontestável autoridade do *pater*.

No contexto do Direito Romano a figura da mulher era de extrema submissão. O homem ou o *pater familias* exercia o papel de autoridade religiosa, política, jurisdicional, econômica com fundamento no princípio da autoridade, como bem explana Gonçalves (2017, p.34):

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

O ascendente comum vivo mais velho, o *pater*, exercia sua autoridade sobre diversos âmbitos em relação a todos aqueles que compunham a família, ou seja, a esposa, os filhos, as esposas dos filhos não emancipados casadas com *manus* (sob a mão do *pater*). A família era, portanto, o centro econômico, político, religioso e jurisdicional (GONÇALVES, 2017). Percebe-se que o afeto não era o elo principal entre os membros familiares.

Acerca do contexto religioso, a família era, segundo Venosa (2017, p. 20) “grupo essencial para a perpetuação do culto familiar”. No Direito Romano o vínculo que unia a família não era a afeição, mas sim o vínculo da religião doméstica e o culto dos antepassados. O *pater* fazia as vezes do sacerdote. A mulher, ao casar, desvinculava-se do culto de sua família biológica e passava a prestar culto aos antepassados do marido. Caso uma linhagem de família não recebesse mais culto, os antepassados estavam condenados a cair em desgraça, por isso era tão importante que um descendente homem continuasse o culto familiar (VENOSA, 2017).

O laço que unia os membros de uma família se transmitia apenas pela linha paterna, já que somente o varão podia ser o *pater familias* (MARKY, 1995). Nesse sentido, percebe-se a importância da figura masculina na construção da família romana.

O instituto clássico que demonstra claramente o poder que o *pater* exercia em relação a família é o pátrio poder, nas palavras de Marky (1995, p. 167), no que diz respeito ao direito pessoal bem como o direito patrimonial:

O caráter arcaico do poder que o *paterfamilias* tinha sobre seus descendentes era revelado pela total, completa e duradoura sujeição destes àquele, sujeição esta que tornava a situação dos descendentes semelhante à dos escravos, enquanto o *paterfamilias* vivesse. [...] Assim o *paterfamilias* exercia um poder de vida e de morte sobre seus descendentes (*ius vitae ac necis*), o que já era reconhecido pelas XII Tábuas (450-451 a.C.). [...] Do ponto de vista patrimonial, o pátrio poder implicava a centralização de todos os direitos patrimoniais na pessoa do *paterfamilias*.

Outro instituto que merece destaque na concepção romana é o do casamento, conceituada segundo Marky (1995, p.159) “a união duradoura entre marido e mulher, como

base do grupo familiar, é a ideia fundamental no direito romano”. Do casamento surgia o *manus*, poder do marido sobre a mulher, eram três as formas do marido adquirir o *manus*, em conformidade com Marky (1995, p.159 e 160):

Para o estabelecimento de tal poder, pelo qual se sujeitava a mulher ao marido, era preciso praticar-se a *confarreatio*, formalidade antiga, de tipo social religioso. Os nubentes deveriam realizar uma série de atos rituais, culminando numa oferenda de pão a Júpiter.

O mesmo objetivo (o estabelecimento do poder marital) tinha a *coemptio*, que era a venda formal da nubente pelo seu paterfamilias ao nubente, venda esta que se fazia através da mancipatio.

A terceira forma de aquisição do poder marital se dava pelo *usus*. Este se baseava na ideia da aquisição do poder jurídico absoluto pela posse prolongada.

No que tange aos efeitos do matrimônio, as consequências jurídicas no âmbito pessoal refletem tanto quanto a mulher como quanto aos filhos. Os filhos nascidos na constância do casamento *matrimonium justum* estavam sob o poder do pai. Em se tratando da mulher, o casamento poderia ser *cum manu*, quando a mulher se subordinava ao poder do marido, em sentido contrário havia o casamento *sine manu*, a mulher era independente em relação ao marido, porém continuava sob o poder do seu *paterfamilias* (MARKY, 1995).

É notório que o instituto família não se iniciou em Roma, mas como observa Sá Pereira, “Roma não é toda a Antiguidade, mas resume a Antiguidade. É o grande livro da história antiga escrito em caracteres taquigráficos” (PEREIRA apud NADER, 2016, p.48). O estudo da sociedade romana e, conseqüentemente, da organização familiar romana é de extrema importância para compreender o Direito de Família atual.

2.3 CRISTIANISMO

A religião romana era politeísta, acreditavam-se em várias divindades. A religião era um dos fundamentos do Estado, sendo utilizada com finalidade política (COTRIM, 2005). No entanto, com o declínio do Império Romano ocorreu o advento do cristianismo. Neste sentido, aduz Cotrim (2005, p. 92): “Segundo a tradição Cristã, Jesus Cristo nasceu na cidade de Belém, na Galileia, durante o reinado do imperador Otávio Augusto (27 a.C.- 14 d.C.)”. Após a morte de Jesus Cristo, o cristianismo foi difundido pelos seus discípulos. O cristianismo marcou profundamente a história do mundo ocidental (COTRIM, 2005).

Com o advento do Cristianismo, o modelo de família era a cristã e tudo que não enquadrasse a isso era considerado como família pagã. A família romana, unidade com multiplicidade funcional, era pagã. A família cristã edificou-se com base no modelo patriarcal, era considerada base da Igreja (que se confundia com o Estado) e, conseqüentemente, da sociedade. O casamento foi elevado à condição de sacramento pela Igreja Católica (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2017). Sobre o casamento no cristianismo, aduz Venosa (2017, p.20):

O Cristianismo condenou as uniões livres e instituiu o casamento como sacramento, pondo em relevo a comunhão espiritual entre os nubentes, cercando-a de solenidades perante a autoridade religiosa. Era uma forma, também, de concentrar a economia no grupo familiar coeso.

O casamento cristão, realizado através das formalidades da Igreja Católica, celebrado pelo sacerdote unindo um homem e uma mulher para constituir uma família com a benção de Deus era o modelo de constituição familiar do cristianismo. Sobre os sacramentos, para a Igreja, são canais da graça de Deus e o matrimônio é um dos sacramentos que tem por fim a benção da vida conjugal.

Embora o cristianismo já fosse uma realidade ainda não se configurava como a religião oficial do Império Romano, em razão disso ocorreu uma grande perseguição aos cristãos que teve início no governo de Nero (54-68) e perdurou até o governo de Diocleciano (303-305). Os principais motivos que levaram a perseguição foi a oposição dos cristãos à religião oficial de Roma e a oposição a diversas instituições romanas (COTRIM, 2005).

Não obstante o grande massacre contra os cristãos, o cristianismo sobreviveu e conquistou um crescente número de adeptos. No ano de 313 d.C., o imperador Constantino, por meio do Edito de Milão, conferiu liberdade religiosa no Império Romano. Com isso, os adeptos do cristianismo puderam proferir culto publicamente (COTRIM, 2005).

Uma significativa mudança aconteceu no ano de 391 d. C., com o imperador Teodósio, quando o cristianismo passou a ser considerado religião oficial do Império Romano. Passando, então, de religião dos perseguidos para se tornar a religião do Estado (BOULOS JÚNIOR, 2013). Iniciou-se, portanto, o processo de organização da Igreja Católica que influenciaria grandemente na estrutura da sociedade (COTRIM, 2005) e, em consequência, da família.

Com o cristianismo, a família pagã desapareceu (isso no contexto europeu), entretanto a família cristã preservou o caráter de unidade de culto. A instituição familiar foi compreendida como célula base da Igreja, de acordo com Teixeira apud Venosa (2017) “a família se mostrou como a própria Igreja em miniatura, com sua hierarquia, seu local destinado ao culto, uma

pequena capela, uma imagem ou um crucifixo ainda encontráveis em muitos lares”. Com base nisso, a família era vista como um espelho da Igreja.

2.4 IDADE MÉDIA E O DIREITO CANÔNICO

A Idade Média, para os historiadores, foi um período da história europeia que comporta desde a deposição do último imperador romano do Ocidente e terminou com a queda de Constantinopla, capital do Império Romano do Oriente (BOULOS JÚNIOR 2013).

O ocidente medieval nasceu baseado em três fatores: as heranças romanas, as heranças germânicas e o cristianismo. O cristianismo foi de suma importância para a formação da sociedade medieval, pois foi essencial para a união entre romanos e germânicos e, com isso, prover unidade à civilização medieval (BOULOS JÚNIOR, 2013).

Especificamente em relação ao casamento na Idade Média, é sabido que a Igreja Católica dominava o contexto religioso e apenas o casamento celebrado pela Igreja era reconhecido, dessa forma, aduz Gonçalves (2017, p. 35):

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

É notório que o casamento e suas regras no período medieval eram regidos por uma junção de culturas: a romana, a germânica e a concepção cristã defendida pela igreja católica.

Os germânicos eram considerados povos Bárbaros pelos Romanos. Os povos germanos habitavam a Germânia, eram constituídos de vários grupos, por isso eram, culturalmente, diferentes entre si, porém possuíam, em comum, a dedicação à guerra e à agricultura ((BOULOS JÚNIOR, 2013). Como contribuição para o casamento, os germanos trouxeram o consentimento, considerado elemento essencial para a validação das núpcias (BARBOSA, 2015).

Em se tratando de Direito Canônico, acoplado de normas que regulamentam a vida dos adeptos da religião católica, tem-se sua forte influência no período medieval dada a supremacia da Igreja Católica (LEAL, CABRAL, 2013). O mesmo autor continua nos esclarecendo que a Igreja Católica na tentativa de banir a promiscuidade e fortalecer valores cristãos, ressaltou

algumas condutas consideradas importantes para se atingir a plenitude da vida cristã, são três: a virgindade, a castidade e o matrimônio. Acerca do matrimônio, especificamente, continua Leal e Cabral (2013, p. 4):

E o matrimônio era a tecla mais batida pela igreja. Um homem que quisesse ter uma vida sexual correta e sagrada deveria escolher uma mulher e tomá-la como esposa. E após as bênçãos devidas tomava a posse dela e seguia mais algumas regras que deveriam nortear as noites do casal.

No contexto medieval o principal escopo do casamento era a procriação, isso era visto como graça divina. No Novo Testamento, no livro de Mateus, (Mt cap. 19,3-6) preceitua-se que homem e mulher deixarão suas casas para se tornarem uma só carne e que o que foi unido por Deus o homem não podia separar, neste sentido restava instituída a indissolubilidade do casamento. A dissolução do matrimônio só seria válida em algumas hipóteses reconhecidas pelo próprio Direito Canônico.

A Igreja medieval apenas aceitava a separação dos cônjuges em três situações, das quais, quando o casamento não ocorria fisicamente (não ter havido conjunção carnal), em casos de bigamia e quando a mulher fosse adúltera (LEAL, CABRAL, 2013). Lembrando que da mulher eram esperadas características como: virgindade e castidade, constituindo formas de controle sobre a mulher.

Nesse sentido, a Igreja buscava formas diretas e indiretas para pressionar os fiéis a não irem contra seus valores, independentemente da classe social a qual pertencessem. Abominava-se o pecado e buscava-se agradar a Deus (LEAL e CABRAL, 2013). A Idade Média foi um período de grande concentração de poder pela Igreja Católica. Durante a lenta e profunda crise do declínio do Império Romano que causou desorganização e medo na Europa, a Igreja surge como única instituição organizada capaz de oferecer ajuda e proteção e, portanto, todos os ditames eclesiásticos eram bem aceitos.

2.5 CÓDIGO CIVIL DE 1916

Os Códigos pensados no século XIX reservaram espaço para tratar sobre a família. A sociedade dessa época tinha como características marcantes ser rural e patriarcal. A mulher dedicava-se ao lar nos afazeres domésticos e não havia igualdade de gênero. O marido continuava como o chefe da família, ocupava o lugar de poder na sociedade conjugal. Os filhos

eram submetidos à autoridade paterna. O Código Civil de 1916 nasceu nesse contexto (VENOSA, 2017).

Importante ressaltar que o Código Civil de 1916 foi promulgado sob a égide da primeira Constituição da República do Brasil (segunda do constitucionalismo pátrio) que instaurou no Brasil o Estado Laico, segundo Cotrim (2005, p. 406):

Separação entre Igreja e Estado - com a república, foi extinto o regime de padroado, por meio do qual o Estado controlava a Igreja Católica. Em consequência, foram criados o registro civil de nascimento e o casamento civil. Até então só havia a certidão de batismo e casava-se na igreja. O catolicismo deixou de ser a religião oficial do Estado.

