

O DIREITO DE FAMÍLIA E OS NOVOS MODELOS DE FAMÍLIAS NO DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

*José Sebastião de Oliveira**

SUMÁRIO: 1. O poder reinol lusitano e o seu modelo de família no final do século XV e início do século XVI; 2. O período colonial brasileiro e seu modelo de família; 3. O período imperial brasileiro e a constituição da família; 4. O direito pré-codificado e suas propostas de modelo de família; 5. O direito civil no código de Clovis Bevilacqua, na legislação esparsa e os seus modelos de família; 6 As constituições e os seus modelos de família; 6.1 As duas primeiras constituições como cartas políticas; 6.2 As demais constituições brasileiras, com exceção da última, que entrou em vigência; 6.3 A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em data de 5 10 1988 e os seus modelos de família; 6.4 Os novos modelos de famílias, pós-constituição de 1988; 7. Conclusões; 8 Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente trabalho foi desenvolvido com a finalidade de demonstrar de forma histórica e precisa, a evolução dos modelos de famílias que o poder reinol lusitano, por intermédio do seu direito trouxe para a sua colônia brasileira escudado no direito canônico e a sua evolução para o modelo de família matrimonializado escudado no direito civil. Procurou-se ainda demonstrar, a evolução deste modelo para os outros modelos com origem na estratificação social, que obteve o respaldo constitucional do poder constituinte de 1988. Finalmente, como os modelos de família se encontram estruturados no período pós-constituição 1988, neste início de século XXI.

PALAVRAS-CHAVE: família; casamento; modelos; direito civil; constituição.

* Professor Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Assessor Científico da Universidade Estadual de Londrina. Professor da graduação do Curso de Direito e Coordenador do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Maringá. Advogado na Comarca de Maringá-PR. Coordenador do Projeto de Pesquisa: “As formas de constituição das entidades familiares e a sua evolução perante o direito positivo brasileiro nos períodos históricos: Colonial, Imperial e Republicano”. Professor e Pesquisador da área de Direito da Universidade Paranaense – Unipar, em Paranavai (PR). Professor convidado para compor bancas de doutorado na PUC-SP e USP-SP

FAMILY LAW AND NEW MODELS OF FAMILIES IN THE CIVIL AND CONSTITUTIONAL LAW

ABSTRACT: The present work was developed with the intention of demonstrating in a historic and precise way, the evolution of models of families that the power of the Portuguese reign, through its law, brought to the Brazilian colony anchored in the canonic law, and its evolution to the matrimonial family anchored on the Civil Law. It has also been attempted to demonstrate the evolution of this model to other models that had their origin in the social stratification, which received the institutional backing for the constituent power in 1988. Finally, how family models are structured in the period post-constitution 1988 in the beginning of the XXI century.

KEYWORDS: family; marriage; models; civil law; constitution.

1. O PODER REINOL LUSITANO E O SEU MODELO DE FAMÍLIA NO FINAL DO SÉCULO XV E INICIO DO SÉCULO XVI

Em primeiro lugar, é importante esclarecer o que foi Portugal, em termos de nação e situá-lo geograficamente no Séc. XV, por época do Descobrimento do Brasil, que, posteriormente, se transformou na única colônia americana portuguesa por aproximadamente, três séculos.

Assim é importante destacar que o reino de Portugal, foi desmembrado no ano de 1.139 d.C, do território da Espanha, e esta por sua vez, foi província do Império Romano, com o nome de Hespánhas (a ulterior e a citerior), cuja posição geográfica, no continente europeu, era a da Península Ibérica, sendo certo de que o território lusitano fazia parte da Espanha ulterior, ou seja, as mais longínqua da capital do Império Romano.

Daí, razão pela qual se fala português (língua neolatina), nominada de última flor do lácio, e a forte influência do Direito Romano, na legislação antiga portuguesa, em especial nas Ordenações do Reino de Portugal (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas¹).

¹ ALMEIDA, Candido Mendes. *Código Philipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. Rio de Janeiro: Typografia do Instituto Philomático, 1970.t.I e II.

Se se perguntar, que modelo de família, tinha o Reino de Portugal, no final do séc. XV e início do séc. XVI, para apresentar aos seus futuros povos colonizados, a verdade é que esse reino só tinha o modelo da extensa família patriarcal romana, ou seja, o homem chefiando a família, composta em princípio de um grupo de pessoas, vinculadas pelos laços, da consangüinidade, onde a coesão familiar se dava em função do princípio da chefia dessa autoridade familiar.

Por outro lado, não se pode esquecer, que o cristianismo, inicialmente, como religião, proibida e perseguida em Roma acabou conquistando o Império Romano e se transformando na Igreja Católica Apostólica Romana, que professava a religião oficial do Império, ganhando com com tal situação uma dimensão universal² e é evidente que isso chegou também a Portugal.

