

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

LARISSA MARIA DE MORAES LEAL

ROBERTO SENISE LISBOA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Larissa Maria de Moraes Leal; Roberto Senise Lisboa – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-593-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

Esta coletânea reúne artigos científicos que, por conexão das matérias, foram divididos em quatro grupos.

Inicialmente, o Grupo de Trabalho em Direito Civil Contemporâneo apresenta três artigos que tratam, de modo direto, da temática que é o atual pano de fundo de boa parte das chamadas transformações do direito: a sociedade da informação. A prática de "sharenting", a preocupação com a privacidade na era do Big Data e as discussões mais recentes sobre o Marco Civil da Internet e suas implicações conformam esse grupo de abertura.

No segundo grupo, a obra traz questões que vão resgatar discussões jurídicas, como a dicotomia público-privado (aqui, com especial destaque para a função social da propriedade) e as múltiplas faces que a responsabilidade civil tem apresentado como desafios no campo das obrigações. Da proposta de uma responsabilidade civil imputada sem a comprovação, ou mesmo a existência de dano, até as questões de reparação "in natura" nos casos de danos ambientais, os artigos aprovados estão em sintonia com os debates postos na academia e instigam o leitor à tomada de decisão opinativa.

No terceiro conjunto de artigos são tratadas questões de família e a propriedade, ou não, de regulação dessas questões pelo direito. O resgate de perspectivas históricas, feito na maioria dos artigos deste grupo, ressalta a metodologia de trabalho do direito civil contemporâneo e oferece densidade aos textos, também provocativos e de inegável atualidade.

Por fim, no quarto grupo, a obra oferece dois artigos que ocupam-se em investigar interessantes questões acerca da atividade notarial e de registro no Brasil: a relevância da atividade notarial para a garantia da dignidade da pessoa humana e o registro de negócio jurídico anulável, como forma de garantir direitos.

A obra encontra conexão entre todos os escritos.

Na urgência dos temas tratados e na metodologia aplicada por seus autores, a coletânea justifica-se e, ao mesmo tempo, qualifica-se no âmbito da pesquisa jurídica de qualidade.

Profa. Dra. Larissa Maria de Moraes Leal - UFPE

Prof. Dr.Roberto Senise Lisboa - FMU

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PERSPECTIVA HISTÓRICA DOS PAPEIS DE GÊNERO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

HISTORICAL PERSPECTIVE OF GENDER ROLES IN FAMILY LAW

**Fernanda Estanislau Alves Pereira
Zayda Torres Lustosa Coelho**

Resumo

O presente artigo pretende demonstrar de que forma os papéis de gênero foram interpretados pelo direito e de que forma isso influenciou na própria perspectiva jurídica do Instituto Família. Demonstrou-se a importância dessa compreensão a partir do caso da discussão acerca da possibilidade da adoção homoparental. Realizou-se análise em perspectiva histórica, bibliográfica, documental e jurisprudencial. Concluiu-se que o Direito necessariamente acolhe elementos do seu contexto histórico e isso não deve desdobrar-se no engessamento das instituições jurídicas.

Palavras-chave: Direito civil, Direito de família, Gênero, Construção normativa, História

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to demonstrate how gender roles were interpreted by law and how this influenced the legal perspective of the Family Institute. The importance of this understanding was demonstrated from the case of the discussion about the possibility of homoparental adoption. Historical, bibliographical, documentary and jurisprudential analysis was carried out. It was concluded that the law necessarily accepts elements of its historical context and this should not unfold in the plastering of legal institutions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil law, Family law, Gender, Normative construction, History

1. INTRODUÇÃO

Existe dentro do direito, conforme demonstrar-se-á, uma delimitação dos gêneros e uma atribuição social a esses papéis e a forma como eles são, de fato, desempenhados em nossa sociedade. A performance dos gêneros é hoje compreendida como algo desassociado dos sexos biológicos dos indivíduos. Ocorre que, o Direito opera conforme categorias e conceitos, e, da mesma forma que pretende regular a sociedade, é desta realidade que são tirados elementos para construção da ordem jurídica.

O presente trabalho propõe-se a analisar o contexto histórico, social e cultural que deu ensejo à compreensão jurídica dos papéis de gênero dentro da família. A aplicabilidade desse estudo é vislumbrada com a análise da atuação do poder judiciário em relação à possibilidade de adoção por casais homoafetivos. Essa possibilidade era plenamente possível dentro da atual ordem constitucional, mas, em razão de não haver expressa autorização legal, ainda que não houvesse proibição, o judiciário tardou em reconhecer esse direito.