O Código Civil de 1916 veio pela Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916, foi apelidado de Código de Beviláqua, conforme Junqueira (2013, p. 1):

Entrou em vigor em janeiro de 1917 e permaneceu vigente no país até janeiro de 2002. Seus 1807 artigos aparecem divididos em dois grandes blocos: Parte geral e Parte especial. A primeira parte é composta de três livros intitulados: Das pessoas, Dos bens e Dos fatos jurídicos; quatro livros compõem a Parte especial: Do direito de família, Do direito das coisas, Do direito das obrigações e Do direito das sucessões.

Durante o governo de Campos Sales, em 1899, percebeu-se a necessidade de elaborar um diploma da legislação privada, o convidado para a tarefa foi o jurista e professor Clóvis Beviláqua. Após a tramitação do processo legislativo o Código foi aprovado em 1916, durante o governo de Venceslau Brás, para suplantar de vez a arcaica legislação civil brasileira, cuja base ainda era muito do que dispunham as Ordenações Filipinas (JUNQUEIRA, 2013).

No tocante ao capítulo referente a família, o Código de 1916 não avançou, estava marcado pela moral e pela influência cristã, destaca Junqueira (2013, p. 4):

No Código Beviláqua a palavra divórcio sequer apareceu – só viria a aparecer em 1977, quando a Lei nº 6.515 incluiu o inciso IV, no art. 267, para permitir o divórcio como uma das modalidades da dissolução conjugal. A ausência do divórcio no texto original representaria, para Orlando Gomes, “exemplo de intervenção religiosa na elaboração da lei”.

Quanto à mulher, o Código Civil revogado lhe reservou papel secundário, refletiu ele, assim, a organização patriarcal já existente ao contemplar o instituto do pátrio poder, a desigualdade jurídica entre os filhos e o marido como chefe da sociedade conjugal entre outras regras e procedimentos de cunho patriarcal (JUNQUEIRA, 2013).

Nesse mesmo sentido, reafirma Venosa (2017, p. 31):

O Estado, não sem muita resistência, absorve da Igreja a regulamentação da família e do casamento, no momento em que esta não mais interfere na direção daquele. No entanto, pela forte influência religiosa e como consequência da moral da época, o Estado não se afasta muito dos cânones, assimilando-os nas legislações com maior ou menor âmbito. Manteve-se a indissolubilidade do vínculo do casamento e a *capitis deminutio*, incapacidade relativa, da mulher, bem como a distinção legal de filiação legítima e ilegítima.

Felizmente, no direito pátrio, a partir da metade do século XX, vem se consagrando na legislação avanços tanto em relação à posição da mulher como também em relação aos filhos e, conseqüentemente, o poder do homem vem diminuindo na sociedade conjugal (a palavra “poder” aqui faz referência a autoridade do pai no pátrio poder). Em 1962, adveio a Lei 4.121 – Estatuto da Mulher Casada – que garantiu a mulher casada a capacidade civil plena, antes de citada lei a mulher casada estava inclusa no rol dos relativamente incapazes. Com isso, inaugurou-se o início do sentido formal e substancial de um dos mais importantes princípios do Direito de Família, a igualdade jurídica entre os cônjuges. Nesse sentido, abalou-se profundamente a estrutura patriarcal familiar (VENOSA, 2017).

O Estatuto da Mulher Casada também foi importante para a mulher sob o ponto de vista patrimonial, como bem pontua Dias (2016, p. 25):

A evolução pela qual passou a família acabou forçando sucessivas alterações legislativas. A mais expressiva foi o Estatuto da Mulher Casada (L 4.121/62), que devolveu a plena capacidade à mulher casada e deferiu-lhe bens reservados a assegurar-lhe a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho.

Importante lembrar da história do instituto que põe fim ao casamento: o divórcio. O Código Civil de 1916 previa o desquite que extinguiu a sociedade conjugal, mas não o vínculo matrimonial (o desquite imponha a mulher uma carga de preconceitos), nas palavras de Gonçalves (2017, p. 252), sobre a diferença entre sociedade conjugal e vínculo matrimonial:

O casamento estabelece, concomitantemente, a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial. Sociedade conjugal é o complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges. O casamento cria a família legítima ou matrimonial, passando os cônjuges ao status de casados, como partícipes necessários e exclusivos da sociedade que então se constitui. Tal estado gera direitos e deveres, de conteúdo moral, espiritual e econômico, que se fundam não só nas leis como nas regras da moral, da religião e dos bons costumes.

O divórcio apenas surgiu no direito brasileiro com a aprovação da Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977. Com tal reforma constitucional o § 1º do art. 175, da Constituição de 1969 passou a admitir a dissolução do casamento (GONÇALVES, 2017). O

debate acerca da dissolução do casamento através do divórcio provocou grandes embates na sociedade, como assevera FÁVERI (2017, p. 2):

Naquele momento, os discursos tiveram repercussões que mexeram com as imagens cristalizadas na sociedade, ou as representações de que a dissolubilidade do casamento configurava um pecado imperdoável às normas do catolicismo, mexendo com subjetividades.

A Igreja Católica ainda exercia muita influência na sociedade do século XX. Com isso, o preceito basilar da Igreja “O que Deus uniu, o homem não separa” estava em crise com a ideia da instituição do divórcio, o casamento é um sacramento e dissolver esse vínculo era considerado um pecado imperdoável (FÁVERI, 2017).

As normas de conduta da época eram extremamente rígidas com as mulheres, marcadas pela castidade e virtude, a mulher deveria exercer papéis ditos de natureza feminina. Embora tenha havido a separação entre Igreja e Estado na proclamação da República, os projetos que visassem à modernização no tocante à igualdade entre homens e mulheres não obtiveram êxito, por tal fato a mulher permaneceu na condição de cidadã inativa (FÁVERI, 2017).

O conservadorismo e a Igreja Católica impediam avanços. Na defesa da institucionalização do divórcio no Brasil o então advogado Nelson Carneiro, deputado federal, em 1952 apresentou uma proposta para retirar a expressão “vínculo indissolúvel” da Constituição, que foi rejeitada. O cenário político ficou dividido entre aqueles que defendiam que a lei e o Estado acompanhassem os movimentos da sociedade e respeitasse os preceitos republicanos e aqueles que lutavam por maior influência da religião, especialmente no tocante à família (FÁVERI, 2017).

A sociedade conjugal estruturava-se de acordo com uma hierarquia, na qual o marido era o chefe da família, detentor do poder, com fundamento nos papéis sexuais, na religião e no Estado. Tal contexto favorecia o homem e restringia a mulher. Nesta época vigorava as regras do desquite, as mulheres desquitadas sofriam preconceito da sociedade e viviam sob constante vigilância (FÁVERI, 2017).

A Igreja Católica considerava o divórcio um destabilizador da família. Em 1971 o Senador Nelson Carneiro é eleito e retoma o projeto de emenda divorcista, em 1977 o divórcio foi introduzido no Ordenamento Jurídico pátrio, bem pontua Fáveri (2017, p. 8):

Mas não foi um processo tranquilo, já que as forças ideológicas e políticas pressionavam, dependendo de quem representavam. Os discursos da Igreja insistiam na manutenção da família, instituída pelo casamento/sacramento, como instituição fundamental, de origem divina: “É a célula fundamental da sociedade humana, base da estabilidade social e ponto de partida para a tranquilidade do mundo”, dizia o Papa

Pio XII, cuja garantia residia na indissolubilidade do casamento, revelação sagrada acima das conveniências meramente sentimentais, tendo como finalidade essencial, única e principal a procriação dos filhos. Segundo a Igreja, nas palavras do monsenhor Arruda Câmara, “matrimônio vem de mairis munin, ofício da mãe, porque a mulher não casa senão para ser mãe”. Se a maternidade só podia ser exercida mediante o sacramento do matrimônio, o divórcio seria o fim da humanidade [...].

A institucionalização do divórcio gerou grande mobilização social contra e a favor, conforme Fáveri (2017, p. 12):

No dia 14 de junho de 1977, em Brasília, faixas e cartazes são afixados nas ruas e avenidas, e uma multidão chega para acompanhar a votação da emenda do divórcio - membros da campanha pró-divórcio vindas do Rio de Janeiro, distribuindo cópia do manifesto em apoio à emenda; o Clube dos Desquitados, criado em Brasília, fez eco nas galerias; grupos de mulheres, organizados com a presença do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Mulher (CNDM); grupos de anti-divorcistas, vindos de diversas partes do país (lembro que eram feitas novenas nas paróquias e muitos lares, vigílias nos seminários e conventos, pedindo a Deus para ‘iluminar’ os congressistas!), num clima de verdadeira disputa, e acirradas vaias e ovações. A votação encerrou-se no dia 16 de junho de 1977, quando o senador Petrônio Portela declarou aprovada a emenda constitucional que implantou o divórcio no Brasil, apresentada pelos senadores Nelson Carneiro e Accioli Filho, por 219 votos a favor e 161 contra.

O divórcio foi instituído pela Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, suprimindo o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial e sua regulamentação ficou por conta da Lei n. 6.515, de dezembro de 1977 (GONÇALVES, 2017).

Com a institucionalização do divórcio foi sinalizado à Igreja uma perda parcial de influência no processo legiferante, contudo, visualiza-se que o casamento ganhou a roupagem de instituto jurídico com a possibilidade de dissolução.

2.6 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Com a proclamação da Constituição da República Federativa do Brasil de cinco de outubro de 1988, a Constituição Cidadã, segundo Gonçalves (2017, p.36) “absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família [...]”. Nesse sentido, o Direito de Família passa a ser pautado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana (fundamento da República de acordo com o art. 1º, inciso III, da CF/88).

A Constituição Federal de 1988 em um único dispositivo destituiu séculos de hipocrisia e preconceito destilados contra a mulher no âmbito familiar (art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. 5º§. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher). Garantiu-se a igualdade entre homem e mulher e mudou completamente o direito de família (DIAS, 2016).

Consagraram-se novos conceitos de família, como bem menciona Dias (2016, p. 26) “Estendeu proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental”. Há também que se ressaltar que se instituiu a igualdade entre os filhos não importando se originários do matrimônio ou não (DIAS, 2016).

A Lei Maior de 1988 causou profundas mudanças e diante disso inúmeros dispositivos do Código Civil de 1916 não foram recepcionados pelo novo sistema jurídico. Alude Luiz Edson Fachin, Ministro do Supremo Tribunal Federal, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental para o direito de família (DIAS, 2016).

Para a Constituição Federal a família, de tamanha importância que se é, tem um capítulo próprio (capítulo VII, do Título VIII - Da Ordem Social). Interpretando-se o art. 226 do Texto Maior, conforme Tartuce (2017, p.34), pode-se dizer que a família é decorrente dos seguintes institutos:

- Casamento civil, sendo gratuita a sua celebração e tendo efeito civil o casamento religioso, nos termos da lei (art. 226, §§ 1.º e 2.º).
- União estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento (art. 226, § 3.º). A união estável está regulamentada nos arts. 1.723 a 1.727 do CC/2002, sem prejuízo de outros dispositivos da atual codificação.
- Entidade monoparental, ou seja, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4.º). Não há qualquer regulamentação específica dessa entidade no Código Civil ou em outra lei especial.

No entanto, a doutrina menciona outras espécies de família, pelo fato de entender que a Família não pode se enquadrar numa moldura rígida, em um rol taxativo, por isso passou-se a entender que o art. 226 da CF/88 deveria ser interpretado de forma exemplificativa (TARTUCE, 2017). O Estado não se ocupou em pré-determinar quem e como se deve compor uma família.

Tartuce (2017, p. 16) citando o jurista Eduardo de Oliveira Leite, analisou seis fatores que podem ter acarretado profundas alterações no Direito de Família:

A estatização – diante da comum e crescente ingerência do Estado nas relações familiares, o que traz uma tendência de publicização da disciplina, que sempre foi baseada no privatismo.

A retratação – nítida redução do grupo familiar em pais e filhos, substituição da família patriarcal pela família nuclear, com um número menor de pessoas.

A proletarização – o grupo doméstico perde sua característica plutocrática, ou seja, dominada pelo dinheiro.

A desencarnação – substituição do elemento carnal e religioso pelo elemento psicológico e afetivo.

A dessacralização – desaparecimento do elemento sagrado, da forte influência religiosa da Igreja Católica, o que dá larga margem à vontade individual, à autonomia privada. Ampliam-se a liberdade e o direito de manifestação das ideias.

