



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação
Programa de Pós-Graduação em Família na Sociedade Contemporânea

BRUNO RODRIGUES DE SOUZA

**A FAMÍLIA COMO BASE DA SOCIEDADE:
UMA PREMISSA NECESSÁRIA**

SALVADOR
2021

BRUNO RODRIGUES DE SOUZA

**A FAMÍLIA COMO BASE DA SOCIEDADE:
UMA PREMISSE NECESSÁRIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre sob a orientação do Prof. Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa.

Orientador: Prof. Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa

SALVADOR
2021

Ficha Catalográfica. UCSal. Sistema de Bibliotecas

S729 Souza, Bruno Rodrigues de
A família como base da sociedade: uma premissa necessária / Bruno
Rodrigues de Souza. – Salvador, 2021.
135 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador.
Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Família
na Sociedade Contemporânea.

Orientador: Prof. Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa.

1. Família 2. Sociedade 3. Relação 4. História 5. Modernidade
I. Barbosa, Camilo de Lelis Colani – Orientador II. Universidade Católica
do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação III. Título.

CDU 316.356.2

TERMO DE APROVAÇÃO

BRUNO RODRIGUES DE SOUZA

**“FAMÍLIA COMO BASE DA SOCIEDADE:
UMA PREMISSA NECESSÁRIA”**

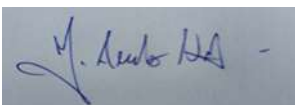
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea na Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 26 de março de 2021.

Banca Examinadora:



Prof. Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa
Orientador(a) - (UCSAL)



Prof. Dr. Jorge Amado Neto (FBB)



Prof. Dr. Deivid Carvalho Lorenzo (UCSAL)

Dedico este trabalho à minha família, berço, lastro e horizonte: meu pai Jorge (*in memoriam*), minha mãe Esther, exemplos indelévels; aos tios Renato e Olinda, incansáveis incentivadores desde as primeiras letras; à saudosa e inesquecível Rosemeire (*in memoriam*); a minha amada filha Lana; à amada Larissa. Vocês são os presentes que Deus me deu. Amo vocês.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, autor e consumidor da minha fé.

Agradeço aos professores e colegas que contribuíram imensamente para que essa jornada se tornasse a cada dia mais proveitosa, ainda que extremamente desafiadora.

Agradeço à querida amiga e irmã Prof^a Rosane Mendes D'Andreamatteo por toda atenção e todo o auxílio.

Agradeço especialmente ao meu orientador, Prof. Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa pelo acolhimento a mim e ao meu sonho. Por toda ajuda, companheirismo, generosidade e paciência, sem os quais esse trabalho não teria sido possível.

O desenraizamento é, sem comparação, a doença mais perigosa à qual está exposta a sociedade humana. Quem não tem raízes desenraiza os outros. Quem tem raízes não desenraiza os outros. Ter raízes talvez seja a necessidade mais importante e menos reconhecida da alma humana

Simone Weil

A FAMÍLIA COMO BASE DA SOCIEDADE: UMA PREMISSE NECESSÁRIA

RESUMO: O presente trabalho desenvolveu-se a partir de pesquisa documental acerca da formação do conceito de família através da história, com suas inevitáveis idiossincrasias e dinâmicas, por vezes disfuncionais. A busca pelos caminhos do desenvolvimento das famílias, desde a antiguidade até os dias atuais, passando por sociedades, tais como: a antiga sociedade hebraica, Babilônia, Roma, além de outras, é ferramenta fundamental para compreender por que a instituição da família merece atenção e proteção, não apenas por parte da sociedade, mas, do Estado também. Ainda nessa senda, contudo, com um viés diferente, foi investigada se a possibilidade de haver sociedade (organizada como tal) sem a presença das famílias, como buscam alguns governos totalitários, seria possível ou estaria adstrita ao campo da ficção. Estão todos os seres humanos conectados a uma condição intangível que os dirige a constituir família, ou podem viver de forma isolada e sem nenhum tipo de ligação ou laço maior do que si mesmo? Na busca pela compreensão do fenômeno, analisou-se, de forma breve, o instituto da multiparentalidade como mais uma maneira através da qual as famílias contemporâneas se formam, se estabelecem e são reconhecidas. Levando em consideração o caráter histórico do trabalho, analisou-se o evento Lebesborn, ocorrido anteriormente e durante a segunda guerra mundial.

Palavras-chave: 1. Família; 2. Sociedade; 3. Relação; 4. História; 5. Modernidade.

THE FAMILY AS THE SOCIETY BASIS: A NECESSARY PREMISE.

ABSTRACT: The present paper was developed from documentary research about the formation of the concept of family through history, with its inevitable idiosyncrasies and dynamics, sometimes dysfunctional. The search for the paths of the historical development of families, from antiquity to the present day, going through ancient societies such as the ancient Hebrew society, the Babylonians, the Roman Empire, in addition to others, is a fundamental tool to understand why the institution of the family deserves attention and protection, not only by society, but by the State as well. Still on that path, but with a different bias, investigated whether the possibility of a society (organized as such) without the presence of families, as some totalitarian governments seek, it is possible or if this situation is restricted to the field of fiction. Are all human beings connected to an intangible condition that directs them to start a family, or can they live in isolation and without any type of link or affective bond greater than themselves? In the search for understanding the phenomenon, the multiparentality institute it was briefly analyzed as yet another way in which contemporary families are formed, establish themselves and are recognized. Taking into account the historical character of the paper, the Lebesborn event, which occurred earlier and during the second world war, was analyzed.

Keywords: 1 Family; 2 Society; 3 Relationship; 4 History; 5 Modernity.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. NOÇÕES PRELIMINARES	12
3. CONTEXTO HISTÓRICO DA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA E DA SOCIEDADE ..	16
3.1 CIVILIZAÇÕES PRÉ-ROMANAS	16
3.2 ROMA.....	27
3.3 PORTUGAL – BRASIL COLÔNIA.....	32
3.4 BRASIL IMPÉRIO	37
3.5 BRASIL PÓS 2ª GUERRA MUNDIAL	44
4. FAMÍLIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS	50
4.1 LEI Nº 13.146/15, ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – BREVES PONDERAÇÕES SOBRE MOTIVOS E EFETIVIDADE	50
4.2 JUSTIÇA/PRÁTICAS RESTAURATIVAS.....	56
4.3 FAMÍLIA E EXERCÍCIO DE DIREITOS.....	70
5. MULTIPARENTALIDADE E PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA	108
5.1 LEBENSBORN.....	120
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	130
REFERÊNCIAS.....	133

1. INTRODUÇÃO

O presente tema: “a família como base da sociedade”, foi escolhido por entender que se trata de matéria relevante para o momento histórico atual. Muitas pessoas têm sido alijadas de seus direitos em razão de não serem reconhecidas como partes de uma determinada família. Ao longo da história houve experiências que tentaram mexer na estrutura básica da família das mais diversas formas tais como: Esparta onde, aos sete anos os meninos eram tirados de suas casas e levados para iniciar o treinamento básico no exército – que deveria ser sua verdadeira família dali em diante; e Lebensborn, uma política estatal nazista que visava ao mesmo tempo minar e enfraquecer as nações conquistadas, ao passo que fortaleceria o Terceiro Reich e a assim chamada raça ariana. Ambos redundaram em situações que provaram o quanto a família faz falta, sobretudo nos anos iniciais da infância e as conseqüências que as pessoas carregam por toda a vida em razão desse afastamento forçado.

Há conflitos das mais diversas ordens, tais como: jurídicos, sociais e religiosos. Abordar a condição de centralidade da família como elemento social poderá levar a um maior entendimento acerca das dificuldades para aceitar determinadas configurações familiares encontradas na sociedade contemporânea. Buscar as raízes do conceito de família contribui para seu alargamento, tão necessário na sociedade do século XXI.

Em determinados momentos recorrer-se-á a textos retirados da Bíblia. Ressalte-se que tais textos serão utilizados por seu valor do ponto de vista histórico-jurídico e não por outras razões. As citações de textos bíblicos serão feitas tendo como base a versão NVI – Nova Versão Internacional.

Serão analisadas situações familiares em diversos momentos históricos e em sociedades separadas seja pela geografia, seja pela passagem do tempo. Ainda que as culturas analisadas sejam diversas, o fio condutor comum a todas, é justamente a família.

Da antiguidade, onde os olhares se voltarão sobretudo, mas não somente, aos judeus no período pré-exílico, babilônios e aos romanos serão tomados exemplos e alguns primeiros conceitos.

Posteriormente, a análise se deterá com mais detalhamento na construção e evolução das famílias em território brasileiro, seja no momento colonial, no momento em que a então colônia foi alçada à condição de Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, passando ainda pela segunda metade do século XX, chegando às décadas iniciais do século XXI.

Serão feitas ainda ponderações acerca da forma como os direitos das famílias, e por conseguinte de seus membros, podem e devem ser resguardados. Sejam direitos relativos à dignidade, ao patrimônio, passando também pelos direitos fundamentais.

A multiparentalidade, como forma relativamente recente de formação de famílias, com inúmeras implicações e desafios, será brevemente analisada em capítulo próprio.

Como recorte específico, tratar-se-á de questão atinente ao que pode ser considerado como uma espécie de multiparentalidade que ocorreu na Europa durante os anos da segunda guerra mundial.

A intenção é percorrer um caminho histórico que demonstre as origens do conceito e das dinâmicas familiares que possam, ao mesmo tempo, indicar as raízes das transformações pelas quais passa a família e, ainda, relacionar as mudanças familiares e as mudanças sociais.

Por tratar de condições históricas, a metodologia utilizada é a revisão bibliográfica.

Entre as opções de bibliografia estão autores como: Engels; Yuval Harari; Cláudio de Cicco; Paul Veyne; Robert J. Hutchinson; Michael J. Sandel; além de obras como A Lei das Doze Tábuas; O Código de Hamurabi; e a Bíblia Sagrada.

2. NOÇÕES PRELIMINARES

A família é um fenômeno social presente em todas as sociedades e o primeiro ambiente de socialização do indivíduo, atuando como mediadora principal dos padrões, modelos e influências culturais; se define em um conjunto de normas, práticas e valores que têm seu lugar, seu tempo e uma história.

Em uma análise mais específica pode-se dizer que a família não é composta por pessoas, mas pelos valores que essas pessoas carregam dentro de si.

É no seio desse ambiente plenamente banhado em costumes e valores próprios que cada pessoa se desenvolve. Fala-se em costumes e valores próprios para nos referir àqueles hábitos que serão particulares na medida em que serão uma verdadeira consequência da cosmovisão partilhada por determinado núcleo familiar.

É perceptível que, quanto mais pessoas formarem o núcleo familiar, maiores serão as tensões e mais variados os valores que o regem. Tal fenômeno ocorre justamente por ser na família que se dão os maiores embates, sejam eles ideológicos ou de ordem prática, uma vez que é justamente ali que os indivíduos se sentem mais à vontade para expor seus pensamentos.

É na família que as pessoas começam a exercitar o senso crítico a respeito do outro e de si mesmo. É na comparação com as pessoas que vivem ao seu redor que a criança começa a se perceber como indivíduo ao mesmo tempo em que deve, diuturnamente, esforçar-se, na maioria das vezes, para que tal individualização, ao tempo em que permite que caminhe com as próprias pernas, não a isole dos seus.

É de reconhecimento geral que a ausência de uma família torna os indivíduos, no mais das vezes, absolutamente inaptos ao convívio social. A partir do século XVII foram registrados casos dos chamados meninos-lobo – também chamados de crianças-fera ou crianças-selvagens. Há relatos europeus anteriores ao século XVII,

porém não passam de mitos e fragmentos entrecortados de histórias dos quais não se podem extrair dados confiáveis¹.

Eram crianças que, não se sabe ao certo como e em que circunstâncias, cresceram desde a mais tenra infância na selva sem o contato com ninguém da espécie humana.

Quando foram localizados e trazidos para dentro da sociedade tais crianças mostraram-se irremediavelmente incapazes de aprender a comportarem-se de acordo com as convenções sociais de então. Há relatos de que alguns deles nunca aprenderam a falar, enquanto outros nunca conseguiram andar eretos ou abandonar hábitos como buscar alimento através da caça.

*As several such children were rescued from the wild and brought back into human society, their continued animalistic behavior coupled with a seeming inability to master language fascinated philosopher's, who began to wonder if such children actually belonged to a different species from the human family"*²

³.

Um dos exemplos mais conhecidos de criança-fera é o caso de Peter, o selvagem. Ele foi encontrado por caçadores a serviço do rei George, perto de Hanover em 1725 na floresta de Hertswold, e encantou a monarquia inglesa de então, chegando a viver alguns anos no palácio com o rei George I. Apesar de viver até os setenta anos aproximadamente, ele nunca aprendeu a falar.

Sua inabilidade para falar e sua similaridade à forma de viver de animais levou cientistas a acreditarem se tratar de um ser híbrido ou intermediário entre humanos e animais. O historiador natural Carolus Linnaeus, uma década após a descoberta de Peter, criou a designação *Homo ferens* e a incluiu numa lista de seis espécies

¹ Jarman, Michelle, Feral children in **Britannica**. Disponível em <https://www.britannica.com/topic/feral-children>. Acessado em 22/10/2020.

² Idem.

³ À medida que várias dessas crianças foram resgatadas da natureza e trazidas de volta à sociedade humana, seu comportamento animalista continuado juntamente com uma aparente incapacidade de dominar a linguagem fascinou filósofos, que começaram a se perguntar se tais crianças na verdade pertenceriam a uma espécie diferente da família humana (Tradução livre).

humanas distintas. Na tradução de 1792 da obra *Linnaeus's Natural Systems* para o inglês foi incluída uma nota que especulava sobre a possibilidade de tais crianças serem provavelmente pessoas que sofriam de algum tipo de desordem cognitiva e que foram abandonadas ou se perderam de suas famílias.⁴

Esses exemplos servem para demonstrar de uma forma muito clara o que pode acontecer quando da ausência total de contato humano. Mas há casos em que o contato humano existe, porém é um contato frio e distante. Pode-se dizer que em tais casos as consequências para a sociedade podem ser tão nefastas quanto as que acometeram individualmente aos meninos-lobos.

Um outro exemplo que pode ser dado foi o chamado *Lebensborn*. Trata-se de uma política secreta de Estado implementada pelos nazistas - e liderada pelo próprio Heinrich Himmler, que retirava – muitas vezes à força, crianças de suas famílias para que fossem inseridas em famílias alemãs escolhidas a fim de que o ideal de supremacia da raça ariana fosse alcançado.

Essas crianças eram escolhidas com base em suas características físicas, dentro daquilo que os nazistas consideravam como padrão de excelência da raça ariana. A análise das características físicas das crianças dava a cada uma delas uma espécie de nota atribuída com base na graduação especificada pelos dirigentes do projeto.

Os homens dessas famílias, e, em muitos casos, inclusive seus parentes, devem ser mortos, as mulheres, presas e levadas para os campos de concentração, a as crianças, retiradas de sua terra natal a alojadas nos territórios do antigo Reich. Aguardo um relatório especial sobre a quantidade de crianças e seus valores raciais. – Reichsführer SS Heinrich Himmler, 25 de junho de 1942.⁵

A Polônia foi um dos países com o maior número de crianças raptadas e inseridas em famílias alemãs. Por se tratar de uma política secreta do Estado Nazista, não há números exatos, mas as estimativas são de que entre duzentas mil e quinhentas mil

⁴ ibdem

⁵ VON OELHAFEN, Ingrid. TATE, Tim. **As crianças esquecidas de Hitler – A verdadeira história do programa Lebensborn**. São Paulo: Contexto, 2017.

crianças tenham sido tiradas de suas famílias durante os anos de domínio do regime nazista.

Muitas dessas crianças nunca souberam o que lhes havia acontecido na infância. Das que tomaram conhecimento dessa situação, a maior parte não conseguiu rastrear suas famílias originais e, das poucas que conseguiram, menos ainda encontraram algum familiar vivo, mesmo porque, essa busca se deu já quando se tornam adultos, décadas após os raptos.

Sem o esteio seguro de uma família ninguém tem o desenvolvimento pleno de suas capacidades emocionais e cognitivas. A psicologia tem se debruçado sobre essa questão há décadas, sem ter encontrado, ao menos ainda, uma solução definitiva sobre como suprir a falta que uma família faz na formação de uma pessoa. Essa falta é percebida pela sensação de não pertencimento, passando também pelo aspecto social: todos estão, de alguma maneira inseridos numa família, tornando alguém sem família, inexoravelmente, numa espécie de pária social e, portanto, excluído.

Dessa forma torna-se clara a noção de que não há possibilidade de haver uma sociedade organizada sem a presença da instituição da família. Quer seja o conceito mais lato ou mais estrito, a família é absolutamente necessária à constituição do tecido social. Somente em obras ficcionais, como o Admirável Mundo Novo, de Aldous Huxley, vislumbra-se a existência de sociedades sem famílias.

3. CONTEXTO HISTÓRICO DA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA E DA SOCIEDADE

Compreender a construção histórico-social do conceito de família, bem como buscar entender como suas dinâmicas se desenvolveram, é importante para discernir possíveis caminhos frente aos desafios da atualidade.

Para tanto é fundamental analisar informações disponíveis acerca de como o conceito se desenvolveu nas civilizações antigas, sem perder de vista a necessária contextualização histórica.

3.1 CIVILIZAÇÕES PRÉ-ROMANAS

As origens da família se perdem na história. Desde que há registros humanos, há registros de família, embora seja certo que as famílias se desenvolveram e existiram muito antes de os humanos começarem a registrar por escrito a sua história.

Seguindo a teoria evolucionista acerca dos primórdios da formação da família e da sociedade, tem-se que o desenvolvimento da agricultura foi de fundamental importância para a construção dos conceitos que hoje são corriqueiros e conhecidos, em alguma medida, por quase a totalidade da população mundial, tais como: vida doméstica; casa; sentimento de posse; e um rudimentar sentido de individualidade.

Os camponeses passavam quase o dia inteiro trabalhando num pequeno campo ou pomar, e suas vidas domésticas estavam vinculadas a uma modesta estrutura de madeira, pedra ou barro que media não mais do que algumas dezenas de metros – a casa. O camponês comum tinha uma ligação muito forte com essa estrutura. Isso significou uma revolução de grande alcance, cujo impacto foi tanto psicológico quanto arquitetônico. Dali em diante, o vínculo com a “minha casa” e a separação

dos vizinhos se tornaram uma característica psicológica crucial de uma criatura muito mais centrada em si mesma⁶.

Para o mundo ocidental de forma geral, uma das primeiras histórias a respeito da formação da família pode ser encontrada na Bíblia, texto considerado como divinamente inspirado, e por isso mesmo, repositório da verdade última de nossas origens, para aqueles que crêem dessa forma.