A Igreja Católica conseguiu impor, por intermédio do Direito Canônico, com início no Concílio de Elvira, em 300 d.C., a tese da indissolubilidade do casamento, sendo certo de que no séc. XVI, a sua visão de modelo de família, ou seja, pelo instituto do casamento, como um sacramento, o que vale dizer, uma união, com a indissolubilidade do vínculo matrimonial, se consolidou somente a partir do Concílio de Trento (1545-1563)³.

Assim, na lição oportuna de Orlando Gomes⁴, o antigo Direito Português e o Direito Canônico constituíram-se nas principais fontes históricas dos estudos do Direito de Família brasileiro, o primeiro escudado nos usos e costumes do reino e o segundo por ter o poder reinol agasalhado a legislação canônica para a constituição do casamento e a dissolução da sociedade conjugal: *divortium quoad thorum et cohabitationem est legitima viri et uxoris separatio manente vinculo matrimonii valide contracti*.

2. O PERÍODO COLONIAL BRASILEIRO E SEU MODELO DE FAMÍLIA

Com a descoberta do Brasil, em 1500, pelos portugueses, tem-se que automaticamente, para aqui foram transferidos os usos e costumes lusitanos, e ainda passou a vigor a sua legislação, em especial, inicialmente, as Ordenações Afonsinas.

Em Portugal e no Brasil-Colonial, tinha-se duas formas de constituir família: a do casamento presumido ou a dos maridos conhecidos, cujo casamento era

² DONINI, Ambrogio. *História do Cristianismo*. São Paulo: Edições 70, 1988, p. 168-194.

³ Cf. ALMEIDA, Barros. *O Divórcio, a Igreja e a História*. São Paulo, s/ ed., 1954, p.89.

⁴ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14.ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p.9-10

celebrado pelos chefes das duas famílias dos nubentes e o casamento às portas da Igreja Católica, sendo certo que o primeiro foi banido, passando a ser considerado como casamento clandestino⁵, por não contar com a presença do prelado e duas testemunhas e o segundo se perpetuou, com a garantia e o respaldo do Direito Canônico, ou seja o matrimônio católico⁶.

A partir de 1568, Portugal, por beneplácito régio, adotou as normas do Concílio de Trento, incorporando-as ao direito positivo português, e o Direito Canônico, transformou-se na fonte reguladora de constituição de família, na Metrópole e nas colônias, ficando a cargo do direito comum, ou seja, das Ordenações Manuelinas, apenas os regimes de bens⁷.

Essa situação, praticamente, não se alterou com o advento das Ordenações Filipinas, em 1603, e muito menos com as Primeiras Constituições do Arcebispado da Bahia, baixadas em 1703, pelo Arcebispo, D. Sebastião de Vide.

Portanto, encerramos o período colonial brasileiro, em 6 9 1822, com o casamento católico, como único modelo de constituição de família no Brasil, que se moldava no protótipo da grande família patriarcal romana.

3. O PERÍODO IMPERIAL BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA

Com a declaração de nossa Independência e a implantação da Monarquia, constatou-se que nada havia se alterado em termos de constituição de família em termos de modelo.

Em primeiro lugar, a Constituição Imperial, de 25 de março de 1824, no seu art. 5º, consignou a religião católica apostólica romana, como religião oficial do império, logo o casamento católico se confirmou, como única forma de se constituir família no Brasil Imperial. Essa mesma Constituição, no Inc. XVIII, do seu art. 179, propunha a elaboração de um Código Civil para o Império, tendo por parâmetros a justiça e a equidade.⁸

O nosso Direito Constitucional Imperial não tratou da família como célula máter da sociedade, pois ainda se tratava de uma Carta Constitucional política,

⁵ PEREIRA, Lafayete Rodrigues. *Direitos de Família*. Rio de Janeiro: Tribuna Liberal, 1.889, p.29

⁶ CIFUENTES, Rafael Lhano. *Novo Direito Matrimonial Canônico*. 2.ed., Rio de Janeiro: Editora Marques Saraiva, p.420.

⁷ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.93

⁸ CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 1999, p.813-832

⁹ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.30.

onde se importava mais com o individual do que com o social e ela limitou-se a tão-somente, a regular a transmissão do trono em termos da família imperial. Questões de ordem social, como a família, o trabalho etc., não preocupava os governantes do Estado *laissez-faire*, *laissez-passer*, ou seja, não se considerava tais problemas como fundamentais à estrutura e à ordem jurídica e política do Estado⁹.

Em segundo lugar, por Decreto Imperial, D. Pedro I, manteve intacta a aplicação da legislação tridentina e das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, como matéria reguladora de constituição de família no Império.