A democratização – a sociedade familiar passa a ser uma sociedade igualitária, substituindo-se a hierarquia pelo companheirismo, e pela possibilidade de todos os membros da entidade familiar opinarem para as tomadas de decisões.

Em síntese, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova era para o direito de família reconhecendo outras espécies de família, consagrando a igualdade formal entre homens e mulheres, bem como a igualdade jurídica entre os filhos, a dissolubilidade do vínculo matrimonial e o reconhecimento de uniões estáveis (TARTUCE, 2017).

2.7 CÓDIGO CIVIL DE 2002

Embora o atual Código Civil seja datado de 2002, seu projeto é mais antigo e, por isso, já nasceu velho. Em 10 de janeiro de 2002 foi aprovado o Novo Código Civil brasileiro através da Lei n. 10.406 (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2017).

Uma das inovações louváveis do Código Civil de 2002 é a terminologia dos institutos, nesse sentido, discorre Dias (2016, p, 26,27):

Talvez o grande ganho tenha sido excluir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade. Foram sepultados dispositivos que já eram letra morta e que retratavam ranços e preconceitos, como as referências desigualitárias entre o homem e a mulher, as adjetivações da filiação, o regime dotal etc.

Como grande exemplo das mudanças terminológicas pode-se citar a expressão poder familiar que substituiu o pátrio poder, bem como a classificação entre os filhos legítimos e ilegítimos.

A comissão de elaboração do Código Civil de 2002 foi coordenada por Miguel Reale, e este apontou como regramentos básicos para a estruturação da codificação privada: a eticidade, a socialidade e a operabilidade (TARTUCE, 2017). Inicialmente, sobre a eticidade, a

codificação civil, buscou distanciar-se do tecnicismo institucional oriundo do Direito Romano e procurou valorizar a participação dos valores éticos em todo o Direito Privado. Como exemplo do princípio da eticidade tem-se a boa-fé objetiva, a conduta leal entre as partes (TARTUCE, 2017).

Em se tratando da socialidade, a meta era superar o caráter individualista e egoísta que imperava no Código Civil de 1916, substituindo por um pensamento mais coletivo e social. Aponta-se como grande exemplo da socialidade o princípio da função social da família já que o art.226, caput, da CF/88, aduz que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado (TARTUCE, 2017). Por fim, quanto à simplicidade, há dois significados. O primeiro diz respeito à tendência de facilitar a interpretação e aplicação dos institutos previstos pelo Código Civil de 2002. O segundo trata da efetividade do Direito Civil através do sistema de cláusulas gerais (TARTUCE, 2017).

Perceptível que o Direito de Família consagrou grandes avanços, muitos desses avanços podem ser sentidos pelo estudo dos princípios constitucionais que norteiam a seara familiar (TARTUCE, 2017). O princípio basilar, a saber, é o princípio da dignidade da pessoa humana que garante uma nova interpretação dos institutos do âmbito familiar.

A despatrimonialização do Direito de Família é um ponto essencial que adveio com a dignidade da pessoa humana (a pessoa como um fim em si mesmo), o princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros bem como entre os filhos, a pluralidade familiar e o instituto do poder familiar são os eixos que revolucionaram o direito de família.

Vê-se que o Código Civil de 2002 avançou em diversos pontos pelos seus 2.046 dispositivos e, especialmente, no tocante ao Direito de Família, porém há assuntos que ainda merecem aperfeiçoamentos, há também muito a ser feito pelo Judiciário na função de órgão julgador, principalmente aplicar o princípio da igualdade material entre os litigantes.

3 CAPÍTULO 2: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO NOVO PARADIGMA PARA O DIREITO DE FAMÍLIA

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Direito Civil e, especialmente, o Direito de Família, transformou-se completamente em razão do fenômeno chamado de Neoconstitucionalismo. A respeito deste tema entende-se que se desenvolveu com o objetivo de atribuir superioridade à Constituição e não mais ao parlamento, assim, todos os poderes instituídos pela Constituição são a ela subordinados, além disso houve uma absorção de valores morais e políticos (MENDES, BRANCO, 2020).

Uma das principais características do neoconstitucionalismo é a constitucionalização do ordenamento jurídico, com isso cabe a jurisdição constitucional a última palavra na interpretação das normas dispostas no ordenamento (MENDES, BRANCO, 2020). A Constituição assume o lugar de centro do sistema, seu conteúdo é dotado de superioridade e imperatividade conferindo uma carga axiológica ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, o Direito Civil de modo geral encontra-se englobado nessa nova leitura do Direito Constitucional. Os institutos do Direito Civil e, especialmente, do Direito de Família tiveram que se amoldar aos novos ditames constitucionais. Nesse sentido, Gonçalves (2017) aponta três eixos que culminaram em uma revolução no Direito de Família: a família pode ser constituída de diversas formas; a igualdade jurídica entre os filhos; e a igualdade jurídica entre homem e mulher.

Como dispõe o Texto Constitucional, a família é a base do Estado, porém de acordo com o contexto social não se pode afirmar que existe uma forma de família, existem várias formas de composição familiar e todas merecem o reconhecimento estatal. Em se tratando de igualdade, valor essencialmente democrático, a especificação da igualdade entre os cônjuges e os companheiros bem como entre os filhos caracteriza-se de suma importância para a construção do Direito de Família Constitucional.

3.1 INFLUÊNCIA PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL

Há uma bipartição na doutrina (e aceito também pela jurisprudência) quanto à existência das chamadas norma-princípios e normas-regras, com isso afasta-se a ideia de que os princípios

teriam um papel meramente informativo (FARIAS, RESENVOLD, 2016). Os princípios transmitem uma flexibilidade, já quanto às regras há uma rigidez, isso em razão do grau de abstração elevado em relação aos princípios e relativamente reduzido quanto as regras. Os princípios e as regras são, portanto, as bases sobre as quais se constrói o sistema jurídico.

É essencial, portanto, reler os princípios que norteiam o Direito de Família para que não haja incompatibilidades (FARIAS, RESENVOLD, 2016). Isso se dá porque a Constituição Federal está no centro do sistema jurídico e o Direito de Família deve estar alinhado à Lei Maior, construído o que se denomina Direito Civil Constitucional.

Insta salientar, que não há hierarquia entre princípios e normas, segundo Farias e Resenvald (2016, p. 60) “O reconhecimento da força normativa dos princípios, no entanto, não pode servir para amesquinhar as regras, colocando-as em plano de inferioridade ou relegando-as ao desprezo”. Ambas são espécies de normas, são referenciais para quem interpreta, portanto, não guardam, entre si, hierarquia com base na ideia de unidade constitucional.

Não raro, vê-se conflitos entre o conteúdo de princípios e para resolver tal impasse faz-se uso da chamada técnica de ponderação de interesses, sobre isso, aduz Farias e Resenvald (2016,p 62):

Seguramente, os clássicos métodos hermenêuticos (critério da especialidade, da anterioridade e da hierarquia) se mostram insuficientes e pouco eficientes para dirimir tais colisões principiológicas, em razão do elevado grau de abstração, generalidade e indeterminação de cada um dos princípios em conflito. E nessa ambiência surge, então, a técnica de ponderação de interesses para solucionar o entrelaço de diferentes normas-princípio, a partir de uma nova formulação.

A técnica de ponderação de interesses surge como uma alternativa em relação aos métodos mais remotos de hermenêutica que se mostram ineficaz diante do alto teor de abstração das normas princípios. A ponderação de interesses analisa entre os princípios colidentes aquele que, no caso concreto, respeite, com maior amplitude, a dignidade da pessoa humana, (paradigma de qualquer interpretação).

3.2 CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988, apelidada de Constituição Cidadã, destinou à família normas explícitas. Nesse sentido, ao longo do século XX, o conceito de Estado social se desenvolveu e caracterizou-se pela intervenção nas relações privadas e intensificou as políticas

sociais. O intervencionismo alcançou a família no tocante à igualdade entre seus membros com base na dignidade da pessoa humana (LÔBO, 2011).

É notório que o instituto família não foi tratado com a mesma importância ao longo dos anos, no entanto com o surgimento de um conceito de Estado social pautado na solidariedade social e promoção da justiça social, o Estado achou por bem intervir e dispor normas gerais sobre a família.

A Constituição Federal de 1988 tratou da família no Capítulo VII, do Título VIII – Da Ordem Social. Acerca da família dispõe o art. 226, da CF/88:

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

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

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

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

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

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

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

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

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

Em conformidade com o art. 226, caput, da CF/88, a família é a base da sociedade e por isto merece proteção especial do Estado. As relações humanas estão estritamente relacionadas as diversas células familiares que compõe o elemento povo, formador do Estado, e este, por sua vez, se encarrega de amparar e aprimorar a família (VENOSA, 2017). A família é a primeira instituição social que a pessoa tem contato e sua formação social se inicia no seio daquela.

Com a Proclamação da República houve a separação entre Estado e Igreja e surgiu a necessidade de uma nova formalidade para a realização do casamento, já que até o advento da República só existia o casamento religioso, com isso, o casamento civil nasceu em 1891 (DIAS, 2016). O casamento civil e gratuito é democrático, é um vínculo formado perante o Estado (art. 226, §1º, da CF/88). Segundo TARTUCE (2019) embora haja a separação entre Estado e a Igreja, há a possibilidade de o casamento religioso com efeitos civis (art. 226, §2º, da CF/88).

Através do dispositivo constitucional supracitado é visível que o constituinte reconheceu expressamente outras maneiras de constituição familiar ao lado do casamento, a saber, as uniões estáveis e as famílias monoparentais (2002 apud OLIVEIRA; VENOSA, 2017, p. 33). O reconhecimento de outras espécies de família era necessário, o cenário social precisava

dessa regulamentação e o Direito deve incorporar as mudanças sociais para se manter efetivo (art. 226, §3º, §4º, da CF/88).

Insta ressaltar que o art. 5º, caput, I, da CF/88 consolidou o princípio da igualdade e também o constituinte tratou de especificar no art. 226, § 5º, da CF/88, o princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges (2002 apud OLIVEIRA; VENOSA, 2017, p. 33). Dispositivo extremamente necessário e que causou grande revolução no âmbito do Direito de Família, dada a condição de figura secundária da mulher no contexto familiar, como era considerada historicamente.

Ainda sobre o art. 226 da CF/88, o §6º dispõe sobre a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal e matrimonial (2002 apud OLIVEIRA; VENOSA, 2017, p. 33). O parágrafo do dispositivo constitucional citado já foi alvo do poder constituinte reformador e teve como fruto a Emenda Constitucional 66/2010 que instituiu o divórcio direto que constitui uma importante mudança na seara familiar.

O art. 226, §7º, da CF/88 aduz acerca da paternidade responsável. A intervenção estatal citada no dispositivo não diz respeito ao planejamento familiar, mas sim nas prestações positivas do Estado para com a família fundamentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana (MADALENO, 2020). O constituinte não optou por impor uma quantidade de filhos por casal (seria uma intervenção gravosa), porém encarregou de estabelecer ações para garantir o desenvolvimento familiar.

Por fim, o §8º do art. 226, da CF/88, garantiu a assistência do Estado a todas as famílias (2002 apud OLIVEIRA; VENOSA, 2017, p. 33). A família como base da sociedade e detetora de especial proteção do Estado merece também assistência para coibir a violência no âmbito familiar e proteger seus integrantes das consequências advindas dessa violência, exemplo claro é a Lei n. 11.340, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

3.3 NOVAS ENTIDADES FAMILIARES

Com a mudança da visão social sobre família, o Direito passou a reconhecer novas entidades familiares através do texto constitucional, do Código Civil, de leis espaciais, bem como da jurisprudência, a esse respeito explica Dias (2016, p. 54):

Com a Constituição Federal, as estruturas familiares adquiriram novos contornos. Nas codificações anteriores, somente o casamento merecia reconhecimento e proteção. Os demais vínculos familiares eram condenados à invisibilidade. A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade, aumentou o espectro da família. O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares.

É notório que com o advento da Constituição Federal de 1988, o Direito de Família seguiu novos passos. A única constituição de família reconhecida pelo Estado era a formada pelo casamento, os demais vínculos eram condenados a informalidade. No entanto, com o acolhimento da ideia de pluralismo das entidades familiares houve uma democratização do conceito de família. Em conformidade com Dias (2016, p.204) que aponta alguns motivos da revolução no Direito de Família:

A família já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação. O movimento de mulheres, a disseminação dos métodos contraceptivos e o surgimento da reprodução assistida fizeram com que esse tríplice pressuposto deixasse de balizar o conceito de família. Caiu o mito da virgindade e sexo - até pelas mulheres - se pratica fora e antes do casamento. A concepção não mais decorre exclusivamente do contato sexual e o casamento deixou de ser o único reduto da conjugalidade. Relações extramatrimoniais já dispõem de reconhecimento constitucional.

