

DA FAMÍLIA PATRIARCAL À FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

*Rozane da Rosa Cachapuz**

SUMÁRIO: 1. Da Família. 2. Da Família no Brasil. 3. Dos Filhos Ilegítimos. 4. Das Concubinas. 5. Da Lei do Divórcio. 6. Da Constituição Federal de 1988. 7. Do Código Civil de 2002. 8. Conclusão. 9. Referências.

Felizmente o passado nunca morre totalmente para o homem. O homem pode esquecê-lo mas continua sempre a guardá-la em seu interior, pois o seu estado tal como se apresenta em cada época é o produto e o resumo de todas as suas épocas anteriores. E se cada homem escutar a sua própria alma nela poderá encontrar e distinguir as diferentes épocas e o que cada uma dessas lhe legou. (Fustel de Colange¹)

1. DA FAMÍLIA

A palavra família derivada do latim *famīlya, ae*, significa casa, servidores, cortejo. Conjunto de pessoas com um mesmo ancestral.

Desde os tempos mais remotos, pode se verificar que ela ocupou um lugar de acolhimento, entre as pessoas que mantinham um vínculo de afinidade.

Na história, a família surge inicialmente como uma relação espontânea e natural. Convertendo-se, a seguir, em família monogâmica onde cria uma área distinta formada pelas relações privadas.

Eduardo Oliveira Leite² assevera ser a "... noção de família anterior ao surgimento do Direito", e quando se trata de investigar o início dessa cadeia, grande parte da história da família e do casamento, senão a mais

* Advogada, Professora de Pós-graduação *Lato Sensu* e *Stricto Sensu* do Centro Universitário de Maringá (Cesumar), Mestre em Direito Negocial (civil e processo civil) pela Universidade Estadual de Londrina e Doutora em Direito Internacional (direito de família) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

¹ Fustel de Colange. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*.

² LEITE, E.O. *Tratado de Direito de Família*, vol. I, p.

decisiva porque inicial, original, encontra-se envolvida em total mistério pela ausência de documentos e inexistência material de fontes, que retratem o estado de espírito e de atitudes.

É o direito romano que nos traz maiores subsídios. A família perpetuou-se com grande relevância no antigo direito romano. A história nos fala de um culto doméstico, culto dos ancestrais, em adoração aos deuses *dii lares* (deuses dos lares).

Diariamente, a comunidade familiar era reunida por seu chefe, diante de um altar, onde eram cultuados os deuses de sua família, os quais deveriam proteger tanto o chefe, como todos os seus componentes. Havia deuses particulares, por isso não era permitida a entrada de estranhos nesses cultos.

A família obedecia os princípios religiosos. Através do casamento - *conferratio* - a mulher era admitida, com uma cerimônia onde era partilhado um pão de flor de farinha - *farreus panis* - perante o deus *pater familiae*.

O culto pertencia aos varões e se transmitia de varão a varão, a mulher era apenas partícipe. A descendência que dava continuidade aos ritos advinha da linha masculina. Parentes eram considerados só os provenientes de um tronco ancestral nessa linha - *agnatio* - , assim como era considerado aquele que o pai apresentava diante do altar, outorgando-lhe a responsabilidade da continuação do culto.

A família era patriarcal. O pai (*pater*), chefe da família, era revestido também da autoridade de sacerdote (*potifex*), de juiz (*domesticus magistratus*). Eram membros da família, submetidos à autoridade do chefe (*caput*), os filhos (*patrea potestas*), a mulher (*manus*) e os escravos (*dominica potestas*).

Era fundamentada no princípio da autoridade, com as características de uma entidade política, obediente ao patriarca.

Também na Alemanha, anteriormente à lei 18/06/1957 (*Gleichberechtigungsgesetz*) que estabeleceu a igualdade dos direitos para o homem e a mulher, a participação, desta, era preponderante nas tarefas domésticas e agrícolas e o nascimento de numerosos filhos legitimavam a mulher apenas para se constituir em uma mão de obra gratuita de segunda classe, apesar da importância fundamental do exercício dessas tarefas.

Não havia a preocupação com o desenvolvimento de sua personalidade, que era absorvida inteiramente pela do marido³.

A Constituição Pastoral do Concílio Vaticano II, conhecida como *Gaudium et Spes*, ao abordar o tema da dignidade humana, com precisão e clareza começa por advertir: "*Tudo quanto existe sobre a terra deve ser ordenado em função do homem, como seu centro e seu termo*"⁴

³ MACHADO e CAMPOS, M. de A. *Família no direito comparado*, p.75.

⁴ GAUDIUM ET SPES, 1ª parte, Cap.I, n.12.

Pode-se observar que os sentimentos não eram mencionados, o amor era renegado a interesses familiares. No entanto, eles sempre existiram porque intrínsecos no ser humano.