Para tanto, destaca-se que em 2006 houve o reconhecimento em sentença do direito à adoção por casais homossexuais, em decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na Apelação Civil de nº 70013801592 que foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça em 2010, em sede de julgamento de Recurso Especial de nº 889.852/RS.

Apenas recentemente, em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal finalmente consolidou e vinculou, à citada decisão, a jurisdição de todo o território nacional, no sentido de que as uniões homoafetivas constituem entidades familiares, possuindo efeitos contudentes majoritariamente no âmbito de direito das famílias, direitos sucessórios e direitos das crianças e adolescentes (DIAS; OPPERMAN, 2013).

Ocorre que, dentro da ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988 a adoção por homossexuais já encontrava guarida. Explica-se: (a) do princípio da dignidade da pessoa humana decorre o direito à parentalidade, pois que se trata de contexto de sociedade baseada na monogamia e na estrutura familiar como elemento necessário à busca da felicidade; (b) a vedação a qualquer forma de discriminação, dentre as quais se encontra qualquer forma de discriminação com base em orientação sexual e (c) a assegurada igualdade entre os gêneros torna plenamente desamparada a arguição de necessidade de homem e

mulher para formação de entidade familiar, resquício de uma sociedade nascida sob a égide do patriarcado, pois que possuem a mesma função de pais dentro deste núcleo.

Entretanto, ainda que tenha sido editada no mesmo contexto constitucional atual, a Lei de Adoção – Lei 12.010 de 2009, perdeu a oportunidade de se manifestar acerca da possibilidade de adoção por casal homoparental, pois exige, para adoção conjunta, o matrimônio ou união estável (art. 42, §2º do ECA) e a Constituição Federal se refere à união estável como aquela formada por “homem e mulher” (art. 226, §3º da CF).

Diante do silêncio da lei em relação à adoção por casais homossexuais, a jurisprudência brasileira negava reconhecimento da união entre as pessoas do mesmo sexo com o argumento de que não havia a expressa autorização legal. Dessa feita, as uniões entre pessoas do mesmo sexo eram reconhecidas tão somente enquanto sociedade de fato, restando desamparados diversos direitos decorrentes do vínculo jurídico familiar, dentre direitos à parentalidade e os sucessórios, dentre os quais o da adoção. Nesse contexto se fez necessário o pronunciamento do STF para apaziguar e vincular as demais decisões dentro desse tema.

Tanto o silêncio legislativo quanto a continuidade de decisões que traziam fortes cargas de preconceito e continuavam por negar direitos constitucionalmente protegidos, ilustram de que forma o ordenamento jurídico se encontra sujeito à percepção social de determinadas demandas, ou seja, é atravessado pelo contexto social, histórico e cultural. Ocorre que o desdobramento desses atravessamentos pode fazer perdurar situações não mais permitidas em sociedades democráticas e que prezam pelo respeito aos direitos humanos fundamentais.

Luckmann e Berger (1985) trazem importante consideração acerca da construção social da realidade, e, nessa perspectiva, traçam o papel e a essência das instituições, as quais sempre serão produtos de suas próprias histórias e também intermédios para controle da conduta humana.

Atualmente esse tema vem sendo trabalhado pela academia dentro do que se chamam de preconceitos implícitos (LIMA, 2016) e por isso uma questão como o preconceito em relação à orientação sexual diferente da hetero merece ser apreciada e discutida dentro da esfera jurídica, para que possa ser acessada pelos aplicadores da lei de maneira mais racional e evitar que seja entregue às perspectivas pessoais de cunhos morais ou religiosos.

A discussão acerca dos preconceitos que impediam a plena realização do direito de casais homossexuais adotarem crianças e, por conseguinte, formarem uma unidade familiar, dentro do raciocínio que vem sendo traçado, necessariamente perpassa de que forma os papéis de gênero dentro da família, bem como, a própria família são vistos pelo direito, de que forma são retratados em nossas leis e quais os contextos sociais e culturais estavam presentes para firmar a concepção vista como norma.

1.1 Metodologia e Objetivo

Por tudo isso, faz-se importante o estudo e a pesquisa sobre as funções familiares vinculadas aos gêneros fixadas pelo modelo de família patriarcal, são elas de fato insuperáveis e imprescindíveis para o desenvolvimento dos indivíduos?