É visível que o sistema patriarcal vem perdendo cada vez mais o espaço no qual antes imperava. Houve, com o decorrer dos anos, uma libertação para a mulher e isso mudou completamente o conceito de família. O casamento não é mais o único destino da mulher, a virgindade não é mais uma característica essencial, entre outros aspectos.

Didaticamente, pode-se dividir as entidades familiares da em quatro grupos: famílias previstas expressamente na Constituição Federal – família matrimonial, união estável e família monoparental -, famílias jurisprudenciais – família homoafetiva e família anaparental -, famílias elencadas pela doutrina – família paralela, família poliafetiva,, família composta e família eudemonista - e, por fim, famílias expressas no Estatuto da Criança e do Adolescente – família natural, família extensa e família substituta.

3.3.1 Famílias expressas na Constituição Federal

De forma bem direita Gonçalves (2017, p. 40) define a família matrimonial como aquela que “decorrente do casamento”. O casamento para a Igreja Católica é um sacramento religioso,

indissolúvel, entre um homem e uma mulher, também pode ser solenizado pelo Estado, que durante um grande lapso temporal só reconheceu o matrimônio como forma legítima de constituir família, relegando as outras famílias à informalidade (MADALENO, 2020). O vínculo perante o Estado constitui o casamento civil.

Pelo contexto histórico, a harmonia que reinou entre a Igreja Católica e o Estado privilegiou o matrimônio como forma de constituição familiar, o modelo a ser seguido. A monogamia foi adotada como princípio implícito, embora ao homem sempre fosse tolerado o direito à infidelidade, mas a certeza da paternidade conferia segurança para a transferência do patrimônio.

Acerca das relações fora do casamento, eram denominadas adúlteras ou concubinárias, a família legítima era a constituída pelo casamento. A filiação estava condicionada ao estado civil dos pais, se a família fosse legítima, os filhos eram considerados legítimos, caso a prole fosse fruto de uma relação extramatrimonial a classificação dos filhos era de cunho pejorativo e discriminatório, estando condenado a invisibilidade (DIAS, 2016).

O concubinato era excessivamente perverso com a mulher e os filhos da relação já que não havia nenhuma proteção por parte da lei à essa relação. A família informal foi válvula de escape para quem fosse desquitado já que o vínculo matrimonial era indissolúvel.

Em 1988, a denominada família informal foi elevada à categoria de entidade familiar pela Constituição Federal, e passou a ser denominada de união estável (MADALENO, 2020). As famílias constituídas por união estável não estão mais à margem da lei, direitos familiares e sucessórios são garantidos, bem como há não mais classificação pejorativa e discriminatória quanto à prole.

A Constituição Federal de 1988 abarcou também conceito de família monoparental (art. 226, §4º). Conforme as lições de Tartuce (2017, p. 35) a família monoparental é aquela que “constituída pelo vínculo existente entre um dos genitores com seus filhos, no âmbito de especial proteção do Estado”. Não raro nos lares brasileiros, a família é constituída pela mãe e os filhos ou pelo pai e os filhos. O Estado não negou reconhecimento a esse grupo e foi uma decisão acertada em razão do princípio da dignidade da pessoa humana.

3.3.2 Famílias reconhecidas pela jurisprudência

De acordo com Tartuce (2017, p. 35) a família homoafetiva é aquela “decorrente da união de pessoas do mesmo sexo, já reconhecida por nossos Tribunais Superiores, inclusive no tocante ao casamento homoafetivo”. A família homoafetiva embora já tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade nos julgamentos da ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ , ainda sofre com o estigma marcado pela sociedade patriarcal e pelo conservadorismo religioso. Para que se possa entender melhor, a síntese da decisão da Suprema Corte brasileira, transcreve-se uma síntese dos julgados acima apontados, extraída do site do próprio STF:

A norma constante do art. 1.723 do Código Civil brasileiro (“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”) não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. Essa foi a conclusão da Corte Suprema ao julgar procedente pedido formulado em duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas, respectivamente, pelo Procurador-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Prevaleceu o voto do Ministro Ayres Britto, relator, que deu interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. O relator asseverou que esse reconhecimento deve ser feito de acordo com as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Enfatizou que a Constituição veda, expressamente, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem, o que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, da idade, da cor da pele e da raça, na aceção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se coloca como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja. Afirmou que essa vedação também se dá relativamente à possibilidade da concreta utilização da sexualidade, havendo um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; e c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não.

O julgado é claro e expressivo ao reconhecer como entidade familiar a união homoafetiva e seus membros, mas seu alcance é muito maior, porque além de reconhecer o direito ao reconhecimento da União Estável Homoafetiva e a sua consequente possibilidade de conversão em casamento, busca retirar o estigma da discriminação sobre tal tipo de família, elevando de forma clara e precisa o Princípio da Igualdade e sua plena aplicação ao Direito de Família.

Na mesma linha de pensamento, Maria Berenice Dias (2016, p.212), uma notória defensora dos direitos dos homossexuais, assim aduz:

Em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual. A homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar

a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não soluciona as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões.

Em nome da liberdade e da dignidade da pessoa humana, é evidente que não cabe ao Estado privar famílias de direitos em razão da sua orientação sexual. Já que, no âmbito privado, tudo o que não é expressamente proibido, é permitido. Neste sentido, o respeito é o que a sociedade deve destinar para as uniões homoafetivas.

A Constituição Federal de 1988, embora tenha expressamente tratado de algumas espécies de entidades familiares, não elencou todas as existentes e deixou a tarefa de reconhecer a família anaparental a cargo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que assim o fez no julgamento do Recurso Especial 57.606/MG: “Execução. Bem de família. Ao imóvel que serve de morada as embargantes, irmãs e solteiras, estende-se a impenhorabilidade de que trata a Lei 8.009/1990” (STJ, REsp 57.606/MG, 4.^a Turma, Rel. Min. Fontes de Alencar, j. 11.04.1995, DJ 15.05.1995, p. 13.410. Por meio de tal jurisprudência percebe-se que o rol descrito pela Constituição Federal de 1988 não é fechado.

No tocante à família anaparental, segundo Madaleno (2020, p. 59):

Ao lado da família nuclear construída dos laços sanguíneos dos pais e sua prole está a família ampliada, como uma realidade social que une parentes, consanguíneos ou não, estando presente o elemento afetivo e ausentes relações sexuais, porque o propósito desse núcleo familiar denominado anaparental não tem nenhuma conotação sexual como sucede na união estável e na família homoafetiva, mas estão juntas com o ânimo de constituir estável vinculação familiar.

A família anaparental é diferente das demais porque não há contexto de relações sexuais, é composta por descendentes comuns, ou seja, não há ninguém que represente um ascendente comum, é o caso de irmãos que moram juntos.

3.3.3 Famílias elencadas pela doutrina

Sobre as famílias paralelas, historicamente, pela família judaico-cristã, a sociedade ocidental sempre repudiou as relações paralelas, porém nunca deixou de existir. É irrelevante a lei impor o dever de fidelidade no casamento e lealdade na união estável. De nada adianta essas imposições legais se há uma realidade histórica marcada por uma sociedade patriarcal e machista. Homes sempre desfrutaram das famílias paralelas (DIAS, 2016).

É inegável a posição privilegiada do homem em uma relação paralela. A sociedade não julga, não estigmatiza, porque os homens sempre ostentaram posições de poder e sempre ditaram as regras. Já as mulheres são taxadas por aceitarem e vivenciarem tal situação.

Nesse sentido, fala-se também nas chamadas famílias poliafetivas ou poliamorosas, seu formato também pode acontecer de várias maneiras. De acordo com Dais (2016, p. 214):

Todas as formas de amar que fogem do modelo convencional da heteronormatividade e da singularidade, são alvo da danação religiosa e, via de consequência, da repulsa social e do silêncio do legislador. Ou o silêncio ou a expressa exclusão de direitos. Nada mais do que uma vã tentativa de condenar à invisibilidade formas de amor que se afaste do modelo monogâmico.

Mais uma vez a ideia patriarcal de família e o conservadorismo religioso fazem pressão social para condenar determinada forma de vínculo familiar à invisibilidade, já que foge ao princípio da monogamia e da heterossexualidade. E os legisladores para não enfrentarem assuntos polêmicos, se calam, e as famílias que se enquadram a esse modelo sofrem por falta de reconhecimento estatal.

Desse modo, há também que se falar nas famílias compostas, reconstituídas ou mosaicas, muitos são os nomes para essa espécie familiar, conforme Dias (2016, p. 217) são caracterizadas pela “multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência”. O sentido desse arranjo reside nas famílias constituídas depois do desfazimento de relações afetivas anteriores.

Nota-se a importância do divórcio, no caso do casamento civil, dissolvido suas partes podem compor uma nova espécie de família sem, portanto, ser condenado a informalidade.

Por fim, a família eudemonista tem um caráter filosófico, de acordo com Dias (2016, p. 222), é aquela que “busca a felicidade individual, por meio da emancipação de seus membros”. Consiste em um conceito de família que busca a felicidade, o amor e a solidariedade.

Com o desmonte do modelo hierarquizado e patriarcal de família e o surgimento de uma família democrática fundada nos valores da igualdade e respeito mútuo, a busca pela felicidade do sujeito ganhou força.

3.3.4 Famílias elencadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente aborda entidades familiares no tocante ao direito à convivência familiar e comunitária. No que diz respeito à família natural, ligada ao fator biológico ou afetivo disposta no art. 25, do ECA, sobre tal previsão legal informa Madaleno (2020, p. 84):

É a comunidade formada pelos pais ou qualquer destes e seus descendentes e que deveria ser o equivalente à família biológica, não fosse a evidência de que a família tanto pode ser biológica como socioafetiva, pois há muito deixaram os laços de sangue de ser a única forma de constituição da família. Entretanto, não há como esconder que o conceito estatutário da família natural está orientado no seu traço biológico, pois a família natural adviria da gestação da mulher.

O que diferencia a família natural é que nem a Constituição Federal, ao assegurar o direito a convivência familiar, nem o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao garantir que a criança seja criada e educada no seio de sua família, não estão se referindo, especificamente, à família biológica.

Já no parágrafo único do artigo 25, do ECA, é denominado outro arranjo: a família extensiva ou ampliada e segundo Madaleno (2020), a família extensa é aquela que vai além dos âmbitos dos pais e filhos, é formada pelos parentes próximos como avós, tios, primos.

É uma espécie de entidade familiar ligada ao instituto da adoção, visando o não afastamento da criança ou adolescente da sua família natural na tentativa de não encaminhar a criança ou o adolescente para uma família distante (que seria uma medida mais drástica).

Por fim, a família substituta é aquela que consta como cadastradas no processo de adoção (DIAS, 2016). É também, a família substituta, ligada aos processos de adoção de crianças e adolescentes. Essa entidade familiar tem caráter excepcional, a preferência é a reinserção na família natural.

4 CAPÍTULO 3: PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

O Código Civil de 2002 procurou incorporar as mudanças sociais das últimas décadas do século passado, atualizou-se também com relação aos princípios e normas constitucionais (GONÇALVES, 2017). Surgiu um novo Direito de Família, mas com grandes avanços norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

São princípios que regem o direito de família, de acordo com a doutrina: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges e companheiros, o princípio da igualdade na chefia familiar, o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, o princípio da paternidade responsável e planejamento familiar, o princípio comunhão plena de vida, o princípio da liberdade de construir uma comunhão de vida familiar, o princípio da pluralidade das entidades familiares, o princípio da facilitação da dissolução do casamento, o princípio da vedação ao retrocesso, o princípio da afetividade, o princípio solidariedade familiar, o princípio da proteção plena as crianças, adolescentes e idosos, o princípio da convivência familiar, o princípio da função social da família, o princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família e o princípio da boa-fé objetiva.

4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Princípio positivado no Texto Constitucional no art. 1º, inciso III, consagrado como fundamento da República. Conforme aduz Gonçalves (2017, p. 22) “O direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito” completa Stolze e Pamplona Filho (2017, p. 94) “princípio da dignidade da pessoa humana, que se nos afigura, inequivocamente, como a maior conquista do Direito brasileiro nos últimos anos”. O citado princípio trata-se de uma cláusula geral, mas em linhas gerais tem o condão de atribuir ao sujeito um valor inerente a pessoa humana e que por essa condição já merece respeito independente de qualquer característica.