Aliás, o livro de Gênesis declara textualmente em seu capítulo 2:

Esta é a história das origens dos céus e da terra, no tempo em que foram criados: quando o SENHOR Deus fez a terra e os céus.

Gênesis 2:4

E ainda:

Então o SENHOR Deus fez o homem cair em profundo sono e, enquanto este dormia, tirou-lhe uma das costelas, fechando o lugar com carne. Com a costela que havia tirado do homem, o SENHOR Deus fez uma mulher e a levou até ele. Disse então o homem “Esta sim, é osso dos meus ossos e carne da minha carne! Ela será chamada mulher porque do homem foi tirada”.
Por essa razão, o homem deixará pai e mãe e se unirá à sua mulher, e eles se tornarão uma só carne.

Gênesis 2:21-24 (Grifou-se).

É interessante notar que esse milenar registro, escrito aproximadamente no período compreendido entre os anos de 1446 a.C. e 1406 a.C. estipula a um só tempo a forma como a primeira família teria sido criada pelo próprio Deus e a maneira como Ele mesmo definiu que as famílias fossem formadas a partir de então: através da união sexual de um homem e uma mulher, daí a expressão “e eles se tornarão uma só carne”.

⁶ HARARI, Yuval Noah. **Sapiens – Uma breve história da humanidade**. 1 ed. Companhia das Letras. 2020, p. 113.

Essa é a origem e o modelo de família que se encontra na Bíblia, que tem servido como baliza para todos aqueles que tem nela um objeto de fé, havendo sido adotada como norma civil, em muitas civilizações.

Recorrendo novamente às Escrituras Sagradas como fonte, pode-se ver claramente que a criação da primeira cidade foi posterior ao estabelecimento da família. Na tradição bíblica, a primeira cidade foi criada justamente em razão de uma família que se formava naquele instante:

Conheceu Caim a sua mulher, a qual concebeu, e deu à luz a Enoque. **Caim edificou uma cidade**, e lhe deu o nome do filho, Enoque.

Gênesis 4:17 (Grifou-se)

Daí pode-se compreender melhor o que Fustel de Coulanges quis dizer quando afirmou que a família não recebeu suas leis da cidade⁷. E o que o filósofo Jean-Jacques Rousseau pensava quando definiu a família como sendo a mais antiga de todas as sociedades e a única que é natural; não se cria família, ela se estabelece sozinha, sem formalidades e isenta de solenidade.

A família é a mais antiga das sociedades, e também a única natural; os mesmos filhos só ao pai se sujeitam enquanto necessitam dele para se conservar, e, finda a precisão, desprende-se o laço natural; isentos os filhos da obediência devida ao pai, isento este dos cuidados que requer a infância, todos ficam independentes. Se continuam a viver unidos, não é natural, mas sim voluntariamente, e só por convenção a própria família se mantém.

Rousseau, 2004

A família acontece, ocorre sem que os institutos sociais tenham sobre ela total controle. Não é a sociedade que influencia e direciona a família, o que ocorre é justamente o contrário.

Fustel de Coulanges, em sua obra, *A cidade antiga*, declara textualmente:

⁷ CICCO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da filosofia do Direito**. 3. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43.

Na antiguidade a formação das cidades, polis na Grécia, civitas em Roma, não se fez com a diminuição da esfera de poder dos chefes de família, mas através de uma verdadeira “confederação” de famílias com antepassado comum, de modo que a cidade não era, como em nossa época se pretende, uma reunião de indivíduos, mas sim uma reunião de famílias.

Coulanges, 2004

Significa dizer que, naquele momento, ainda que as cidades estivessem formadas como tais e que se reconhecesse uma liderança para a *polis*, cada patriarca continuava gozando de toda influência e poder no tocante à sua família.

Cláudio de Cicco ensina que, quando da formação das cidades antigas, sobretudo na Grécia e em Roma, as famílias não abdicavam de seu direito próprio (*jus privatum*).

E essa característica pode ser facilmente estendida a uma grande quantidade de sociedades ou Estados antigos. Veja-se, por exemplo, o caso de Israel.

Ainda nos dias de hoje, a maioria dos judeus reconhece sua origem em um único patriarca – Abraão – e seus descendentes. Tal reconhecimento é diariamente evocado em orações onde clamam “Ao Deus de Abraão, Isaque e Jacó”.

Mesmo enquanto eram escravos no Egito os judeus se reconheciam apenas como a grande família dos descendentes de Abraão. Nesse momento os patriarcas de cada família eram pessoas de muita influência no seio familiar e não poderiam ser desobedecidos ou contrariados porque, entre outras situações, eram eles que dirigiam o culto doméstico, fonte de união e fé da família.

É apenas a partir do assentamento definitivo na chamada Terra Prometida – Canaã - que aquela grande família se organiza como Estado. Porém o Texto Sagrado informa que, mesmo de posse de sua terra e iniciando o processo de organização como Estado os clãs, ou tribos na linguagem bíblica, dificilmente deixavam de agir

como estavam acostumadas até então: “Naquela época, não havia rei em Israel, cada um fazia o que lhe parecia certo” (Juízes 21:25, NVI).

No decorrer dos séculos seguintes, Israel passou por um longo período de monarquia; sofreu divisão em dois reinos; a nação foi levada como cativa pela Assíria e, posteriormente pela Babilônia.

Das conhecidas doze tribos de Israel, apenas duas, Judá e Benjamim, se reagruparam em Jerusalém após o período de cativeiro. Todas as outras dez tribos foram de tal forma assimiladas pela população estrangeira do local para onde foram levados cativos, que a miscigenação tornou impossível a identificação de quem era (ou não) de fato judeu.

A partir de então passaram a dar grande importância às genealogias, como forma de provar que determinado família ou indivíduo seria realmente judeu de sangue puro.

A Bíblia registra ainda um costume muito antigo que ficou conhecido como lei do levirato (do latim “levir”, cunhado). Determina que um homem deve casar-se com a viúva de seu irmão quando este não deixa descendência masculina, sendo que o primeiro filho deste casamento é considerado descendente do morto:

5 Se dois irmãos morarem juntos, e um deles morrer sem deixar filhos, a sua viúva não se casará com alguém de fora da família. O irmão do marido se casará com ela e cumprirá com ela o dever de cunhado.

6 O primeiro filho que ela tiver levará o nome do irmão falecido, para que o seu nome não seja apagado de Israel.

7 Se, todavia, ele não quiser casar-se com a mulher do seu irmão, ela irá aos líderes do lugar, à porta da cidade, e dirá: “O irmão do meu marido está se recusando a dar continuidade ao nome do seu irmão em Israel. Ele não quer cumprir para comigo o dever de cunhado”.

8 Os líderes da cidade o convocarão e conversarão com ele. Se ele insistir em dizer: "Não quero me casar com ela",

9 a viúva do seu irmão se aproximará dele, na presença dos líderes, tirará uma das sandálias dele, cuspirá no seu rosto e dirá: "É isso que se faz com o homem que não perpetua a descendência do seu irmão".

10 E a descendência daquele homem será conhecida em Israel como a família do descalçado.

Deuteronômio 25:5-10

Vale lembrar que outra legislação primeva traz diversas determinações acerca da família, no que tange à sua formação, proteção e sucessão. Trata-se do Código de Hamurabi, escrito por volta de 1750 a.c. e considerada como sendo a primeira redação unificada de um corpo de leis, de concepção racional e humana.

O mencionado Código, apesar de editado pelo rei humano que lhe empresta o nome foi, por ele, creditada como revelada pelos deuses. Naquilo que se pode identificar como seu "preâmbulo", o Código de Hamurabi declara textualmente:

por esse tempo de Anu e Bel me chamaram, a mim, Hamurabi, o excelso príncipe, o adorador dos deuses, para implantar a justiça na Terra, para destruir os maus e o mal, para prevenir a opressão do fraco pelo forte... para iluminar o mundo e propiciar o bem-estar ao povo. Hamurabi, governador escolhido por Bel, sou eu, eu o que trouxe abundância à terra.

Preâmbulo Código de Hamurabi

Esse primeiro documento legal, gravado em pedra de basalto, traz determinações sobre as mais diversas áreas da vida da sociedade e trata especificamente de três classes sociais distintas, a saber: os *awelum* – os homens livres, a classe mais alta e que era merecedora de maiores compensações por injúrias ou prejuízos sofridos, ou seja, a classe que tinha mais direito de manejar retaliações mas que, por outro lado arcava com multas mais pesadas por ofensas cometidas; a segunda classe era a dos *muskkenum* – um estágio imediatamente inferior à primeira, cidadão livre, mas de importância social inferior, normalmente artesãos, escravos libertos e

estrangeiros, eram devedores de obrigações mais leves; por último na escala social, os *wardum*, escravos, que inclusive eram marcados por seus senhores, mas que ainda assim poderiam vir a ter propriedades.

Entre os temas relativos àquilo que modernamente se conhece como Direito de Família, o Código da Hamurabi trata de situações tais como: casamento, impedimentos matrimoniais, divórcio, pátrio poder; adoção; adultério, incesto e sucessão hereditária.

Uma das características que eram marcantes nas famílias de então era o fato de que o grande número de filhos era algo desejado e, de fato, muito prático uma vez que o plantel de filhos era, em última análise, recurso de mão de obra para os afazeres domésticos, para aprender o ofício da família e, também potencialmente, braços para aumentar o contingente de soldados para tempos de crise e necessidade.

Dessa forma havia uma proteção especial ao que era conhecido como “estado de filho”, que correspondia ao direito de determinada pessoa, normalmente um garoto ou um homem, ser reconhecido como filho de determinado senhor, para todos os fins, conforme se vê na transcrição abaixo:

Art. 168 - Se alguém quer renegar seu filho e declara ao juiz “eu quero renegar meu filho”, o juiz deverá examinar as suas razões e **se o filho não tem uma culpa grave** pela qual se justifique que lhe seja renegado o estado de filho, o pai não deverá renegá-lo.

Art. 169 – **Se ele cometeu uma falta grave**, pela qual se justifique que lhe seja renegada a qualidade de filho. Ele **deverá na primeira vez ser perdoado**, e, se comete falta grave segunda vez, o pai poderá renegar-lhe o estado de filho”⁸.

(grifou-se)

⁸ Apesar de não haver sido redigido na forma de capítulos e artigos, como modernamente se faz, os estudiosos e historiadores fizeram uma divisão dessa forma a fim de facilitar o estudo e as referências ao texto.

Observa-se que, mesmo naqueles casos em que o filho fosse considerado culpado de uma falta grave contra seu pai, deveria ele ter direito a uma segunda chance, um perdão por parte do pai ofendido. Isso era assim para que se pudesse garantir a maior probabilidade de uma família ter números suficientes para lhe garantir estabilidade e sobrevivência.

O mesmo Código ainda mostra como era facilitado o reconhecimento de filhos, mesmo que havidos fora do casamento:

Art 170 – Se a alguém sua mulher ou sua serva deu filhos e o pai, enquanto vive diz aos filhos que a serva lhe deu: “filhos meus”, e os conta entre os filhos de sua esposa; se depois o pai morre, os filhos da serva e da esposa deverão dividir conjuntamente a propriedade paterna. O filho da esposa tem a faculdade de fazer os quinhões e de escolher.

Art 171 – Se porém, o pai não disse em aos filhos que a serva lhe deu: “filhos meus”, e o pai morre, então os filhos da serva não deverão dividir com os da esposa, mas se deverá conceder a liberdade à serva e aos filhos, os filhos da esposa não deverão fazer valer nenhuma ação de escravidão contra os da serva (...). (Grifou-se)

Fica patente a facilidade com que os filhos poderiam ser recebidos no seio familiar, independentemente de serem filhos da esposa legítima ou de alguma serva ou concubina. Ainda que se reservasse ao filho legítimo preferido – e não necessariamente ao mais velho, a condição de atuar como uma espécie de inventariante dos bens de seu falecido pai, uma vez que a ele caberia determinar os quinhões e fazer as escolhas, é notável que já fosse garantido a filhos havidos fora do casamento o direito à percepção da herança paterna.

Ainda no que toca à forma de uma criança ser recebida na família, mesmo sem ser filho legítimo, veja-se o que estava previsto no Código de Hamurabi acerca da adoção:

“Art. 185 - Se alguém dá seu nome a uma criança e a cria como filho, **este adotado não poderá mais ser reclamado.**”

Art. 188 – Se o membro de uma corporação operária (operário), toma para criar um menino e lhe ensina o seu ofício, **este não pode mais ser reclamado**”.

Fica clara não só a possibilidade da adoção, mas também o fato de que os filhos eram considerados como continuadores de suas famílias, notadamente de seu pai. Isso é perceptível tanto a partir da proibição a reclamar um menino adotado a quem fora dado o nome do pai, quanto da proibição de reclamar um adotado a quem fora ensinado o ofício da família, conforme descrito acima.

Isso também é uma demonstração do poder que a figura paterna carregava em si, uma vez que bastava uma declaração de vontade sua, para que fosse operada a entrada de filhos de outras mulheres no seio da família legalmente constituída.

É interessante ainda notar que, mesmo em época tão remota, já havia a preocupação com a confusão quando da transmissão de bens por herança. Veja-se por exemplo os cuidados que deveriam ser observados no caso de uma viúva com filhos desejar casar, ou se unir, a um segundo homem:

“Art. 177 – Se uma viúva, cujos filhos são ainda crianças, quer entrar em uma outra casa, ela deverá entrar sem ciência do juiz. Se ela entra em uma outra casa, **o juiz deverá verificar a herança da casa de seu precedente marido**. Depois se deverá confiar a casa do seu precedente marido ao segundo marido e à mulher mesma, em administração, e fazer lavrar um ato sobre isto. **Eles deverão ter a casa em ordem e criar os filhos e não vender os utensílios domésticos**. O comprador que compra os utensílios domésticos dos filhos da viúva perde seu dinheiro e os bens voltam de novo ao seu proprietário”.
(Grifou-se)

Nota-se ainda que o cuidado com os bens a serem herdados era tamanho que havia a advertência de que um eventual comprador de bens que não deveriam ser alienados perderia seu dinheiro, sem direito a nenhum tipo de restituição.

No entanto, faz-se mister observar que ao filho adotado estavam destinados castigos mais duros em casos de desonra ao pai ou mãe adotivos:

Art. 192 – Se um filho de um dissoluto ou de uma meretriz diz a seu pai adotivo ou a sua mãe adotiva: “tu não és meu pai ou minha mãe”, **dever-se-á cortar-lhe a língua.**

Art. 193 - Se o filho de um dissoluto ou de uma meretriz aspira voltar à casa paterna, se afasta do pai adotivo e da mãe adotiva e volta à sua casa paterna, **se lhe deverão arrancar os olhos.**

Art. 195 – Se um filho espanca seu pai **se lhe deverão decepar as mãos.** (Grifou-se)

É curioso notar que, não obstante prever castigos extremamente radicais como extirpar a língua, arrancar os olhos e decepar as mãos, nada se menciona acerca da possibilidade de perda da condição de filho e dos direitos a ela inerentes.

Pode-se perceber que essa noção de pertencimento, ainda que remoto, a um povo ou família, era importante desde tempos primevos e continua sendo algo importante nos dias de hoje. Não são poucas as pessoas que, num país de imigrantes como o Brasil, vai buscar as origens de sua família na Europa, África ou Ásia.

Observam-se os casos de pessoas descendentes de Italianos e portugueses, por exemplo, que tiveram seus nomes familiares – sobrenomes – modificados nos documentos quando a família emigrou para tentar uma vida melhor em outro país. Tal ardil visava dificultar que os imigrantes, tidos em alguns casos como traidores por fugirem de conflitos e guerras, pudessem ter acesso aos bens que, porventura, tivessem deixado em seus países de origem.

Discriminação de pessoas em função de gênero, cor de pele, poder aquisitivo, prestígio político, carisma pessoal, quantidade de filhos, ou qualquer outra característica é uma constante em todas as sociedades humanas. A discriminação deve ser vista dentro de uma perspectiva histórica. Assim, se o nazismo tivesse sido

vitorioso, poderia se dizer que o tratamento destinado aos judeus não seria discriminatório, mas tão somente o exercício de uma realidade ética e social.

É óbvio que todas as hierarquias são moralmente idênticas, e algumas sociedades padeceram de tipos de discriminação mais extremos que outras, porém os estudiosos não conhecem nenhuma grande sociedade que tenha sido capaz de evitar de todo a discriminação⁹.

Significa dizer que é possível discutir se uma sociedade em determinado momento histórico foi mais ou menos discriminatória e preconceituosa em comparação com outra, mas não se pode negar que todas possuíram e possuem a discriminação como elemento constitutivo.

Uma grande demonstração de discriminação é verificada na forma como grande parte das sociedades trataram suas crianças e suas mulheres. Muitas vezes vistas como uma espécie de pessoas de segunda categoria ou mesmo reduzidas à condição de coisas.

Frise-se que essa forma de tratar pessoas – especialmente mulheres e crianças, não está extinta e não se restringiu à antiguidade, conforme transcrito abaixo:

“Em muitas sociedades, as mulheres eram simplesmente propriedade dos homens, com frequência de seus pais, maridos ou irmãos. Em inúmeros sistemas jurídicos, o estupro era um crime contra a propriedade – em outras palavras, a vítima não era a mulher que sofreu a violência, mas o homem a quem ela pertencia. Sendo assim, a solução jurídica era a transferência de propriedade – o estupro se via obrigado a pagar o preço de uma noiva para o pai ou irmão, após o que ela se transformava em sua propriedade”.

(...)

Essa maneira de pensar não estava restrita ao antigo Oriente Médio. Ainda em 2006, 53 países não permitiam que um

⁹⁹ Sapiens – Uma breve história da humanidade. 1ª Ed. Companhia das Letras., São Paulo, 2020, p. 154.

marido fosse processado por estuprar a esposa. Mesmo na Alemanha, a legislação sobre o assunto só foi emendada em 1997, quando criou a categoria “estupro conjugal¹⁰”.

3.2 ROMA

Deve ser notado, porém, que estes não são, e nem poderiam ser, os únicos modelos de família cujas origens podem ser buscadas historicamente.

Cláudio de Cicco, leciona:

Com o cristianismo, a lei natural é a lei escrita nos corações dos homens, de que o Decálogo seria a expressão acabada. Santo Agostinho considera as idéias subsistentes de Platão e a razão natural dos estóicos como a Sabedoria de Deus, a Lex Aeterna, da qual emana a lei natural.

Cicco 2006

Daí pode-se perceber a força e a influência dos Escritos Sagrados na formação das famílias e das sociedades ocidentais, de forma geral, ainda que não exclusiva.

Ressalte-se, por oportuno, que em muitas sociedades da antiguidade o pertencimento a determinada família era definido pela maternidade, uma vez que a paternidade seria, no melhor dos casos, presumida.