Em termos de legislação, vale apenas noticiar a elaboração da Consolidação das Leis Civis, em 1859, pelo Jurista Augusto de Teixeira de Freitas, cujo trabalho, não foi de alterar o direito posto, nas Ordenações Filipinas e sim apenas ordenar o que estava vigendo. Posteriormente, este mesmo jurista, foi contratado pelo Império para redigir o anteprojeto do futuro Código Civil, cujo trabalho nominou de ESBOÇO¹⁰, tendo tal trabalho se perdido no tempo, resultado de divergências políticas, perante o poder legislativo, fato que permitiu, que uma boa parte do seu conteúdo se transformasse no Código Civil da Argentina.

Apenas um fato provocou alterações em nossa legislação do período imperial, ou seja a chegada de grande quantidade de imigrantes europeus, que não eram adeptos do catolicismo, em especial, de luteranos e calvinistas, que veio a provocar diversos conflitos com o clero católico brasileiro, mas que acabou por provocar a edição de legislação específica para se permitir as uniões de pessoas que professavam esses credos.

Assim, encerrou-se em 15 de novembro de 1889, o Período Monárquico, com a Proclamação da República, sem que se conseguisse a Codificação do Direito Civil e de conseqüência, sem se conseguir inovar e modernizar o conceito de família e criar novas hipóteses de modelos de se constituir família no nosso direito positivo brasileiro, tendo-se perpetuado o modelo da grande família patriarcal, por mais um longo período.

4. O DIREITO PRÉ-CODIFICADO E SUAS PROPOSTAS DE MODELO DE FAMÍLIA

¹⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil (esboço)*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, v.1,2,3 e 4.

¹¹ SOARES, Oscar de Macedo. *Casamento Civil (Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1899 Comentado)*. 4.ed., Rio de Janeiro: Livraria Garnier, s/d.

Houve a Proclamação da República, por parte dos militares, em 1889, e começou uma nova era política, social e econômica para o Brasil.

Um dos fatos marcantes ocorridos após a instalação da República foi a separação dos poderes temporal e espiritual, marcando o fim do Estado circo-sacra, tendo havido um trabalho especial, para isso, dos positivistas, da maçonaria e dos antimonarquistas buscando afastar de forma definitiva, as mãos da Igreja Católica, no controle das pessoas naturais, em termos de nascimentos, casamentos, óbitos e do controle dos cemitérios.

A resposta veio, primeiramente, por legislação infra-constitucional, ou seja, do Decreto 181, de 24 de 1890, que impôs o casamento civil, como única forma legal de constituir família no Brasil¹¹. Esse posicionamento, trasladou-se para a primeira Constituição Republicana, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, que no seu § 4º, do art. 72, assim prescrevia: A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. Novamente, assistiu-se a elaboração de outra Carta Política, que não tratou da família na sua essência, visando protegê-la, no âmbito dos direitos sociais¹².

A título de registro, após a instalação da República, como forma de governo, constataram-se três tentativas de elaboração de um Código Civil, para o nosso país, sendo a primeira, na pessoa do jurista Joaquim Feliciano dos Santos¹³, a segunda na pessoa de Coelho Rodrigues¹⁴ e a terceira na pessoa do jurista Clóvis Beviláqua e ainda ocorreu a edição de uma **Nova Consolidação das Leis Civis** de autoria do jurista CARLOS DE CARVALHO, sendo certo de que apenas foi frutífero o trabalho do eminente professor da Escola do Recife, Clóvis Beviláqua¹⁵, cujo Projeto foi aprovado em 1916 e entrou em vigência no dia 1º de janeiro de 1917, de forma fracionada, em nosso grande território.

Portanto, antes da vigência do Código Civil de 1916, e após a Proclamação da República, manteve-se como modelo de constituição de família, a grande família patriarcal, agora pelo casamento civil. No entanto, é de se destacar que o modelo praticado tanto pelo poder republicano como pela Igreja Católica, por intermédio do Direito Canônico, não diferenciava muito, pois, em ambos os modelos, não era permitida a dissolução do ato jurídico do casamento, pois o vocábulo divórcio de que tratava o texto do Decreto 181 seria o do divórcio não vincular, ou seja, o que não rompia com o vínculo matrimonial.

¹² CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Ob. cit., p. 768.

¹³ SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projeto do Código Civil Brasileiro*. v. I, II, III, IV e V. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1.886.

¹⁴ RODRIGUES, Antonio Coelho. *Projeto de Código Civil*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1980, v. 2.