Tem-se então como objetivo geral, analisar com base em fundamentos doutrinários, jurisprudenciais e legislativos os papéis de gênero nos núcleos familiares em uma perspectiva histórica como forma de identificar os novos contextos nos quais se inserem as famílias avaliando, assim, as razões que ensejam a inércia legislativa e seus fundamentos jurídico-sociais.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas por meio de pesquisa bibliográfica e também histórica. Quanto à utilização e abordagem dos resultados é pura, em razão de possuir o trabalho a finalidade de ampliar os conhecimentos, ainda que venha a constatar a necessidade de intervenção na realidade. No que se refere à natureza é qualitativa, pois que buscou aprofundar-se na realidade relacionada ao tema, incluindo a situação do trato deste no ordenamento jurídico pátrio. Quanto aos objetivos a pesquisa é descritiva, na medida em que se partiu da descrição do objeto de pesquisa, procurando esclarecer e analisar a forma as situações às quais refere-se o tema e exploratória, pois que o objetivo da pesquisa é buscar aprimorar os conhecimentos e aprofundamento nos temas pertinentes. Portanto, esse artigo busca analisar a evolução histórica da formação do conceito de família sob a perspectiva da formação das funções de gênero dentro das famílias, refletindo acerca dos reflexos do modelo patriarcal e da moral cristã em nosso ordenamento jurídico pátrio.

2. ASPECTOS DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

A palavra família carrega diversos significados, dentre significados etimológicos e históricos. A palavra *família* vem do antigo conceito romano *famulus*, o qual era utilizado para referir-se ao grupo de escravos pertencentes a um único dono (ENGELS, 1984). A palavra se descola de sua significação original e passa a designar, ainda nas sociedades antigas, grupamentos que se unem através de um matrimônio, de fato ou de direito, com intuito de reprodução biológica, acúmulo de riquezas e assistência mútua (GAGLIANO, 2013).

Considerando a família enquanto micro célula social que está em constante movimento, e em constante alteração de suas configurações, o que Lewis Henry Morgan (1877) considera como evolução, é possível analisar, a partir de uma perspectiva histórica, as diferentes funções familiares que os diferentes gêneros possuíam.

Engels e Gagliano são convergentes ao notarem que o modelo de família patriarcal não é a configuração natural dos seres humanos; natural no sentido de ter sido assim desde as mais antigas civilizações, ou sequer pautada pelos princípios cristãos e do amor sexual individual, como é difundido massivamente pelas instituições religiosas ou apenas conservadoras.

Necessário se faz, portanto, analisar-se o contexto histórico no qual surge o modelo de família patriarcal, frise-se, já superado, no Brasil principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988.

2.1. Origem da família patriarcal

Apesar de superada, a estrutura patriarcal da família, sem dúvidas deixa vestígios fortes na atual configuração da família, nas leis de nosso ordenamento jurídico e mesmo nos costumes das parcelas mais conservadoras da sociedade. Houve sua derrocada na era instaurada pela Constituição Federal de 1988, mas fora usada como modelo por nossa legislação civil desde a Colônia (LÔBO, 2012).

O antropólogo norte americano Lewis Henry Morgan (1877), em seu livro *A sociedade Primitiva*, fez uma análise da evolução social dos grupamentos tomando como parâmetro as tribos indígenas da América, as quais pra ele representavam as fases mais remotas da raça humana. Dividiu assim a, o que ele considerava evolução humana, em fases de selvageria, barbárie e civilização propriamente dita. Os estágios dessas fases eram

marcados por fatos históricos como tipos de alimentação, invenções, artes e formas de comunicação.

Considerava, portanto, que a família era um dos parâmetros de evolução social, indo de um estágio de promiscuidade generalizada, chegando ao modelo de monogamia patriarcal do status civilizado, atrelado às fases históricas diferentes arranjos dos grupamentos, das linhagens e das formas estabelecidas de parentesco.

Engels (1984) faz uma análise posterior da origem da família com base nos estudos de Morgan adicionados dos conceitos de Marx e dele próprio, análise na qual retrata o advento do sistema do patriarcado como uma das mais importantes revoluções e também uma das mais sutis, uma vez que ocorreu em decorrência da necessidade cada vez maior de acumular e herdar utensílios de caça, gado e escravos.

Em sua análise é frisado reiteradamente que tal união conjugal não era proveniente de um amor sexual individual. Necessário pontuar aqui enquanto *individual*, porque, conforme estudamos os autores citados no parágrafo acima, percebemos a presença quase constante de arranjos de poliamor e poliandria em nossa história.

Algumas das configurações retratadas nas fases que corresponderiam à de selvageria, são expostas juntamente com o fato de que não existem documentos comprobatórios da existência dessas fases, mas os autores chegaram a elas através de estudos sociais que as colocam enquanto estágios necessariamente anteriores para que se tenha chegado a determinadas maneiras de se organizar famílias e parentescos (ENGELS, 1984).

