

ASPECTOS DESTACADOS DA CONSTITUIÇÃO E DISSOLUÇÃO FAMILIAR - DE ENGELS AOS DIAS ATUAIS¹ -

Dr. Sandro Luiz Bazzanella²
Danielly Borguezan³

RESUMO: O presente artigo procura apresentar a historiografia da evolução familiar sob a ótica de Friedrich Engels, perpassando pelos modelos de famílias desde os tempos primitivos até a chegada da atual monogamia. Também nessa oportunidade se faz uma sucinta observação no que tange a constituição de novos núcleos familiares convencionados e juridicamente protegidos em nossos dias atuais, bem como a dissolução dos mesmos.

Palavras-Chave: Família. Núcleos Familiares. Dissolução dos Vínculos.

ABSTRACT: This article presents the evolution of the family history from the perspective of Friedrich Engels, passing by families of models from early times to the arrival of the current monogamy. Also if this opportunity is a succinct observation regarding the formation of new households agreed and legally protected in our present day, as well as the dissolution thereof.

Keywords: Family, Family Centers, Linkages Dissolution.

¹ Para o desenvolvimento destas reflexões utilizou-se como cerne do trabalho a obra de Frederich Engels (A Origem da Família da Propriedade Privada e do Estado), o qual baseou-se nas pesquisas feitas em agrupamentos por parentesco dos índios norte-americanos e publicações do cientista americano e historiador da sociedade primitiva, Lewis Henry Morgan (1818-1881) publicadas em 1877 - Ancient Society or Reserarches in the Lines of Human Progress from savagery through Barbarism to Civilization, by Lewis H. Morgan, MacMillan and Co., fruto de mais de quarenta anos de pesquisa.

² Doutor em Ciências Humanas pelo Programa de Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas da UFSC. Professor de Filosofia e do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional da Universidade do Contestado. E-mail: sandroba@terra.com.br

³ Mestranda do Programa em Desenvolvimento Regional, com o objeto de pesquisa: "Dissolução dos Vínculos Familiares" Advogada, Professora da Universidade do Contestado -UnC Canoinhas". E-mail: dany_borguezan_deluca@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O filósofo alemão Friedrich Engels (1820-1895) descreve a formação da sociedade moderna, advinda da derrocada da família constituída nos moldes primitivos, como sendo célula-mater da economia de subsistência. A família segundo Engels foi a precursora da criação da propriedade privada e do próprio Estado, chegando a essas conclusões a partir da análise das pesquisas nos agrupamentos por parentesco de índios norte-americanos, realizadas pelo historiador e cientista americano Lewis Henry Morgan, publicadas em 1877.⁴

A análise e interpretação de Engels permite constatar que através dos séculos a família foi mudando, bem como as formas de sua dissolução, ajustando-se nesse sentido a realidade das necessidades apresentadas pelo próprio grupo e pela sociedade de um modo geral. Segundo Engels (2009, p.18) até 1860 não se pode falar em uma história da família.

Nesse domínio, as ciências históricas ainda se encontravam sob a influência dos cinco livros de Moisés. A forma patriarcal da família, descrita nesses livros com pormenores não encontrados em outro lugar, era não somente aceita como a mais antiga, mas também era identificada – exetando-se a poligamia – com a família burguesa de hoje, de modo que parecia a todos que a família não havia experimentado nenhuma evolução através da história. No máximo admitia-se que nos tempos primitivos, pudesse ter havido um período de ausência de qualquer norma sexual.

Talvez seja possível afirmar que um dos primeiros estudos da história da família data de 1861, com a publicação do livro “Direito Materno de Bachofen”, o qual afirmava que os homens viviam em total promiscuidade sexual, segundo o qual antes da monogamia, o homem mantinha relação com diversas mulheres, mas também a mulher as mantinha com diversos homens, sem com isso violar a moral estabelecida. Referida prática era conhecida como heterismo. Dessa forma, a paternidade era insegura de modo que a filiação só podia ser contada pela linha materna, isto é, de mãe para mãe, o que permitia que as mulheres fossem elevadas a um grau de apreço e consideração.

O sucessor de Bachofen foi o jurista John F. MacLennan, o qual descreveu costumes distintos em povos selvagens: o matrimônio através do rapto para determinadas tribos (exógamas), e o casamento possível dentro da própria tribo (endógamas). Na primeira situação, justificavam-se os raptos tendo em vista a impossibilidade de o matrimônio ser concebido no seio da própria tribo, o que obrigava os homens a buscar

⁴ Pereira, 2004, p. 24, relata que as obras de Mac Lennan, Morgan, Engels (...) Bachofen, são baseados em momentos históricos e na observação dos chamados “primitivos atuais” (as tribos indígenas da América, os grupos polinésios ou africanos, os agrupamentos étnicos que no Séc. XIX e ainda no XX, os quais cultivaram um padrão de vida rudimentar quase selvagem). Nesse sentido, procuraram referidos autores reconstruir o organismo familiar em suas origens oferecem dados inequivocamente valiosos.

esposas e, as mulheres seus esposos fora do grupo. Isso ocorria segundo MacLennam, pelo excedente de homens nas tribos, em razão da prática difundida em alguns povos selvagens de matar as crianças do sexo feminino logo após o nascimento.