¹⁵ BEVILAQUA, Clóvis. *Em Defesa do Projecto*. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1900

5. O DIREITO CIVIL NO CÓDIGO DE CLÓVIS BEVILÁQUA, NA LEGISLAÇÃO ESPARSA E OS SEUS MODELOS DE FAMÍLIA

Não obstante ter sido aprovado e colocado em vigência o nosso primeiro Código Civil, na segunda década do Século XX, o seu conteúdo e a sua estrutura em termos de disposição da legislação estava voltada para o Século XIX, considerando que foi elaborado com fundamento no Código Iluminista de Napoleão Bonaparte, de 1804¹⁶ e no Código Civil Alemão (BGB) de 1900, da Escola Pandectista alemã, que tinha o prof. Clóvis Beviláqua, como um de seus adeptos, no Brasil, além de ter sido aprovado por legisladores brasileiros impregnados ainda das idéias de uma sociedade aristocrática rural, que havia sido despojada recentemente do exercício da escravatura e da exploração do latifúndio.

Diante dessa realidade, quase nada se viu, em termos de inovações no livro de Direito de Família daquela codificação civil, pois o estereótipo familiar, de que ali se tratou, ainda foi do modelo monogâmico patriarcal, estruturado sob a chefia do elemento masculino, a quem, todos os demais membros da família deviam obediência e respeito, portanto se mantinha ainda a coesão familiar, por intermédio do exercício da autoridade que comandava a família.

A família legal ou matrimonializada, imposta pelo Código Civil de 1916, era um modelo de família, que de forma humilhante, tinha a mulher casada, como uma pessoa relativamente incapaz, que ficava no mesmo plano jurídico do Código, em termos de tratamento, com os menores relativamente incapazes, os silvícolas e os pródigos. Era ainda o modelo de família adotado pela Igreja Católica.

Pode-se afirmar, com segurança, que o Estado brasileiro, absorveu o modelo de família da Igreja e toda a sua regulamentação, que visava a sua constituição, com pouquíssimas alterações¹⁷.

Contrair o casamento indissolúvel, era o único caminho para se chegar à constituição de uma família legal ou legítima e tudo o que acontecia fora deste contexto não era tido por família legítima, era a família marginal, a família ilegítima, que no ordenamento civil vigente, não tinha nenhum respaldo, ao contrário, era até punida, por intermédio das restrições.

Assim, durante os primeiros 60 anos de vigência do Código Civil, de 1916, conviveram lado a lado diversas modalidades de famílias, mas com respaldo na lei civil, predominava apenas o modelo da família matrimonializada, e para as pessoas que não foram felizes na sua escolha, para uma vida em comum, no

¹⁶ COLIN, Ambroise; CAPITAN, Henry. *Derecho Civil, Introducción, personas, estado civil, incapazes*. Cidade do México: Editorial Jurídica Universitária, 2002, p.130.

¹⁷ Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. 5.ed., São Paulo: Editora Atlas, 2005, p.31.

casamento, somente restava o Instituto do desquite, que permitia apenas a dissolução da sociedade conjugal, mas não permitia o rompimento do vínculo conjugal, fato que acabava levando as pessoas separadas para uma vida a dois, à margem da lei civil.

A rigidez do conjunto de normas civis, encartadas em nosso Código Civil de 1916, em decorrência de ser um sistema de normas fechado, somente foi sendo minimizadas por intermédio da legislação esparsa ou extravagante, podendo-se citar dentre elas, como as mais importantes, o Decreto-Lei n. 3.200/1941 (Estatuto da Família), a Lei n. 883/1949, a Lei 4.121/1961 (Estatuto da Mulher Casada); a Lei n. 6.515/1977 (Lei do Divórcio), a Lei n.8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) etc. que foram possibilitando a atualização do direito familiar, naquilo que se encontrava em desuso, ao longo dos anos de vigência da codificação.

Na visão do direito codificado, por família, entendia-se aquela advinda das justas núpcias, do casamento civil, fora disso em termos de união heterossexual, tinha-se o concubinato, ou seja, a família ilegítima, a família marginal e que ninguém gostava nem de falar dela, tal a repulsa social que ela sofria por parte do nosso povo.

Apenas em 1977, obra do acaso, em ano eleitoral, é que houve possibilidade de se emendar a Constituição Federal e eliminar o § 1º, do art. 175, ou seja, banindo do texto constitucional, a indissolubilidade do vínculo matrimonial, fato que abriu caminho para a regulamentação do divórcio a vínculo no Brasil, e que efetivamente veio a ocorrer, com a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

E assim, tivemos a revogação de todas as normas que diziam respeito ao Instituto do Desquite no Código Civil de 1916 (arts. 315 *usque* 328), em seu lugar, apareceram os Institutos da Separação Judicial e do Divórcio, na legislação extravagante, de sorte que em nosso país se passou a permitir a constituição e a dissolução da família, constituída via instituto do casamento regulamentado na lei civil.