Ao tratar do tema, Engels traz a figura da “família sindiásmica”. Essa seria uma família composta não apenas pelos filhos havidos por um determinado casal no curso de sua união, como queria a bíblia, mas sim pelos filhos e filhas de irmãos consanguíneos que, mutuamente chamam-se irmãos e têm a figura do pai ou da mãe em qualquer dos entes que nós chamamos de tios ou tias. Havia naquela sociedade Iroquesa grandes famílias, ligadas por laços de sangue e pela tradição.

¹⁰ Sapiens – Uma breve história da humanidade. 1ª Ed., Companhia das Letras, São Paulo 2020, pp. 160-161.

O iroquês não somente chama de filhos e filhas os próprios, mas ainda, os de seus irmãos, que, por sua vez, o chamam de pai. (...) Inversamente, a iroquesa chama de filhos e filhas os de suas irmãs, da mesma forma que os próprios, e aqueles, como estes, chamam-na mãe. (...) Do mesmo modo, os filhos de irmãos tratam-se, entre si, de irmãos e irmãs, e o mesmo fazem os filhos de irmãs.

Engels, 2014

Faz-se mister salientar que, como se pode perceber, entre os iroqueses não havia a idéia ou o conceito de tios ou sobrinhos.

Mesmo nos dias contemporâneos podem-se encontrar, entre sociedades geograficamente isoladas, composições familiares bastante diferentes da noção de pai, mãe e filhos gerados pelo casal. Tal é a situação o que ocorre naturalmente entre os índios Bari, habitantes de uma região próxima ao lago de Maracaibo, na região fronteira entre Venezuela e Colômbia.

Há inclusive certo número de culturas humanas contemporâneas em que se pratica a paternidade coletiva, como os índios Bari. De acordo com as crenças dessas sociedades, uma criança não nasce do esperma de um único homem, mas da acumulação de esperma no útero de uma mulher. Uma boa mãe fará questão de ter relações sexuais com diversos homens, em particular quando está grávida, de modo que seu filho possa contar com as virtudes (e os cuidados paternos) não apenas do melhor caçador, mas também do melhor contador de histórias, do guerreiro mais forte e do amante mais carinhoso¹¹.

Enquanto a paternidade não podia ser estabelecida com segurança como sendo de um indivíduo determinado, em relação à maternidade não havia a menor sombra de dúvidas. Nesse contexto a maternidade goza de certo grau de ascendência sobre a família.

Porém, com o passar dos séculos a figura central na família, e, portanto, sua autoridade maior, foi mudando da mãe para o pai, ente fisicamente mais forte e

¹¹ Sapiens – Uma breve história da humanidade. 1ª Ed. Companhia das Letras. 2020, pp. 53-54

dominador. Até o ponto em que o patriarca chegou a ter total e absoluto poder sobre seus filhos, inclusive o poder de vender seus filhos como escravos e, ainda, o poder de vida e de morte. Significa dizer que o patriarca se tornou, nesse momento histórico, a entidade suprema e epíteto da família. Era ele quem definia todos os rumos a ser tomados, fossem eles comerciais, morais, religiosos ou sociais. Entretanto, o poder atribuído ao patriarca não derivava apenas da força, mas de crenças arraigadas nas tradições e costumes da sociedade de então.

Fustel de Coulanges deixa clara a importância que o culto aos antepassados tinha nas sociedades latina e helênica. Tal ensinamento mostra que a análise do poder paterno, exercido na Grécia e em Roma, é, certamente, um dos caminhos para a compreensão da forma como os antigos enxergavam a família e, por conseguinte, a própria sociedade.

A partir do poder paterno chegou-se ao instituto do pátrio poder. Este diferente daquele na medida em que denota, muito mais do que parentesco, a ideia de hierarquia, justificando a obediência e o respeito devidos ao patriarca da família. Tal respeito lhe era devido, não apenas pelos filhos por ele gerados, mas por todo e qualquer agregado que passasse a ser considerado como membro de sua família.

Conforme Fustel de Coulanges, Platão registra que o chamado parentesco é, na verdade, a comunidade dos mesmos deuses domésticos. Já Plutarco define irmãos como sendo homens que tem o dever de fazer os mesmos sacrifícios domésticos.

Diz Platão ser o parentesco a comunidade dos mesmos deuses domésticos. Dois irmãos, acrescenta Plutarco, são dois homens que tem o dever de fazer os mesmos sacrifícios, de ter os mesmos deuses paternos e de partilhar do mesmo túmulo. Quando Demóstocles procurava provar-nos o parentesco de dois homens, afirmava sempre praticarem estes o mesmo culto e oferecerem as refeições fúnebres no mesmo túmulo. Era, com efeito, a religião doméstica que entre os homens constituía o parentesco. Dois homens podiam dizer-se parentes quando tinham os mesmos deuses, o mesmo lar e refeição fúnebre.

Coulanges, 2004, p. 52

Percebe-se que aqui a causa primeira do parentesco era o culto e não o nascimento.

No período em que Roma se tornou uma república houve a criação da chamada Lei das Doze Tábuas, assim chamada justamente por ter sido escrita em doze tábuas e afixadas no Fórum, que ficava no centro da cidade, a fim de que pudessem ser vistas por quem quer que por ali passasse.

A Lei das Doze Tábuas representou um considerável avanço em Roma por ser a primeira legislação romana a ser escrita e não mais aplicada e passada de geração em geração na forma da oralidade que, inclusive, propiciava que a legislação fosse constantemente manipulada pelos patrícios em detrimento dos plebeus.

Cumprido ressaltar que a Lei das Doze Tábuas não pode ser propriamente considerada como um código no sentido moderno do termo. Há mesmo quem diga que não se trata nem de um corpo de leis mas sim, antes, a redução por escrito de costumes, sob a forma de fórmulas lapidares.

Ainda assim, os preceitos contidos nas Doze Tábuas para além de mera mudança na forma de apresentação dos costumes/leis, pavimentaram o caminho para as modernas legislações que, constantemente, buscam o Direito Romano como uma das fontes de seus conteúdos.

Dentre os assuntos da vida cotidiana previstos nessa primeira experiência de codificação romana, notadamente no que concerne ao convívio familiar, podem ser encontradas normas acerca do pátrio poder, do casamento, da herança e das tutelas.

A quarta tábua trazia, sobretudo, normas atinentes ao pátrio poder que, naquele momento se consubstanciava, literalmente, em verdadeiro poder de decisão sobre a vida ou a morte dos filhos, conforme abaixo:

1 – **É permitido ao pai matar** o filho que nasceu disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos.

2- O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o **direito de vida e de morte** e o poder de vendê-los.

(Grifou-se)

Significava dizer que, desde o seu nascimento o destino dos filhos estava inteiramente sob o controle do *pater familias*, que era a mais alta posição na hierarquia familiar romana e única pessoa no âmbito familiar dotada de capacidade legal, o *jus postulandi*.

Ainda na mesma tábua estava prevista a faculdade de o pai vender os filhos apesar de, nesse caso, haver uma leve limitação ao arbítrio paterno:

3 – Se o pai vender o filho três vezes, **que esse filho não recaia mais sob o poder paterno.**

(Grifou-se)

A importância de garantir a continuidade da família, de preferência através da prole gerada pelo *pater familias*, ainda que dissolvido casamento, está representada na determinação que vaticinava:

4 – Se um filho nascer até o décimo mês após a dissolução de um matrimônio, que esse filho seja reputado legítimo.

Quando se leva em consideração o fato de que a gestação humana dura nove meses, fica clara a intenção de reforçar as fileiras familiares¹².

O poder do pai de família mostrava toda a sua influência e ficava ainda mais claro no campo das heranças. A quinta Tábua era iniciada por uma determinação que não deixava dúvidas acerca do papel e da autoridade confiada ao chefe da família:

1- As disposições testamentárias de um chefe de família sobre os seus bens, ou a tutela de seus filhos, **terão força de lei.**

(Grifou-se)

¹² Código Civil Brasileiro:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

(...)

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

A continuidade da família por meio dos filhos era tão importante que a mesma quinta tábuia trazia a seguinte previsão:

7 - Se o pai de família morrer sem deixar testamento, indicando um herdeiro seu impúbere, que **o agnado mais próximo** seja o seu tutor.

(Grifou-se)

A determinação de que a tutela deveria recair sempre sobre o agnado mais próximo do pai do órfão indica a intenção de que ele aprendesse como continuar a reger a família e os eventuais negócios da forma mais adequada e semelhante ao que o próprio pai faria se vivo estivesse.

As múltiplas origens e formas de perceber e realizar a família ao longo do tempo, variando de acordo com os costumes e tradições vigentes em cada período, reforçam a noção de que a família é um ente em constante transformação, porque ao mesmo tempo em que, por um lado, gera modificações sociais, será ela também, em última análise, a força validadora das transformações pelas quais as sociedades passam. Vale dizer que à medida que as famílias absorvem e validam novos valores, estes são também inseridos na sociedade com a qualificação de aceitação.

3.3 PORTUGAL – BRASIL COLÔNIA

O chamado casamento “por amor” é um fato, ou uma criação, da vida moderna. Durante a maior parte da história, os casamentos eram fruto de negociações, arranjos e mesmo verdadeiras maquinações políticas – no mais das vezes, pensados e postos em prática pelos pais dos nubentes.

Há registros de casamentos que ocorreram por conveniências diversas desde as sociedades mais antigas tais como a suméria e a hebraica veterotestamentária e passando inexoravelmente por Roma. Essa forma de casamentos e, assim amearhar poder, influência, bens, ou qualquer que fosse o interesse em jogo, perdurou por toda a Idade Média e, com período das chamadas grandes navegações, como não podia deixar de ser, chegou ao Novo Mundo.

No período colonial, que se estende do descobrimento do Brasil em 1500, até a chegada da família real em 1808, os casamentos e uniões eram movidos em sua maioria por situações completamente alheias ao amor ou à afeição.

Mary Del Priore, ao tratar justamente desse período da história brasileira ensina:

“Em vez de “tempo de amar”, melhor seria dizer tempo de se unir a alguém. E de se juntar, para sobreviver. Tempo de formar família através de uma união estável. Pois essa foi a tônica dos casais durante séculos. Entre nós, durante mais de quinhentos anos, **os casamentos não se faziam de acordo com atração sexual recíproca ou a paixão. Eles mais se realizavam por interesses econômicos ou familiares.** Entre os mais pobres o matrimônio ou a ligação consensual era uma forma de organizar o trabalho cotidiano.

(...)

Sabe-se que entre casais, as formas de afeição física tradicional – beijos e carícias – eram raridade. Para os homens, contudo, as chances de manter ligações extraconjugais eram muitas¹³”.

Grifou-se

Nota-se que a tônica que parecia mover a maior parte das pessoas rumo ao casamento era muito mais de ordem prática do que propriamente romântica. Não que as famílias fossem desprovidas de carinho ou afeição, mas situações que tais eram muito mais conseqüências do casamento, do que sua razão de ser e existir.

Além dessa característica objetiva e direta, a catequese católica imposta à colônia tinha como objetivo tomar as rédeas dos casamentos em terras brasileiras. A pressão era tanta que, mesmo dentro do ambiente do casamento o controle era fortemente sentido.

¹³ Del Priore, Mary. Histórias da gente brasileira, Vol.1 – Colônia. Leya. p. 341.

As relações entre marido e esposa não poderiam ser regidas pela espontaneidade e pela liberalidade de ambos. Antes, deveriam comportar-se de acordo com o que houvera sido determinado pelas leis da igreja.

“no casamento todo cuidado era pouco. Normas regiam as práticas dos casados. Até para ter relações sexuais, as pessoas não se despiam. As mulheres levantavam as saias ou camisas e os homens abaixavam as calças e ceroulas.

(...)

O casal deveria se portar com pudor, amizade, discernimento, moderação e sem nenhum impulso de volúpia. A manifestação de ardor sexual era considerada, como queria São Jerônimo, uma forma de adultério porque conspurcava a conjugalidade. A noção de debitum, ou débito conjugal, uma dívida ou dever que os esposos tinham que pagar quando sexualmente requisitados, torna-se lei¹⁴”

Dessa forma tirava-se do casamento toda e qualquer nuance de que deveria ser uma existência boa e prazerosa e torna-o uma sucessão quase infundável de obrigações, seja com a manutenção da família, com os filhos, com outros familiares, com a sociedade, com a igreja e, ainda por cima, com o cônjuge que, longe de ser um parceiro amoroso tornou-se um credor, muitas vezes apático e sacal que, muitas vezes, precisava apenas cumprir com a obrigação íntima que dele, ou dela, era esperada.

Ao mesmo tempo o homem possuía certa faculdade socialmente aceita de, além de seu casamento ou união, manter relacionamentos extraconjugais. Já em relação à mulher o rigor, como seria de esperar numa sociedade marcadamente patriarcal, era muito maior.

É o caso, por exemplo, de situações relativas a assassinato. Caso um marido matasse a própria esposa, haveria a possibilidade de não sofrer nenhuma reprimenda ou sanção, sobretudo se alegasse ofensa grave à sua honra:

¹⁴ Idem, p. 360.

“Não faltaram uxoricidas. Homem de negócios, Vitorino Vieira Guimarães ferira de morte sua mulher, d. Helena da Silva, fazendo-lhe dezoito feridas com um prego aguçado. A acusação de adultério contra a morta foi aceita, embora ela fosse conhecida por ser “entrada em anos, doente, notoriamente honrada e bem-procedida”. Já Vitorino era renomado concubinário, desfilando com sucessivas amantes. Mas tinha “poder, arte e amigos”. Por meio de provas falsas, conseguiu provar ao magistrado que sua mulher o enganava e agira para limpar sua honra¹⁵”.

Importante notar que os chamados “homens de cor” (afrodescendentes, indígenas e mestiços) não encontravam o mesmo tipo de facilidades junto aos juízes, uma vez que, eles não acreditavam que negros, mulatos e indígenas fossem dignos a ponto de ter uma honra a ser ferida e que necessitasse de reparação.

Essa distinção, entre a forma como casos de assassinatos entre cônjuges e companheiros eram tratados, torna-se ainda mais evidente caso a autora do homicídio fosse a esposa ou a companheira. E, nesse particular, não importava nem a condição social da homicida. Fosse abastada ou fosse miserável, seriam executadas da mesma forma. É o que relata Mary Del Priore:

“Se havia diferenças entre assassinos pobres e ricos, havia pior distinção entre homens e mulheres. Enquanto entre as segundas não se colocava sequer a possibilidade de serem desculpadas por matarem seus maridos adúlteros, o marido traído que matasse a adúltera não tinha qualquer punição. Ele estava protegido pelas Ordenações Filipinas: **“Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar ações a ela**, como ao adúltero, salvo se o marido for peão e o adúltero fidalgo ou pessoa de maior qualidade”.

(Grifou-se)

¹⁵ Ibidem. p. 350-351.

Significava, na prática, dar ao marido verdadeiro salvo conduto para trair da forma que bem entendesse, ao passo que também lhe dava liberdade para matar, caso fosse tido como necessário para a limpeza de sua honra.

Frise-se que o estado de coisas era esse em razão da força do patriarcalismo na sociedade brasileira de então. Ainda que não com a mesma força dos tempos romanos, o *pater familias* brasileiro gozava de plenos poderes e influência capital nos limites de sua família. É sabido, inclusive, que escravos, empregados e alguns parentes poderiam ser considerados como se da família fossem e essa situação emprestava ainda mais prestígio ao chefe da família, sobretudo de fosse senhor de engenho.

A esse respeito tem-se que:

“Uma grande família impunha sua lei e ordem nos domínios que lhe pertenciam. O chefe cuidava dos negócios e tinha absoluta autoridade sobre a mulher, filhos, escravos, empregados e agregados”.

Embora o patriarca fosse o modelo mais corrente de pai no Brasil colônia, não era o único. Havia homens que, mesmo permanecendo solteiros, reconheciam como legítimos filhos que houvessem tido com amásias ou em qualquer tipo de relacionamento que não o casamento tradicional. Esse reconhecimento poderia ser realizado ainda enquanto vivo o pai, ou através de testamento devidamente registrado.

(...) em 1820, o brigadeiro Manuel Rodrigues Jordão, solteiro, fez uma doação ao filho ilegítimo de 14 anos, Antonio Rodrigues de Almeida Jordão, a quem sempre tratara e educara como filho. Nessa doação estavam incluídos um engenho com seus utensílios e terras em Piracicaba, uma casa em São Paulo, quatro ações do Banco do Brasil e quatro escravos¹⁶.

¹⁶ Op Cit, p. 344.

Note-se por oportuno que não se está falando, necessariamente, de um pai amoroso, afetuoso, ou mesmo presente. Muitas vezes trata-se apenas de alguém que deseja decidir e direcionar o que deveria acontecer com seus bens e patrimônio ainda em vida e mesmo após o seu falecimento. Mas, de qualquer modo, a condição do filho (ou filhos) era decidida pela figura paterna.

A família conduzida e dirigida pelo pai-senhor tanto podia ser extensa, englobando diversos familiares, filhos bastardos e escravos, como também poderia ser monoparental, embora esta seja, evidentemente, mais rara e excepcional.

3.4 BRASIL IMPÉRIO

A família real portuguesa, fugindo das tropas de Napoleão Bonaparte, chega ao Brasil em 22 de janeiro de 1808 e muda definitivamente a composição e forma de ser das famílias brasileiras. Ser alçado à condição de “Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves” trouxe à antiga colônia toda a pompa e circunstância naturais e esperadas da corte real.

O século XIX representou, sobretudo, o período em que a figura do pai como senhor e praticamente todo poderoso começa a declinar. Pode-se dizer que, em certa medida, é nesse período que começa a despontar as raízes daquilo que modernamente é chamado de paternidade.

A construção do sentimento do que chamamos, hoje, “paternidade”, ou seja, o “estado ou qualidade do pai” estava em curso, na primeira metade do século XIX. Modelada por múltiplas circunstâncias econômicas, culturais e sociais, a sensibilidade do genitor diante dos filhos não foi a mesma ao longo do tempo. Suas funções e imagem, também se modificaram. A começar pelo sentido da palavra “pai”.

(...)

O pai sagrado declinava à medida que emergia o século da razão e da ciência.

(...)

O Pai do Antigo Testamento era o fundador de uma ordem. Já o terreno, um mediador entre os seus familiares e a divindade. E se o Pai Eterno era onipresente, os de carne e osso eram figuras bastante ausentes¹⁷.

A crescente ausência da figura paterna na sociedade brasileira se fez sentir, inclusive, no mundo jurídico. Foram cunhadas expressões que remetiam imediatamente à condição de filho legalmente desprovido de pai. Exemplo disso é o fato de que há nos registros históricos uma grande quantidade de certidões de batismo onde se lê que aquela criança era filha “de pai incógnito”¹⁸.