Dessa forma nos primeiros estágios evolutivos, segundo estes autores, os matrimônios eram realizados em grupos, geralmente dentro dos mesmos grupos se realizavam novos matrimônios, excluindo-se inicialmente apenas os ascendentes e descendentes em linhas retas (pais, filhos, avós), evoluindo-se para exclusão de irmãos, o que teria sido necessário para a divisão que hoje temos de sobrinhos e sobrinhas, em grau colateral.

Começam a relacionar-se entre diferentes grupos com o intuito de aprimorar a prole, ou seja, foi percebido que os filhos nasciam mais fortes e inteligentes quando eram reproduzidos por dois grupos familiares diferentes, em vez de um só, como era realizado anteriormente.

Foi sendo, então, cada vez mais restringido o matrimônio, com finalidade principal de assistência mútua e reprodução da espécie, chegando até o matrimônio por pares, como temos atualmente.

Quanto à diferenciação dos gêneros, a mulher era mais valorizada socialmente em detrimento da figura masculina. Por possuir o dom de gerar a prole era a principal responsável pela casa, e, portanto, pelo novo grupo que se formava a partir da união. O matrimônio era facilmente dissolvido por qualquer uma das partes, porém era o homem que seria rebaixado socialmente, e voltaria para seu grupo social de origem, sem qualquer direito sobre seus filhos e estes sem qualquer direito à herança.

Como dissolução era fácil e a mulher era a responsável primeira pelo andamento da casa e da família, a linha geracional era a linha materna, ou seja, o homem que fosse dispensado não possuía mais qualquer ligação com os seus filhos. Na realidade, a única legítima era a mãe, vez que os filhos poderiam ter inúmeros pais (ENGELS, 1984).

A partir do período intermediário da barbárie, no qual começa a criação de animais, dá-se início a acumulação de riquezas. Rapidamente as coisas a serem acumuladas foram ganhando cada vez mais valor, tais como: escravos, utensílios de caça e de plantio. Como a mulher possuía a responsabilidade principal no âmbito doméstico, o homem passa a ser encarregado de buscar esse acúmulo de riquezas, de matérias, de gado e escravos, e com isso passa a ascender socialmente e passa a ocupar também um lugar de pai legítimo. Antes os utensílios domésticos eram os mais importantes a serem herdados, o que legitimava a linhagem de herança materna, porém os utensílios dentro do espectro de domínio masculino passam a ter um grande valor econômico. Legitimou-se, dessa forma, que a linha geracional seria a partir de então a linha paterna (ENGELS, 1984).

Inicia-se então o que Engels afirmou ser uma das mais importantes revoluções. Com essa mudança, aparentemente simples que definia que a linhagem seria contada no viés do pai legítimo, esse pai passa a exercer o chamado poder pátrio sobre sua esposa, seus filhos e seus escravos.

A monogamia, que surgiu com intuito de poupar as mulheres de serem abusadas constantemente sob pretextos religiosos de condenações e sacrifícios, se já era mais fortemente desejada para as mulheres, passa a ser ainda mais relativizada para os homens,

pois que estes possuíam direito sem restrições aos corpos de suas escravas. A fidelidade conjugal e a servidão passam a ser exigidas de maneira rigorosa das mulheres casadas, ao mesmo passo em que a infidelidade conjugal masculina era aceita socialmente e até expressamente no Código Napoleônico, no qual a permissão é condicionada à não levar a outra para a residência conjugal. (ENGELS, 1984).

Nessa nova configuração conjugal existe uma solidez que até então não existia, referente as possíveis dissoluções dos laços conjugais; agora, só o homem possui o poder de rompê-los e é a mulher que passa a ser considerada substituível. Importante notar que, o que se inicia com o sistema patriarcal não é uma simples inversão dos polos de poder familiar, mas sim uma nova forma de se estruturar a família, com uma hierarquia sólida, baseada não só na escravidão, mas também na servidão da prole e, principalmente, na servidão da mulher. O patriarca possuía poder de vida e morte sobre os demais integrantes da família e escravos.