Ao homem foi dado total poder de comando sobre todas as áreas extrínsecas de sua vida, com isso dificultou a busca do seu próprio conhecimento.

As emoções eram mescladas no prazer carnal... E os sentimentos se brutalizavam provocando patologias das mais incompreendidas

Muitas lutas poderiam ser amenizadas se o ser humano cumprisse seu papel da busca da felicidade, cultivando os sentimentos mais nobres, como o amor, a alegria a amizade...

E acima de tudo entendendo sua própria estrutura humana, formada por corpo, alma e espírito. E, ainda, que a paz interior que possibilita uma vida de harmonia só é usufruída através do equilíbrio desses três componentes.

2. DA FAMÍLIA NO BRASIL

No Brasil, tem-se inicialmente o mesmo modelo de família patriarcal. Os homens donos e proprietários de sua esposa, filhos e bens, detentores de total poder, constituindo o auge do despotismo do varão.

Pontes de MIRANDA⁵ já prescrevia que: "... a palavra família também se usava em relação às coisas, para designar o conjunto do patrimônio, ou a totalidade dos escravos pertencentes a um senhor."

A mulher era subjugada à condição de total submissão, ao ponto de juridicamente ser-lhe negada a capacidade absoluta. Era-lhe proibida a manifestação social, o estudo e o trabalho, sem o consentimento do pai ou do marido.

Foi somente com a Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, Estatuto da Mulher Casada, que ela passa a ser considerada absolutamente capaz, iniciando a sua caminhada na busca de sua própria identidade.

Esse modelo social perdurou durante séculos, levando o homem, cada vez mais, assumir uma posição de liderança em todos os aspectos.

A igreja detinha o poder, ela ditava as regras a serem obedecidas pela família, influenciando durante séculos, de maneira considerável o Direito de Família, envolvendo-o em uma grande confusão de conceitos, que impediam o desenvolvimento de uma doutrina independente, técnica, desprovida de noções religiosas.

⁵ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, p.172.

No decorrer dos tempos, porém, os costumes foram tomando conta das normas legais, cabíveis ao desenvolvimento social, enfraquecendo o rigor dos preceitos canônicos. A jurisprudência, premida pela necessidade de satisfação dos conflitos oriundos da família, foi-se insurgindo contra os princípios da Igreja.

João Baptista Vilella⁶ se manifesta a respeito: "...o descompasso entre o que é família e o que dela fizeram ou pretenderam fazer revela-se particularmente dramático na persistência do resíduo que a vê como produto do direito estatal ou do direito eclesiástico. A família não é criação do Estado ou da Igreja ..."

O moderno direito de família conserva inúmeras reminiscências quirítárias, naturalmente advindas de princípios antagônicos, contidos nos preceitos do *Corpus Iuri Civilis*.

O direito de família não é apenas o resultado evolutivo do seu congêneres romano, pois tem havido, através dos tempos, enorme transformação da idéia motora. Lógico nos parece, considerando-se as diferenças dos conceitos daquele tempo, os quais aplicados na época atual viriam a ser considerados verdadeira monstruosidade jurídica e social.

Necessária essa ressalva, afim de que entendamos o antigo *ius familiare* em termos que não desbordem de seus parâmetros, quando examinados em trabalhos jurídicos modernos.

É importante ressaltar que a validade do direito está na medida em que suas normas são amparadas em razões e argumentos compreendidos como aceitáveis por parte dos destinatários das mesmas normas, razão que levou o legislador a buscar novas regulamentações para responder aos anseios de uma sociedade oprimida.

Habermas⁷, em sua Crítica do Estado Social, afirma:

Os problemas da igualdade de tratamento entre homem e mulher levam a tomar consciência de que as pretendidas autorizações não podem ser entendidas apenas como favores dispensados pelo Estado social no sentido de uma participação social-justa. Os direitos podem autorizar as mulheres a uma configuração autônoma e privada da vida, porém somente na medida em que eles possibilitarem, ao mesmo tempo, uma participação, em igualdade de direitos, na prática de autodeterminação de cidadãos, pois somente os envolvidos são capazes de esclarecer os 'pontos de vista relevantes' em termos de igualdade e de desigualdade

Foi nesse anseio por novas conquistas que o direito se viu impulsionado a rever sua legislação, no intuito de formar outros paradigmas que trariam oportunidades diversas das erradicadas através dos tempos.

⁶ VILELLA, J.B. o casamento no direito civil constitucional, p.209. HABERMAS, J

⁷ Direito e democracia entre facticidade e validade, v.II, p.160

Principalmente pela nossa legislação civil basear-se no aspecto econômico e patrimonialista, instituindo a proteção do patrimônio como objetivo maior, gerando um autoritarismo e discriminação nas relações familiares, no qual o casamento, o marido e os filhos oriundos do casamento eram os pontos maiores.