Figura que durante séculos foi o centro motriz da família, carregando em si as notas de poder e influência de sua família o pai detinha uma espécie de poder de império. Sua palavra equivalia a lei no seio familiar. Isso gerava uma dificuldade em haver diálogos verdadeiramente amistosos entre pais e filhos. Era necessário observar a distância e a posição de honra do pai de família. No mais das vezes, os filhos ansiavam ser como seus pais.

“[O pai] Representava uma genealogia, um nome e o sangue, e, em muitos casos, a influência política de clãs reunidos em torno de um patriarca mais forte ainda. E, mesmo nas famílias pequenas ou reduzidas, ele era a voz de comando”.

(...)

Era tal seu prestígio, que a passagem entre a infância e o mundo adulto se fazia rápida. O rapaz imitava o velho, desde a adolescência. O menino queria ser como o pai”.

As mudanças trazidas pelo século XIX à imagem do pai começavam a se fazer ainda mais perceptíveis em sua segunda metade. Por esse tempo já não era pequena a quantidade de pais que saíam cedo para trabalhar e só retornavam ao

¹⁷ Priore, Mary Del. Histórias da gente brasileira, vol 2 – Império. Leya. p. 347.

¹⁸ PRIORE, Mary Del. Histórias da gente brasileira – Império. Leya. p. 348.

fim do dia. Isso propiciou que as mulheres passassem a ter ainda maior influência sobre os filhos e a forma como eram criados.

Ainda que paulatinamente, durante o curso do século XIX, a imagem do pai fosse mudando frente à sociedade e à própria família ele ainda detinha o pátrio poder e isso lhe dava direitos e garantias que, em última instância, deveriam ser observadas. O pai ainda deveria ser obedecido.

Embora não mais com a imagem de praticamente um semideus a quem a família devia certa medida de adoração, a imagem do pai foi mantida em condição hierarquicamente superior em razão, além da manutenção do pátrio poder, da lei da igreja que determinava ser ele o líder do casal e, por conseguinte, da família.

“Ao final do século XIX, o chefe de família cedo saía para o trabalho e só regressava à noite. Trazia o ganho do salário ou o pão. Aguardavam-no. Se chegasse na hora esperada, era o bom pai. Atrasado e bêbado, o mau.

(...)

Onde estavam os pais? Escondiam-se atrás do pátrio poder que, entre nós como entre os romanos, era a pedra angular da família.

(...)

Ao homem era conferido o papel de provedor, o que lhe assegurava, pela lei da igreja e pelo direito natural, a posição de “cabeça do casal”¹⁹.

A autoridade do pai, ainda que em certo declínio, ainda gozava de relevo suficiente para, por exemplo, fazer com que as esposas continuassem criando e educando os filhos ilegítimos de seus maridos, mesmo após o falecimento destes.

Restava também ainda sob o domínio do pai a decisão relativa ao matrimônio dos filhos. Isso era assim, tanto por estar em jogo o futuro de um filho ou de uma filha, quanto por estar em xeque também o futuro da própria família. Casar, sem

¹⁹ Idem, p. 350.

consentimento e autorização dos pais, acarretaria, certamente, punições exemplares, sobretudo para as filhas.

“O matrimônio contraído à revelia dos pais, em geral resultava em punições de diversos tipos, entre elas a exclusão do patrimônio familiar. As Ordenações Filipinas²⁰, leis que regulamentavam em Portugal e colônias, direitos e deveres, prescreviam: **“se alguma filha, antes dos vinte e cinco anos dormir com algum homem, ou casar sem mandado de seu pai ou mãe, por esse feito será deserdada e excluída de todos os bens ou fazenda do pai ou mãe**, posto que não seja deserdada expressamente”. Ou seja, destruir a autoridade paternal equivalia a atentar contra a moral e os bons costumes. Era feito inadmissível²¹”.

Grifou-se

Justamente por todo esse aparato legal e consuetudinário em torno da realização dos matrimônios é que noivas raptadas, casais que fugiam para casar e casamentos alheios às escolhas dos pais foram alguns dos primeiros vestígios de desobediência dos filhos e filhas em relação a seus pais.

Inevitavelmente, o Imperador passou a ser considerado como modelo a ser seguido. D. Pedro I tinha relevantes laços de afeto com seus filhos (sejam os de sua esposa, sejam os de suas amantes) e isso influenciava a corte e a sociedade como um todo.

Pais sempre sentiram a perda precoce de seus filhos para a guerra, a doença ou um acidente que lhes ceifassem as vidas e não seria diferente com o imperador. Há registros da forma como D. Pedro I ficou devastado com a morte de seu primogênito, João Carlos, vitimado pela conflagração que eclodiu na corte em 1822. Era um pai reconhecidamente amoroso passando por aquela que é a pior das dores.

“Ao perder João Carlos, seu primeiro varão, durante os conflitos que tiveram lugar na corte em fevereiro de 1822, d. Pedro escreveu a d. João VI: “No meio da tristeza, cercado de horrores”. Informava o

²⁰ As Ordenações Filipinas, criadas em 1595, no contexto da União Ibérica, estiveram em vigor no Brasil até 1917, quando de sua substituição pelo Código Civil de 1916, após a *vacatio legis* deste.

²¹ *Ibidem*. P. 352-353

“golpe que minha alma e meu coração dilacerado sofreram”. E acrescentava rancoroso: “A legião (de soldados lusos) matou o neto de Vossa Majestade”. Ele, que pouco esteve ao lado da esposa, a imperatriz Leopoldina, por conta dos tumultos que iam a curso para a expulsão do exército português do Rio de Janeiro, “chorando muito, deu o último beijo, deitou-lhe a derradeira bênção paterna”, vendo-o exalar o último suspiro”.

Por muito tempo os pais sofreram calados e na tentativa de resguardar a dignidade, afinal homem não chora e, muito menos em público. Ao que consta, D. Pedro I chorou a dor da perda de seu filho de forma pública e honesta. O conceito do que significava ser pai e do que deveria ser a paternidade estavam realmente passando por mutações.

Passava a ser difundida no Brasil a noção de que os pais podiam, e mesmo deveriam, nutrir laços de cuidado e afeto para com seus filhos. Naquele momento as pessoas começavam a entender o conceito de paternidade não apenas como algo gerado a partir de uma ligação sanguínea, da continuação de uma família, mas como o fruto de um desejo, de uma vontade. Verdadeira revolução nos valores sociais começa a se operar na medida em que o pai distante e meramente supridor começa a dar lugar ao pai que, genuinamente, assume seu amor pelos filhos e seu objetivo de vê-los felizes e à sua família.

“A paternidade deixava de ser pautada exclusivamente pelo sangue, pela linhagem, para consolidar-se como resultado de um desejo, uma vontade. O homem deixava de ser simplesmente um genitor, para responsabilizar-se pelo amor à criança e pelo bem da família”.

Aos pais agora cabia como sua mais importante tarefa encaminhar os filhos e não apenas festejar nascimentos ou lamentar falecimentos precoces. Era ao pai que estava reservada a tarefa de transmitir os conhecimentos necessários à garantia de um bom futuro para os filhos. A figura paterna afasta-se da imagem maquiavélica e

começa a ponderar que, em boa medida, não é mais seguro ser temido do que ser amado²².

“Muita coisa tinha mudado, na segunda metade do século XIX. Em 23 de outubro de 1875, o barão de Penedo escrevia ao Barão de Cotegipe, mostrando que as escolhas dos filhos não cabiam mais aos pais: “Agora tenho que anunciar-te a partida de meu filho Alfredo para o Rio pelo próximo pacote de Southhampton. A 9 de novembro. Depois de tanto deliberar, foi afinal decidido que ele entrasse na Marinha; ele deseja essa carreira. Ainda que não seja de grande perspectiva não me oponho, antes acoroção o rapaz a que a siga. Ele é bravo, sadio e não pode senão fazer-lhe bem a disciplina da Escola da Marinha²³”.

Pela primeira vez, em terras brasileiras, pais, sobretudo os chefes de famílias mais abastadas, estavam dando a seus filhos a possibilidade de escolherem os caminhos pelos quais desejavam direcionar as próprias vidas, muitas vezes distantes do pai e dos negócios da família. Não que as escolhas fossem impossíveis aos filhos de famílias humildes, mas eram muitas vezes inviáveis. Pela ausência de recursos financeiros acabavam vendendo sua mão de obra para as emergentes empresas e indústrias oriundas da revolução industrial em curso.

Ao mesmo tempo começa a surgir uma noção diferenciada do que deveria ser o ambiente doméstico. Passou-se a valorizar mais a intimidade doméstica e os pais, muito mais do que apenas seu caráter meramente biológico, tornaram-se mais empenhados em contribuir para a formação de cidadãos de valor para a sociedade como um todo.

“A ciência médica entendia que, para além da função biológica, pais tinham um compromisso com a reprodução social e a construção do “bom cidadão”. Deveriam assumir, assim, o projeto de valorizar a intimidade do lar, instaurando a família moderna e higiênica. Em casa, tudo limpo: espaços, corpos e

²² Nicolau Maquiavel, em sua obra *O Príncipe*, defende a idéia de que é melhor e mais seguro que o príncipe seja temido do que amado.

²³ Op. Cit. P.363.

mentes. As sujas eram consideradas “berço do vício e do crime” e combatidas²⁴.”

Soma-se a toda essa gama de modificações sociais surge com mais vigor a possibilidade de separações de casais motivadas por pedidos das esposas:

“Separações? Sim. E as mulheres eram as responsáveis pela maior parte dos pedidos de separação que tramitaram na Justiça Eclesiástica ao longo do século XIX.

(...)

Até a década de 1870, as solicitações de separação foram feitas sobretudo pelas esposas. Fragilidade da mulher diante das agressões masculinas? Não. Apoiadas no dote com o qual contribuíam para o sustento da família, elas detinham as melhores condições de buscar a separação²⁵.”

Os efeitos da revolução industrial foram sendo sentidos no Novo Mundo e no Brasil de forma especial. As crescentes demandas do mercado e as novas imposições estatais tiveram impacto também nas famílias.

Era necessário implantar mudanças comportamentais e sociais a fim de que as pessoas – alvos de interesse tanto do mercado quanto do Estado, estivessem mais suscetíveis às suas vicissitudes, de modo que pudessem ambos crescer e prosperar nessa nova realidade estabelecida na Europa e que, necessariamente, deveria ser implantada nas terras das Américas.

“De início o mercado e o Estado descobriram que seu progresso era bloqueado pelas famílias e pelas comunidades tradicionais, que não gostavam nem um pouco das intervenções externas. Pais e anciãos comunitários se mostravam relutantes em deixar que a geração mais jovem fosse doutrinado por sistemas de educação nacionalistas,

²⁴ Op. Cit. p. 365

²⁵ Op. Cit. p. 398

recrutada para o exército ou transformada em proletariado urbano desenraizado.

(...)

O estado e o mercado levaram às pessoas uma oferta que não podia ser recusada. “Tornem-se indivíduos”, eles disseram. “Casem-se com quem quiserem, sem pedir permissão a seus pais. Arranjem o emprego que melhor lhes aprouver, mesmo se os anciãos da comunidade franzirem a testa. Vivam onde bem entenderem, mesmo se não puderem comparecer todas as semanas ao jantar da família. Vocês não dependem mais da sua família ou da sua comunidade. Nós, o Estado e o mercado, vamos cuidar de vocês no lugar deles. Vamos lhes dar comida, moradia, educação, saúde, bem-estar e emprego. Vamos fornecer pensões, seguros e proteção”²⁶.

O século XIX vai chegando a seu fim e deixa a família brasileira numa condição muito diferente daquela que existia em seu início. Pais mais amorosos e que trabalham fora, mães mais influentes e filhos com um alguma liberdade para dirigir as próprias vidas.

3.5 BRASIL PÓS 2ª GUERRA MUNDIAL

Tal qual a sociedade, as famílias nos dias de hoje, tem passado por diversas transformações. Um dos pontos que podem ser facilmente verificados diz respeito ao maior equilíbrio entre os direitos e deveres, tanto de homens quanto das mulheres, em relação à criação e manutenção da família.

À guisa de exemplo, tem-se a mudança na designação do conjunto de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos menores de dezoito anos.

O Código Civil de 1916 foi o primeiro a ser efetivamente produzido no Brasil e que veio substituir as Ordenações Filipinas, legislação portuguesa que ainda vigia no Brasil, quase um século após a independência, operada em 1822. As Ordenações

²⁶ Sapiens – Uma breve história da humanidade. Companhia das Letras, 1ª Ed. 2020, p. 379.

Filipinas só perderam sua vigência no Brasil em 1917, após a *vacatio legis*²⁷ de um ano do Código Civil de 1916.

Originalmente, o primeiro Código Civil brasileiro estabelecia que o marido era efetivamente o chefe da família e tratava o pátrio poder da seguinte forma:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

(...)

Art. 380. Durante o casamento, **exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família** (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

(Grifou-se)

Nesse primeiro momento da legislação brasileira em matéria de Direito Civil, forma conservados e reservados exclusivamente ao marido toda a autoridade e poder sobre a sua família, ainda que em menor monta que em Roma, pois não detinha mais o pai o poder de decisão acerca da vida ou morte dos filhos, nem tampouco, poderia vendê-los de acordo apenas com seu arbítrio.

A mulher, relegada a segundo plano tanto no âmbito social, quanto no âmbito familiar, só poderia exercer o pátrio poder em caso de falta do marido ou de impedimento legal para que ele o exercesse, conforme o art. 380 do Código Civil de 1916, *in verbis*:

Art. 380. Durante o casamento, **exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família** (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

²⁷ Expressão latina que significa vacância da lei, correspondendo ao período entre a data da publicação de uma lei e o início de sua vigência. Existe para que haja prazo de assimilação do conteúdo de uma nova lei e, durante tal vacância, continua vigorando a lei antiga. A *vacatio legis* vem expressa em artigo no final da lei da seguinte forma: "esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial". Fonte: Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/vacatio-legis>

A partir da segunda metade do século XX as mulheres passaram a reivindicar de forma mais direta e incisiva e conseguiram o reconhecimento de direitos que, até então, lhes eram negados.

Os anos 1960 foram marcados por uma série de fortes mudanças na sociedade de uma forma geral. Foi nessa época que ocorreu a chamada revolução sexual, também conhecida como liberação feminina. Em 1960, a primeira pílula anticoncepcional feminina começou a ser vendida e, pela primeira vez na história, as mulheres poderiam ter poder de decisão sobre quando, como e com quem ter sexo e procriar, se assim desejassem.

No bojo dessas mudanças comportamentais, em 1962, foi dada nova redação ao artigo 380 do Código Civil então vigente que passou a vigorar com o seguinte texto:

Art. 380. Durante o casamento **compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher.** Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

(Grifou-se)

Percebe-se a nítida mudança operada em prol do reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres no âmbito familiar. Embora o homem ainda fosse considerado como o chefe da família, a balança do poder estava, efetivamente, pendendo em direção às mulheres. Agora elas poderiam deliberar e decidir acerca de situações práticas do dia a dia da família e tomar decisões, ainda que não todas, sem o necessário consentimento dos maridos.

Essa liberdade foi conseguida através da aprovação do Estatuto da mulher casada, que alterou diversos dispositivos do Código Civil e, além de dar às mulheres o pátrio poder, também retirou a obrigatoriedade de autorização do marido para trabalhar, concedeu direito à herança, e a possibilidade de requerer da guarda dos filhos.

Um outro avanço significativo, que redundou em incremento da autonomia feminina foi a elas concedido com a Lei do Divórcio, em 1977. Na prática significava que

agora elas poderiam sair de casamentos infelizes sem serem alijadas de seus direitos.

Por quase um século após a edição do Código Civil de 1916 o Brasil ainda utilizou a expressão “pátrio poder”. Emprestada do *pater potestas* romano essa forma de definir as responsabilidades, e sobretudo a autoridade, dentro do âmbito familiar remetia à figura do pai de família, praticamente todo poderoso ainda que, na prática as mulheres já estivessem em pleno uso e gozo desse poder.

Cabe salientar que o golpe militar de 1964 representou um recrudescimento na sociedade de forma geral e a família, como não poderia deixar de ser, foi atingida por diversas formas. Podem ser citadas aqui: os desaparecidos em confrontos com o regime; as pessoas que foram torturadas; os que foram presos sem que o devido processo legal fosse respeitado; homens e mulheres que foram perseguidos; e aqueles que precisaram fugir do país e os que foram exilados.

No bojo de toda essa efervescência, beirando a convulsão social, as famílias passaram por mudanças significativas. Os jovens começaram a questionar mais seus pais ou, ao menos, passaram a fazê-lo de forma mais aberta.

Ao tempo em que o aparelho de televisão ia se consolidando como o maior centro de entretenimento familiar, os jovens, em muito influenciados por movimentos como os protestos contra a Guerra do Vietnã, pelas liberdades civis, contra as armas nucleares – um dos maiores medos de então, movimentos que começavam a pedir atenção ao meio ambiente e, ainda, protestos como o ocorrido em maio de 1968 em Paris mostraram que os jovens poderiam fazer-se ouvir e empurrar a sociedade em direção a mudanças significativas.

Foi criado todo um universo que ficou conhecido como “contracultura”. Era uma forma de apresentar as respostas da juventude às imposições do sistema sobre eles e as decisões que deveriam tomar na vida.

O final do século XX, época também do ocaso de muitos regimes ditatoriais, como por exemplo a emblemática queda do muro de Berlim (em nove de novembro de

1989), viu também soprar os ventos da mudança em direção a condições ainda mais equitativas nas relações familiares.

Frise-se por oportuno que essa mudança foi iniciada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que determina:

Art. 5º **Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

(Grifou-se)

E ainda, no que tange à unidade familiar, estabelece:

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

(...)

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

(Grifou-se)

Tem-se que as normas brasileiras, como não poderia deixar de ser, estão se adequando às novas realidades que se impõem à sociedade.

A chegada do novo século – e do novo milênio, é o palco onde a sociedade tem experimentado mudanças em maior profusão. Conceitos e assuntos que até o fim do século XX eram considerados como verdadeiros tabus, cochichados às escondidas em conversas consideradas “mundanas”, são hoje debatidas nas salas das casas e em salas de aula em todo o país.

Não se fala mais em vergonha por ter uma filha que engravidou antes do casamento. Da mesma forma não se fala mais em mães solteiras, mas em mães solo. A mulher separada não é mais vista como uma coitada. A homossexualidade não é mais entendida como doença ou desvio de caráter. Os filhos não esperam até casar para deixar a casa familiar. Isso para ficar apenas em alguns exemplos.

Ainda há espaço e necessidade de muitas discussões, debates e realizações acerca da igualdade entre os gêneros, inclusive dentro das famílias. Um forte exemplo disso é a dificuldade que ainda se encontra no seio da sociedade para tratar e legislar acerca do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Mas é inegável que houve considerável avanço, notadamente de forma mais acelerada nestas primeiras décadas do século XXI.