Esse caráter da servidão resulta em uma figura feminina que, se anteriormente era vista como uma figura de força, de responsabilidades, muitos afazeres, mas também muita valorização passa a ser sinônimo de fragilidade, de fraqueza, de vulnerabilidade, atrelado à sua extrema desvalorização. Ainda que fosse responsável, inicialmente, pelo âmbito doméstico, as mulheres passam, cada vez mais a ocupar espaço de donzelas nas casas. Conforme podemos extrair da obra de Engels, (1984, pg. 52):

Povos nos quais as mulheres se vêem obrigadas a trabalhar muito mais do que lhes caberia, segundo nossa maneira de ver, têm frequentemente muito mais consideração real por elas que os nossos europeus. A senhora civilizada, cercada de aparentes homenagens, estranha a todo trabalho efetivo, tem uma posição social bem inferior a mulher bárbara, que trabalha duramente, e, no seio do seu povo, vê-se respeitada como uma verdadeira dama (lady, frowa, frau = senhora) e o é de fato por sua própria posição.

A submissão ao pater famílias é o elemento de distinção de um grupo familiar, e é, por sucessão, substituído pela linhagem masculina da família. Dentro dessa lógica, o lugar das mulheres é redesignado não só dentro da família, mas também nas relações externas. Ocorre que, as mulheres não mais possuem qualquer possibilidade de autoridade e autonomia. Se antes são submetidas ao poder paterno, passam, após o matrimônio, a serem submetidas ao poder de seu marido, sem alteração de suas capacidades.

Como o objetivo buscado com a monogamia era basicamente a garantia da paternidade dos filhos, para que estes fossem herdeiros legítimos de fato, vê-se que a família não foi concebida como lugar de afeto ou mesmo constituída com base nesse elemento, mas, ao contrário, enquanto ferramenta de sobrevivência da espécie, incluindo-se o acúmulo de riquezas desse mesmo grupo (GAGLIANO, 2013).

Ao observar que a família patriarcal surge no mesmo contexto histórico de fortalecimento da escravidão atrelada ao acúmulo de riquezas, fica mais claro o caráter opressivo que imperava nesse modelo de família. A medida que a lógica comum dentre estes três modelos citados é a lógica de pleno desenvolvimento realizado tão somente em detrimento de um retrocesso e repressão de outros (ENGELS, 1984).

Engels chega a afirmar que a primeira opressão de classes teria sido a opressão realizada pelo patriarca à mulher, ou seja, opressão das mulheres pelos homens,

Sobre este tema, extrai-se da obra de Engels (1984, pg. 70):

A monogamia não aparece na história, portanto, absolutamente, como uma reconciliação entre o homem e a mulher e, menos ainda, como a forma mais elevada de matrimônio. Pelo contrário, ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre os sexos, ignorado, até então, na pré-história.

Desconstruída, portanto, a ideia de que a forma patriarcal do grupo familiar se deu em decorrência de princípios religiosos e pautados no amor e afeto, resta evidenciado o caráter funcional desse tipo familiar, servindo não aos indivíduos integrantes mas sim aos princípios que hoje servem ao capitalismo, tais quais, a servidão e acumulação de riquezas.

Evidencia-se, por fim, que tal modelo familiar, apesar de superado, serviu como parâmetro para construção da sociedade atual, caracterizando socialmente e construindo fortes papéis de gênero dentro da família, de forma mais primária, mas também de forma a refletir no meio social em si, criando caracterizações que até hoje persistem fortemente.

2.2. Breve análise sobre as funções de gênero dentro das famílias atreladas à moral cristã

Analisando as mudanças da configuração de um grupo familiar ao decorrer da história, fica claro como a função desempenhada no seio familiar acaba por repercutir na esfera externa à família, ou seja, tem sua estrutura refletida pela estrutura social per si. Nesse sentido

Beauvoir (1980) constata o quanto do destino social da mulher fora definido pela família e pelo papel do homem de dominador.

Inicialmente, cumpre identificar que gênero é um conceito que foi criado para identificar a construção social de um determinado sexo em determinado contexto cultural e histórico, compreendendo sexo enquanto as características biológicas com as quais nascemos (CURIEL, 2013).

Dentro desse contexto, Ochy Curiel (2013) ressalta que as expressões “homem” e “mulher” não dizem respeito a seus sexos biológicos, mas que carregam toda uma construção social e cultural de determinado contexto histórico; construção esta que significa principalmente o local que os gêneros passam a ocupar dentro da organização de produção social, ou seja, dentro da lógica capitalista em que estamos inseridos. Gayle Rubin (1975, pg. 159) definiu enquanto sistema sexo-gênero o “conjunto de disposições pelo qual uma sociedade transforma a sexualidade biológica em produtos de atividade humana, nos quais essas necessidades sexuais transformadas estão satisfeitas”.

Tal sistema é ao que se refere por exemplo, Engels (1984) quando considera enquanto divisão de trabalho os papéis assumidos pelo homem e pela mulher na família e, por conseguinte sociedade, patriarcal.