Em linhas gerais, MacLennam descreveu além dos raptos, o reconhecimento de três formas de casamentos: sendo elas a poligamia, a poliandria e a monogamia. Em tempos posteriores, verificou-se a prática em que vários homens possuíam em comum várias mulheres. Esse fato histórico fora denominado como sendo *communal marriage* – casamento grupal.⁵

Dessa forma, até chegarmos ao atual modelo de família, Engels por sua vez transcreveu cinco modelos de família. Ou seja, até chegarmos ao atual modelo de família reinante da monogamia, várias formas de constituição de família foram se constituindo, respondendo as necessidades grupais e sociais em seus determinados contextos, sendo elas: o Casamento Grupal, a Família Consanguínea, a Família Punaluana, a Família Pré-Monogâmica e, por fim a Família Monogâmica. É fundamental, portanto, para que possamos compreender nossa estrutura atual, tenhamos pleno conhecimento do longínquo e intrincado passado percorrido até a atual forma institucionalizada de família, sobretudo, no ocidente.

A FAMÍLIA E A AUSÊNCIA DE GRAUS DE PARENTESCOS

O estudo da história primitiva da família revela-nos situações em que os homens praticavam a poligamia⁶ ao mesmo tempo em que as mulheres praticavam a poliandria⁷, e portanto, os filhos de uns e outros tinham de ser considerados comuns. Essas situações passaram por uma série de transformações que convergem ao final para a monogamia. “O círculo de união conjugal que era muito amplo na sua origem, estreita-se pouco a pouco até compreender apenas o casal isolado que predomina hoje”. (ENGELS, 2009, p. 46)

O fato é que existiu uma época primitiva e, esse período deve ser reconhecido em sua historicidade, em que reinava no seio da tribo a possibilidade de cada mulher pertencer a todo homem e cada homem igualmente a todas as mulheres. “Ultimamente tornou-se moda negar esse período inicial da vida sexual do homem. Pretendendo-se poupar à humanidade essa vergonha”. (ENGELS, 2009, p. 47)

⁵ (...) encontraram-se provas, cada vez mais numerosas de que entre povos não desenvolvidos existiam formas de casamento, nas quais vários homens possuíam em comum várias mulheres. E Lubbock (The Origin of Civilization, 1870), reconheceu esse casamento grupal como um fato histórico. (ENGELS, 2009, p. 25).

⁶ União conjugal de uma pessoa com várias outras. (Houaiss, 2004, p. 2250).

⁷ Estado de uma mulher casada simultaneamente com vários homens. (Houaiss, 2004, p. 2249).

Observa-se nesse período, especialmente entre os iroqueses (tribos ainda estabelecidas no Estado de Nova Iorque em meados do século XIX), de acordo com as pesquisas de Morgan que reinava entre eles uma espécie de casamento facilmente dissolúvel por ambas as partes. Ou seja, para os iroqueses, filhos são considerados aqueles próprios, mas também aos de seus irmãos, “[...] os quais por sua vez, o chamam de pai” e os filhos de suas irmãs, entretanto, ele os chama de sobrinhos e sobrinhas, e é chamado de tio por eles. (ENGELS, 2009, p. 43)

Ao contrário, nas ilhas Sandwich, no Havaí todos os filhos de irmãos e irmãs, sem exceção, são irmãos e irmãs entre si e são considerados filhos comuns não só os de sua mãe e das irmãs dela, ou de seu pai e dos irmãos dele, mas também de todos os irmãos e irmãs de seus pais e de suas mães, sem distinção. Estamos diante, portanto, de uma série de formas de família que estão em contradição direta com as até agora habitualmente admitidas como as únicas em vigor. “A família é para Morgan um princípio ativo. Nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior à medida que a sociedade evolui de uma condição inferior para outra superior.” (ENGELS, 2009, p. 45).

CASAMENTO GRUPAL

Nesta espécie de casamento, não se pode estabelecer com certeza quem é o pai da criança, mas sabem-se quem é a mãe. Isto é, a descendência é estabelecida-se somente pelo lado materno, reconhecendo a linhagem feminina. Ou seja, não são os indivíduos, mas os grupos inteiros que estão casados uns com os outros, classe com classe, não havendo qualquer restrição por diferença de idade.

A tolerância recíproca entre machos adultos e a ausência de ciúmes constituíam a primeira condição para formar esses grupos maiores e duradouros que eram os únicos em cujo seio podia ocorrer a transformação do animal em homem. Se algo é definitivamente certo é que o ciúme é um sentimento que se desenvolve relativamente tarde. (ENGELS, 2009, p. 50)

O casamento grupal formava grupos inteiros de homens e grupos inteiros de mulheres que se possuem mutuamente, deixando pouca margem para os ciúmes. Não havia restrição nas relações sexuais, bem como não havia aplicação dos limites proibitivos vigentes hoje. O casamento por grupos, nesse sentido, não se configurava necessariamente como um estado social de total promiscuidade sexual, mas sim, uma forma de união.

FAMÍLIA CONSANGUÍNEA

Primeira etapa da família “propriamente dita”. Nesta modalidade de família os grupos conjugais se separam por gerações. Isto é, todos os avôs e avós são em seu conjunto maridos e mulheres entre si. Seus filhos (pais e mães) entre si, e seus filhos constituem o terceiro círculo de cônjuges comuns; sendo que seus filhos, bisnetos dos primeiros o quarto círculo. Nesta concepção de família os ascendentes e descendentes estão excluídos e impedidos de constituírem matrimônio entre si, contudo, irmãos e irmãs, primos e primas são maridos e mulheres uns aos outros. A família consanguínea evoluiu e logo desapareceu, sendo substituída por outra, a família punaluana.