A introdução do Instituto do divórcio veio permitir que muitas pessoas que viviam na clandestinidade diante da sociedade, pressionadas pela exigência social, puderam optar pelo rompimento do vínculo do seu casamento e contrair novas núpcias, legitimando seus filhos, livrando-se daquela pecha social que tanto os incomodava.

Na vigência deste código, até a promulgação da Constituição de 1988, ou seja, 510 88, só se permitiu constituir família, no modelo chefiado pelo cônjuge varão, constituindo um verdadeiro resquício do Direito Romano em nossa legislação civil codificada de 1916.

6. AS CONSTITUIÇÕES E OS SEUS MODELOS DE FAMÍLIA

6.1 AS DUAS PRIMEIRAS CONSTITUIÇÕES COMO CARTAS POLÍTICAS

Como já se tratou, tanto a Constituição Imperial de 25 de março de 1824, como a primeira Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, não trataram do instituto da família visando lhe dar proteção como ente social, ou seja, como célula máter da sociedade brasileira.

A realidade é que estas constituições constituíam verdadeiras Cartas Políticas, tratavam de constituições liberal-clássicas, constituindo-se um documento eminentemente político, cujo fundamento principal, se direcionava a regular a divisão de poderes e de declarar os direitos dos cidadãos para limitar o exercício do poder¹⁸.

Os aspectos sociológicos, econômicos, culturais e sociais, não chegaram a fazer parte de suas disposições constitucionais, por serem tidos como temas alheios a essas modalidades de Cartas, as quais se caracterizavam pelo não-intervencionismo.

A primeira Constituição limitou-se a tratar da família imperial, apenas visando a regular a transmissão do trono imperial, enquanto a segunda, limitou-se a garantir o instituto do casamento civil, como única forma ou via, para se constituir família no País, buscando marcar posição em face da Igreja Católica, e visando a desqualificar o casamento católico de qualquer possibilidade de ato jurídico válido e eficaz, em termos de constituição de família.

No período de vigência dessas duas Cartas Constitucionais, não foi apresentado no seu texto, qualquer tipo de modelo de família que pudesse servir de moldura para outras futuras Constituições do Brasil.

6.2 AS DEMAIS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS, COM EXCEÇÃO DA ÚLTIMA, QUE ENTROU EM VIGÊNCIA EM 5 10 1988

O Brasil ainda assistiu à vigência, de mais 5 (cinco) Constituições Federais, ou seja, a de 16 de julho de 1934, a 10 de novembro de 1937, a de 18 de setembro de 1946, a de 24 de janeiro de 1967 e ainda, a de 17 de outubro de 1969, com origem na Emenda Constitucional n. 1.

¹⁸ OLIVEIRA, José Sebastião de. Ob. cit., p.35

É digno de nota, que a primeira constituição do Governo Getúlio Vargas, ou seja, a de 1934, marcou época, pelas inovações que trouxe em seu bojo, constituindo-se em uma Constituição política, social e econômica, de tal sorte, que nos seus arts. 144 usque 147, tratou da Família, da Educação e da Cultura, e no seu art. 144, prescrevia: *A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do estado.* E no seu art. 146, rezava: *O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição, sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil (...).*

Na verdade, ela trouxe no seu texto, os reflexos das mudanças políticas, sociais e econômicas, tanto da América, como do velho continente europeu, advindas principalmente dos textos das novas Constituições, da Mexicana de 1917, da Alemã (Weimar) de 1919, da Espanhola de 1931, e ainda, a do Uruguai de 1934,

Pela primeira vez, foi encartado no texto constitucional, de que o casamento era indissolúvel, ou seja, o modelo de família após constituído não poderia ser desfeito, fato que se repetiu por todas as demais Constituições Republicanas, até a de 1969, como também, se perpetuou a possibilidade do casamento religioso poder ter efeito civil, mediante o cumprimento do registro do ato da cerimônia no registro civil.

A Igreja Católica refez as pazes com o Estado brasileiro, e no texto, o legislador constituinte garantiu a possibilidade de estender os efeitos civis ao casamento religioso, sem distinção de credo.

Portanto, em todas estas Constituições, manteve-se o modelo da família monogâmica patriarcal, fundado no princípio da autoridade da chefia familiar, não se permitiu o rompimento do vínculo matrimonial, por dispositivo literal constitucional e assim tinha-se o Código Civil, o Direito Constitucional e o Direito Canônico, vigendo e mantendo o mesmo padrão familiar, advindo da Metrópole portuguesa, até o ano de 1977.

Apenas no ano de 1977 é que ocorreu a aprovação da Emenda Constitucional n. 9, que eliminou do texto constitucional, de 1969, o § 1º. Do art. 175, fato que veio a permitir uma modernização do nosso Direito de Família, introduzindo os Institutos da Separação Judicial e do Divórcio, em nosso direito positivo, quando apenas faltavam 6(seis) países, para adotar esse último instituto.