3. DOS FILHOS ILEGÍTIMOS

Os filhos ilegítimos eram totalmente renegados à margem da sociedade, sem direito a buscar suas origens.

O Código Civil - Lei 3.071, de 01-01-1916 - conservou a tradição liberal, permitindo a investigação de paternidade, salvo em caso de filiação espúria.

Anteriormente não havia ação específica pela qual os filhos ilegítimos pudessem exigir o reconhecimento judicial de sua paternidade. Seus direitos dependiam da vontade dos pais naturais.

Havia um formalismo especial para regular o reconhecimento dos filhos ilegítimos que, mesmo perfilhados, tinham condições legais inferiores aos filhos legítimos.

As Ordenações reconheciam o direito hereditário ao filho natural do peão, mas o negavam ao filho do nobre, salvo nas disposições testamentárias⁸. O pai não exercia o direito de pátrio poder sobre o filho natural, que não dispunha de ação de investigação de paternidade.

No direito romano o poder de vida e de morte era dado ao *pater*, em relação aos filhos e a mulher, sendo que apenas com a Constituição de Iustiniano é que o filho foi liberado do poder paternal. Ficando posteriormente proibida a venda de filhos, assim como as penas de parricídio contra aquele que fosse responsável pelo assassinato do filho.

4. DAS CONCUBINAS

As relações entre homem e mulher sem casamento sempre existiram, principalmente, levando-se em consideração a carga atribuída à esposa. Esta era considerada apenas para procriação, enquanto a concubina para dar prazer.

As concubinas eram apedrejadas. Seus direitos eram reduzidos às benesses dos magistrados.

⁸ Ordenações Filipinas, Livro IV, título XCII.

A própria idéia do termo concubinato', *companhia na cama sem aprovação legal*, já expressava a carga negativa imposta às partícipes de tal relacionamento, indicando uma relação "desonesta"⁹.

Chamar alguém de concubina era considerada socialmente uma ofensa. Rodrigo da Cunha Pereira¹⁰ prescreve que "... nomear uma mulher de concubina é como se referisse à sua conduta moral e sexual de forma negativa".

A evolução do instituto é bastante recente, pois os doutrinadores na grande maioria entenderam se tratar de assunto irrelevante, sendo que outros afirmavam ser tema imoral ou até mesmo ilegítimo.

O Ministro Hahnemann Guimarães, em acórdão proferido em 1947, no Supremo Tribunal Federal afirmou: "*A ordem jurídica ignora a existência do concubinato*".

5. DA LEI DO DIVÓRCIO

O divórcio é considerado o término do vínculo conjugal.

Através da ótica jurídico-social, o casamento só tem razão de ser, à medida que forma uma comunhão de vida entre homem e mulher. Quando essa comunhão houver sido, irremediavelmente rompida, torna-se incompreensível ser exigida a abstenção quanto à formação, juridicamente reconhecida, de nova comunhão de vida, até mesmo como forma de realização das potencialidades mais altas do ser humano.

José Maria Mayrink¹¹ afirma que "... o divórcio significa muitas vezes, a melhor saída e o início, quem sabe, de um futuro mais feliz. Importante é conduzir bem o processo, de modo a causar o menor trauma possível."

A lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977 veio amenizar o grande número de pessoas que viviam sem amparo legal, por ser o instituto do casamento o único que legitimava uma união entre homem e mulher.

A partir de então, as pessoas divorciadas passam a ter novas oportunidades de regularizarem suas situações afetivas. No entanto, o casamento permanecia como a única entidade reconhecida pelo direito.

⁹ RT 112/417.

¹⁰ PEREIRA, R. da C. *Direito de Família*, p. 65.

¹¹ MAYRINK, J.M. *Filhos do divórcio*, p. 15

6. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A transformação da sociedade no século XX, desde a promulgação do Código Civil de 1916 veio impor uma nova regulamentação da família, pois seus conceitos já se encontravam totalmente obsoletos, almejando por modelos jurídicos condizentes com a realidade.

É evidente que a família do século XXI é bastante diferente daquela de outrora. A mulher luta por seus ideais, não mais se dedica exclusivamente ao marido e aos filhos e se impõe no mercado de trabalho. Os filhos saem do lar paterno bem mais cedo buscando oportunidades profissionais em atividades produtivas.

Os meios de comunicação, mídia, globalização, todos avançam de forma mais rápida, deixando para trás os velhos paradigmas de uma família baseada na figura do *pater*.

O casamento já não é mais o exclusivo centro gravitador da família. As entidades familiares passam a ser reconhecidas e respeitadas.