FAMÍLIA PUNALUANA

Se o primeiro progresso na organização da família constituiu em excluir os pais e filhos da relação sexual entre si, o segundo foi a exclusão dos irmãos, primeiramente entre irmãos uterinos (irmãos por parte da mesma mãe) e mais tarde entre irmãos bilaterais (mesmo pai). Nessa forma de família (segundo costumes havaianos) era possível que determinadas irmãs (uterinas) fossem mulheres comuns de seus maridos comuns. Esses maridos não se chamavam entre si irmãos, mas sim, “punalua”, o que significa sócio. Aqui novamente, os filhos das irmãs de minha mãe são também filhos desta. Porém, os filhos dos irmãos de minha mãe são os sobrinhos.

Enquanto os maridos das irmãs de minha mãe são também maridos desta, e igualmente, as mulheres dos irmãos de meu pai são também mulheres deste de direito, mesmo que nem sempre de fato - o repúdio social pelas relações sexuais entre irmãos e irmãs, até então indistintamente considerados irmãos e irmãs entre si, em duas classes: uns continuam sendo, como antes, irmãos e irmãs (colaterais) entre si, os outros, filhos em alguns casos do irmão e em outros casos da irmã, já não podem mais continuar como irmãos e irmãs, já não podem ter pais comuns, nem o pai, nem a mãe, nem os dois juntos; e por isso se torna necessária aqui, pela primeira vez, a classe dos sobrinhos e sobrinhas, dos primos e primas, categoria que não teria sentido algum no sistema familiar anterior. (ENGELS, 2009, p. 56).

FAMÍLIA PRÉ-MONOGÂMICA

Engels esclarece que já se verificavam uniões por pares, de duração mais ou menos longa. O homem tinha, entre muitas mulheres, uma mulher favorita e/ou principal. Nesse estágio, um homem vivia com uma mulher apenas, contudo, a poligamia e a infidelidade ocasional permaneciam como direito dos homens. Ao contrário, às mulheres era exigida a

rigorosa fidelidade. A dissolução do vínculo conjugal, nesse sentido era facilmente rompida por ambas as partes, já havendo de certo modo, um consenso e até um reconhecimento no que tange a partilha, ou seja, os filhos permaneciam com as mães, podendo os homens levar seus instrumentos de trabalho consigo, da mesma forma que permaneceria com a mulher os utensílios domésticos.

Em algumas tribos, ainda que o casamento pudesse ser facilmente dissolvido, espontaneamente surgiu uma “opinião pública hostil” com relação a essa prática. Desse modo, nasce uma idéia do que hoje reconhecemos como “mediação” para o rompimento do matrimônio, a ser aplicado através dos parentes gentílicos de cada parte. Somente após, caso não surtisse efeito essa mediação, a separação concretizava-se e cada um poderia mais tarde novamente convolar novas núpcias. Foi também durante a vigência da família pré-monogâmica, que a “economia doméstica comunista” apresentou-se. Nesse sentido, as mulheres predominavam nos lares, tinham jornadas de trabalho excessivas, contudo, não eram escravas, ao contrário eram livres e muito consideradas, posto que, delas advinham toda a *gens*.

Artur Wright, durante muitos anos missionários entre os iroqueses senecas, escreve (em carta que Morgan cita em *Ancient Society*): “no tocante a seu sistema de família, quando ainda habitavam as antigas casas-grandes - domicílios comunistas de várias famílias (...) lá sempre predominava um clã – uma *gens*. Habitualmente as mulheres mandavam na casa e as provisões eram comuns. Mas infeliz do pobre marido ou amante que fosse preguiçoso ou demasiado inábil para contribuir com sua parte nas provisões! Por mais filhos ou objetos pessoais que tivessem na casa, podia, a qualquer momento, ouvir a ordem de arrumar a trouxa e ir embora. E era inútil tentar opor resistência porque a casa se convertia num verdadeiro inferno. Não havia alternativa, senão, a de voltar a seu próprio clã (*gens*), ou como acontecia com frequência partir e contrair novo casamento em outro clã. As mulheres constituíam o grande poder dentro dos clãs (*gens*), como aliás, em toda a parte. Elas não hesitavam, quando a ocasião o exigia, em destruir um chefe e rebaixá-lo à condição de simples guerreiro.” (ENGELS, 2009, p. 66).

Muito embora, a família pré-monogâmica se apresentasse como “evoluída” se comparada às antecessoras, ainda assim teria muito a trilhar. Especialmente às mulheres que ansiavam pelo direito a castidade ou ao casamento com um só homem como sua própria libertação. Esse ‘desejo’ justificava-se, pelo fato de que os homens ainda desfrutavam-se dos casamentos em grupo em algumas tribos, enquanto as mulheres, ao mesmo tempo em que usufruíam desse “direito”, eram também em alguns povos “ofertadas” aos parentes e amigos do noivo ou até mesmo convidados nas celebrações de núpcias, vindo o noivo apenas em último lugar. Ou em outros povos, o culto a *jus primae noctis*, como era conhecido, o chefe da tribo ou da *gens*, cacique ou sacerdote, representavam a comunidade e por isso exerciam com a noiva o direito da primeira noite.

EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA SOB A ÓTICA PATRIMONIAL

Sobre outro aspecto, é importante salientar que foram as questões vinculadas a questão da herança o que muito repercutiu e fez com que significativas alterações se estabelecessem em relação ao modo de organização familiar. Nesse sentido, e de acordo com o direito materno, “[...] a descendência só se contava por linha feminina, e segundo a primitiva lei de herança que reinava na *gens*, eram os membros dessa mesma *gens* que herdavam de seu parente gentílico falecido. (ENGELS, 2009, p. 73). Isto é, os filhos do pai nada herdavam, pois não pertenciam a mesma *gens* do mesmo e, os bens dele deviam ficar na *gens* dele. “Assim, com a morte de um proprietário de rebanhos, esses passavam em primeiro lugar a seus irmãos e irmãs e aos filhos destes ou aos descendentes das irmãs de sua mãe. Seus próprios filhos, porém, ficavam deserdados” (ENGELS, 2009, p. 74).

Com o passar dos tempos as riquezas iam aumentando e isso passou a conferir ao homem uma posição mais importante que a da mulher, o que fez com que surgisse a ideia de valer-se dessa vantagem para modificar a ordem tradicional da herança em prol dos filhos. Desse modo, foi abolida a instituição da descendência por linha feminina e o direito hereditário materno foi substituído pelo direito hereditário paterno. “Nada sabemos sobre como e quando se produziu essa revolução entre os povos civilizados, pois ela se verificou nos tempos pré-históricos”. (ENGELS, 2009, p. 74). Assim, houve a derrocada do direito materno. O homem tomou posse da direção da casa, ao passo que a mulher foi degradada, convertida em servidora, em escrava do prazer do homem e em mero instrumento de reprodução. “Com isso, fez emergir o que conhecemos como família patriarcal. E com ela, a transição do casamento pré-monogâmico para o monogâmico., no intuito de assegurar a fidelidade da mulher e por conseguinte a paternidade dos filhos”. (ENGELS, 2009.p. 76). Foi na transição entre uma família e outra (pré-monogâmica e monogâmica) que o reflexo patrimonial influenciou na proteção desses núcleos e na dissolução também.

FAMÍLIA MONOGÂMICA

Com a exclusão progressiva primeiramente dos parentes mais próximos, depois dos parentes cada vez mais distantes, tornava-se cada vez mais difícil qualquer casamento por grupos, restando apenas o casal, unido por vínculos ainda frágeis. “Isso prova quão pouco tem haver a origem da monogamia com o amor sexual individual, na hodierna acepção da palavra”. (ENGELS, 2009, p.64). A família monogâmica foi àquela capaz de trazer certa segurança ao recém direito paterno. Ou seja, agora o homem procriava seus

filhos, pois sua paternidade (advinda da fidelidade) não era mais discutida. Consequentemente seus filhos agora podiam tomar posse dos bens paternos na qualidade de herdeiros diretos.

A monogamia surgiu da concentração de grandes riquezas nas mesmas mãos de um homem e do desejo de transmitir essas riquezas, por herança, aos filhos desse homem, excluídos os filhos de qualquer outro. Para isso era necessário a monogamia da mulher, mas não do homem. (ENGELS, 2009, p. 96).

A família monogâmica constituiu-se, por sua vez como um modelo sólido no que tange aos vínculos conjugais de outrora. Dessa forma, nem todo laço poderia ser rompido por vontade qualquer das partes. “Agora como regra, só o homem pode rompê-lo e repudiar a mulher”. (ENGELS, 2009, p. 81). Inclusive a ele era dado o “direito” à infidelidade conjugal, permitido através dos costumes, desde que não trouxesse a concubina ao lar conjugal. Observa-se em outras palavras, que “[...] a monogamia, não entra na história como sendo uma reconciliação entre homem e mulher e menos ainda como forma mais elevada de casamento”; (ENGELS, 2009, p. 84), ao contrário, surge sob a forma de subjugação de um sexo pelo outro.

A monogamia foi um grande progresso histórico, mas ao mesmo tempo, inaugura juntamente com a escravidão e as riquezas privadas, aquele período que dura até nossos dias, no qual cada progresso é simultaneamente um relativo retrocesso e no qual o bem estar e o desenvolvimento de uns se realizam às custas da dor e da repressão de outros. (ENGELS, 2009, p. 85).

DOS NÚCLEOS FAMILIARES ATUAIS

Aqueles núcleos reconhecidos por Engels em terras longínquas e em tempos remotos foram paulatinamente substituídos. Nossa única herança foi a perpetuação da monogamia. Numa época, em que sequer o Estado estava constituído como se apresenta hoje, a relação familiar era de certa forma “livre”, sem haver intervenção estatal. Ao contrário, hoje, todos os núcleos familiares, sob a ótica jurídica, necessitam de uma “homologação” estatal para validar o interesse dos envolvidos – seja para convalidá-la seja para extingui-la.

A partir dos argumentos históricos arrolados até aqui, constata-se que não existiu, no transcurso temporal aos nossos dias uma estrutura única de família “[...] e ainda assim é hoje em dia. Não se consegue identificar uma estrutura única de família”. (COELHO, 2006, p. 08). O mesmo autor classifica a instituição em três modelos, a saber: tradicional, romântica e contemporânea.