A realidade que havia uma dissociação entre a realidade social brasileira, em termos de estratificação social, e a sua legislação civil, em termos de modelos de famílias e se fazia mister que houvesse uma renovação na legislação para que houvesse uma melhor adequação daquelas situações.

É de se salientar que entre 1934 e 1988, tentou-se modernizar o nosso direito civil, inclusive no tocante ao livro de Direito de Família, sendo que em duas oportunidades, elas foram marcantes, com a proposta de codificação por parte do eminente jurista baiano Orlando Gomes cujo projeto acabou arquivado no Congresso Nacional e posteriormente, com a apresentação do Projeto de Código Civil Coordenado pelo Prof. Miguel Reale, sendo que este último, foi inicialmente, enviado ao Congresso Nacional em 1972, e muito limitado pela Constituição de 1969, que mantinha a indissolubilidade do vínculo matrimonial para a família matrimonializada, portanto, 5(cinco) anos antes da Lei do Divórcio, porém sua aprovação acabou se arrastando até o ano de 2002

Este segundo Projeto, acabou sendo atropelado em termos de renovação de legislação familiar, pelo Poder Constituinte, que redigiu a Constituição Federal do Brasil de 1988.

6.3 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL PROMULGADA EM DATA DE 05.10.1988 E OS SEUS MODELOS DE FAMÍLIA

Finalmente, como promessa da campanha das Diretas Já, o Presidente José Sarney, convoca o Poder Constituinte, para elaboração de uma nova Carta Constitucional, visando uma adaptação normativa constitucional, para a nova realidade social do Brasil, no limiar do Séc. XX. A dinâmica da sociedade e a consciência social clamava por isso.

No que diz respeito ao Direito de Família, era um dos ramos que mais reclamava reformas e atualização, considerando que a Constituição anterior, no seu art. 175, só admitia uma única espécie de família, qual seja, a constituída pelo casamento civil ou pelo casamento religioso com efeito civil, praticamente seguindo o posicionamento da legislação civil de 1916.

Sem sombra de dúvidas, aquela era uma norma sem eficácia semântica, considerando que ela não encontrava respaldo na vida social. Saltava aos olhos, de que a sociedade brasileira, como era constituída, tinha como forma de união de pessoas de sexos opostos, além do casamento civil, outras modalidades de uniões, como uniões estáveis e as famílias monoparentais.

Isso significava dizer, que a sociedade não reconhecia efetividade à norma em questão (art. 175 da CF de 1969), portanto, desrespeitava-a, deconsiderava-a, ou seja, a ignorava.

O legislador constituinte de 1988, verificando o descompasso entre a norma constitucional e a norma civil, em relação a realidade existente na extratificação social, optou por positivar os novos modelos de se constituir famílias no texto

da nova Constituição Federal de tal sorte, que ao lado do Instituto do casamento, acabou por inserir o Instituto da União Estável (art. 226, § 3º da CF) e da Família Monoparental. (art. 226, § 4º da CF.)¹⁹

E, assim, constatou-se que houve uma mudança comportamental, dentro da estratificação social, na formação dos novos modelos de famílias, onde o elemento de coesão familiar, trasladou-se do principio da autoridade da chefia familiar para o elemento da afetividade, do respeito e da consideração mútuos que deveria reinar entre as pessoas que compunha o grupo familiar. A igualdade jurídica formal e material, garantida pela nova Constituição, aos cônjuges, foi um passo importante, para aquela mudança no seio da família moderna²⁰.

O instituto do casamento, deixou de ser o elemento referencial, como essencial, para que subsistisse a entidade familiar, pois outras formas de uniões, mereciam a mesma consideração e a mesma proteção do legislador constitucional, como de fato, veio a merecer, nas hipóteses de configuração das uniões estáveis e das famílias monoparentais.

Também assistiu-se ao longo do Século XX, uma evolução da família, em termos de sua extensão, onde os traços da grande família patriarcal foram desaparecendo e dando lugar a uma nova forma de família, ou seja, a família nuclear também nominada de família conjugal.

Na modalidade de famílias nucleares, constata-se que o elemento de coesão entre os membros da família, era a afetividade e não mais a imposição da chefia familiar, donde possibilitou-se que pessoas solteiras, divorciadas, separadas, viúvas etc., viessem buscar fora da união tradicional matrimonializada, a constituição de outros modelos de famílias.

6.4 OS NOVOS MODELOS DE FAMÍLIAS, PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como é sabido, o direito é dinâmico e as interações pessoais aguçam as transformações sociais e de consequência, a mudança do comportamento social.