Segundo Kant, a concepção de dignidade humana compreende um imperativo categórico que coloca a pessoa humana como um ser racional, um fim em si mesmo. Não há, portanto, ramo do Direito Privado que tal conceito principiológico tenha maior atuação do que o Direito de Família (TARTUCE, 2017).

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado um macroprincípio e tal princípio consolidou-se no ordenamento jurídico uma ideia de personalização e consequentemente uma despatrimonialização do Direito Privado. Ao tempo que o patrimônio perde importância, a pessoa é supervalorizada (TARTUCE, 2017).

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios, dele irradia outros princípios como a liberdade, a autonomia privada, a cidadania, a igualdade e solidariedade. Baliza não somente atos estatais, como também as relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade (DIAS, 2016).

O direito de família está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que tem como fundamento essencial o supracitado princípio. Como aplicação básica no âmbito familiar é o tratamento igualitário entre as entidades familiares, bem como os filhos advindos das relações (DIAS, 2016).

Ainda sobre a ligação do direito de família com os direitos humanos, completa (PEREIRA apud GONÇALVES, 2017) “é que se torna imperativo pensar o Direito de Família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cuja base e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania”. Diversos fatores influenciaram para a profunda mudança no direito de família, a saber, a evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização (GONÇALVES, 2017). Todas as mudanças culminaram em um verdadeiro declínio do patriarcalismo em contrapartida a absorção e compreensão dos direitos humanos na seara familiar.

4.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA ENTRE OS CÔNJUGES E OS COMPANHEIROS E PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CHEFIA FAMILIAR

O princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges e os companheiros está disposto no art. 226, § 5º, da Constituição Federal “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Decorrente desta regulamentação extinguiu-se o poder marital bem como o sistema de encapsulamento da mulher (trabalho doméstico e a procriação). Não há mais espaço para o sistema patriarcal no contexto atual com todos os avanços tecnológicos e sociais que influenciam diretamente nas funções da mulher na família, confirmando uma verdadeira revolução social (GONÇALVES, 2017).

A consagração constitucional do princípio da igualdade constitui um inegável avanço do sistema jurídico brasileiro e quanto à seara familiarista, tal princípio representa uma grande mudança de ideologia. Desse modo, acerca da condição da mulher aduz (SILVA apud STOLZE, PAMPLONA FILHO, 2017):

O sexo sempre foi um fator de discriminação. O sexo feminino sempre esteve inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recentemente vem ele, a duras penas, conquistando posição paritária, na vida social e jurídica à do homem. A Constituição, como vimos, deu largo passo na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao equiparar os direitos e obrigações de homens e mulheres.

O Código Civil de 2002, além de buscar a igualdade jurídica formal também optou por mudanças terminológicas que sinalizam o ideal igualitário, podendo citar como exemplo o art. 2º, do CC/16 utilizava o termo “homem” e o art.1º, do CC/02 usa a expressão “pessoa”, deixando evidente que não será tolerado qualquer distinção em razão do sexo (TARTUCE, 2017).

Ainda comparando os dois Códigos Civis, o diploma de 1916, de acordo com Gonçalves (2017, p. 24) “tratava dos direitos e deveres do marido e da mulher em capítulos distintos, porque havia algumas diferenças”, todavia, com a Constituição Federal de 1988 consagrando o princípio da isonomia não fazia sentido perpetuar tal divisão e o Código Civil de 2002 disciplinou de forma igual direitos e deveres de ambos os cônjuges, afastando qualquer diferenciação (GONÇALVES, 2017).

É fato que a desigualdade de gêneros vem sendo combatida, após séculos de tratamento discriminatório. No entanto a igualdade de tratamento não apaga as diferenças naturais entre os sexos e isso deve ser levando em conta pelo direito. Não se deseja conceder a mulher o tratamento privilegiado concedidos aos homens por anos, mas sim, estabelecer a igualdade justa (DIAS, 2016).

A igualdade entre os cônjuges e companheiros representa muito para a mulher no que diz respeito ao papel por ela desempenhado na família. A mãe/esposa conquistou o mercado de trabalho, possui acesso a métodos contraceptivos, tem o mesmo poder de decisão que o pai/marido nas decisões familiares, entre outras mudanças sociais que estão diretamente ligadas a função da mulher na condução da família.

Em decorrência da igualdade jurídica entre os cônjuges e companheiros se extrai o princípio da igualdade na chefia familiar. Tal princípio aduz que a chefia familiar pode ser exercida tanto pela mulher como pelo homem em um regime democrático, podendo, inclusive,

os filhos participar (conceito de família democrática). Há uma mudança de contexto de hierarquia por uma diarquia (TARTUCE, 2017).

A igualdade na chefia familiar é uma expressão do fenômeno denominado pelo professor Flávio Tartuce de despatriarcalização do Direito de Família, é a perda do poder marital e a igualdade da mulher e dos filhos no contexto familiar .

4.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA ENTRE OS FILHOS E PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL E PLANEJAMENTO FAMILIAR

Princípio consagrado pela Constituição Federal no art. 227, §6º, que assim dispõe “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. O dispositivo em análise estabelece mais uma especificidade do princípio genérico da igualdade, extinguindo qualquer forma pejorativa e discriminatória acerca da filiação, como acontecia no Código Civil de 1916. Atualmente, os filhos são apenas filhos, sem nenhum adjetivo que os diferencie (GONÇALVES, 2017).

A igualdade entre os filhos é uma importante expressão da dignidade da pessoa humana aplicável tanto no plano existencial bem como no plano sucessório e em todos os outros ramos do Direito. Ainda se usa, apenas para fins didáticos, a expressão filho havido fora do casamento, porém juridicamente o que existe é uma plena igualdade.

Sobre a paternidade responsável e o planejamento familiar, o constituinte não enfrentou a limitação da natalidade, pois foi conduzido pelo ideal de paternidade responsável. O propósito do planejamento familiar reside em evitar que haja a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e manutenção (FARIAS, ROSENVALD, 2017).

A paternidade responsável também é expressão da dignidade da pessoa humana. O que se busca proteger é que não falte a família condições básicas de existência, como alimentação, moradia, vestimenta, entre outros.

4.4 PRINCÍPIO DA COMUNHÃO PLENA DE VIDA, PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE CONSTRUIR UMA COMUNHÃO FAMILIAR E PRINCÍPIO DA INTERFERÊNCIA MÍNIMA DO ESTADO NO DIREITO DE FAMÍLIA

O princípio da comunhão plena de vida está ligado a ideia de afeição entre os cônjuges ou companheiros, conforme prevê o art. 1511, do CC/02 “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. É esperado que no casamento e no companheirismo o aspecto espiritual, a afeição (GONÇALVES, 2017). Com tal princípio o legislador buscou humanizar as relações, valorizando a pessoa em detrimento do patrimônio.

O princípio da liberdade de construir uma comunhão familiar é extraído do art. 1.513 do CC/02 “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. A exemplo, a livre aquisição e administração do patrimônio familiar (CC, arts. 1.642 e 1.643) e opção pelo regime de bens mais conveniente (art. 1.639) (GONÇALVES, 2017). Preza-se por uma não interferência estatal ou privada no âmbito familiar.

Insta salientar que há assuntos e decisões que devem ser tomadas exclusivamente pelos membros familiares pois são questões de foro íntimo cabendo ao Estado e as pessoas jurídicas de direito privado a abstenção em nome da liberdade e exercício da autonomia privada.

Sob fundamento do mesmo dispositivo do Código Civil acima citado, o codificador de 2002 tratou de prevê a não intervenção no âmbito do direito de família, em contrapartida consagrou o princípio da liberdade que mantém relação direta com o princípio da autonomia privada – capacidade que a pessoa tem de gerir seus próprios interesses (TARTUCE, 2017).

Embora se perceba que há normas de caráter cogente na seara familiar, não é acerto concluir que o Estado deve interferir na família (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2017). Acerca de tal interferência, não é bem vista a intervenção moldada pela figura do Estado protetor-repressor, mas é constitucional a postura de Estado protetor-provedor-assistencialista, que muitas vezes substitui lacunas familiares, a exemplo da educação e saúde dos filhos. A intervenção estatal permitida deve tão somente garantir direitos básicos a família (MADALENO apud STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2017).

O princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família traduz uma limitação a atuação estatal. A interferência do Estado não pode aniquilar a base socioafetiva da família, a atuação pública já está bem definida: posição garantista-assistencialista

4.5 PRINCÍPIO DA PLURALIDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES, PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR E PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

O princípio da pluralidade familiar informa acerca de uma realidade social existente no Brasil. Modificou o sentido de família e a democratizou, antes família era apenas a advinda do casamento, hoje o Texto Constitucional, a doutrina e jurisprudência reconhecem várias entidades familiares (FARIAS, ROSENVALD, 2017).

A família é um fato natural e o casamento é apenas uma formalidade. Para atender a realidade vivenciada pela sociedade o constituinte reconheceu como família a matrimonial, a união estável e a família monoparental (FARIAS, ROSENVALD, 2017).

As uniões homoafetivas, constituídas por pessoa do mesmo sexo, foram reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado (ADI nº 4277/DF), como entidades familiares. Trata-se de uma relevante expressão do princípio ora em comento já que sua base a mesma das famílias heterossexuais (FARIAS, ROSENVALD, 2017).

As outras espécies de entidades familiares são abordadas pela doutrina, estabelecendo um verdadeiro rol exemplificativo. Nesse sentido, a pluralidade familiar é derivada do princípio da dignidade da pessoa humana já que a família é a base do Estado e merece especial proteção.

Em se tratando do princípio da convivência familiar, informa a respeito da relação afetiva e constante entre os membros familiares em virtude dos laços sanguíneos ou socioafetivos. Abarca não somente o espaço físico do lar que a família habita (as condições de vida e contexto laboral podem modificar o espaço físico entre os familiares). Em suma, é o ambiente onde as pessoas se sentem acolhidas e protegidas, principalmente as crianças (LÔBO, 2011).

A convivência familiar é necessária haja vista ser a família a primeira instituição social que a criança tem contato, é a base do Estado. Insta lembrar que a afetividade é um aspecto humanitário que norteia o direito de família.

No tocante a função social da família, com base no Texto constitucional, tal função está intimamente ligada ao seu caráter eudemonista, sendo, portanto, a família um elo para o projeto de vida e a felicidade dos membros que a compõe, respeitando a individualidade de cada um (STOLZE, PAMPLONA FILHO, 2017).

A função social da família muda de acordo com o momento vivido: no direito romano a função social estava atrelada ao parentesco e a subordinação ao pater família, perdeu a função

de unidade econômica, posteriormente, extraviou-se a função patrimonial. Hodiernamente, fundada pelos princípios da dignidade da pessoa humana, afetividade, igualdade, entre outros, se construiu um novo ideal de família e, portanto, uma nova perspectiva de função social da família.

4.6 PRINCÍPIO DA FACILITAÇÃO DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO E PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Esse princípio da facilitação da dissolução do casamento está disposto no art. 226, §6º, da CF/88, que facilitou o instituto do divórcio, extinguiu o lapso temporal bem como pôs fim a discussão da culpa em sede de ação de divórcio (FARIAS, ROSENVALD, 2017). Tal princípio é a expressão da autonomia privada de um ou de ambos os cônjuges. O Estado não deve dificultar ou impor lapso temporal para a ação de divórcio, pois este é assunto privado dos interessados em nome da liberdade de construir uma comunhão familiar.

Acerca da proteção ao retrocesso social, a Constituição Federal, em sede de matéria familiar, ao garantir proteção especial a família elencou diretrizes que servem de base para o Direito de Família constitucional, a saber: a igualdade jurídica entre os cônjuges e companheiros, o pluralismo das entidades familiares e a igualdade jurídica entre os filhos. Tais eixos servem como obstáculos para eventual retrocesso social (DIAS, 2016).

Os eixos elencados pela Constituição devem ser observados pelo legislador infraconstitucional para evitar que o poder legiferante retroceda sob pena de ser declarada inconstitucionalidade.

4.7 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Conceituando o princípio da afetividade, expõe Lôbo (2011, p.70) “é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”. Nesse contexto, tal princípio representa um ideal de valorização do caráter humanitário das relações,

caracteriza a passagem do fato natural da consanguinidade para a cultura da afinidade, afetividade.