Em termos esquemáticos [...] na família tradicional, os pais da noiva e do noivo contratavam o enlace. Na romântica, o noivo pedia a mão da noiva ao pai dela, que podia impedir o casamento caso não o agradasse o pretendente; já o pai do noivo era comunicado da decisão do filho. Na família contemporânea, a decisão é exclusiva dos diretamente interessados, e tanto o pai da noiva como o do noivo são apenas informados. (COELHO, 2006, p. 10).

Outrossim, mesmo com a imensa diversidade de tipos de família, é possível a construção de alguns modelos teóricos, que auxiliam na compreensão de sua trajetória evolutiva, intimamente vinculadas as demandas políticas, sociais, econômicas e culturais⁸ constitutivas de cada agrupamento social, de cada povo, de cada nação, o que significa afirmar que a forma de organização familiar corresponde prioritariamente as formas de organização política e econômica da cada povo e, por extensão legitimado juridicamente.

Há os núcleos compostos pelo esposo, esposa e seus filhos biológicos; o viúvo ou viúva e seus filhos, biológicos ou adotivos; pai ou mãe divorciados e seus filhos, biológicos ou adotivos; esposo, esposa e os filhos deles de casamentos anteriores; casais não casados, com ou sem filhos; pessoas do mesmo sexo com ou sem filhos, avó e neto, irmãs solteiras que vivem juntas etc. (COELHO, 2006, p. 07).

Talvez se possa afirmar com certa propriedade que a noção de família em nossos dias apresenta-se polissêmica. Ou seja, assume as mais variadas formas e composições. Neste sentido, diferencia-se do modelo vigente em grande medida na modernidade que se caracterizava pela figura do pai, da mãe e dos filhos vivendo e convivendo sob o mesmo teto, mantendo laços de fidelidade e de obediência em relações de poder marcadamente patriarcal. Nas últimas décadas este modelo de família cede espaço para as mais variadas formas de relações e composições familiares como apontados na citação anterior, bem como na que segue advinda das reflexões de Bulos.

Não há um livro, não existe um só autor, nem, tampouco, se acha um só julgador que tivesse conseguido expressar a sua essência através de formulação simples e definitiva. Mas para a Constituição o que é família? Segundo o art.226, é a base da sociedade, cumprindo o Estado protegê-la. (BULOS, 2007, p. 1413).

Interessante observar, contudo, que sob o manto constitucional nosso sistema legal reconhece e define quatro espécies de núcleos familiares, sendo duas relacionadas ao matrimônio (civil e religioso), a união estável e a família monoparental.

A família é aquela constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis; a constituída pela união estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento; A comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (MORAES, 2003, p. 15).

⁸ [...] la familia es una institución social, creada y transformada por hombres y mujeres en su accionar cotidiano, individual e colectivo. Su universalidad reside en algunas funciones y tareas que deben ser realizadas en toda sociedad. (JELIN, 2010, p. 18/19).

Nossa atual Constituição Federal, promulgada em 1988, transformou e revolucionou de certo modo o direito de família, pois adotou novos valores, uma vez que elencou a família como sendo o alicerce sob o qual assenta toda sociedade.⁹ Desse modo, assim reconhece os núcleos familiares e os proclama no art. 226 da Constituição Federal:

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. (...)

Neste sentido, convém relembrar que a Constituição Federal anterior, outorgada em 1967 (criada pelo próprio Congresso Nacional em meados da ditadura militar) considerava em seu artigo 167, que a família era constituída somente pelo casamento¹⁰, sem reconhecer outros núcleos.

Hodiernamente¹¹, as disposições gerais sobre a constituição das famílias independem do casamento, sendo este somente mais uma forma de constituí-la. Em outras palavras, o direito na modernidade classifica as famílias como sendo constitucionais e as nãoconstitucionais.

As famílias constitucionais são as mencionadas na Constituição Federal (art. 226). São três: a instituída pelo casamento, pela união estável do homem e da mulher e a família monoparental, isto é, a formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Já a família não-constitucional são as demais, vale dizer, as não lembradas pelo constituinte. Nessa ampla categoria, incluem-se, por exemplo, as derivadas de parceria entre pessoas do mesmo sexo e as famílias não-monogâmicas. (COELHO, 2006, p. 32).

CASAMENTO

A partir de tais ordenamentos jurídicos constituídos ao longo da modernidade, da estrutura da sociedade burguesa, o casamento pode ser definido como união legal entre

⁹ Ao longo dos séculos as transformações sociais foram gerando uma seqüência de normas que alteraram, gradativamente a feição do direito de família brasileiro, culminando com o advento da Constituição Federal de 1988. Esta alargou o conceito de família, passando a integrá-lo as relações monoparentais, de um pai com seus filhos. Esse redimensionamento, calcado na realidade se impôs, acabou afastando da idéia de família o pressuposto casamento. Para sua configuração deixou-se de exigir a necessidade de existência de um par, o que consequentemente, subtraiu de sua finalidade a proliferação. (GONÇALVES, 2006, p. 14)

¹⁰ Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento é indissolúvel.