As adequações da Constituição Federal de 1988, no campo do Direito de Família, não pode ser o limite da evolução nas formas de constituições das famílias em nosso país.

Assim é que a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)²¹, trouxe no corpo do art. 28, a possibilidade de uma nova formação familiar, ou seja, a constituição da família substituta.

Por outro lado, nada impede, que mulher solteira, venha a procriar, buscando o sêmen, em um banco de dados genéticos, onde hoje, pode-se escolher a cor da pessoa, o seu tamanho médio quando adulto, a cor dos seus olhos, de seus cabelos etc., isso é identificado como, uma produção independente.

Também é possível, que a mulher independente, opte por se engravidar de um homem, tão-somente, para gerar um filho, sem ter interesse em perpetuar aquele relacionamento com referida pessoa. Os casos mais famosos são os da Apresentadora da Rede Globo e de um apresentador do SBT.

Não se pode esquecer, do casal, onde ambos são portadores da esterilidade, e buscam nos bancos de dados espermas e óvulos, e o auxílio de uma mãe “barriga de aluguel”, tudo pela vontade de ter um filho que possam cria-lo desde a sua tenra idade.

Está também ocorrendo, a constituição de famílias, cujos principais protagonistas,ou seja, o marido e a mulher, que se casaram no civil e até no religioso, não se interessam em manter vida em comum, sob o mesmo teto, pois possuem filhos de diversos relacionamentos anteriores e não seria nada recomendável reunir esses dois grupos de pessoas, com criação e educação tão diversas, que poderiam provocar um caos familiar, levando até a hipótese de separação dos “ cabeças de família” . A isso a doutrina brasileira, tem chamado de famílias mosaicos e a doutrina argentina de famílias ensambladas.

A nossa jurisprudência, tem inovado, em termos de conceito de família, para fins de proteção do imóvel considerado por bem de família, a tal ponto, que o Superior Tribunal de Justiça, já decidiu, que não obstante, a família originária ter-se reduzida a uma única pessoa, a sua casa de moradia, não pode sofrer ato de constrição judicial e alienada pela justiça, pois ali ainda reside uma família.

E para encerrar, perguntaria: será que já se chegou ao modelo ideal de constituição de família ? O modelo monogâmico de família nuclear ou conjugal, adotado pela sociedade ocidental é o ideal, é o melhor que se poderia atingir em matéria de evolução familiar ? E aqui apresento a resposta dada por Claude Lévi-Strauss, na obra francesa História da Família: “ Talvez já existam prefiguradas em diferentes sociedades, antigas ou contemporâneas o modelo ideal de constituição de família, bastando que se determine os seus contornos”

7. CONCLUSÕES

Após a descoberta da Terra de Santa Cruz, pela esquadra de Pedro Álvares Cabral, ainda levaram mais de três décadas para aqui aportar as primeiras famílias portuguesas.

Na realidade, o el-rei de Portugal, D.Manuel, estava com suas vistas direcionadas para o grande comércio com as Índias,donde vinham as especiarias, a grande fonte de renda do reino português, no início do Séc. XVI, e o Brasil, ainda nada representava em termos econômicos, fato que nada justificava o seu povoamento de imediato.

No entanto, começou haver um real perigo de perda da posse das terras americanas, com a chegada de navios piratas em nossas costas e a amizade que essas pessoas passaram a travar com os indígenas.

Assim, o primeiro plano de ocupação das terras deu-se com as Capitânicas Hereditárias, quando gente da pequena nobreza de Portugal, resolveu deixar o conforto da Metrópole, com as suas famílias e empregados e vir enfrentar a selva e os indígenas antropófagos brasileiros, sonhando coma riqueza fácil.

E assim, chegaram ao Brasil, o primeiro protótipo de família, que marcaria época na nossa colonização portuguesa, sendo uma família de nobres, cercada de muitas outras famílias de parentes, amigos e fiéis empregados, todos com um único objetivo, receber muitas terras e se tornarem pessoas ricas e poderosas no reino lusitano. O destino foi ingrato, pois na sua maior parte, terminaram na miséria, perdendo tudo o que tinha, quando não, assassinados e devorados pelos indígenas antropófagos.

O primeiro modelo de família, ou seja, o marido como chefe e todos demais membros como seus subordinados, onde a mulher e homem, se uniam através do casamento católico, de vínculo indissolúvel, uma espécie de espelho da família patriarcal romana, conseguiu se manter, na exploração da colônia e ainda ajudou a implantar e manter o Primeiro e Segundo Império do Brasil.

Essa foi a marca e a garantia da possessão portuguesa, aqui no Brasil, onde inicialmente, contava com o trabalho dos indígenas escravizados ou catequizados e posteriormente, ainda passou a contar, com o trabalho gratuito dos escravos negros trazidos da África.