Segundo Beauvoir (198), Engels (1984) não pondera em seu trabalho a maneira a qual essa divisão do trabalho foi realizada, não enxerga ou não considera que para além de diferentes papéis funcionais na família, houve, neste contexto por parte do homem uma ação de dominação do outro sexo, proveniente do que a autora coloca enquanto tendência humana; tendo impossibilitado que essa revolução dentro da esfera familiar se desse de forma mais amigável.

Ocorre que, a família enquanto primeiro núcleo de sociabilidade e núcleo que transmite os padrões essenciais de uma cultura (Zambrano, 2006), tem o poder de naturalizar tais padrões em uma escala social, o que não poderia ocorrer de maneira diferente em relação às posições sociais ocupadas pela mulher e pelo homem.

Da mesma forma que a família está em lugar essencial na construção do Estado, ela representa célula firme dentro da Igreja. Pde. Antonio Vieira (1987) em sua obra que analisa as origens da família, atribui à procriação a ligação da família com a religiosidade.

Segundo o autor, os genitores não compreendem enquanto humano, somente, a gestação ser proveniente do ato sexual entre um homem e uma mulher, razão pela qual passam a venerar, enquanto grupo familiar, entidades divinas.

Dentro desse espectro religioso, a família é legitimada pelo amor entre componentes familiares, porém é elemento essencial dessa família que a união tenha por objetivo a procriação. Daniel Borrillo (2010) demonstra que, a tradição judaico-cristã se apropria desse contexto histórico monogâmico e sacraliza essa constituição monogâmica heterossexual. Isso é feito a partir da prática religiosa do celibato.

O sexo passa a ser visto enquanto ato pecaminoso, cuja única justificativa para sua concretização é a procriação da espécie, dentro do casamento. Dentro dessa lógica, não só a família passa a ser sinônimo de união heterossexual, como os homossexuais passam a ser vistos como verdadeiras escórias, sujeitos a condenações cruéis e absoluto repúdio social.

A Bíblia, livro utilizado enquanto elemento de legitimação da doutrina cristã, foi alterada para atender aos novos dogmas que passam a reger a sociedade ocidental; vez que, por ser a homossexualidade vista com naturalidade nas tradições antigas, assim era retratada na bíblia, com sentimentos explícitos entre indivíduos do mesmo sexo (BORRILLO, 2010).

Por ser, a partir de então, a família uma instituição divina, passa a possuir caráter indissolúvel, e, como a tradição judaico-cristã se apropriou da configuração patriarcal, passa a dar legitimidade divina ao poder do patriarca da família. Por ser este o representante dos deuses na família, dele decorre os poderes sob os demais integrantes familiares (VIEIRA, 1987)

Borrillo (2010) analisa que o posicionamento judaico-cristão em relação à imposição da monogamia heterossexual enquanto único comportamento natural inaugura uma nova era de crenças e preconceitos na sociedade ocidental.

Portanto, o cristianismo, enquanto sucessor da tradição judaico cristã (BORRILLO, 2010), faz correlação necessária entre formação de família e paternidade e maternidade (VIEIRA, 1987). Nesse sentido, a união, ainda que entre homem e mulher, só será legitimamente uma família, instituição a ser protegida caso seja com finalidade de procriar. Negando absolutamente qualquer outro tipo de inclinação sexual e afetiva dos indivíduos.

2.3. Reflexos do modelo patriarcal e da moral cristã no ordenamento jurídico pátrio

Sendo a família reconhecida enquanto célula de importância fundamental nas estruturas sociais e religiosas, o Estado passa a tutelar a família através da lei. O casamento, que surgiu enquanto instituição religiosa que tornava a união sagrada, indissolúvel e legítima (VIEIRA, 1987) passa a ser reconhecido enquanto elemento formativo também pela lei.

Na obra de Aurea Pimentel Pereira (1991) relata-se que, no ordenamento jurídico pátrio, a família passa a ser regulada com o advento da Constituição Federal de 1934, na qual “a família legítima estava sobre proteção do estado” (1991, pg. 18); sendo a legitimidade, neste contexto, galgada através do matrimônio.

O próprio casamento adentra no sistema legal brasileiro por ter o Estado nascido em atuação conjunta com a Igreja. O casamento civil surge apenas com o decreto 510 de 1890, e era até então legítimo apenas o casamento religioso (PEREIRA, 1991).

O direito reafirma a situação social já está estabelecida patriarcalmente, e dessa forma a mulher não é pessoa dotada de capacidade civil para os atos da vida, sendo absolutamente submetida ao *pater familias*, inicialmente seu pai e, após o matrimônio, seu marido.