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

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

¹¹ Não obstante acesa polêmica em torno do que seria a organização originária da família, como se há de ver em seguida, a família é organismo jurídico, ou um organismo natural, no sentido evolutivo. Mais particularmente o é neste outro, de um agrupamento que se constituiu naturalmente, e cuja existência a ordem jurídica reconhece. Com tal sentido a Constituição Federal proclamou-a base da sociedade, com especial proteção do Estado. (Pereira, 2004, p.23)

um homem e uma mulher, com o objetivo de constituírem a família legítima, sendo nas palavras de Venosa, 2011, expressão atualmente rejeitada, sendo um ato pessoal e solene. O casamento é negócio jurídico que para uns sustentam o caráter contratualista da relação, enquanto que para outros afirmam o caráter de instituição sem esse viés contratual, mas sim, institucional. União legal, nesse sentido, diz respeito, ao cumprimento das formalidades e solenidades impostas pelo Estado, isto é, entre um homem e uma mulher, porque o casamento entre pessoas do mesmo sexo ainda não é permitido, embora exista movimentos nesse sentido. De acordo com o Código Civil¹², esse “restringe-se” em definir o casamento estabelecendo a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.¹³ O instituto do casamento é segundo Pereira (2004, p. 35), aquele “[...] que gera as relações familiares originariamente”.

CASAMENTO CIVIL

Trata-se de um dos atos mais solenes do direito brasileiro. A lei o reveste de uma série de formalidades perante autoridade do Estado que são de sua própria essência para garantir a publicidade, outorgando com isso garantia de validade do ato. “Foi no século XVIII, que as legislações implantam o casamento civil e a competência exclusiva do Estado, para realizá-lo, conservando-se, porém a estrutura canônica”. (VENOSA, 2011, p. 158). Nosso direito ao tempo do Império conheceu a princípio, somente o casamento católico por ser oficial do Estado a religião. Com o crescimento populacional, aumentou o número de não católicos que se viam forçados a um drama de consciência: absterem-se do casamento ou realizarem-no em contradição com as suas convicções espirituais. (PEREIRA, 2004, p. 68)

CASAMENTO RELIGIOSO¹⁴

O casamento religioso equivalente ao civil¹⁵ foi recepcionado na Constituição Federal de 1988¹⁶ e regulamentado pela lei civil, sempre que os consortes promoverem o

¹² Lei n. 10.406/2002

¹³ Código Civil, artigo 1511.

¹⁴ [...] na época do Império, apenas se conhecia o casamento católico, por ser essa religião oficial do Estado. Com a presença crescente da imigração e de pessoas que professavam religiões diversas, instituiu-se ao lado do casamento eclesiástico, o de natureza civil, permitindo a união de casais de seitas dissidentes [...] (VENOSA, 2004, p. 44)

¹⁵ No que concerne ao casamento religioso, o legislador buscou atribuir efeitos civis ao casamento religioso. Desse modo, o casamento religioso equivale ao civil quando for promovido o processo de habilitação, na forma da lei civil. Assim, o casamento religioso que não atender aos dispositivos do artigo 1515 do Código Civil vigente, configura-se juridicamente como união estável. (SILVA, 2005, p. 45)

¹⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

devido processo de habilitação, na forma da lei civil. “Em nosso país generalizou-se o costume do duplo casamento, civil e religioso, que persiste até os dias de hoje.”(VENOSA, 2004, p. 44). Desse modo, o casamento religioso segundo a legislação atual pode ser de duas espécies com habilitação prévia e com habilitação posterior a celebração religiosa. Segundo, Gonçalves, 2003, p. 31, “a validade civil do casamento religioso está condicionada à habilitação e ao Registro Civil das Pessoas Naturais”. No caso do casamento com prévia habilitação, “[...] uma vez celebrado o casamento, este deverá ser promovido o registro, dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado.” (GONÇALVES, 2003, p. 31). No caso da habilitação posterior à celebração religiosa, os nubentes poderão requerer o registro a qualquer tempo, instruindo o pedido e respeitando as solenidades, o registro produzirá os efeitos legais.

UNIÃO ESTÁVEL

Por longas datas o relacionamento havido entre homens e mulheres sem casamento, foi chamado de concubinato. O Código Civil de 1916, continha alguns dispositivos, no sentido de restringir esse modo de convivência, excluindo as partes, por exemplo, na partilha de patrimônio ou benefícios em contratos de seguro ou outros do gênero.

No início do século passado, a jurisprudência não tinha muita simpatia por essas uniões. Acreditava-se que reconhecer à companheira (naquele tempo, chamada de concubina, mesmo na relação estável) qualquer direito nos bens adquiridos pelo companheiro durante a vida em comum seria desprestigiar a família “legítima” e importaria indesejável desestímulo ao casamento. (COELHO, 2006).

Paulatinamente o núcleo familiar foi sendo reconhecido, mantendo os impedimentos somente àquelas práticas adúlteras – quando o homem vivia com a esposa e, concomitantemente, mantinha a concubina. (GONÇALVES, 2002). A doutrina, nesse sentido, responsabilizou-se em criar duas figuras, sendo uma delas o “concubinato impuro” e “concubinato puro”. Na primeira modalidade faz-se referência ao adultério, envolvendo pessoa casada em ligação amorosa com terceiro, ou para apontar os que mantêm mais de uma união de fato. Já o concubinato puro, seria a convivência duradoura, sem impedimentos entre as partes decorrentes de outra união.

(...)

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

(...)

Com a revolução dos costumes nos anos 1960, muitos jovens de classe média e alta passaram a constituir famílias sem se casar. Não havia impedimento nenhum ao casamento deles; poderiam casar-se, se quisesse; mas não queriam. O casamento era visto por eles como apenas uma simples *folha de papel*, absolutamente dispensável (...). (COELHO, 2006, p. 121).