Assim esse modelo de família, ou seja, a grande família aristocrática rural, praticamente, passou incólume, no período colonial, imperial e ainda adentrou por um bom tempo, no período republicano. É de se esclarecer que o modelo era direcionada para os brancos colonizadores e seus descendentes, considerando que não era permitido o casamento com cruzamento de raças, sendo certo de que os negros somente puderam constituir famílias, a partir de norma permissiva, encartada nas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia (§ 303 do Livro I, do Título I)²²

Essa era a forma de família que o poder reinol queria, e era o modelo permitido pela legislação canônica, que sempre tinha origem, em uma relação matrimonializada, sob as bênçãos do poder clerical.

Certas situações localizadas, na colônia brasileira, levaram a possibilitar, a constituição de famílias a margem do Direito Canônico, onde afloraram as uniões entre brancos e índios e brancos e as negras.

O caso mais sintomático foi o da Província das Minas Gerais, para onde rumaram grande quantidades de homens para o trabalho do garimpo atrás das

pedras preciosas e o ouro, onde ocorreu um grande desequilíbrio entre os colonos brancos e os escravos em muita maior quantidade, fato que propiciou os ajuntamentos de brancos com as negras e mestiças, em larga escala, em que pese o combate de tais uniões por parte da Igreja Católica.

O término da escravidão no Brasil, no final do Século XIX, e a entrada em grande quantidade do elemento europeu, proporcionou no período republicano, do Século XX e início do XXI, a mudança de comportamento, dos usos e costumes da nossa família aristocrática rural patriarcal, constituída desde os idos do período colonial, surgindo novos pensamentos e novos posicionamentos acerca da família.

Assistiu-se a decadência da grande família patriarcal e o surgimento de famílias constituídas pelo marido, esposa e seus filhos, ou seja, a chamada família nuclear, onde o elemento afetividade passou a ser o novo elo de ligação entre os seus membros.

Com a aprovação da nova Constituição em 05.10.1988, tivemos a constitucionalização do Direito de Família, em decorrência da grande defasagem do Código Civil de 1916, de tal sorte, que aquela Carta Constitucional, adequou a legislação à realidade da estratificação social, possibilitando além da constituição familiar pelo casamento civil e casamento religioso com efeito civil, também pela união estável e pela família monoparental.

A legislação extravagante, por intermédio do Estatuto da Criança e do Adolescente, veio a nos proporcionar a convivência com um novo modelo de família, ou seja a família substituta.

A doutrina e a jurisprudência, como fontes secundárias do direito não deixam de inovar, nos apresentando outros conceitos de família, sempre com o objetivo de garantir a integridade, a harmonia e a felicidade das pessoas que compõem um grupo familiar na sociedade moderna em que vivemos.

8. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Barros. *O Divórcio, a Igreja e a História*. São Paulo, s/ ed., 1954.

ALMEIDA, Candido Mendes. *Código Philipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. Rio de Janeiro: Typografia do Instituto Philomático, 1970. t.I e II.

BEVILAQUA, Clovis. *Em Defesa do Projecto*. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1900.

BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. *Promulgado pelo Papa João Paulo II.* Notas e Comentários: Pe. Jesus S. Hortal. São Paulo: Edições Loyola, 1983.

COLIN, Ambroise; CAPITAN, Henry. *Derecho Civil, Introducción, personas, estado civil, incapazes.* Cidade do México: Editorial Jurídica Universitária, 2002. v.1

DONINI, Ambrogio. *História do Cristianismo.* São Paulo: Edições 70, 1988.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil (esboço).* Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, v.1, 2, 3 e 4.

GOMES, Orlando. *Direito de Família.* 14.ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História.* São Paulo: Max Limonad, 2000.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro. *Direito de Família no Novo Código Civil Brasileiro.* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MILANO FILHO, Nazir David; Rodolfo César Milano. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Comentado e Interpretado de Acordo com o novo Código Civil.* 2.ed., São Paulo: LEUD, 2004.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues Pereira. *Direitos de Família.* Rio de Janeiro: Trip. Tribuna Liberal, 1.889.

ROBERTO, Senise Lisboa. *Direito de Família e das Sucessões.* 3.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projeto do Código Civil Brasileiro.* v. I, II, III, IV e V. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1.886.

TODON, Sandra Mara. *A Constituição e Dissolução das Entidades Familiares no Brasil Colonial.* Maringá (Pr): Revista Jurídica Cesumar do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas, v.2, n.1, 2002, p.369

SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional de Família.* Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família.* 5.ed., São Paulo: Editora Atlas, 2005.

SOARES, Oscar de Macedo. *Casamento Civil (Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1899 Comentado).* 4.ed., Rio de Janeiro: Livraria Garnier, s/d.