A mulher começa a possuir autonomia em relação ao homem, na área de direito de família, com o advento do Estatuto da Mulher casada de 1962, a partir do qual passa a se tornar colaboradora do marido, dentro da família, uma forma de mitigar sem extinguir a posição superior do varão da família

O Estatuto da Mulher casada representa grande marco no direito das famílias principalmente por alterar os arts. 380 e 393 do Código Civil de 1916, os quais previam, respectivamente, que a mulher não era dotada do pátrio poder sobre os filhos e que seria a viúva punida com perda de direitos sobre os filhos do casamento anterior ao contrair novo matrimônio, ao mesmo tempo em que não previa qualquer penalização nesse sentido para o homem em situação idêntica (PEREIRA, 1991)..

Com o advento da Constituição Federal (CF) de 1988 a igualdade entre os sexos é, enfim, estabelecida no patamar legal, porém só uma transição lenta e gradual permitirá a efetiva transformação da formação familiar, não mais em configuração declaradamente patriarcal.

Porém, vê-se a heterossexualidade ser consagrada enquanto pressuposto necessário do texto constitucional, ao referir-se inúmeras vezes ao casal ou possível casal enquanto “homem e mulher” (arts. 226, §§ 3º e 5º da CF).Ochy Curiel (2013, p.114), observa, acerca da constituição colombiana mas que possui correlação direta com os artigos acima citado, que :

(...) a categoria de “indivíduo” ou “pessoa” a quem o pacto social (a Constituição) é dirigido, aparece sexualizada, é substituída por “a mulher” e “o homem”, ainda que isso represente categorias que se veem aqui homogeneizadas, dehistoricizadas e apresentadas em singular como se houvesse uma só maneira de ser homem ou mulher.

É de se observar, por exemplo, que o novo Código Civil, promulgado em 2002 já na vigência de nossa atual constituição, possui ainda resquícios imperdoáveis do antigo sistema jurídico baseado na formação patriarcal da família brasileira.

No rol de causas suspensivas, figura o período de dez meses para a viúva ou mulher que tiver seu casamento anulado, para contração novo matrimônio. As causas suspensivas, segundo Paulo Lôbo (2011), não se confundem com as proibições, vez que sua não observância não implica em punição e o juiz pode facilmente autorizar o matrimônio caso seja demonstrado o não prejuízo para as partes.

Observa-se que, o caso citado no parágrafo acima, o qual está previsto no art. 1523, II do Código Civil de 2002 (CC), coloca encargo exclusivamente para a mulher. A intenção do legislador, nesse caso, era evitar possíveis implicações futuras quanto ao direito sucessório (LÔBO, 2011), porém ao fazer isso, reafirma que a prole é de responsabilidade e, em muitos casos verdadeiro encargo, tão somente da mulher, e, principalmente, para proteger o direito absoluto do homem de saber se a criança é seu filho biológico. A um só tempo indo de encontro com os princípios da afetividade, da não hierarquização entre descendentes biológicos e não biológicos e da não discriminação dos sexos no âmbito familiar, consagrados na atual CF nos arts. 227, §6º; art. 229 e art. 226, §5º, respectivamente.

Representando, portanto, resquício direto da configuração patriarcal, a qual se deu inicialmente com o único objetivo de se diferenciar a linha genética paterna, conforme tratou-se no primeiro ponto deste capítulo.

É de se observar ainda, que ao lado da heterossexualidade consagra-se também a monogamia enquanto princípio jurídico elementar da família em nosso atual ordenamento, principalmente em nosso código civil, o qual prevê expressamente em seu art. 1.521, VI, enquanto causa impeditiva de casamento, a existência de vínculo matrimonial anterior.

Conforme foi estudado ao decorrer deste capítulo, notou-se que a configuração monogâmica foi apenas uma das diversas configurações assumidas no âmbito familiar ao decorrer da história, consagrando-se enquanto modelo a ser considerado único no ocidente com a ideologia judaico-cristã.

Tal ideologia fora fundante do Direito Romano, o qual possui extrema influência na nossa legislação, ainda que o Estado brasileiro seja baseado no princípio da laicidade, consagrado no art. 19, I e III, da CF.

Ainda no Código Civil, vê-se, enquanto decorrência do princípio da monogamia, a fidelidade recíproca enquanto dever dos cônjuges dentro do casamento, conforme o art. 1.568,

além das referências ao adultério (art. 1.573) e ao concubinato, enquanto relação de adultério em um caráter estável (art. 1.727).