Outra mudança profunda na sociedade brasileira pode ser verificada no perfil de constituição das famílias. De acordo com os dados mais recentes, houve um crescimento da ordem de 105% na quantidade de famílias chefiadas por mulheres entre os anos de 2001 e 2015. Significa dizer que 28,9 milhões de famílias são chefiadas por mulheres.

A cartilha “Pai presente”, emitida pelo CNJ em 2015, declara que àquela época o número de crianças sem o nome dos pais nas certidões de nascimento era de 5.494.267 (cinco milhões, quatrocentos e noventa e quatro mil, duzentas e sessenta e sete²⁸).

A tendência a essa ausência do registro da paternidade parece estar em alta. Um levantamento feito Associação Nacional dos Registradores Cíveis de Pessoas Naturais (Arpen Brasil), indicou que mais de 80.000 (oitenta mil) crianças foram registradas sem indicação do nome do genitor, apenas no primeiro semestre de 2020²⁹. Esse número equivale a 6,31% de todas as crianças registradas no Brasil no período.

Na contramão do que era esperado com as evoluções legislativas, ao mesmo tempo em que o poder familiar foi deslocado da figura paterna para as figuras de ambos os genitores, os pais têm se esquivado cada vez mais da responsabilidade para com os filhos que geram.

²⁸ Cartilha Pai Presente, P. 10. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/destaques/arquivo/2015/04/b550153d316d6948b61dfbf7c07f13ea.pdf>

²⁹ Disponível em https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/08/09/interna_gerais,1174535/mais-de-80-mil-criancas-foram-registradas-sem-o-nome-do-pai-em-2020.shtml#:~:text=Desamparo-,Mais%20de%2080%20mil%20crian%C3%A7as%20foram%20registradas,nome%20do%20pai%20em%202020

4. FAMÍLIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

É no bojo das relações familiares que devem surgir as iniciativas que visam proteger direitos e resguardar pessoas que se encontrem em condições de vulnerabilidade, por quaisquer razões que sejam.

Dessa forma passa-se à verificação de situações variadas onde a presença da família é de suma importância para o bem-estar dos indivíduos e, por conseguinte, da sociedade como um todo.

4.1 LEI Nº 13.146/15, ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – BREVES PONDERAÇÕES SOBRE MOTIVOS E EFETIVIDADE

A lei nº 13.146/15, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência foi criada para ser um instrumento apto a promover a inclusão e integração das pessoas com deficiência na sociedade. Tal inclusão deve ser efetivada na medida em que às pessoas sob seu alcance serão ofertadas as mesmas oportunidades dadas às pessoas que não possuem qualquer tipo de deficiência.

Esse objetivo precípua fica demonstrado logo no primeiro artigo da lei que determina:

Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, **em condições de igualdade**, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

(Grifou-se.)

Significa dizer que, para efeitos legais, não pode haver nenhuma diferença no tratamento entre as pessoas em razão de qualquer que seja a deficiência da qual sejam portadores.

Por motivos óbvios faz-se necessário definir quem estará sob a égide dessa lei, sob a proteção das normas ali colocadas. Tal definição é trazida pelo legislador no parágrafo segundo, nos seguintes termos:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem **impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial**, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

(Grifou-se)

Logo é forçoso perceber que, ao inserir a expressão “longo prazo” no texto legal, o legislador quer evitar que se confunda uma situação transitória com uma condição perene. Importante ainda notar que para os efeitos desta lei, não importa o grau de deficiência – se é caso de invalidez total ou parcial, mas sim que a condição seja – via de regra, irreversível.

O objetivo do legislador foi o de dar ferramentas efetivas àqueles que tem maiores dificuldades para exercer seus direitos. O Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê ainda, por exemplo:

Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

Sabedor de que a expressão “nenhuma espécie de discriminação” poderia ser muito vaga e, portanto, suscetível a interpretações diversas, tratou de esclarecer no parágrafo primeiro:

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência **toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão**, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

A lei visa de forma clara promover a acessibilidade a todas as pessoas que são portadoras de qualquer tipo de deficiência. Nesse sentido, tratou o legislador de

determinar da forma mais clara possível o significado de termos e expressões que seriam utilizados ao longo do texto legal. O artigo terceiro da lei é exatamente um glossário ali colocado para esclarecer, definir e quantificar situações e especificidades necessárias para que todos possam compreender e dar efetividade ao comando legal.

É salutar entender que lei pretende, no âmbito prático da vida, dar corpo ao Princípio da Igualdade – que já era, de certa forma, pensado na Grécia clássica e perpassou por documentos fundamentais do mundo ocidental, como a Magna Carta assinada pelo rei João Sem-Terra em 1215, na Inglaterra.

Em 1215, o clero e a nobreza se coligaram para limitar os poderes reais de João Sem Terra. Então, surgiu a Magna Carta. Ela trazia consideráveis diminuições nas atribuições reais, porém a mais significativa era a subordinação do rei à Assembleia dos Grandes do Reino, ou Câmara dos Lordes, que fiscalizava todas as suas ações.³⁰

A formulação básica do princípio acima mencionado diz que “Todos são iguais perante a lei”. Porém a forma mais adequada de se interpretar esse princípio na contemporaneidade e que tem sido entendido como – talvez, a melhor definição de justiça, é: Tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeir desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.³¹

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo esse anseio por promover a igualdade entre os cidadãos, em seu Título II, ao cuidar dos Direitos e Garantias Individuais.

O artigo 5º, verdadeiro corolário do Princípio da Igualdade determina em seu *caput*:

³⁰ CICCO, Cláudio de. História do pensamento jurídico e da filosofia do Direito. 3ª edição reformulada. São Paulo: Saraiva, 2006, p 76.

³¹ BARBOSA, RUI. Oração aos moços. 1ª edição. São Paulo: Martin Claret.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

A fim de melhor regular a proteção de Direitos Fundamentais, o legislador constituinte fez questão de informar de forma inequívoca situações que não podem ser objeto de omissão estatal e, entre tantas outras destacou:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

e ainda:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

Parte da doutrina entende que o inciso III acima mencionado engloba as pessoas com deficiência ao falar em tratamento desumano ou degradante. Por consequência os direitos das pessoas portadoras de deficiência devem caminhar *pari passu* com os de quaisquer outras pessoas. Não é a deficiência que define quem a pessoa é, ou que caminhos pode trilhar.

Outra questão que pode ser implicitamente percebida é a necessidade de parâmetros objetivos para determinação de quem pode ser considerado pessoa com deficiência. Deixar uma questão como essa ser definida por qualquer ferramenta que não o conhecimento técnico pode levar a distorções gritantes.

Os Achés, caçadores-coletores que viveram nas florestas do Paraguai até a década de 1960, oferecem um vislumbre.

(...)

Bebês nascidos sem cabelo, considerados por isso insuficientemente desenvolvidos, eram mortos de imediato. Uma mulher se recordava de que sua primeira filha foi morta porque os homens não queriam mais uma menina no grupo. Em outra ocasião, um homem matou um garoto porque “estava de mau-humor a criança chorava”. Outra criança foi enterrada

viva porque tinha aparência engraçada e fazia as outras crianças rir.³²

Os relatos acima, por estranho que soem a ouvidos modernos, refletem em boa medida a cosmovisão que se perpetuou por entre as mais diversas sociedades ao longo da história. Os homens da família, tribo, ou clã detinha poder capital sobre as pessoas, sobretudo sobre aqueles de suas próprias famílias.

Ademais, o inciso XLI retro transparece a intenção do legislador de garantir os direitos de todos os cidadãos – inclusive os portadores de deficiência, ao prever punições legais para qualquer tipo de discriminação. Ou seja, não pode haver nenhum tipo de mitigação na fruição dos Direitos Fundamentais. Portadores de deficiência ou não, nenhum cidadão pode ser alijado em seus Direitos Fundamentais sob pena de ser reduzido à condição de sub-humanidade.

Nesse sentido é importante perceber que não basta apenas abrir as mesmas portas para todos. É necessário, isso sim, que todos tenham as mesmas condições de entrar por essas portas. Significa dizer que o Estado deve propiciar a todos, sem nenhum tipo de distinção, os meios para que possam exercer seus direitos e, também, ser responsáveis por seus deveres como cidadãos.

É justamente por isso que a Constituição Federal consigna que Direitos Fundamentais como saúde, educação e segurança são de obrigação do Estado.

Ainda que não se deva traçar políticas públicas com base em pressuposições ou dogmas religiosos, não se pode negar a influência da religião (ou das religiões), tanto no tema da família, quanto no tema dos Direitos Fundamentais.

Michael J. Sandel³³, em seu livro *Justiça*, traz um exemplo ao citar o discurso de 28 de junho de 2006 de Barack Obama, então candidato ao senado pelo estado de Illinois, que defendia a importância da religião no debate político:

³² Sapiens – Uma breve história da humanidade. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das letras. 2020, p. 65

³³ Filósofo e professor da universidade americana de Harvard que ministra desde os anos de 1980 o curso “Justiça”, um dos mais concorridos da universidade.

A religião não era apenas fonte de inflamada retórica política. A solução para certos problemas sociais exigia uma certa transformação moral. ‘o medo de cairmos em um sermão moral pode (...) levar-nos a minimizar o papel que os valores e a cultura desempenham em alguns de nossos mais prementes problemas sociais’, disse Obama. Abordar problemas tais como pobreza e racismo, falta de assistência médica e desemprego, exigiria mudanças no coração e na consciência. Portanto era um erro insistir na ideia de que convicções morais e religiosas não desempenham uma função na política ou na lei³⁴.

E ainda:

Os secularistas estão errados quando pedem aos crentes³⁵ que deixem sua religião para trás antes de entrar na vida pública. Frederick Douglass, Abraham Lincoln, William Jennings Bryan, Dorothy Day, Martin Luther King – na verdade, a maioria dos grandes reformistas da história dos Estados Unidos – não somente eram movidos pela fé como frequentemente usavam a linguagem da religião para defender suas causas. Assim, dizer que homens e mulheres não deveriam levar sua ‘moral pessoal’ para o debate sobre políticas públicas é um absurdo. Nossa lei é, por definição, uma codificação da moralidade, grande parte dela fundamentada na tradição judaico-cristã³⁶.

A noção de um “bem maior” ou “bem comum” perpassa por toda a história do desenvolvimento dos Direitos fundamentais, assim como esse desenvolvimento tem íntima relação com o conceito e a forma como as famílias também se desenvolveram ao longo do tempo.

Dessa forma percebe-se que valores ditos religiosos tais como: bem; amor; compaixão; misericórdia; fraternidade, entre outros, permeiam o arcabouço moral da legislação e, sem sombra de dúvidas, motivaram a edição de leis que visam resguardar direitos – sobretudo daqueles que, muitas vezes, não podem lutar por si mesmos.

A proteção dos direitos das pessoas portadoras de deficiência faz parte do rol de condições que se pretende alcançar quanto ao nível de esclarecimento que pode ser

³⁴ SANDEL, Michael J. Justiça – O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019

³⁵ A palavra crentes aqui engloba todos aqueles que declaram possuir ou fazer parte de algum sistema religioso, qualquer que seja ele.

³⁶ Barack Obama, “Call to Renewal Keynote Address”, Washington, 28 de junho de 2006. Disponível em <http://obamaspeeches.com/081-Call-to-Renewal-Keynote-Address-Obama-Speech.htm>

vivenciado em uma sociedade. É na medida em que deixa para trás, em sua história, a barbárie e a crueldade, que o ser humano pode verdadeiramente evoluir rumo a uma condição na qual seja possível enxergar o próximo não como adversário ou como obstáculo, mas como semelhante, num conceito de alteridade.

Direitos Humanos são aqueles inerentes a todos indistintamente e que emanam diretamente da condição humana. A gênese da defesa contundente e organizada dos Direitos Humanos pode ser encontrada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. O Brasil assinou o documento na mesma data.

Serão chamados Direitos Fundamentais quando positivados nas constituições dos Estados nacionais. Faz-se mister destacar que, notadamente, apenas os Estados Democráticos de Direito trazem tal previsão em suas constituições. Isso acontece em razão de que a observância aos Direitos fundamentais, muitas vezes, pode significar uma limitação ao poder do Estado.

Porém essa limitação à ação estatal não só é benéfica, como também necessária a fim de evitar que se repitam abusos de poder absurdos como já se viu ao longo da história.

4.2 JUSTIÇA/PRÁTICAS RESTAURATIVAS

Ferramenta relativamente nova no enfrentamento de questões atinentes à conduta ofensiva e delitiva das pessoas, a Justiça restaurativa pode ser vista como uma alternativa quando se busca a recomposição de relações e vínculos familiares que estão estremecidos, ou mesmo rompidos.

A chamada Justiça Restaurativa, apesar de desconhecida de muitos, busca suas origens nas mais antigas codificações de que se tem notícia. Isso ocorreu na medida em que, ao tratar de determinadas situações, os legisladores de outrora pensaram,

ainda que de forma muito mais intuitiva do que conceitual, em soluções que não buscassem a simples retribuição do dano sofrido.

Exemplo que pode ser dado foi a criação das chamadas “cidades de refúgio” na comunidade judaica antiga, seis no total. Eram locais onde o acusado de homicídio culposo poderia se refugiar sem ter medo de ser alcançado por algum parente da vítima que desejasse sua morte como retribuição pelo crime que houvesse cometido. Significava o impedimento da execução da chamada Lei de Talião, conhecida pelo aforismo “olho por olho, dente por dente”. É o primeiro momento na história onde se percebe algum tipo de cuidado com a pessoa do ofensor.

"Seis das cidades que vocês derem aos levitas serão cidades de refúgio, para onde poderá fugir quem tiver matado alguém. Além disso, dêem a eles outras quarenta e duas cidades.
(...)

22- "Todavia, se alguém, sem hostilidade, empurrar uma pessoa ou atirar alguma coisa contra ela sem intenção,

23- ou se, sem vê-la, deixar cair sobre ela uma pedra que possa matá-la, e ela morrer, então, como não era sua inimiga e não pretendia feri-la,

24- a comunidade deverá julgar entre ele e o vingador da vítima de acordo com essas leis

25- A comunidade protegerá o acusado de assassinato do vingador da vítima e o enviará de volta à cidade de refúgio para onde tinha fugido. Ali permanecerá até a morte do sumo sacerdote, que foi ungido com o óleo santo. (Números 35:6 e 22-25 - NVI)

O princípio norteador da Justiça Restaurativa é a tentativa de recompor da forma mais adequada possível a situação de alguém que foi vítima de um crime, ao mesmo tempo em que o agressor, embora não deixe de ser responsabilizado, seja visto também como alguém que precisa ser, em certa medida, acolhido.

Apesar de poder buscar no passado remoto elementos que permitem reconhecer, mesmo que de forma incipiente e desprovida de intenções conceituais, ainda na contemporaneidade o tema apresenta certas dificuldades de ordem teórica.

Estava claro que a preocupação com as vítimas e os ofensores era o cerne de nosso trabalho, mas não tínhamos uma verdadeira estrutura conceitual integradora que nos orientasse. (...) Comecei a empregar o termo justiça restaurativa e, devido ao meu gosto pela aliteração, fiz o contraste com a justiça retributiva. A primeira publicação dessa estrutura aconteceu através de um livrinho chamado Restributive Justice, Restorative Justice, publicado pelo Mennonite Central Committee em 1985.³⁷

A portaria CNJ nº 91 instituiu, no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, o Comitê da Justiça Restaurativa.

O próprio CNJ (Conselho Nacional de Justiça), no art. 1º da resolução nº 225, de 2016, define a Justiça Restaurativa nos seguintes termos:

A Justiça Restaurativa é um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato são solucionados de modo estruturado³⁸.

O inciso I do mesmo artigo determina que pessoas devem participar das dinâmicas relativas às práticas restaurativas a fim de buscar a efetividade da prestação jurisdicional através dessa ferramenta.

I – é necessária a participação do **ofensor**, e, quando houver, da **vítima**, bem como, das suas **famílias** e dos **demais envolvidos no fato danoso**, com a presença dos

³⁷ Zehr, Howard. Trocando as lentes. Palas Athena. 2020, pp. 15-16.

³⁸ Disponível em <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/justica-restaurativa/>

representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;
(Grifou-se)

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia implantou a Justiça restaurativa através da Resolução nº 8, de 28 de julho de 2010. Em 2017 o TJBA lançou uma cartilha tratando da Justiça Restaurativa³⁹ e a define como:

É um novo modelo de Justiça, diferente do processo convencional, voltado para solucionar as questões decorrentes das relações pessoais prejudicadas por situações de conflito (criminal ou não)⁴⁰.

O mesmo documento, com o fito de esclarecer métodos e objetivos da Justiça restaurativa, esclarece:

No procedimento da Justiça Restaurativa, as pessoas envolvidas em situações de violência ou conflito, seus familiares, seus amigos e a sua comunidade se reúnem com um ou mais mediadores ou facilitadores que **dialogarão sobre o ocorrido e suas consequências**. Serão expostos os prejuízos emocionais, morais e materiais causados, as necessidades da vítima e as possibilidades do ofensor, estabelecendo, assim, um modo de reparar a dor, os traumas, as relações, a autoestima da vítima e os danos materiais sofridos.⁴¹

(Grifou-se)

Trata-se de verdadeiro rompimento com paradigmas enraizados no entendimento técnico acerca da questão. Necessária também uma mudança em conceitos que são popularmente reconhecidos e aplicados de forma geral, tais como: vítima, ofensor, culpa, entre outros.

³⁹ Disponível em: https://nupemec.tjba.jus.br/wp-content/uploads/2018/08/quarta_edicao_cartilha_06_2017.pdf

⁴⁰ Justiça Restaurativa – Poder Judiciário do Estado da Bahia, p. 7.

⁴¹ Idem. p. 8

Howard Zehr⁴², um dos pioneiros no campo da Justiça Restaurativa, usando a metáfora da troca de lentes em uma câmera fotográfica, defende a idéia de que é possível mudar a forma como a sociedade enxerga os crimes, os criminosos e as punições aplicadas, bem como a forma por meio da qual o Poder Judiciário lida com processos criminais.

A metáfora da troca das lentes de uma máquina fotográfica, utilizada pelo autor, é rica na abordagem pretendida em relação às práticas restaurativas.

Melhor explicando, Howard Zehr, escreveu que:

Estou às voltas com a fotografia há muitos anos. Uma das lições que aprendi é que a lente que utilizo influencia profundamente o resultado. A minha escolha de lentes determina em que circunstâncias posso trabalhar e o que vou enxergar através dela.

(...)

Portanto, a troca de lentes afeta o enquadramento, e também determina o relacionamento e as proporções dos elementos dentro desse quadro. Da mesma forma, as lentes que utilizamos para examinar o crime e a justiça determinam aquilo que incluímos como variáveis relevantes, qual a sua importância proporcionalmente ao resto, e o que consideramos ser um resultado adequado.

(...)