A família recuperou o que, provavelmente, a ligava nos primórdios: o grupo unido por laços afetivos. O princípio da afetividade se expressa na igualdade entre os irmãos biológicos e adotivos, além da solidariedade recíproca, que não pode ser invadido pela prevalência e interesses patrimoniais (LÔBO, 2011). A afetividade humaniza o direito de família nas relações afetivas e na comunhão de vida.

Já solidariedade social está disposta no art. 3.º, I, da CF/1988, reconhecido como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, segundo Dias (2016, p. 53):

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna.

É notório o ideal de solidariedade no direito de família. A entidade familiar não é apenas um grupo econômico, tornou-se um âmbito de carinho, respeito, companheirismo onde o individual pressupõe o coletivo.

A solidariedade familiar justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos, quando constatado a necessidade, o que caracteriza uma solidariedade patrimonial, mas não só isso, há também a solidariedade afetiva e psicológica (TARTUCE, 2017).

Em mais um princípio norteador do direito de família vê-se a preponderância do caráter humanitário, a valorização do coletivo. Exemplo nítido do princípio em comento é a proteção às crianças e adolescentes e aos idosos.

4.8 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL A CRIANÇAS, ADOLESCENTES, JOVENS E IDOSOS

Como especificação do princípio da igualdade, o princípio da igualdade entre os filhos que compreende os mesmos direitos e qualificações, vedadas qualquer designação discriminatória (DIAS, 2016). Sobre os direitos das crianças e dos adolescentes, aduz a Constituição Federal:

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

Do texto constitucional se extrai a doutrina da proteção integral, que garante o melhor interesse da criança e adolescente, consistindo em tratamento prioritário pelo Estado, pela sociedade e pela família fundamento pela condição de ser pessoa em desenvolvimento (LÔBO, 2011).

Em relação aos idosos, a Constituição veda a discriminação em razão da idade e garante às pessoas idosas especial proteção, dispõe o art. 230, do CF/88, a respeito dos idosos:

Art.230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§1º. Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§2º. Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

O legislador infraconstitucional elaborou dois microssistemas: o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso com o intuito de especificar os direitos e deveres de cada um dos grupos vulneráveis, tendo por base as ideias estabelecidas pela Lei Maior.

4.9 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

A Boa-fé se subdivide em boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. A primeira diz respeito a conduta de lealdade das partes, já a boa-fé subjetiva é caracterizada pela mera intenção. Através do desenvolvimento do Direito Alemão observou-se que a boa-fé objetiva compreende deveres anexos (TARTUCE, 2017).

Nesse sentido são considerados deveres anexos: o dever de cuidado em relação à outra parte negocial, o dever de respeito, o dever de informação, o dever de agir conforme a confiança depositada, o dever de lealdade e probidade, o dever de colaboração, o dever de agir com honestidade e o dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão (TARTUCE, 2017).

Ainda conforme o Direito Alemão, a quebra dos deveres anexos acima citados gera a violação positiva do contrato ou da obrigação e como consequência há a responsabilização civil objetiva para aquele que desrespeitar a boa-fé objetiva. Nesse contexto foram elaborados enunciados da Jornada de Direito Civil sobre o princípio em comento, quais sejam:

Enunciado n. 24, da I Jornada de Direito Civil, in verbis: “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”

Enunciado n. 363, da IV Jornada de Direito Civil, segundo o qual: “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, sendo obrigação da parte lesada apenas demonstrar a existência da violação”

Quanto ao primeiro enunciado, o art. 422, do CC/02 está disposto no livro referente aos contratos civis e a inobservância da boa-fé constitui uma espécie de inadimplência. Em relação ao segundo, eleva os deveres anexos probidade e confiança a condição de preceito de ordem pública, portanto, insuscetível de afastamento por vontade das partes.

Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se extrai:

Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do venire contra factum proprium (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família. [...]

Em consonância com a jurisprudência e a doutrina, o princípio da boa-fé objetiva possui três funções no Código Civil de 2002 e que são plenamente aplicáveis aos institutos do âmbito familiar, quais sejam: a função interpretativa, a função de controle e a função de integração.

A primeira função da boa-fé objetiva é a função de interpretação, retirada do art. 113 do Código Civil “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. O negócio é interpretado de forma favorável para aquele que estiver de boa-fé (TARTUCE, 2017).

A segunda função é a de controle, retirada do art. 187 do CC “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. aquele que contraria a boa-fé objetiva comete abuso de direito (TARTUCE, 2017).

A última função da boa-fé objetiva é a de integração, abstraída do art. 422 do CC, segundo o qual: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. A boa-fé deve ser observada em todas as fases contratuais (TARTUCE, 2017).

Da função integrativa decorrem conceitos parcelares da boa-fé objetiva advindos do direito comparado, sendo importante tratar acerca da máxima *venire contra factum proprium non potest*.

Em relação ao *venire contra factum proprium*, trata-se da vedação do comportamento contraditório (TARTUCE, 2017). Se uma parte adota comportamentos contraditórios haverá uma insegurança e uma deslealdade na relação. São comportamentos que não convêm para a condução familiar.

Por fim, é imperioso constatar que todos os princípios partem de uma ideia comum: a dignidade da pessoa humana, o macro princípio do Ordenamento Jurídico brasileiro. Através do chamado Direito Civil Constitucional, a família foi elevada a um patamar de extrema importância para o Estado, merecedora de grande respeito. Verifica-se também a concretização do fenômeno abordado pelo ilustre professor Flávio Tartuce (2017): a despatriarcalização do Direito de Família, a valorização da igualdade e da condição pessoal de cada integrante familiar.

Cumprido ressaltar que diante das inúmeras possibilidades de constituição familiar, é mais acertado se falar em Direito das Famílias. Ao direito cabe regulamentar o contexto social e não o contrário.

5 CAPÍTULO 4: SITUAÇÃO JURÍDICA DA MULHER NO CONTEXTO JURÍDICO ATAUL

Com a evolução social e, conseqüentemente jurídica, já que o direito reflete os anseios sociais sob pena de ineficácia, os institutos do Direito de Família bem como leis esparsas tiveram que se reinventar para atender os ditames, sobretudo, constitucionais consagrando o Direito de Família constitucional e evidenciando a despatriarcalização, prestigiando a figura feminina e os filhos e constituindo a chamada família democrática.

5.1 PODER FAMILIAR

O poder familiar é o reconhecimento legal da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Possui como característica a temporariedade, já que o poder familiar cessa, em regra, com a maioridade dos filhos. O instituto do poder familiar passou por um processo evolutivo, assim como todo o Direito de Família, na sua função originária estava intimamente relacionado com a autoridade paterna, o pátrio potestas, no entanto, hodiernamente, é visto por muitos como o múnus, em que se ressalta os deveres (LÔBO, 2011).

Conforme Gonçalves (2017, p. 535) “Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”. O dever dos pais para com os filhos não é apenas de alimentá-los e deixá-los crescer, é necessário educá-los e dirigi-los (GONÇALVES, 2017).

Nota-se que há uma relação proporcional: quanto maiores foram a desigualdade, a hierarquização e a supressão de direitos entre os componentes familiares, maior foi a autoridade do pátrio poder. Com a emancipação da mulher e igualdade entre os filhos, reflexo dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, tal “poder” vem sofrendo mudanças substancial e terminológica (LÔBO, 2011).

Atualmente, o poder familiar tem natureza jurídica diversa do pátrio poder, nas palavras de Gonçalves (2017, p. 536):

Modernamente, graças à influência do Cristianismo, o poder familiar constitui um conjunto de deveres, transformando-se em instituto de caráter eminentemente protetivo, que transcende a órbita do direito privado para ingressar no âmbito do

direito público. Interessa ao Estado, com efeito, assegurar a proteção das gerações novas, que representam o futuro da sociedade e da nação. Desse modo, o poder familiar nada mais é do que um munus público, imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos. Em outras palavras, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores, em atenção ao princípio da paternidade responsável insculpido no art. 226, § 7º, da Constituição Federal.

O poder familiar, hodiernamente, ultrapassa o direito privado e atinge o direito público, sendo considerado pelo Estado um munus público - um dever público que os pais possuem de cuidar, educar e proteger seus filhos. É um instituto que visa o benefício em relação aos filhos e constitui também um reflexo do princípio constitucional da paternidade responsável.

Quanto à titularidade do poder familiar, o Código Civil de 1916 atribuiu ao marido a *patria potestas*, considerado o chefe de família. Apenas na falta do marido, a mulher assumia o posto. O lugar reservado a mulher era, portanto, a de sucessora e não de simultânea. Em caso de divergência entre os consortes, prevalecia a decisão do marido, salvo em caso de manifesto abuso de direito (GONÇALVES, 2011).

No entanto, o contexto social e jurídico mudou com o advento da Lei n. 4.121/62, conhecida como “Estatuto da Mulher Casada”, que proporcionou mudanças no Código Civil de 1916 e, portanto, determinou que, durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher (GONÇALVES, 2011). Embora significativa alteração, mas continuou a mulher em lugar de mera colaboradora.

O tratamento isonômico só veio com a Constituição Federal de 1988 quando pelo art. 226, § 5º consagrou o princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges. Nesse sentido, o Código Civil de 2002 atribuiu o poder familiar a ambos os pais em igualdade de condições ((GONÇALVES, 2011).

Com o decorrer dos anos, é visível que o poder familiar passou por profundas transformações e, no momento atual, o instituto sofreu interferências do fenômeno denominado Direito Civil Constitucional que norteou alterações tendo por base os princípios constitucionais. Insta lembrar que a alteração terminológica é de suma importância por não alimentar ideias discriminatórias, bem como a mudança no sentido substancial do instituto aproximando-se da chamada família democrática.

5.2 NOME CIVIL DA MULHER CASADA

O casamento irradia inúmeros efeitos e consequências em diferentes órbitas como na órbita social, na órbita pessoal e na órbita patrimonial. No âmbito pessoal, o principal efeito advém do art. 1.511, do Código Civil de 2002 que estabelece “comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Importante ressaltar que tal comunhão plena de vida deve ser pautada pelo princípio da igualdade. Frisa-se que o casamento altera o estado civil para casado ou casada (GONÇALVES, 2017).

A cultura de acrescentar o nome do marido após o casamento consta da Idade Média e representava a preponderância do poder marital bem como a ideia de união dos cônjuges. No Brasil colônia, o Alvará de 12 de setembro de 1564 determinou que se aplicasse as disposições do Concílio Tridentino em todos os domínios de Portugal e o Brasil era uma extensão do território português. O citado Alvará determinava que as autoridades eclesiásticas disporiam acerca do Direito de Família, todavia em 1595, o Rei Filipe II mandou compilar as suas ordenações, causando desprestígio eclesiásticos (GARDIOLO, 1998).

Mesmo com a Independência do Brasil em relação a Portugal, as ordenações portuguesas continuaram a reger o direito civil no Brasil. No período do Brasil imperial, a Igreja Católica constituía a religião oficial do Império, em razão disso controlava o registro civil. Com o advento da Constituição de 1891, o Estado passou a ser reconhecido laico. A regulamentação do casamento civil se deu pelo Decreto 181 de 24 de janeiro de 1890, ficando abolida a jurisdição eclesiástica, porém manteve-se os princípios do matrimônio canônico (GARDIOLO, 1998).

Por força do supracitado Decreto, aduz Gardiolo (1998, p. 4) sobre o uso, pela mulher, do sobrenome do marido:

Pelo Decreto 181, um dos efeitos do casamento era conferir à mulher o direito de usar o nome da família do marido e gozar de suas honras e direitos. Inserido no Código Civil de 1916, o preceito não sofreu qualquer modificação mais profunda até sua alteração pelo art. 50 da Lei 6.515/77, quando se deu a faculdade de adoção do sobrenome do marido pela mulher.

Percebe-se a história da adoção do sobrenome do marido pela mulher ao longo da trajetória jurídica e leva-se a concluir que a mulher ao casar constituiria nova família com base na linhagem do marido. De certo modo, deixando em plano secundário o sobrenome da mulher.

Com a inauguração do Código Civil de 2002, conforme prevê, em relação à possibilidade de alteração do nome com o casamento, o § 1º do aludido art. 1.565 do Código Civil que “qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro”

(GONÇALVES, 2017). Perpetuou-se, com isso, a ideia do art. 50 da Lei 6.515/77, fulcrada faculdade de adotar ou não o sobrenome do marido.