A Constituição Federal de 1988 veio responder aos anseios da sociedade, o qual considerava a legalidade vigente anacrônica e causadora de situações sociais incompatíveis com a realidade, onde a igualdade entre o homem e a mulher foi instituída.

Não era mais possível a limitação das liberdades básicas exigindo-se tratamento igual para todos os cidadãos.

Também a Constituição americana determina que o poder legislativo e o poder judiciário devem respeitar não somente a liberdade, mas, ainda, a igualdade dos direitos entre homens e mulheres.

Mesmo que ainda de uma forma tímida, podemos observar que a mulher já é colocada e respeitada como ser humano e cidadã, tendo oportunidade de caminhar lado a lado com o homem, conquistando seu lugar no mundo jurídico e social.

As concubinas passam a ser chamadas de conviventes ou companheiras, também reconhecidas legalmente, com seus direitos respeitados.

Os filhos ilegítimos não mais carregam essa carga depreciativa. Sendo filhos, têm todos os direitos iguais aos oriundos do casamento.

Podemos constatar que a Constituição Federal é o marco de mudança social de quebra de paradigmas, de busca da igualdade dos direitos humanos. E ainda, há que se ressaltar que ela é a primeira das sete constituições brasileiras que faz alusão expressa aos homens e mulheres.

7. DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O novo Código Civil vem modificar a visão patrimonialista e patriarcalista do Código de 1916, buscando resgatar o ser humano em sua integralidade.

Conservando o arcabouço do brilhante trabalho de Clóvis Bevilacqua, foi imputado ao Código de 2002, os traços consentâneos com a realidade do momento histórico vivenciado pela sociedade brasileira.

Hoje nos deparamos com uma legislação que passou por inúmeras transformações, principalmente no que se refere ao direito de família.

A família, nos dizeres de Teresa Ventura, "... é hoje um espaço emocional à procura de novos equilíbrios e que pode revestir as mais diversas formas. Nos últimos anos sofreu grandes modificações: o aumento do número de divórcios, o planejamento familiar, a mudança do papel da mulher, a valorização do amor...".

E o direito não poderia permanecer à margem, sem adaptar-se aos anseios de uma sociedade oprimida pelas regras de outrora. Fazia-se necessário uma renovação da vasta legislação das relações familiares.

Felizmente pode-se constatar que o Código de 2002 adveio com ampla e atualizada regulamentação dos aspectos primordiais do Direito de Família à luz dos princípios e normas constitucionais.

8. CONCLUSÃO

É indiscutível a valorização dada pelas novas legislações para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A isonomia traduzida constitucionalmente na formação do conceito de igualdade, visou integrar os vazios legislativos para situações sociais que urgiam por uma interpretação mais consentânea com a nova realidade material, de igualdade entre homem e mulher nas suas relações de convivência.

É importante ressaltar que um código por mais amplitude que detenha não é capaz de comportar todas as inovações ocorrentes, pois o ser humano é complexo e a todo momento requer novas normatizações.

Valoriza-se o direito na medida em que melhor satisfaz as situações e fatos relacionados à convivência do homem, como seu objeto natural.

Cabe aos juristas, no seu papel de artífices das normas que regulam uma sociedade, apurarem, não só os seus conhecimentos legais, mas também a sensibilidade de compreenderem a triplicidade do ser humano, no seu aspecto, corpo, alma e espírito.

Felizmente, o nosso direito evolui amplamente ao encontro das soluções necessárias ao bem viver social.

9. REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, P. Prefácio in *Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. de SARLET, Ingo Wolfgang, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001.
- FACHIN, L.E. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro. Renovar, 1999.
- FUSTEL DE COLANGE. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo: Hemus, 1975.
- GAUDIUM ET SPES, Ia parte, Cap.I, n.12.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichter. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LEITE, E.O. *Tratado de Direito de Família*. vol. I. Curitiba : Juruá, 1991.
- MACHADO e CAMPOS, M. de A. *Família no direito comparado*. Belo Horizonte: Dei Rey, 2003.
- MAYRINK, J.M. *Filhos do divórcio*. São Paulo: EMW, 1984.
- MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*, tomo IV, 3. Ed., Coimbra/Portugal: Coimbra Editora, 2000.
- PEREIRA, R. da C. *Direito de Família*. 2a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1955.
- SANTOS, L.F.B. AJURIS, Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, a.22, v.63, p.319, mar.95.
- SILVA, J.A. da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. /n *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, nº 212, abr.jun.11988.
- TEIXEIRA, S. de F. O direito de família na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. /n *Repensando o direito de família, Anais do Primeiro Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.), IBDFAM, OABIMG, Belo Horizonte: Dei Rey, 1999.
- VILELLA, J.E. *O casamento no direito civil constitucional* apud PESSOA, M. In *Temas de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.209.