No que diz respeito ao reconhecimento e proteção da família é dada somente a segunda espécie de concubinato (puro). O primeiro diploma a reconhecer tal núcleo foi a Constituição Federal de 1988 no artigo 226, § 3¹⁷, regulamentado mais tarde pela Lei 8.971/94, revogada dois anos após pela Lei 9.278/96. Na segunda legislação (1994) assim estabelecia:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478/68 (Lei de Alimentos), enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Por sua vez, a legislação seguinte, Lei 9.278/96, extirpou o prazo para comprovação deste núcleo e estabeleceu outros requisitos, ou dito de outra forma, estabeleceu critérios subjetivos da seguinte forma: Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

DISSOLUÇÃO DOS VÍNCULOS

A tecnologia jurídica por vezes discutia a pertinência da regra da indissolubilidade. Foi somente em face da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que veio a ser instituído o divórcio no Brasil, regulamentado pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Borghi, (2003, p. 231) corrobora nesse sentido: “O casamento tinha seu vínculo indissolúvel no Brasil antes da Lei do Divórcio (n. 6515)”. Em que pese o vasto terreno jurídico que hoje aborda o término das relações, tais institutos estão intimamente ligados às constituições dos núcleos familiares.

O divórcio é um dos institutos jurídicos que mais tormentosas questões levantaram em todas as legislações em que foi admitido, pois não trata unicamente de uma questão jurídico-social, mas de um problema global que toca profundamente a religião e a política. (VENOSA, 2011, p.158)

¹⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...)

§ 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.

A separação trata-se de uma instituição herdada do Direito Canônico. O Direito Canônico pertence a Igreja Católica Apostólica Romana, a qual normatiza e regula as relações humanas no âmbito do projeto da salvação característico do cristianismo católico, como remédio para os matrimônios esgarçados, ou ainda, àqueles fadados ao insucesso. A idéia fundamental e histórica da separação “[...] é atribuir uma solução aos casais em dificuldade no matrimônio [...]” (VENOSA, 2011, p. 158). Com a vigência desta lei, uma nova ordem no Direito de Família ficou implantada no País, posto que anteriormente a emenda, o vínculo matrimonial era indissolúvel durante a vida dos cônjuges, excetuadas as hipóteses de nulidade ou anulação do casamento. Mesmo assim, o próprio diploma legal era aplicado com parcimônia.

Em qualquer situação, a separação ou divórcio deve traduzir essencialmente um remédio ou solução para o casal e a família, e não propriamente uma sanção para o conflito conjugal, buscando evitar maiores danos não só quanto à pessoa dos cônjuges, mas principalmente no interesse dos filhos menores. (VENOSA, 2011, p. 159).

Dessa forma, surgiu na história, capitaneado pela doutrina, duas espécies de divórcio, sendo um deles o “divórcio remédio” e o outro o “divórcio-sanção”. No primeiro caso, não há necessidade de investigação referente às causas do término. Ao contrário, na segunda, compete aos cônjuges descreverem pormenorizadamente as causas para o desenlace, apontando e tipificando os direitos advindos do matrimônio que foram infringidos pelo outro¹⁸.

O divórcio como sanção funda-se na idéia de que o cônjuge (ou ambos) tenha praticado um ou mais atos tidos como ilícitos para o instituto do casamento, assim definidos em lei. Não é a solução que mais agrada nem ao legislador, que deve restringir essas hipóteses, nem a maioria dos casais em conflitos. Essa é, portanto, a razão pela qual a lei incentiva a separação ou divórcio por mútuo consentimento, que traduz o divórcio-remédio. (VENOSA, 2011, p. 159).

Contudo, em ambos os casos, nos salta aos olhos o fato de que o término dos enlaces só terão validade se perpassarem pelo aval estatal. Ainda que esteja discutindo culpa, a conduta não é comprovada ao cônjuge ofendido em si, mas ao Estado; ao poder

¹⁸ Art. 1.566 (Código Civil, 2002): São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;
 II - vida em comum, no domicílio conjugal;
 III - mútua assistência;
 IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
 V - respeito e consideração mútuos.

judiciário, mais precisamente ao Juiz ¹⁹empossado desse poder; este sim terá que dar-se por convencido pela conduta praticada e não propriamente o cônjuge.

O Estado nesse sentido exerce uma espécie de “empatia” pelas partes. Referida participação não ocorre quando há o enlace (salvo àqueles que procuram de antemão o aval legislativo) para cumprir os trâmites legais. Do contrário, ao se constituir um novo núcleo familiar com terceiro, sem que exista determinado grau de parentesco com este, nos é livre, porém ao desfazê-lo não o será. Talvez isso ocorra, porque o divórcio segundo Venosa, (2011, p. 159), “[...] deve ser visto tendo em mira não o passado, mas o futuro dos cônjuges separados [...]”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde tempos remotos observa-se que tanto a relação dos casamentos, bem como a dissolução desses, mesmo a legislação mais avançada se considera inteiramente satisfeita desde que os interessados declarem formalmente em ata que é de sua livre vontade. (ENGELS, 2009). Atualmente essa regra não mais prepondera. A modernidade ao instituir o modo de vida burguês, caracterizada entre outras perspectivas pela instituição de extenso ordenamento jurídico que passa a conferir legitimação ao Estado de administrar, intervir e conduzir os desígnios sociais e individuais demarcando juntamente com “evolução” da sociedade e por consequência das famílias, o fato de que à elas não mais compete constituir e dissolver isoladamente tais vínculos. Agora compete ao Juiz investido do poder Estatal e recentemente delegado também aos Cartórios de Registro de Pessoas, mediante escritura pública²⁰, reconhecer e homologar a vontade de dissolver os vínculos dos envolvidos. Com relação às famílias, interessante observação Gonçalves, 2006, p. 10:

[...] há um acentuado predomínio das normas imperativas, isto é, normas que são inderrogáveis pela vontade dos particulares. Significa tal inderrogabilidade que os interessados não podem estabelecer a ordenação de suas relações familiares, porque esta se encontra expressa e imperativamente prevista em lei. Com efeito, não lhes atribui o poder de fixar o conteúdo do casamento, por exemplo, modificar os deveres conjugais [...].