Ainda sobre o art. 1.565 do CC/2002, consoante Gonçalves (2017, p. 131):

A clareza do dispositivo não deixa dúvida de que o nubente, ao se casar, pode permanecer com o seu sobrenome de solteiro; mas, se quiser adotar os apelidos do consorte, não poderá suprimir o seu próprio sobrenome. Essa interpretação se mostra a mais apropriada em face do princípio da estabilidade do nome, que só deve ser alterado em casos excepcionais, princípio esse que é de ordem pública.

Interpretando o dispositivo citado, qualquer dos cônjuges pode adotar o sobrenome um do outro, o que sinaliza uma ideia de igualdade entre os consortes, já que historicamente o sobrenome do marido carregava todo o respeito familiar.

5.3 EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66 DE 2010

Para conferenciar acerca do instituto do divórcio no Brasil é necessário lembrar o contexto histórico e as raízes jurídicas do Direito pátrio, sobre isto, descreve Dias (2016, p.326,327):

Sob a égide de uma sociedade conservadora e fortemente influenciada pela igreja, o casamento era uma instituição sacralizada. Quando da edição do Código Civil de 1916, o casamento era indissolúvel. A única possibilidade legal de romper com o matrimônio era o desquite, que, no entanto, não o dissolvia.

O casamento é, para a Igreja um sacramento, baseado no preceito de o que Deus uniu, o homem não separa, portanto o casamento religioso é, em regra, indissolúvel. Com base nisto, sabe-se que a Igreja e o Estado estavam unidos até o advento da República, tal proximidade influenciou na indissolubilidade do casamento civil por anos. Somado à realidade conservadora religiosa, a sociedade do século XX era inegavelmente patriarcal.

É importante lembrar que o desquite, conforme Dias (2016, p. 152):

rompia o casamento, mas não dissolvia a sociedade conjugal. Somente o casamento constituía a família legítima. Os vínculos extramatrimoniais, além de não reconhecidos, eram punidos. Com o nome de concubinato, foram condenados à clandestinidade e à exclusão não só social, mas também jurídica. Não geravam qualquer direito. Em face da posição inferiorizada da mulher era ela a grande

prejudicada. Como o patrimônio normalmente estava em nome do homem, quando do fim do relacionamento - quer pela separação, quer pela morte do companheiro - ela nada recebia.

A impossibilidade de um novo casamento encontrava saída nos vínculos extrapatrimoniais, chamados à época de concubinato, que se encontravam à margem da lei sem qualquer direito assegurado em relação à nova família. no entanto, apesar da grande resistência dos segmentos mais conservadores, ocorreu a reforma constitucional no tocante à dissolubilidade do casamento com a Emenda Constitucional nº 9 de 1977.

Após a EC 9/77 passou-se a aprovação da Lei 6.515/1977, Lei do Divórcio, que alterou a terminologia do desquite para separação (apenas findava a sociedade conjugal) e para a obtenção do divórcio era necessário preencher alguns requisitos (DIAS, 2016). O divórcio direito ainda não era uma realidade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a redação originária do art. 226, § 6º assim dispunha "§ 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". O instituto do divórcio foi constitucionalizado em 1988, porém, como mencionado acima ainda havia requisitos para sua obtenção.

Parte da sociedade se apegou à fantasia que o divórcio iria acabar com o casamento e por isso se justificava a figura da separação judicial (que figurava como uma cláusula de arrependimento já que não dissolvia o vínculo conjugal) e sua posterior conversão em divórcio (DIAS, 2016).

Com o advento da Emenda Constitucional 66/2010, ao dar nova redação ao § 6.º do art. 226 da CF, assim se encontra a redação do dispositivo: "§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio". Tal alteração mudou os rumos do Direito de Família: a possibilidade do divórcio direto sem prazos ou identificação de culpado sinaliza um afastamento do Estado na vida privada das pessoas (DIAS, 2016). Visível aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autonomia privada, não interferência estatal.

Faz-se necessário ressaltar que a redação original da Proposta de Emenda Constitucional 33/2007 tinha como redação "§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei". Nesse sentido, aduz Lôbo (2010):

Em boa hora, a Câmara dos Deputados, durante a votação nos dois turnos em plenário, suprimiu as expressões em itálico. Por certo, o texto resultante ficou mais adequado ao espírito da proposta, particularmente no que concerne à remissão à lei infraconstitucional. A norma passou a ter eficácia imediata e direta - e não contida -, sem os riscos de limitações que poderiam advir de lei ordinária, inclusive com a

reintrodução dos requisitos subjetivos (culpa) ou até mesmo de prévia separação judicial, o que configuraria verdadeira fraude à Constituição.

A eficácia imediata (não há lapso temporal para sua entrada em vigor), direta (não depende de lei para produzir seus efeitos) e integral (não é possível restrições por lei infraconstitucional) do divórcio trouxe segurança jurídica para a consagração do divórcio direto evitando que o legislador infraconstitucional reestabelecesse requisitos objetivos e subjetivos.

Desse modo, o ordenamento jurídico possui uma única forma de dissolução do casamento: o divórcio. É direito subjetivo a constituição de família, porém também é um direito da pessoa se divorciar, tudo isso baseado na concepção de felicidade, na construção de uma vida digna (DIAS, 2016).

Analisando a situação particular da mulher, o divórcio lhe assegurou mais liberdade, prestigiou a autonomia privada de querer e poder se separar sem a carga do preconceito moral, como acontecia na época do desquite. Com o divórcio direto a mulher tem direito a requerer alimentos, caso seja necessário; a partilha de bens a depender do regime jurídico escolhido pelos cônjuges e a casa-se novamente já que o divórcio extingue o vínculo conjugal.

5.4 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E AS MENÇÕES AO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO

A separação é o antigo desquite, e o divórcio constitui forma de dissolução do vínculo conjugal, portanto, embora possuam certa semelhança, não se confundem. O Código Civil aduz que a sociedade conjugal finda pela morte, pela nulidade ou anulação do casamento, pelo divórcio e pela separação, mas que somente se dissolve pela morte ou pelo divórcio (DIAS, 2016).

O instituto da separação representava uma verdadeira intromissão do Estado na vida privada ao determinar prazos (requisito objetivo) e buscar identificar o culpado ou a culpada (requisito subjetivo). A procura pela felicidade e a mudança de postura do Estado no decorrer do tempo justificou a consolidação do divórcio (DIAS, 2016).

Com a aprovação da EC 66/2010 a condução do Direito de Família no tocante à indissolubilidade do casamento mudou, segundo Dias (2016, p. 331):

A EC 66/2010, ao dar nova redação ao § 6.º do art. 226 da CF, banuiu o instituto da separação do sistema jurídico pátrio. A separação judicial não mais existe, restando apenas o divórcio que, ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo matrimonial. Afastado o instituto da separação do texto constitucional, foram derogados todos os dispositivos da legislação infraconstitucional referentes ao tema. Não mais integram o sistema jurídico. Logo, não é possível buscar em juízo a decretação do rompimento da sociedade conjugal. Ainda que permaneça inalterado o Código Civil (1.571 a 1.578), tal não significa que persiste o instituto.

A reforma constitucional (Emenda Constitucional 66/2010) extinguiu o instituto da separação do ordenamento jurídico e consagrou o divórcio como uma forma de dissolver o casamento civil. Em razão da força normativa constitucional tudo que vai de encontro ao estabelecido no Texto Constitucional não é recepcionado já que o paradigma é a própria Constituição.

Nesse contexto, o Código de Processo Civil de 2015 mencionou ao longo dos seus dispositivos o instituto da separação, de forma objetiva observa Dias (2016, p.332):

O fato de o Código de Processo Civil, de modo para lá de injustificado, fazer referência à separação, não tem o condão de ressuscitar o instituto que já foi sepultado por todos os tribunais do país. A previsão afronta o princípio da proibição de retrocesso social, não existindo nenhum permissivo para a lei ordinária alterar o comando constitucional. A lei processual estabelece ritos para a busca de tutela de direitos pessoais. Mas, se inexistir direito a ser tutelado, previsões procedimentais não tem o condão de criar ou recriar, algum direito, se tornando regras absolutamente ineficazes.

O Código de Processo Civil de 2015 já entrou em vigor com dispositivos desatualizados, por ser norma infraconstitucional não detém o condão de restabelecer a separação no âmbito do Direito de Família somado ao fato que o CPC disciplina normas de cunho processual e não material. A menção ao instituto da separação pelo código processual representa um retrocesso jurídico.

Todavia não é unanimidade a extinção do instituto da separação no ordenamento jurídico através da EC 66/2010, alguns doutrinadores sustentam que a separação ainda existe por razões religiosas, conforme Madaleno (2020, p.416):

Para Tito Fulgêncio, em uma nação brasileira de religião católica em sua quase totalidade, o decreto de divórcio seria um atentado à consciência jurídica do País, tendo em conta que o casamento era perpétuo e indissolúvel, e se ficasse impossível a vida em comum, que até fosse arredada a coabitação, mas sem quebrar um laço contraído com o empenho da perpetuidade.

As razões que sustentam tal ideia são a indissolubilidade do casamento religioso e a impossibilidade de constituir novo casamento já que a separação não extingue o vínculo

conjugal. Ainda assim, tal argumento não se sustenta já que o casamento civil constitui um vínculo entre os nubentes por intermédio de uma formalidade estatal.

Insta ressaltar que embora haja tal discussão, continua expresso nos dispositivos do Código de Processo Civil a separação, a saber, a redação do art. 693, do CPC/15 no tocante aos procedimentos especiais “As normas deste capítulo aplicam-se aos procedimentos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação” bem como no art. 731, do CPC/15 “A homologação do divórcio ou da separação consensuais, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão: [...]”. Há outros dispositivos no decorrer do Código acerca da separação que não se faz necessário citar.

5.5 REGRAS DE COMPETÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No contexto processual se faz pertinente conceituar jurisdição que, nas palavras de Neves (2018, p. 59) "jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social.” Nesse sentido, competência, de acordo com Neves (2018, p. 218) é “justamente a limitação do exercício legítimo da jurisdição”. Constituem, em linhas gerais, formas de organização da atuação jurisdicional.

Posto isto, dispõe o art. 53, do CPC/15 acerca das regras de competência no tocante às ações de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável:

Art. 53. É competente o foro:

I - para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável:

- a) de domicílio do guardião de filho incapaz;
- b) do último domicílio do casal, caso não haja filho incapaz;
- c) de domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal;
- d) de domicílio da vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha);

A preferência legislativa ficou por conta do cônjuge ou companheiro que tenha a guarda do filho incapaz, sendo um reflexo do princípio do melhor interesse da criança ou adolescente. Em conformidade com Neves (2018, p. 243) “Com isso o legislador aparentemente adequa o

dispositivo legal à previsão contida no art. 226, § 5.º, da CF, que prevê a igualdade de direito e deveres entre os cônjuges”. É notório a intenção do legislador em consagrar o princípio constitucional da igualdade jurídica entre os cônjuges e companheiros também no âmbito processual.

Nitidamente a regra processual supracitada advém da aplicação do princípio da isonomia no seio familiar já que os cônjuges e os companheiros são iguais perante a lei e não há justificativa para a mulher continuar com foro privilegiado nas ações concernentes à família.

5.6 PROTEÇÃO AO DIREITO SOCIAL À MORADIA DA MULHER (Lei 11.997 de 2009)

A Lei 11.997 de 2009 dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) nitidamente possui uma política de proteção especial ao direito social à moradia da mulher. No tocante à moradia enquanto prestação positiva do Estado, ensina Lenza (2015, p. 1282):

Também, partindo da ideia de dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), direito à intimidade e à privacidade (art. 5.º, X) e de ser a casa asilo inviolável (art. 5º, XI), não há dúvida de que o direito à moradia busca consagrar o direito à habitação digna e adequada, tanto é assim que o art. 23, X, estabelece ser atribuição de todos os entes federativos combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

Ante a vulnerabilidade da figura feminina no contexto familiar ao longo da história, o Estado por meio de políticas públicas vem transformando esse cenário, conferindo a chamada igualdade material. Diante disto, com a edição da lei 11.997/09 através de vários dispositivos, percebe-se a tutela prioritariamente dos interesses e patrimônios das mulheres, a saber:

Art. 3º Para a indicação dos beneficiários do PMCMV, deverão ser observados os seguintes requisitos:

IV - prioridade de atendimento às famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar; e

Art. 35. Os contratos e registros efetivados no âmbito do PMCMV serão formalizados, preferencialmente, em nome da mulher.