Mas o “processo penal” que utiliza esta lente deixa desatendidas muitas das necessidades de vítimas e ofensores⁴³.

⁴² professor de Sociologia e Justiça Restaurativa na Eastern Mennonite University, no Graduate Conflict Transformation Program em Harrisonburg, Virgínia, Estados Unidos, e co-diretor do Center for Justice and Peacebuilding.

⁴³ Zehr, Howard. Trocando as lentes. Palas Athena. 2020, pp. 21-22.

Quando Howard Zehr aponta a justiça restaurativa como um caminho sob a picada da fé, das emoções, da reparação e do relacionamento, rompe o denso emaranhado das contradições da justiça que não cura, mas assevera o dano e potencializa a nocividade dos agressores.

Enfrentar o significado de ser uma vítima ou fazer de outra pessoa uma vítima é algo que desencadeia emoções intensas que, em geral, assustam e nos fazem recuar⁴⁴.

Já Freud, por sua vez, em *Recordar, Repetir e Elaborar* desenha o quanto o ser humano está aprisionado na sua própria história:

Por exemplo: o analisando não diz que se lembra de haver sido teimoso e rebelde ante a autoridade dos pais, mas se comporta de tal maneira diante do médico. Não se lembra de que sua investigação sexual infantil não o levou a nada, deixando-o perplexo e desamparado, mas apresenta uma quantidade de sonhos e pensamentos confusos, lamenta que nada dá certo para ele, e vê como seu destino jamais concluir um empreendimento. Não se lembra de ter se envergonhado bastante de certas atividades sexuais e ter sentido medo de que fossem descobertas, mas mostra vergonha do tratamento a que se submete agora e procura escondê-lo de todos etc⁴⁵.

Deste modo, sem um processo orientado e conduzido, dificilmente um dado agressor, abandonará sua tendência à repetição das marcas que lhe fizeram vítima em algum tempo e que continuam a lhe fazer mal quando é igualmente punido por outras mãos retributivas. Sem a capacidade de elaborar a contento é demasiadamente difícil livrar-se das cadeias interiores incubadoras de violência.

O mais conhecido – e mais vendido, livro da história, a Bíblia, traz narrativas seguidas sobre a justiça. Talvez este seja um dos temas mais presentes em suas páginas e isto é fruto da necessidade de estabelecer uma comunidade possível.

⁴⁴ Idem. p. 23.

⁴⁵ Freud, Sigmund. *Recordar, repetir e elaborar*, 1914. Disponível em [HTTPS://www.academia.edu/34736914/recordar_repetir_e_elaborar_1914_novas_recomendações_sobre_a_técnica_da_psicanálise_II](https://www.academia.edu/34736914/recordar_repetir_e_elaborar_1914_novas_recomendações_sobre_a_técnica_da_psicanálise_II)

A finalidade da justiça bíblica não está na punição, mas na manutenção da convivência, na reparação do dano e na intolerância à ameaça da ordem. Quando Zehr cita os profetas, estes, em especial os chamados Menores, eram denunciadores de toda a forma de injustiça social e apontavam inclusive que os infortúnios coletivos advinham de tais negligências aos seus semelhantes.

O tratamento para com os mais carentes e a classe dos oprimidos, a saber: os pobres, órfãos e viúvas eram amparados por leis restaurativas, de aproximação e até de restituição, como nos casos em que indivíduos desprovidos do mínimo, poderiam adentrar as fazendas de outros, para colherem espigas nos limites das plantações ou respigar sem censura após os colhedores, os proprietários eram advertidos a que não as colhessem em favor daqueles.

19 - Quando vocês estiverem fazendo a colheita de sua lavoura e deixarem um feixe de trigo para trás, não voltem para apanhá-lo. Deixem-no para o estrangeiro, para o órfão e para a viúva, para que o Senhor, o seu Deus, os abençoe em todo o trabalho das suas mãos.

20 - Quando sacudirem as azeitonas das suas oliveiras, não voltem para colher o que ficar nos ramos. Deixem o que sobrar para o estrangeiro, para o órfão e para a viúva.

21 - E quando colherem as uvas da sua vinha, não passem de novo por ela. Deixem o que sobrar para o estrangeiro, para o órfão e para a viúva.

Deuteronômio 24:19-21

Quanto às viúvas, estas deveriam ser “resgatadas” por seu parente mais próximo, inclusive com *status* de esposa para, com esse ato, poder redimir sua propriedade e propiciar a descendência do falecido nos casos em que não houvesse tido filhos até então.

Verifica-se, portanto, que a perspectiva é sempre a de restaurar a *shalom*, a complementariedade relacional, possível pela negociação continuada da

manutenção da vida em sociedade. Os olhos estão voltados para a admissão de culpa, retratação entre partes, arrependimento e perdão quando a shalom é quebrada. Pois se quebrada, deixa de ser, uma vez que *shalom* é, também, “nada quebrado”.

No exercício do trabalho pastoral, e também clínico, testemunha-se o quanto o perdão pode ser uma ferramenta libertadora tanto para o ofendido quanto para o ofensor. Há relatos de pessoas que trazem dores emocionais, feridas na alma, problemas que a medicina e psicologia classificam como psicossomáticos.

A dor e o medo são provavelmente os mais primitivos sofrimentos do homem, diante dos quais, ao contrário do que ocorria com o frio e a fome, ele ficava totalmente impotente.

(...)

Apesar de coeva com a raça humana, os mistérios que envolviam a verdadeira natureza da dor só começaram a ser desvelados no último século. Diga-se, contudo, e como exaltação ao espírito altruístico do homem, que os recursos para aliviar a dor precederam de milênios o entendimento do seu mecanismo. Assim, o papiro Ebers (1500 a.C.) incluía muitos remédios, entre eles o ópio, prescrito por ISIS para as cefaleias de RÁ. Placas de argila encontradas na Babilônia e datadas de 2250 a.C. descreviam o emprego de uma amálgama formada de sementes de meimendo e argamassa que, colocada na cavidade de um dente cariado, fazia passar a dor.

(...)

Com o desenvolvimento da neurofisiologia, o componente emocional da dor foi deixado de lado. Mas o pêndulo tinha ido longe demais e vários estudos no século XX voltaram a considerar o quanto existia de psicológico na sensação

dolorosa, mantendo-se, porém, a dualidade entre sensação e reação emocional.⁴⁶

A dor e o sofrimento psicossomáticos são alvo do estudo de diversas entidades ao redor do mundo. A International Association for the Study of Pain (IASP), não descuida do caráter não físico da dor ao defini-la como sendo:

Uma experiência desagradável, **sensitiva e emocional**, associada com **lesão real ou potencial** dos tecidos, ou discreta em termos dessa lesão⁴⁷.

(Grifou-se)

Muitas vezes os sintomas psicossomáticos estão vinculados a mágoas, ressentimentos e traumas causados por desavenças, insultos, agressões e outras formas de violência. Boa parte delas avançam consideravelmente quando trilham as sendas do perdão, somados ao acompanhamento clínico, e recolhem os restos adoecedores do seu interior chacoalhando para fora de si.

É necessário reconhecer que, mesmo profissionais de saúde muito bem preparados, tem, por vezes, dificuldades em lidar com a realidade de situações e enfermidades de característica psicossomática. Isso faz com que muitas pessoas não encontrem o tratamento e o acolhimento necessários.

Na verdade, a extensão desse desafio é muito mais ampla. Ignorando a separação entre o físico e o psíquico, tão cara ao modelo biomédico tradicional, eminentemente cartesiano, esse paciente **traz um profundo desconforto para a maioria dos profissionais que, não se sentindo habilitados a transitar nessa interface entre o somático e o emocional, tendem a ignorá-lo, ou até mesmo rejeitá-lo**. Vistos como pacientes-problema, recebem diversas alcunhas (piti, peripaque, poliqueixosos), e **são tratados não apenas**

⁴⁶ **Psicossomática hoje** [recurso eletrônico] / Julio de Mello- Filho ... [et al.]. – 2. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre : Artmed, 2010. p. 235.

⁴⁷ Idem

inadequadamente, mas, muitas vezes, de forma agressiva e desrespeitosa⁴⁸.

(Grifou-se)

É possível que o estranhamento num primeiro momento em relação à utilização de práticas restaurativas pelo Poder Judiciário seja uma consequência do fato de que, normalmente, as dores físicas são alvo de atenção pelas pessoas em geral, ao passo em que dores não físicas são tidas como situações de menor importância e, no mais das vezes, sua importância é desconsiderada.

A forma como o sofrimento, causa primeira da busca de cuidado, e é reconhecido, validado e amparado é parte integrante do processo do adoecer. As queixas físicas em geral são mais reconhecidas como legítimas tanto pelos familiares quanto pelos profissionais de saúde, enquanto queixas psicológicas não encontram o mesmo grau de aceitação. Assim sendo podemos considerar que a somatização é uma forma de comunicação do sofrimento de nossos pacientes, ou seja, somatização é uma forma de illness.⁴⁹

Necessário dizer que os motivos motrizes de situações psicossomáticas ainda não são completamente compreendidos.

As causas de situações de ordem psicossomática fazem parte da essência do ser humano e, como tal, devem ser buscadas e investigadas a fim de que o ser humano possa ser visto e compreendido de forma completa.

É possível que alguém, algum dia, se ocupe com a intrigante questão de por que certos médicos (raros), não se satisfazendo com simples contemplação e reflexão do somático, atiram-se em arriscadas aventuras para além do corpo, levando-os a impasses existenciais como aos que chegou o Dr. Fausto, de Goethe, procurando a essencialidade humana⁵⁰.

⁴⁸ Ibidem. p. 546

⁴⁹ Op. Cit. p. 548

⁵⁰ Op. Cit. p. 41

Algumas vezes os restos interiores precisam ser sacudidos para que se perceba quanto mal causaram e por quanto tempo o fizeram. Em dados momentos, isso já é o suficiente para entender que perdoar é um bem a si mesmo, antes de ao outro.

Tudo isso está bem ligado as ideias de Zehr, que define as ofensas sempre com algo entre indivíduos e estes, portanto, seriam os mais interessados e merecedores das reparações interpessoais.

Contudo, no âmbito da justiça outras engrenagens são postas em funcionamento e os modelos consolidados inibem a possibilidade de uma efetiva cultura de pacificação. O Estado, insurge-se como o guardião de sua gente e quando falha em sua missão, aquele que violou suas leis é tomado como seu agressor, muito mais que de um indivíduo em particular, assim em nome do restabelecimento da lei e da ordem o Estado ver na punição o caminho do progresso. Apesar de todo seu esforço, provou-se ineficaz.

Howard Zehr, ao propor uma “troca de lentes”, impõe uma reflexão profunda na medida em que propõe, em última instância, uma verdadeira troca de valores.

Talvez trocar não seja a expressão mais correta. Provavelmente esteja-se falando de complementação, de abrir horizontes para novas experiências e tentativas no sentido de buscar uma solução real e efetiva para o problema do crime.

Portanto não seria exagero entender que a Justiça Restaurativa propõe, em certa medida, uma espécie de incorporação, de sintetização.

A questão central parece ser perceber quais valores precisam ser reavaliados e em que medida. O que precisa mudar na prática?

A tarefa torna-se ainda mais espinhosa quando fica claro que a proposta das práticas restaurativas traz em si uma carga subjetiva intrínseca e que não poderia ser de outra forma. Ao passo em que defende que o ofensor também seja ativo no processo de reparação, Howard Zehr entende haver exceções que justifiquem o atual modo de lidar com os criminosos.

Ele chama essas exceções de “ofensores inerentemente perigosos”. O problema é justamente como definir quem é e quem não é inerentemente perigoso. É possível determinar tal característica de forma objetiva? Recorrer-se-á a Lombroso⁵¹?

Apenas para ilustrar o que pensava, vale transcrever o seguinte:

Na realidade, para os delinquentes-natos adultos não há muitos remédios; é necessário isolá-los para sempre, nos casos incorrigíveis, e suprimi-los quando a incorrigibilidade os torna demasiado perigosos⁵².

A quem caberia o ônus de definir o destino dessas pessoas? Uma das grandes questões relacionadas à operacionalização dessas propostas deve-se ao fato de ser objeto de enorme dificuldade – hoje reconhecidamente impossível, a definição totalmente objetiva pretendida por Lombroso.

Lombroso desejou criar um método científico pelo qual pudessem ser identificados os indivíduos que tivessem uma hipotética tendência natural ao crime. O maior mérito de seus esforços foi o surgimento e desenvolvimento de áreas do Direito como a Antropologia Criminal e a Criminologia.

Outro ponto que precisa ser enfrentado é o fato de que em países com gritantes diferenças e injustiças sociais, como é o caso do Brasil, a quantidade de criminosos que podem ser considerados como inerentemente perigosos é alarmantemente grande. Não passa um dia sem que se tenha notícia de pessoas que foram agredidas e até mortas pelos motivos mais banais e frívolos possíveis.

⁵¹Cesare Lombroso é considerado como sendo o criador da antropologia criminal. Procurou com seus escritos demonstrar que haveria uma tendência ao cometimento de crimes. Ele concentrou sua atenção em pesquisas junto a indivíduos encarcerados, soldados e pessoas com problemas cognitivos.

Os conceitos criados por Lombroso, baseado em sua pesquisa de indivíduos delituosos e suas características, em última análise, estabeleceram a figura do chamado “delinquente nato”. Bebendo da fonte da teoria evolucionista de Darwin, Lombroso determinou que indivíduos considerados como delinquentes natos seriam completamente dominados e guiados pelo comportamento atávico, assim denominados aqueles indivíduos menos desenvolvidos na escala de evolução. Para indivíduos que tais não haveria outra solução além de segregação definitiva, ou execução pura e simples. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Cesare_Lombroso.

⁵² Lombroso, Cesare. O homem Delinquente. 2ª reimpressão. São Paulo: Ícone Editora, 2013.

Ao negar que o crime seja uma violação contra o Estado, Zehr não analisa – ou prefere não fazê-lo, a situação de que é de fato o Estado quem detém a autoridade e o poder para punir os infratores. Qualquer espécie de vingança privada por parte da vítima ou de seus familiares, constitui *de per se* novo crime e os tornaria réus, junto com o primeiro ofensor.

A punição estatal não tem o viés de buscar corrigir o erro cometido pelo infrator. A função punitiva do Estado tem como objetivo castigar o agressor e desestimular a prática de novos crimes, seja por ele, ou por terceiros que venham a tomar conhecimento da situação.

A alegação de que muitos ofensores foram também vítimas de abusos na infância pode até explicar a razão do indivíduo ter determinada conduta, mas não a justifica. A admitir que qualquer um que tenha sofrido abusos na infância, ou tenha sido deixado à margem de melhores oportunidades estejam buscando validação ou empoderamento através da violência é esquecer de uma coisa básica: há pessoas que simplesmente gostam de ver outros em situação de sofrimento.

A expressão “situações problemáticas” é um eufemismo exagerado e sem sentido. Para encontrar uma solução o problema precisa ser olhado de frente e com atenção. É situação similar a trocar a expressão “preso” por “apreendido” por se tratar de um menor. A situação é a mesma, mas trocou-se o nome e, num passe de mágica, não há mais delinquência de menores entre nós.

A justiça retributiva define o Estado como vítima. Nesse ponto parece haver um equívoco, pois o Estado não é vítima. O Estado é – conforme dito em linhas pretéritas, o único com autoridade para punir. Apenas por amor ao debate, pensar no Estado como vítima é possível, talvez, ao contabilizar a quantidade de pessoas que poderiam ser cidadãos produtivos para a sociedade e escolheram o crime, ou foram cooptados por ele.

A impressão que fica é que a justiça restaurativa pode ser muito útil em situações específicas tais como: brigas em família ou crimes de menor potencial ofensivo cometido por réu primário.

Certamente, há um grande número de pessoas que não concorda com a idéia de Justiça Restaurativa. No mais das vezes o que as pessoas buscam é a vingança pura e simples. Como não podem, e não devem, fazê-la com as próprias mãos, recorrem ao Estado para que cumpra com seu papel de detentor do Poder de Polícia e puna adequadamente o ofensor.

Outro ponto digno de nota é que as experiências que aparentemente apresentam resultados mais positivos, parecem acontecer sempre em países ditos desenvolvidos, de primeiro mundo. É notório que nesses países as diferenças e injustiças sociais não são tão gritantes e que a educação oferecida ao povo – entendida aqui como a junção entre instrução formal, e os valores recebidos das famílias, cooperam para uma realidade que, por vezes, é diametralmente oposta à brasileira.

A solução restaurativa passa, primeiro, por conseguir implantar na mente da sociedade valores tais como: coletividade; honestidade; preocupação com o outro; desejo de ser produtivo para a comunidade, entre outros.

Um país como o Brasil está ainda anos-luz para trás no que diz respeito à possibilidade de ter uma justiça restaurativa que possa ser efetiva em casos mais cruéis e complexos.

Por último, mas não menos importante, frise-se ser imperativo que os Direitos Humanos sejam respeitados e buscados para todos, indistintamente. Não é raro ver casos em que as chamadas ONG's⁵³ (Organizações Não-Governamentais) buscam assegurar os direitos humanos de criminosos que foram perseguidos e capturados pela polícia, mas não se lembram de dar apoio também ao ofendido ou à sua família. Tal forma de agir popularizou a expressão “direito dos manos”, corruptela de Direitos Humanos o que, por si só, parece demonstrar a impossibilidade fática de perceber o viés restaurativo como uma possibilidade real de forma irrestrita.

⁵³ ONG é a sigla de Organização Não Governamental. Trata-se de entidades de iniciativa social com fins humanitários, que são independentes da administração pública e que não têm finalidade lucrativa.

Ainda há um longo caminho a ser percorrido na seara da Justiça Restaurativa para que se possa demonstrar sua viabilidade prática em situações mais graves e delicadas do dia a dia. No entanto, há a possibilidade de que seja efetivamente uma ferramenta de grande valor para ajudar a mitigar tensões familiares das mais diversas feições.

4.3 FAMÍLIA E EXERCÍCIO DE DIREITOS

Falar de direitos fundamentais é, por extensão, falar daquilo que torna os humanos efetivamente diferentes dos animais e, por extensão, diferentes do restante da natureza.

Desde que o homem passou a registrar sua história há menção à instituição familiar. Não há uma única sociedade humana conhecida em que a família não esteja presente e, no mais das vezes, seja o centro a partir do qual toda a sociedade organizada se estabeleceu e em torno do qual ainda gira.

Desde tempos imemoriais a família tem sido o centro das atenções e qualquer estudo que pretenda entender como a sociedade se desenvolve ou como determinada sociedade chegou à condição em que se encontra, seja ela boa ou ruim, deve devotar à família especial atenção.