No que tange o conceito de família nos dias de hoje, é interessante observar que muito embora a lei não defina conceitualmente família, restringe-se apenas em protegê-la,

¹⁹ Venosa, 2011, p. 161, op. cit. Zannoni, 1998, v.2:13, propõe-se que o juiz seja chamado, não a investigar uma situação pessoal de forma necessariamente subjetiva, mas a comprovar, de forma objetiva, a ruína, o fracasso; de qualquer forma o fim conjugal.

²⁰ Lei nº 11.441, 04 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

elencando-a com o status de “base da sociedade” conforme estabelece a Constituição Federal. Paradoxalmente, mesmo que não exista um conceito unívoco que contemple as mais diversas formas de organização familiar, há definição para a dissolução dos vínculos familiares através de leis esparsas e especiais. Com relação aos núcleos familiares reconhecidos em nosso sistema legal, estes permaneceram “estacionários” no sentido de prevalecer a monogamia, prescrita desde o século XIX. Hodiernamente, materializaram-se em nossas legislações a família constituída através do casamento (civil ou religioso) a união estável, bem como a família monoparental - vide art. 226 CF/88 e seus parágrafos.

Aos primeiros a lei estabelece as solenidades para sua constituição, enquanto aos segundos também possuem essa prerrogativa, contudo, a informalidade em sua constituição também será protegida e angariada ao status de família. Necessário constar que outros núcleos familiares também existem em nossa atual sociedade. Por exemplo: as relações concubinárias e os namoros. Contudo, para esses, ainda que de fato existam, não há proteção ao núcleo constituído e tampouco formalismos para sua dissolução, uma vez que não são reconhecidos perante nosso sistema legal. Sobretudo, o próprio namoro, pois não há requisitos inerentes aos demais vínculos, ou seja, não esta em sua essência a constituição genuína de um núcleo familiar. No que tange a dissolução dos vínculos, pertinente a conclusão de Engels, 2009, p.109:

[...] se o casamento baseado no amor é moral, só pode ser moral o casamento em que o amor persiste. Mas a duração do acesso de amor sexual individual é muito diversa segundo os indivíduos, particularmente entre os homens. Em razão disso, quando o afeto desaparece ou é substituído por um novo amor apaixonado, a separação será um benefício tanto para ambas as partes como para a sociedade. Apenas se deverá tomar o cuidado de poupar o casal de ter que passar pelo lamaçal inútil de um processo de divórcio.

Ao se tomar ciência daquilo que denominamos de família esta passou por várias formas sucessivas e agora se encontra num novo estágio, surge logo a pergunta: se essa forma poderá permanecer no futuro. A única resposta que pode ser dada é que a família terá de progredir na medida em que a sociedade progride, que terá de mudar na medida em que a sociedade se modificar exatamente como aconteceu no passado. Ou em outras palavras, dentre todas as motivações possíveis, a história da família moderna, funda-se no sentimento, o qual nos mostrará que a única causa que vale a pena, no final, é a *pessoa*. (Ferry, 2007). Tanto a família como a extinção de seus vínculos será produto do sistema social e refletirá sua cultura. Nesse sentido, Pereira, (2004, p. 23), não obstante as polêmicas em torno do que seria a organização originária da família, [...] a família é organismo jurídico ou organismo natural, no sentido evolutivo.

Apesar das evoluções do casamento e da família, [...] terem suas raízes nos séculos passados, os efeitos só nos dias de hoje passaram a ser sentidos de verdade e, por isso, têm, sobretudo no plano político, uma notável atualidade. (FERRY, 2007, p. 90/91)

Como a família monogâmica se aperfeiçoou consideravelmente desde o começo da civilização e de maneira notável nos tempos modernos, é lícito pelo menos supor que seja capaz de continuar seu aperfeiçoamento até que a igualdade entre os dois sexos de fato seja atingida, delegando as partes decidirem o início e o término destes núcleos tal como era nas civilizações primitivas, sem estarem sob o crivo do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 66**, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

_____. **Lei nº 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: 2007, Saraiva, 7 edição.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Volume 5. São Paulo, Editora Saraiva, 2006.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Propriedade Privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Editora Bertrand, 2002.

FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês política e vida privada na era da globalização**.

Tradução de Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2010.

HOUAISS, Antônio & VILLAR, Mauro de Salles. FRANCO, Francisco Manoel de Mello. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

JELIN, Elizabeth. Pan y Afectos – **La transformación de las familias**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, S.A., 2010.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Editora Atlas, 2003. 2 edição.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol. V – Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 14 edição.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. São Paulo, 11 edição: Editora Atlas, 2011.