Art. 35-A. Nas hipóteses de dissolução de união estável, separação ou divórcio, o título de propriedade do imóvel adquirido no âmbito do PMCMV, na constância do casamento ou da união estável, com subvenções oriundas de recursos do orçamento geral da União, do FAR e do FDS, será registrado em nome da mulher ou a ela transferido, independentemente do regime de bens aplicável, excetuados os casos que envolvam recursos do FGTS.

Parágrafo único. Nos casos em que haja filhos do casal e a guarda seja atribuída exclusivamente ao marido ou companheiro, o título da propriedade do imóvel será registrado em seu nome ou a ele transferido.

Art. 73-A. Excetuados os casos que envolvam recursos do FGTS, os contratos em que o beneficiário final seja mulher chefe de família, no âmbito do PMCMV ou em programas de regularização fundiária de interesse social promovidos pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, poderão ser firmados independentemente da outorga do cônjuge, afastada a aplicação do disposto nos arts. 1.647 a 1.649 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Os dispositivos acima citados representam uma proteção especial a mulher através do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), Lei Nº 11.997, de 2009, conforme explana Zaganelli, Oliveira e Malanchoni (2019, p.12):

ao estabelecer o art. 3º, IV, Lei Nº 11.997/29, conferindo prioridade à família que tenha a mulher por responsável do lar; o art. 35, da Lei Nº 11.997/30, que prefere a formalização dos contratos em nome da mulher; art. 35- A, Lei Nº 11.997/31, concedendo a transferência do imóvel exclusivamente a mulher, na hipótese de dissolução da união estabelecida, independente do regime de bens convencionado; e art. 73, Lei Nº 11.997/32, afastando o entendimento do Código Civil acerca da necessidade de outorga do cônjuge, quando se tratar de contrato a ser firmado, onde a beneficiária final seja a mulher, em programa com fim social.

A legislação buscou garantir à mulher o direito à moradia de forma privilegiada já que historicamente seu lugar de fala, seus anseios e interesses não eram ouvidos e também por a mulher ser frequentemente vítima de diversas formas de violência doméstica. A vida patrimonial da mulher por longos anos foi chefiada pelo marido e, atualmente, dada a independência financeira que a mulher vem conquistando o Estado através de tal legislação (estabelecendo políticas públicas) consagrou a igualdade material.

5.7 O COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (Lei 11.340/06)

Em razão da redação do art. 226, §8º, da CF/88, o legislador infraconstitucional elaborou a lei 11.340/06, popularmente chamada de Lei Maria da Penha que tem o escopo de criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar visando a assegurar a integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial da mulher (DIAS, 2016).

A Lei Maria da Penha é resultado da insurgência das mulheres que não aguentavam mais ser vítimas dos seus maridos e companheiros. Em conformidade com Dias (2016, p.160): “A sorte é que o movimento feminista continua ativo e, ainda que vagarosamente, vem obtendo

alguns ganhos. Assim, a Lei Maria da Penha, de combate à violência doméstica, e a concessão de alimentos gravídicos são belos exemplos”. Analisando cronologicamente, significativas mudanças na legislação vem acontecendo e, portanto, reservando à mulher um espaço digno na sociedade.

A lei 11.340/06 também criou os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher e conferiu competência cível e criminal em casos de violência doméstica. Tais Juizados devem ser compostos por uma equipe multidisciplinar dentre as áreas psicossocial, jurídica e de saúde (DIAS, 2016).

O citado instrumento legal tem por finalidade combater cinco espécies de violência no âmbito familiar: a violência física, a violência sexual, a violência psicológica, a violência patrimonial e a violência moral. A lei é justificada pelo contexto social e histórico, representa uma forma de intervenção estatal positiva fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana já que a família é a base da sociedade e merece especial proteção do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando todo o contexto histórico que ensejou no Direito de Família atual, desde o Direito Romano até a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, é evidente as mudanças de ideais expressas no Ordenamento Jurídico em relação ao fenômeno da despatriarcalização do Direito de Família.

Por todo o exposto, percebe-se que com o passar dos anos mudanças significativas já vinham acontecendo no tocante às normas do contexto familiar, no entanto foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se consolidou uma nova perspectiva sobre Direito de Família. No decorrer do texto da Lei Maior é possível perceber dispositivos que influenciam na nova leitura do direito privado familiar.

A dignidade da pessoa humana, macro princípio do direito pátrio e também fundamento da República, é o grande embaixador dos rumos não somente no direito de família, como em todo o contexto jurídico. No direito civil familiar há grande ingerência do citado princípio, é dito pelos estudiosos que, dentre o direito privado, o âmbito familiar é o de maior atuação da ideia de dignidade da pessoa humana.

O constituinte de 1988, ao consagrar o princípio da igualdade de forma geral no art.5º, da CF/88 e especificamente no art. 226, § 5º, da CF/88 cessou séculos de desigualdades no seio familiar contra a mulher. Ressalta-se que a igualdade jurídica entre os filhos foi estabelecida no art. 1.596, do CC/02 e encerra uma trajetória de negação de direitos à filhos e adjetivos de cunho pejorativo e discriminatório.

Os princípios acima citados são os principais para o Direito de Família, deles decorrem inúmeros outros princípios que trazem noção importantes como o princípio da mínima interferência estatal, comunhão plena de vida, entre outros. É inegável o valor dos princípios constitucionais e infraconstitucionais para a edificação da nova interpretação jurídica da família.

O fenômeno da despatriarcalização está consagrado no sistema jurídico atual. A Constituição Federal de 1988 foi o grande marco para o fenômeno, já que o casamento civil entre homem e mulher perdeu o posto de único consolidador da família. A própria Constituição reconheceu como entidade familiar a família monoparental que é constituída por uma mãe e seus filhos ou um pai em seus filhos. Com isso, é notório que a proteção estatal foi expandida.

Impulsionados pelo ideal igualitário e democrático da família sedimentado pela nova ordem constitucional, os Tribunais Superiores, através do controle concentrado de

constitucionalidade bem como pelo sistema difuso, a jurisprudência reconheceu de forma acertada outros arranjos familiares, a saber, a família homoafetiva, constituída por pessoas do mesmo sexo, e a família anaparental formada pelo vínculo sanguíneo, porém sem a presença de um ascende comum.

Os estudiosos do Direito de Família também elencaram outras espécies de organização familiar que evidenciam novas realidades sociais e que precisam ser protegidas pelo Estado em nome do pluralismo familiar.

Esse acolhimento de novas formas de constituição familiar demonstra que a figura masculina como membro não possui a mesma importância que possuía nos séculos passados. Em contrapartida, a importância da mulher no seio familiar foi expandida para além dos afazeres domésticos e da procriação.

Analisando a evolução do instituto do poder familiar que passou da absoluta autoridade do pai/marido para a função do *múnus público*, ou seja, um dever dos pais para com os filhos. Quanto a titularidade, mãe e pai possuem o mesmo grau de “autoridade”.

A questão do nome civil da mulher também é relevante no processo de despatriarcalização, pois deixou-se de prestigiar demasiadamente a linhagem marital e, atualmente, há a possibilidade de inclusão do sobrenome da mulher no nome do esposo, resta concluir que houve um tratamento paritário nesse sentido.

Outra marca importante para a despatriarcalização foi a reforma constitucional para estabelecer o divórcio direto, que possibilita o fim do vínculo conjugal sem observar lapso temporal e sem impor estigma social a mulher. O fato de extinguir o vínculo conjugal quando não há mais razão para se perpetuar tal sociedade conjugal é retrato da busca pela felicidade e, conseqüentemente, valorização da dignidade da pessoa humana.

Por todo o exposto, percebe-se ações negativas do Estado que se traduzem em uma busca pela igualdade, porém existe ações positivas do Estado para concretizar a igualdade, acerca disso pode-se mencionar a lei 11.997/2009 que prestigiou a mulher chefe de família, que busca favorecer a mulher quando findo o casamento, enfim, são ações que tem o escopo de concretizar a igualdade material entre homens e mulheres.

Ainda sobre as ações positivas, é extremamente relevante destacar a inclusão no Ordenamento Jurídico da Lei 11.340/06 na tentativa de diminuir os índices de violência doméstica com a mulher. A história não nega a infeliz trajetória de maus tratos às mulheres vítimas de várias formas de violência. O Estado foi obrigado a elaborar tal lei em razão do contexto social e histórico de sucessivas violências e impunidades.

Diante disto, nota-se a relevância do presente trabalho para o meio acadêmico pois aborda uma linha histórica da evolução do Direito de Família para, hoje, ser o que é, com grandes avanços, no entanto ainda é necessário reparos, principalmente no âmbito do judiciário, onde a masculinidade ainda exerce grande influência.

Para o meio social, destaca-se a luta histórica e árdua do movimento de mulher que buscam o reconhecimento de direitos. São abordados no presente trabalho diversos fatores que induziram e alimentaram o sistema patriarcal e machista que, inclusive, ainda respira no sistema jurídico, mas que com o sucesso da despatriarcalização vem o antigo sistema perdendo força e espaço.

É necessário reconhecer que a mulher sempre foi tratada como inferior e, por diversos séculos, teve seu lugar diminuído, vidas encapsuladas. São louváveis as mudanças legislativas para se garantir a dignidade da figura feminina, no entanto ainda há o que evoluir e a evolução é um processo contínuo.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Everton. **Casamento uma trajetória de influência jurídico social contemporânea**. Disponível em: < <https://barbosaeg.jusbrasil.com.br/artigos/191589812/casamento-uma-trajetoria-de-influencia-juridico-social-contemporanea> >. Acesso em 05 abr. 2021.

BOULOS JÚNIOR, Alfredo. **História sociedade e cidadania, 1º ano**. 1.ed. São Paulo: FTD, 2013.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei Federal Nº 11.977**, de 7 de julho de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

COTRIM, Gilberto. **História Geral Brasil e Geral - volume único**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. RESENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9 ed. Salvador: JusPodivim, 2016.

FÁVERI, Marlene. **Desquite e divórcio: a polêmica e as repercussões na imprensa**. Núcleo de estudos de gênero caderno espaço feminino. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/neguem/article/view/445>. Acesso em: 13 mar. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GALDIRINO, Ricardo C. **Breves anotações a respeito do nome da mulher casada**. Disponível em:

<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revcesumar/article/view/542/517>. Acesso em: 11 abr. 2021.

GIDDENS, Anthony. PHILIP W, Sutton. **Conceitos essenciais da sociologia**. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUNQUEIRA, Eduardo. **Código Civil de 1916**. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/C%3%93DIGO%20CIVIL%20DE%201916.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

LEAL, Raphael Barros. CABRAL, Flávio José Gomes. **Religião e sexo: do controle da Idade Média e sua herança na contemporaneidade**. Disponível em: <http://www.unicap.br/coloquiodehistoria/wp-content/uploads/2013/11/4Col-p.572.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/629/Div%3%B3rcio%3A+Altera%3%A7%3%A3o+constitucional+e+suas+consequ%3%Aancias>. Acesso em: 14 abr. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: família**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de Direito Romano**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume único**. 10 ed. Salvador: JusPodivim, 2018.

STF, **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 4277/DF; ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADPF 132/RJ.** Relator: Ministro Ayres Britto. DJ 4 e 5.5.2011. STF, 2011. Disponível em: <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=193683>. Acesso em: 18 abr. 2021.

STJ, **RECURSO ESPECIAL: REsp 1.087.163/RJ.** Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ 31.08.2011. JusBrasil, 2011. Disponível em: <
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086464/recurso-especial-resp-1087163-rj-2008-0189743-0-stj/inteiro-teor-21086465> > Acesso em: 31 mar. 2021.

STJ, **RECURSO ESPECIAL: REsp 57.606/MG.** Relator Ministro Fontes de Alencar, j., DJ 15.05.1995. JusBrasil, 1995. Disponível em:
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/555382/recurso-especial-resp-57606>. Acesso em: 18 abr. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único.** 7.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 5: Direito de Família.** 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ZAGANELLI, Margareth Vertis; OLIVEIRA, Mateus Miguel; MALANCHINI, Reichiele Vanessa Vervloet de Carvalho. **A (in)vulnerabilidade social da mulher à luz do direito das famílias.** Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Mateus-Oliveira-10/publication/343376133_A_INVULNERABILIDADE_SOCIAL_DA_MULHER_A_LUZ_DO_DIREITO_DAS_FAMILIAS/links/5f25ab51458515b729f9a9f8/A-INVULNERABILIDADE-SOCIAL-DA-MULHER-A-LUZ-DO-DIREITO-DAS-FAMILIAS.pdf. Acesso em: 17 abr. 2021.