No âmbito do direito penal, até onze anos atrás, eram previstos os crimes de adultério, de sedução e, ainda, a restrição à proteção de “mulheres honestas” nos crimes de posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude, os quais foram alterados somente em 2005 com o advento da Lei N ° 11.106.

3. CONCLUSÃO

Foi analisada ao decorrer deste trabalho a forma se estruturou nossa sociedade quando da regulamentação jurídica dentro da seara do direito das famílias. Para tanto, buscou-se contextualizar todo o processo e suas justificativas que levaram às mudanças, resultando na estrutura que hoje conhecemos com resquícios patriarcais em nossa lei.

A sociedade, no entanto, como sempre ocorreu, muda constantemente e se encontra, necessariamente, sempre a frente do direito. Este se constitui em instrumento que regula as relações sociais a partir das experiências observadas e dos fenômenos sociais presentes na atualidade. Esse fenômeno que explica o descompasso da sociedade atual e a forma a qual passa a se estruturar que ainda não está sendo devidamente acompanhada por nossas legislações.

Demonstrou-se que a forte resistência por parte de nossos aplicadores do direito não se dá por acaso, mas sim como fruto de uma forte tradição cristã da qual se originou nosso direito e que ainda reverbera em nossos ensinamentos jurídicos. O que ficou claro no decorrer da pesquisa foi a importante flexibilidade inerente à natureza humana em vida social que muda e se adapta conforme novas demandas coletivas fazendo surgir novas prioridades. Temos, hoje em dia, um direito que preza pela construção da identidade de um sujeito. Tal identidade serve de base fortalecedora para que se busque a autorrealização em todos os aspectos que permeiam uma vida em sociedade.

O novo modelo de família, uma família conforme os princípios primazes da constituição busca fortalecer cada indivíduo que a compõe. Essa nova família compreende que o bem-estar coletivo não deve suprimir e anular o bem-estar individual e as subjetividades que são inerentes. Ao direito, como um aparato jurídico em sua totalidade, nada mais cabe

além de respeitar as novas demandas sociais e proteger os indivíduos e a coletividade nos aspectos que asseguram a plenitude enquanto sujeitos dotados de dignidade.

Ainda que tenhamos todo um ordenamento jurídico submetido a uma constituição com princípios que prezam também pela primazia da afetividade nas relações familiares, percebemos que este constitui apenas um importante primeiro passo. Portanto, a busca pela efetiva igualdade entre os diferentes deve seguir enquanto não tenhamos aplicadores jurídicos justos e livres de preconceitos.

Os preconceitos são formados muitas vezes em momentos anteriores à nossa formação jurídica, portanto, ao Direito cabe também a discussão e análise dessas temáticas para que os operadores jurídicos, de maneira geral, possam se manter atentos à essas tendências inerentes à nossa condição humana, necessariamente falha, buscando a aplicação mais justa e um Direito mais plural.

4. REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo : Fatos e mitos**. Trad. de Sérgio Milliet. 4 ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia : história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

CURIEL, Ochy. **La nacion Heterossexual: Análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación**. 1 ed. Bogotá: Brecha Lésbica, 2013.

ENGELS, Friedrich. **A origem da Família, da propriedade privada e do Estado**. 9 ed. Rio de Janeiro, 1984.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil vol.6 : Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

GAYLE, Rubin. **The Traffic in Women: Notes on the “political economy” of Sex**. *Toward an anthropology of women*. Estados Unidos, p.157-210, 1975.

HAILER, Marcelo. **A face eleita do conservadorismo**. Disponível em <<http://revistaforum.com.br/digital/169/face-eleita-conservadorismo/>>. Acesso em 22 abril 2015

LIMA, George Marmelstein. Palestra: Discriminação por Preconceito Implícito: texto-base de palestra proferida em 10/12/2016, em Balneário de Camboriú. 2016. Disponível em:< <https://direitosfundamentais.net/2016/12/11/palestra-discriminacao-por-preconceito-implicito/>>. Acesso em 29 out. 2017.

LÔBO, Paulo. *Famílias : De acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 (Divórcio)*. 4. ed. São Paulo : Editora Saraiva, 2011.

MORGAN, Lewis Henry. **A Sociedade Antiga**. Org.: Celso castro. Trad.: Maria Lúcia de Oliveira.in *Evolucionismo Cultural, Textos de Morgan, Tylor e Frazer*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **A Nova constituicao e o direito de familia: breves comentarios ao estatuto da crianca e do adolescente lei 8.069/90**.2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

VIEIRA, Pe. Antonio. **A Família (Evolução histórica, sociológica, antropológica)**. Fortaleza : Secretaria de Cultura e Desporto, 1987.