Ainda que haja muita discussão nos dias de hoje a respeito do papel da família na formação da sociedade e, até mesmo, discussão acerca do que vem a ser família nos tempos modernos, o que não se pode perder de vista é o fato inconteste de que a família é o primeiro grupo social em que todos são inseridos e, fatalmente, é dela que as pessoas saem, mais ou menos bem preparadas, para interagir com seus semelhantes e integrar a sociedade.

Observe-se, porém que não há, e nem poderia haver, um único modelo de família cujas origens podem ser buscadas historicamente.

Cláudio de Cicco, leciona:

Com o cristianismo, a lei natural é a lei escrita nos corações dos homens, de que o Decálogo seria a expressão acabada. Santo Agostinho considera as idéias subsistentes de Platão e a razão natural dos estóicos como a Sabedoria de Deus, a Lex Aeterna, da qual emana a lei natural.

Cicco 2006, p. 22

Daí pode-se perceber a força e a influência dos Escritos Sagrados cristãos na formação das famílias e das sociedades ocidentais, de forma geral, ainda que não exclusiva.

Ressalte-se, por oportuno, que em muitas sociedades da antiguidade o pertencimento a determinada família era definido pela maternidade, uma vez que a paternidade seria, no melhor dos casos, presumida.

Ao tratar do tema, Engels nos traz a figura da “família sindiásmica”. Essa seria uma família composta não apenas pelos filhos havidos por um determinado casal no curso de sua união, como queria a Bíblia, mas sim pelos filhos e filhas de irmãos cosanguíneos que, mutuamente chamam-se irmãos e têm a figura do pai ou da mãe em qualquer dos entes que nós chamamos de tios ou tias. Havia naquela sociedade Iroquesa grandes famílias, ligadas por laços de sangue e pela tradição.

O iroquês não somente chama de filhos e filhas os próprios, mas ainda, os de seus irmãos, que, por sua vez, o chamam de pai. (...) Inversamente, a iroquesa chama de filhos e filhas os de suas irmãs, da mesma forma que os próprios, e aqueles, como estes, chamam-na mãe. (...) Do mesmo modo, os filhos de irmãos tratam-se, entre si, de irmãos e irmãs, e o mesmo fazem os filhos de irmãs.

Engels, 2014, p. 35

Porém, com o passar dos séculos a figura central na família, e, portanto, sua autoridade maior, foi mudando da mãe para o pai, ente fisicamente mais forte e dominador. Até o ponto em que o patriarca chegou a ter total e absoluto poder sobre seus filhos, inclusive o poder de vender seus filhos como escravos e, ainda, o poder de vida e de morte. Significa dizer que o patriarca se tornou nesse momento

histórico a entidade suprema e epíteto da família. Era ele quem definia todos os rumos a ser tomados, fossem eles comerciais, morais, religiosos ou sociais. Entretanto o poder atribuído ao patriarca não derivava apenas da força, mas de crenças arraigadas nas tradições e costumes da sociedade de então.

Fustel de Coulanges deixa clara a importância que o culto aos antepassados tinha nas sociedades latina e helênica. Tal ensinamento nos mostra que a compreensão do poder paterno exercido na Grécia e em Roma é, certamente, um dos caminhos para a compreensão da forma como os antigos enxergavam a família e, por conseguinte, a própria sociedade.

A partir do poder paterno chegou-se ao instituto do pátrio poder. Este diferente daquele na medida em que denota, muito mais do que parentesco, a idéia de hierarquia, justificando a obediência e o respeito devidos ao patriarca da família. Tal respeito lhe era devido, não apenas pelos filhos por ele gerados, mas todo e qualquer agregado que passasse a ser considerado como membro de sua família.

Platão registra que o chamado parentesco é, na verdade, a comunidade dos mesmos deuses domésticos. Já Plutarco define irmãos como sendo homens que tem o dever de fazer os mesmos sacrifícios domésticos. Percebe-se que aqui a causa primeira do parentesco era o culto e não o nascimento.

As múltiplas origens e formas de perceber e realizar a família ao longo do tempo, variando de acordo com os costumes e tradições vigentes em cada período, reforçam a noção de que a família é um ente em constante transformação, porque ao mesmo tempo em que, por um lado, gera modificações sociais, será ela também, em última análise, a força validadora das transformações pelas quais as sociedades passam. Vale dizer que à medida que as famílias absorvem e validam novos valores, estes são também inseridos na sociedade com a qualificação de aceitação.

Em certa medida pode-se dizer que as origens dos direitos fundamentais se confundem com as origens da própria sociedade, já que é justamente em seu seio que as pessoas vivem, os conflitos ocorrem e os direitos fundamentais precisam ser observados.

Tal situação fática pode ser confirmada quando se observa alguns exemplos tirados de legislações antigas, ainda que naquele momento histórico não se conhecesse ou concebesse a noção tal qual é entendida modernamente.

O Código de Hamurabi foi primeiro corpo de leis escritas da humanidade. Gravado em pedra aproximadamente no século XVIII a.c. Sua importância é tamanha que hoje se encontra preservado no museu do Louvre em Paris.

Ao se cotejar o texto do Código de Hamurabi, pode-se perceber que ele prevê a proteção a diversos direitos, tais como o direito à vida e direito de propriedade. O referido código contempla ainda situações envolvendo a honra, a dignidade, além de trazer diversas codificações referentes às relações familiares. Traz ainda em seu bojo a ideia – que só seria plenamente desenvolvida muitos séculos depois, de que os governantes também devem estar submetidos à lei uma vez que no prólogo o próprio Hamurabi declara:

“por esse tempo Anu e Bel me chamaram, a mim, Hamurabi, o excelso príncipe, o adorador dos deuses, para implantar a justiça na Terra, para destruir os maus e o mal, para prevenir a opressão do fraco pelo forte (...) para iluminar o mundo e propiciar o bem-estar do povo”.

É interessante notar que essa primeira redação unificada de leis humanas já fala em propiciar o bem-estar do povo.

Um de seus trechos mais conhecidos é a chamada “Lei de Talião”, que prevê entre outras coisas: “Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho; Se ele quebra o osso a um outro, se lhe deverá quebrar o osso; Se alguém parte os dentes de um outro, de igual condição, deverá ter partidos os seus dentes⁵⁴”.

Apontada muitas vezes como uma espécie de permissão para a selvageria a Lei de Talião é, muito pelo contrário, o primeiro passo rumo a uma sociedade mais

⁵⁴ Apesar de não haver sido originalmente redigido sob a forma de artigos, conforme a maneira contemporânea, Hamurabi escreveu seu código usando o que se pode chamar de itens ou pontos. Apenas com o fito de facilitar a compreensão, chama-se a esses itens de artigos. Dessa forma transcreveram-se os artigos 196; 197; e 200 do Código de Hamurabi.

pacificada. Deve-se ter em mente que era costume na época a chamada vingança privada e que não raro, as ofensas de qualquer nível eram retaliadas com a morte do ofensor ou de alguém se sua família.

Tal situação poderia gerar muito mais mortes e prejuízos do que a ofensa praticada, pois o que determinava a extensão da retaliação eram meramente o desejo de vingança e a força da qual o ofendido poderia dispor, mesmo que contratando mercenários para executarem sua vingança.

Mas não se deve pensar que esse tipo de vingança particular tenha deixado de existir. À guisa de exemplo cita-se o conflito entre duas famílias americanas no século XIX, os Hatfields e os McCoys. A briga entre as duas famílias durou entre os anos de 1863 e 1891 e, segundo alguns historiadores, começou em razão do roubo de um porco. Depois de quase 30 anos de retaliações de lado a lado, mais de vinte pessoas morreram, sete foram condenados à prisão perpétua e mais um foi condenado à pena capital por enforcamento.

Significa dizer que a previsão legal encontrada no Código de Hamurabi acima descrita serviu, justamente, para colocar um limite à vingança. O legislador reconhece o direito do ofendido buscar uma espécie de compensação, mas esta deveria ser na exata medida da ofensa praticada contra ele.

Vê-se que foi criado nesse corpo legal a figura da retribuição proporcional. Caso desobedecesse a essa previsão, passaria ele mesmo a ser réu e passível de severa punição estatal.

Importante notar que determinação legal semelhante pode ser encontrada na Bíblia, e, segundo a tradição judaica, foi escrita por Moisés – sob inspiração divina, aproximadamente no século XVI a.c.

No livro de Levítico 24:17-22, lê-se:

17 E quem matar a alguém certamente morrerá. 18 Mas quem matar um animal, o restituirá, vida por vida. 19 Quando também

alguém desfigurar o seu próximo, como ele fez, assim lhe será feito: 20 Quebradura por quebradura, olho por olho, dente por dente; como ele tiver desfigurado a algum homem, assim se lhe fará. 21 Quem, pois, matar um animal, restitui-lo-á, mas quem matar um homem será morto. 22 Uma mesma lei tereis; assim será para o estrangeiro como para o natural; pois eu sou o SENHOR vosso Deus.

Essa primeira legislação dos judeus foi escrita aproximadamente 200 anos após o Código de Hamurabi e pode-se perceber que, possivelmente, há um influxo em determinados momentos, tais como o mencionado acima.

Pode-se mencionar ainda a Lei das XII tábuas, criadas entre os anos de 451-449 a.c. Apesar de ser chamada de lei, assim como as legislações anteriormente mencionadas, não se trata propriamente de um código no sentido contemporâneo. É, antes, uma manifestação escrita de costumes que, até então, eram transmitidos de forma oral e, dessa forma, poderiam ser manipuladas pelos patrícios. Essa codificação foi parte da luta dos plebeus por direitos em Roma. Foi uma segunda concessão após a criação da figura do tribuno da plebe.

A solidificação dos direitos fundamentais foi um processo lento e gradual. Dentre os diversos momentos que podem ser apontados, destaca-se: a assinatura da Magna Carta pelo rei João Sem-terra da Inglaterra; a independência dos Estados Unidos da América; e a revolução francesa.

A Magna Carta, assinada em 1251 pelo rei João Sem-Terra, é considerada por muitos historiadores como o primeiro passo rumo ao constitucionalismo.

O documento previa, de forma inédita na Europa medieval, a redução do poder da monarquia e, inclusive, a submissão do rei à vontade dos nobres. Foi fruto direto, além dos séculos de monarquias abusivas, aos desmandos do rei João.

Ele instituiu uma política tributária das mais escorchantes, levando a uma insatisfação generalizada, tanto nas camadas mais baixas da população, quanto na nobreza. Não contava com a admiração de seus súditos tanto por ser um déspota,

quanto por não haver conseguido retomar territórios que haviam sido perdidos para a França. Ademais envolveu-se em uma forte disputa com a Igreja Católica, na figura do Papa Inocêncio III, ao não aceitar a indicação papal do bispo de Cantuária.

Todos esses fatores culminaram na assinatura da Magna Carta, que consistia numa série de limitações ao poder real, com a intenção de conseguir frear de alguma forma o ímpeto do rei que, de forma contumaz, abusava de seu poder trazendo grandes prejuízos, não apenas ao povo, mas à Inglaterra como nação.

O rei concordou com os termos colocados pelos nobres no documento como uma forma de tentar se manter no poder, evitando assim sua deposição e possível condenação à morte.

A Magna Carta tem 63 artigos, sobre os mais variados temas, mas sobretudo assegura que o rei deveria ser menos rígido com os nobres, assegura a posição da igreja católica dentro da Inglaterra, além de trazer diversas disposições que tratam do sistema jurídico inglês. Destaca-se a determinação de que as leis deveriam ser boas e justas; a determinação de que todos deveriam ter acesso às cortes e que a falta de dinheiro não deveria ser empecilho para o acesso de quem quer que fosse às cortes, caso alguém quisesse demandar em juízo.

Um dos maiores avanços no campo dos direitos fundamentais trazidos pela Magna Carta foi o princípio que hoje é conhecido como Devido Processo Legal:

Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.⁵⁵

Tradução livre

⁵⁵ No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, **except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.**

Apesar de ser frequentemente revisada a fim de adaptar-se às mudanças ocorridas na sociedade inglesa, ela serviu como base para o sistema de *Common Law* e até hoje, mais de oitocentos anos depois, pode-se encontrar algumas das disposições originais na legislação inglesa.

Uma forma inicial do princípio do devido processo legal pode ser encontrado no Brasil através do Decreto de 23 de maio de 1821, emanado por D. João VI que, a essa época, reinava sobre o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, nos seguintes termos:

Vendo que nem a Constituição da Monarchia Portugueza, em suas disposições expressas na Ordenação do Reino, nem mesmo a Lei da Reformação da Justiça de 1582, com todos os outros Alvarás, Cartas Régias, e Decretos de Meus augustos avós tem podido affirmar de um modo inalteravel, como é de Direito Natural, a segurança das pessoas; e Constando-Me que alguns Governadores, Juizes Criminaes e Magistrados, violando o Sagrado Deposito da Jurisdicção que se lhes confiou, mandam prender por mero arbitrio, e antes de culpa formada, pretextando denuncias em segredo, suspeitas vehementes, e outros motivos horrorosos à humanidade para ipunimente conservar em masmorras, vergados com o peso de ferros, homens que se congregaram convidados por os bens, que lhes offerecera a Instituição das Sociedades Civis, o primeiro dos quses é sem duvida a segurança individual; E sendo do Meu primeiro dever, e desempenho de Minha palavra o promover o mais austero respeito à Lei, e antecipar quanto ser possa os beneficios de uma Constituição liberal (...) por este Decreto Ordeno, que desde a sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brazil possa jamais ser presa sem ordem por escripto do Juiz, ou Magistrado Criminal do territorio, excepto sómente o caso de flagrante delicto, em que qualquer do povo deve prender o delinquente.(...)"

É interessante notar que no trecho transcrito do decreto o rei menciona textualmente que sua intenção era antecipar, da forma que fosse possível, os benefícios de uma constituição liberal.

A Constituição Norte-americana foi promulgada em 1787, após a guerra pela independência, e trouxe consigo um considerável avanço na proteção de direitos fundamentais, sobretudo em suas primeiras dez emendas, que garantiram diversos direitos individuais e coletivos.

O texto da primeira emenda à Constituição americana determina: "O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas⁵⁶". (tradução livre)

Os princípios que norteiam a primeira emenda foram absorvidos por boa parte das legislações ocidentais posteriores e podem ser encontrados, inclusive na Constituição Cidadã de 1988. No art. 5º a Constituição brasileira traz uma série de direitos e garantias fundamentais, dentre as quais podem ser listadas: a garantia de que ninguém será obrigado a fazer nada, senão em virtude de lei; a livre manifestação do pensamento; a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença; a proibição de censura; o direito de propriedade, entre outros.

Em 1789 teve início o evento que é considerado como o marco primeiro da idade moderna e que trouxe consigo ainda mais avanços no campo dos direitos fundamentais, a Revolução Francesa.

A Idade Contemporânea, conforme é definida pelos historiadores, tem como seu marco inicial a Revolução Francesa, tida por muitos como um levante popular, mas que, conforme Yuval N. Harari "foi liderada por advogados abastados, não por camponeses esfomeados⁵⁷" que desembocou no fim do absolutismo monárquico na França e cujos efeitos foram sentidos por todo o mundo ocidental, inclusive no Brasil.

⁵⁶ Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances

⁵⁷ Sapiens – Uma breve história da humanidade. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2020, p. 116.

Após um longo processo de absolutismo real somado à crescente exploração das classes mais baixas e uma crise financeira brutal, a Revolução Francesa acabou com a monarquia, deu um fim ao sistema feudal e inaugurou um tempo de garantia de direitos sob a égide do lema “Liberdade, igualdade e fraternidade”.

O maior legado deixado pela Revolução Francesa foi, sem dúvidas, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Influenciada pela doutrina do Direito Natural a Declaração define e assegura os direitos individuais e coletivos como universais. Significa dizer que são válidos e exigíveis por todos os seres humanos, em qualquer território e a qualquer tempo.

Dentre os artigos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em tradução livre, destacam-se:

“Art.1.º Os Homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum

(...)

Art. 3.º O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente;

Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei;

(...)

Art. 7.º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve

obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência⁵⁸;

Tradução livre

A liberdade, igualdade e fraternidade almejada pelos revolucionários está expressa nos termos da declaração. Destaca-se ainda a inserção do princípio do devido processo legal no art. 7º acima transcrito.

Os princípios basilares da Declaração francesa influenciaram de forma notável a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas – em Paris, em 10 de dezembro de 1948.

Pensada após a barbárie da II Guerra Mundial tem o objetivo de fazer surgir uma sociedade global fundada na reafirmação da confiança na necessidade de proteger os direitos humanos, sem distinções de sexo, raça, língua ou religião⁵⁹.

⁵⁸ **Art. 1er.** Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

Art. 3. Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.

Art. 4. La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.

Art. 7. Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance.

⁵⁹ O sentimento de repulsa aos horrores perpetrados durante as Guerras Mundiais fica claro no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos humanos, conforme trecho abaixo transcrito:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem;

Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão;

Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações (...)” (Tradução livre)

O grande diferencial da Declaração Universal dos Direitos Humanos é que, pela primeira vez na história, um documento visando proteger direitos fundamentais foi redigido e aceito por representantes de países distintos de forma equitativa, visando dar ao documento verdadeiro alcance universal⁶⁰.

É importante frisar que a Declaração das Nações Unidas não possui obrigatoriedade legal – sendo observados pelas nações que se denominam como Estados Democráticos de Direito, mas serviu como base para dois tratados das Nações Unidas que possuem força legal e versam sobre Direitos humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional Sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Atualmente são diversas as formas de estudar os direitos fundamentais e sua proteção. Parte da doutrina clássica divide os direitos humanos em gerações ou dimensões.

Consideram que a primeira geração guarda identidade com os direitos relativos à liberdade, na medida em que limitavam o poder do Estado e defendiam o indivíduo frente ao poder do soberano.

Já os direitos de segunda geração, a partir da Revolução Industrial, possuem relação com os direitos relativos à igualdade, uma vez que o estado era obrigado a

⁶⁰ A universalidade da Declaração pode ser vista no fato de ser o documento mais traduzido do mundo, contando com 508 traduções diferentes. Dentre os artigos da Declaração Universal dos direitos Humanos, destacam-se:

Artigo 1° Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Artigo 2° Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Artigo 3° Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo 4° Ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos. (Tradução livre)

intervir na economia para evitar ou amenizar as injustiças advindas do capitalismo crescente.

Por sua vez os direitos de terceira geração coadunam-se com os ideais de fraternidade, pois tem caráter coletivo e dizem respeito a valores como: paz; desenvolvimento; autodeterminação dos povos; meio ambiente, entre outros.

A Constituição Federal brasileira prevê, em seu art. 226, que a família é a base da sociedade e que, por isso mesmo, deverá ter proteção especial por parte do Estado. Há ainda a previsão de que a entidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes – não apenas filhos, goza do status de família. Ademais o legislador constituinte determinou ainda que a união estável seja equiparada ao casamento a fim de assegurar ao maior número possível de pessoas a segurança estatal⁶¹.

A proteção constitucional à família e seu patrimônio pode também ser encontrada no art. 5º, inciso XXX que determina: “é garantido o direito de herança”. Ou seja, nenhuma família será destituída de suas posses por força de gratuita ação estatal e nem o Estado permitirá que a família seja turbada em seu *status quo* por vontade de outrem.

A proteção estatal às famílias deverá ter ainda outras facetas, mesmo que indiretas, pois quando o Estado garante educação de qualidade está também, por via transversa, protegendo as famílias, na medida em que provê meios para que as crianças se desenvolvem plenamente e venham a ser integrantes colaborativos da sociedade e cidadãos conscientes de sua condição. O mesmo pode ser dito em relação à saúde pública e segurança, por exemplo, pois todas as famílias são

⁶¹ O texto constitucional determina:
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.

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

beneficiadas quando o Estado oferece políticas públicas bem elaboradas e bem operacionalizadas.

Toda a marcha histórica pela qual passaram os direitos humanos, desde uma época em que começaram a ser protegidos ainda de forma precária e sem serem reconhecidos como fundamentais à condição humana, fez com que a sociedade atual tenha alcançado um nível de proteção aos direitos – ainda que apenas de maneira formal em alguns casos, como nunca aconteceu antes.

Não se pode deixar de fora da proteção estatal as famílias que são formadas em novos arranjos e que são uma realidade crescente, não só no Brasil, mas em todo o mundo. Não há que se falar em família apenas como aquela composta por pai, mãe e os filhos advindos dessa união. Há toda uma gama de situações e configurações familiares que precisam ser reconhecidas como tal, até para poder ter seus direitos assegurados. Hodiernamente há os fenômenos da multiparentalidade, da parentalidade socioafetiva, das famílias homoafetivas e, mais recentemente, tem surgido o que tem sido chamado de poliamor. Quem poderia definir objetivamente o que é – ou o que deveria ser, uma família?

Assim como todas as situações que dizem respeito à condição humana, a definição de família é tarefa extremamente complexa e ingrata. Complexa pois não há como delimitar objetivamente que grupos devem ser reconhecidos como famílias e que grupos não gozam dessa prerrogativa e, mais importante ainda, por que não os reconhecer como tal? Ingrata justamente porque ao reconhecer apenas alguns, fatalmente estar-se-á colocando outros à margem de direitos e, deixá-los à mingua de guarda estatal, equivale a roubar um pouco de sua condição humana, pois que lhes é negado o *status* de família, com todos os ônus e bônus que dele advém, seria roubar-lhes a dignidade.

Ingo Sarlet assim define dignidade:

qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade,

implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Garantir os direitos fundamentais é também proteger a dignidade e a identidade dos cidadãos e, por extensão, das famílias.

O tema dos direitos fundamentais é, sem sombra de dúvidas, dos mais intensos e palpitantes - verdadeiros pontos nevrálgicos, e controversos no Direito atual.

Não se pode negar que a proteção aos Direitos Fundamentais e à família se entrelaçam por toda a história da humanidade. O pai de família não pode mais dispor de seus filhos como bem quiser, como já foi corrente em Roma onde o *pater familias*, mais elevado *status* familiar, detinha poder total e absoluto sobre a vida – e até a morte, de seus filhos e filhas.

Direitos Humanos, segundo uma parte da doutrina, são aqueles inerentes a todos indistintamente e que emanam diretamente da condição humana. Serão chamados Direitos Fundamentais quando positivados nas constituições dos Estados nacionais. Faz-se mister destacar que, notadamente, apenas os Estados Democráticos de Direito trazem tal previsão em suas constituições. Isso acontece em razão de que a observância aos Direitos fundamentais, muitas vezes, pode significar uma limitação ao poder do Estado.

Porém essa limitação à ação estatal não só é benéfica, como também necessária a fim de evitar que se repitam abusos de poder absurdos como já se viu ao longo da história.

Os desafios pelos quais a família passa nos dias de hoje não são tão diferentes daqueles pelos quais ela passou desde que se tem notícia. Se antes o desafio era

fazer dos filhos continuadores idôneos para os negócios e responsabilidades do patriarca, hoje o desafio é fazer dos filhos cidadãos conscientes e participativos na sociedade a fim de que a mesma possa continuar avançando.

Não se pode pensar ser normal a possibilidade de haver alguma família desprotegida ou fora do alcance das benesses estatais por não ser reconhecida como tal em razão de sua configuração.

Muito se tem discutido a respeito da necessidade de preservar o direito à dignidade humana. Como a sociedade pode pensar em dignidade humana se, ao mesmo tempo, anacronicamente, nega direitos aos membros de determinadas famílias?

Por mais que as comunidades humanas avancem no tempo e no espaço, há pontos que demonstram ser imutáveis. A própria noção de pertencimento a uma família ou grupo está intimamente ligada à forma como as pessoas se enxergam no seio da sociedade e à forma como as pessoas se relacionam com a felicidade.

Não é apenas a eventual melhoria de condição financeira ou ascensão social que realmente trazem felicidade às pessoas. Todo um contexto de pertencimento familiar está envolvido e tem, de fato, importância basilar na obtenção do *status* de “pessoa feliz”.

“A família e a comunidade parecem ter mais impacto em nossa felicidade que o dinheiro e a saúde. As pessoas com famílias unidas que vivem em comunidades integradas e solidárias são significativamente mais felizes que aquelas cujas famílias são disfuncionais e que nunca encontraram (ou nunca buscaram) uma comunidade à qual pertencessem.

(...)

Isso suscita a possibilidade de que a imensa melhoria nas condições materiais ao longo dos últimos dois séculos tenha sido anulada pelo colapso da família e da comunidade.

(...)

No entanto, a descoberta mais importante é que a felicidade não depende de condições objetivas em matéria de saúde, riqueza ou mesmo comunidade. Pelo contrário, depende da correlação entre condições objetivas e expectativas subjetivas.

(...)

Você pode dizer que não precisávamos de um monte de psicólogos e seus questionários para descobrir isso. Profetas, poetas e filósofos se deram conta, milênios atrás, de que estar satisfeito com o que já se tem é muito mais importante do que obter mais daquilo que se deseja. Entretanto, é bom quando a pesquisa moderna – reforçada por um monte de cifras e gráficos – chega às mesmas conclusões que os antigos”.

Significa dizer que há um amálgama de situações que constantemente se chocam, se misturam e se complementam, que torna as homens e mulheres, muito mais do que cidadãos, pessoas e que a família, justamente por seu caráter subjetivo, tem papel fundamental e inegavelmente relevante na tessitura social em sua miríade de contextos e complexidades.

As novas configurações de famílias demandam da sociedade novas formas de enxergá-las e protegê-las. As famílias são diversas, mas a realidade é uma só: todas precisam ser reconhecidas e respeitadas como tal.

É no núcleo familiar que todos começam a aprender como devem se comportar na coletividade. Pode haver família sem sociedade, mas não pode haver sociedade sem família. A família é a base da sociedade, tanto porque a sustenta, como porque a valida.

Ainda se está longe de esgotar o assunto dos Direitos Fundamentais e suas repercussões nas famílias, mas inegavelmente o avanço alcançado, sobretudo desde a metade final do séc. XX mostra que, ao menos em tese, a humanidade está caminhando para um cenário de maior proteção individual e coletiva.

4.3.1. Sucessões:

Sucessão significa a continuação de algo ou alguém no lugar de outra pessoa ou outra coisa. De qualquer forma, quando se fala de sucessão há também a referência a uma sequência, à continuação ou prosseguimento normal dos fatos, coisas ou pessoas.

Por outro lado, a noção de sucessão está estreitamente vinculada com a descendência de um progenitor, quer dizer, após a morte do pai, o descendente direto, que é o caso do filho, terá o direito de ser o herdeiro e, portanto, poderá possuir com toda autoridade os bens, obviamente se nenhum documento assinado pelo pai impedir com antecedência.

O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa define sucessão da seguinte forma:

“ 1 série de coisas, fatos, pessoas que ocorrem seguidamente <s. de reis> <s. de ideias> 2 transmissão de direitos , encargos ou bens de uma pessoa falecida a seus herdeiros <direito de s.> <s. do reino> 3 p.ext. conjunto dos herdeiros ou dos decedentes <não deixaram s.>”. (grifou-se)

Já o Direito das Sucessões é o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou testamento.

É importante traçar a diferença entre herança e sucessão. Esta é o fato de, em razão do falecimento do titular, uma pessoa entrar em substituição a ele em relação a obrigações e direitos já constituídos. Aquela é a soma formada por esse conjunto passado a uma ou mais pessoas em razão do falecimento.

Dessa forma resta claro que sucessão, herança e sucessores são institutos que não devem e não podem ser confundidos.

Ainda que não fosse reconhecido ou tratado como tal, o Direito das Sucessões está presente na história, desde as mais priscas eras. As mais antigas codificações de leis de que se tem notícia já previam os atos e formalidade que deveriam ser adotados quando fosse necessário transmitir a terceiros os bens de alguém que falecera.

No campo da anterioridade histórica nenhum outro conjunto de leis supera o Código de Hamurabi, mencionado em linhas pretéritas. Foi escrito por volta do séc. XVIII a.c. e que leva o nome do rei que o escreveu.

Hamurabi legou à história a primeira redação unificada de um corpo de leis, de concepção racional e humana, embora no prólogo o rei diga textualmente que houvera sido chamado por Bel e Anu – duas divindades babilônicas, e que eles o inspiraram.

O objetivo declarado de Hamurabi ao escrever o Código era a implantação da justiça na Terra, a destruição do mal, a prevenção da opressão do fraco pelo forte, propiciar o bem-estar do povo e iluminar o mundo.

Infelizmente o homem moderno tem a tendência de acreditar que os homens da antiguidade distante fossem néscios ou tivessem capacidade cognitiva inferior. Nada mais distante da verdade.

O Código de Hamurabi contempla as mais diversas áreas da vida em sociedade e serviu de base para boa parte das codificações que surgiram posteriormente. À guisa de exemplo pode ser citada a famosa Lei de Talião, resumida no jargão “olho por olho”.

Em uma primeira leitura pode parecer que tal previsão legal seja uma espécie de autorização para a prática da barbárie. Porém, na verdade, ao positivar especificamente o tipo de vingança que seria admitida para cada tipo de ofensa sofrida, Hamurabi está justamente limitando a violência reinante à época.

Faz-se mister salientar que então a humanidade vivia sob a égide do que hoje o Direito moderno chama de “vingança privada”. Nessa situação, quando ofendido, ameaçado ou turbado em algum de seus direitos, o homem – ou sua família, tinha o direito de retaliar o ofensor ou sua família a fim de buscar certa compensação.

Não raro a vingança privada excedia os limites da ofensa sofrida e dava início a verdadeiros banhos de sangue que se estendiam por muito tempo, às vezes até por gerações.

O capítulo X do referido código tem o nome de “Matrimônio e família, delitos contra a ordem da família. Contribuições e doações nupciais, sucessão” e prevê⁶²:

“150 - Se alguém dá à mulher campo, horto, casa e bens e lhe deixa um ato escrito, depois da morte do marido, seus filhos não deverão levantar contestação: a mãe pode legar o que lhe foi deixado a um de seus filhos que ela prefira, nem deverá dar coisa alguma aos irmãos”. (Grifou-se)

É de perceber, já nesse primeiro momento, que o fito do legislador era tentar impedir que o patrimônio de um homem fosse transferido para alguém fora de sua família. O artigo acima transcrito demonstra que, caso o patriarca deixasse um ato escrito beneficiando sua esposa, esta poderia herdar livremente. Porém a esposa herdeira não poderia dispor como quisesse dos bens que recebeu. Ela só poderia transferi-los para um filho preferido.

Esse princípio visava demonstrar não só a sucessão na posse dos bens, mas a própria transmissão de poder e influência dentro da família. Nesse momento o filho que daria continuidade ao legado de seu pai poderia não ser o primogênito, bastava que fosse o preferido de sua mãe.

Pode-se fazer aqui um paralelo, ainda que não absolutamente em paralelo pois a história se desenrola com o pai idoso ainda vivo, com a história do patriarca Jacó,

⁶² Apesar de não haver sido originalmente redigido sob a forma de artigos, conforme a maneira contemporânea, Hamurabi escreveu seu código usando o que se pode chamar de itens ou pontos. Apenas com o fito de facilitar a compreensão, chama-se a esses itens de artigos. Dessa forma transcreveram-se os artigos 150; 170; e 171 do Código de Hamurabi.

narrada na Bíblia. Ele tinha um irmão gêmeo, porém ele havia sido o segundo a nascer.

Em acordo com o costume da época e da região em que habitavam, ele não receberia a bênção de seu pai, que estava reservada ao seu irmão Esaú. Junto com a bênção – espécie de autorização pública para ser o continuador do pai, o irmão mais velho receberia todos os bens de seu pai, enquanto seu irmão, por haver nascido em segundo lugar, não herdaria nada.

A mãe cria um estratagema e, enquanto o mais velho havia saído para caçar a pedido do pai já idoso e cego, faz com que o mais novo consiga receber a bênção – e conseqüentemente a herança, de seu irmão mais velho.

Ainda no campo do Direito da Sucessões, outra determinação do Código:

“170 - Se a alguém sua mulher ou sua serva deu filhos e o pai, enquanto vive diz aos filhos que a serva lhe deu: "filhos meus", e os conta entre os filhos de sua esposa; se depois o pai morre, os filhos da serva e da esposa deverão dividir conjuntamente a propriedade paterna. O filho da esposa tem a faculdade de fazer os quinhões e de escolher”. (Grifou-se)

Na ocorrência de filhos gerados fora do matrimônio socialmente reconhecido, caso aquele homem reconhecesse os filhos gerados, eles poderiam herdar, porém os quinhões deveriam ser definidos pelos filhos legítimos como bem lhes aprouvesse.

“171 - Se, porém, o pai não disse em vida aos filhos que a serva lhe deu: "filhos meus", e o pai morre, então os filhos da serva não deverão dividir com os da esposa, mas se deverá conceder a liberdade à serva e aos filhos, os filhos da esposa não deverão fazer valer nenhuma ação de escravidão contra os da serva; a esposa poderá tomar o seu donativo e a doação que o marido lhe fez e lavrou por escrito em um ato e ficar na habitação de seu marido; enquanto ela vive, deverá gozá-la, mas deverá vendê-la por dinheiro. A sua herança pertence aos seus filhos”. (Grifou-se)

Na hipótese de filhos ilegítimos não reconhecidos pelo pai antes de sua morte, eles não tinham direito a herdar nada. Note-se que o princípio que buscava manter os bens de um homem dentro de sua própria família pode ser percebido através da previsão de que qualquer herança que a mãe viesse a receber seria, na verdade, de seus filhos. Tal procedimento se justificava como a forma de evitar que o patrimônio de um homem acabasse indo parar, ainda que por via transversa, com a família de sua esposa ou de terceiros.

A sociedade de então, ainda na tentativa de não permitir que a herança de um homem fosse transmitida para alguém fora de sua família concebeu o costume conhecido como “Obrigação de cunhado” e que posteriormente passou a se chamar “Lei do levirato”.

Caso um homem morresse sem deixar filhos homens para herdar seu patrimônio, seu irmão tinha a obrigação de se casar com a viúva – daí a nomenclatura Obrigação de cunhado. O primeiro filho havido dessa união seria considerado como filho do irmão morto e herdaria todos os bens do *de cuius*.

Em momento posterior a obrigação foi ampliada no sentido de incluir algumas possibilidades tais como: negativa do irmão em casar com sua cunhada viúva – motivo de vergonha extrema para a família; e possibilidade de, em caso de negativa, ou ausência de irmãos, fosse a viúva resgatada pelo parente mais próximo do sexo masculino.

Um exemplo claro da aplicação da Lei do Levirato pode ser encontrado na Bíblia, no livro de Rute. Boaz, parente que casa com a viúva Rute, não era irmão de seu falecido marido e nem o parente mais próximo. Em verdade ele era o segundo na linha da obrigação e, em razão da negativa do parente mais próximo, casou-se com Rute.

Aproximadamente duzentos anos após a produção do Código de Hamurabi, Moisés - segundo a tradição hebraica, escreveu as leis de Deus para reger a vida do povo de Israel durante sua peregrinação do deserto e após o assentamento na Terra Prometida.

O influxo do Código de Hamurabi se faz sentir em diversos momentos, inclusive pela falta de previsão de possibilidade de filhas herdarem qualquer coisa que fora de seu pai.

Porém o legislador hebreu deu um passo adiante e inovou em relação ao seu antecessor babilônico.

O livro bíblico de Números 27:1-11 narra a história das filhas de Zelofeade nos seguintes termos:

“1- E chegaram as filhas de Zelofeade, filho de Hefer, filho de Gileade, filho de Maquir, filho de Manassés, entre as famílias de Manassés, filho de José; e estes são os nomes delas; Maalá, Noa, Hogla, Milca, e Tirza;

2- E apresentaram-se diante de Moisés, e diante de Eleazar, o sacerdote, e diante dos príncipes e de toda a congregação, à porta da tenda da congregação, dizendo:

3- Nosso pai morreu no deserto, e não estava entre os que se congregaram contra o Senhor no grupo de Coré; mas morreu no seu próprio pecado, e não teve filhos.

4- Por que se tiraria o nome de nosso pai do meio da sua família, porquanto não teve filhos? Dá-nos possessão entre os irmãos de nosso pai.

5- E Moisés levou a causa delas perante o Senhor.

6- E falou o Senhor a Moisés, dizendo:

7- As filhas de Zelofeade falam o que é justo; certamente lhes darás possessão de herança entre os irmãos de seu pai; e a herança de seu pai farás passar a elas.

8- E falarás aos filhos de Israel, dizendo: Quando alguém morrer e não tiver filho, então fareis passar a sua herança à sua filha.

9- E, se não tiver filha, então a sua herança dareis a seus irmãos.

10- Porém, se não tiver irmãos, então dareis a sua herança aos irmãos de seu pai.

11- Se também seu pai não tiver irmãos, então dareis a sua herança a seu parente, àquele que lhe for o mais chegado da sua família, para que a possua; isto aos filhos de Israel será por estatuto de direito, como o Senhor ordenou a Moisés".
(grifou-se)

Pela primeira vez na história registrada filhas puderam herdar as possessões de seu pai. No entanto é digno de nota que, ao fazer essa concessão, foi inserida uma exigência: a filha que herdasse por não ter irmãos homens que o fizessem em seu lugar, só poderia se casar com um homem de sua própria tribo, de seu próprio clã, conforme pode ser visto na transcrição abaixo do livro de Números 36:1-8:

"1- Os chefes de família do clã de Gileade, filho de Maquir, neto de Manassés, que pertenciam aos clãs dos descendentes de José, foram falar com Moisés e com os líderes, os chefes das famílias israelitas.

2- E disseram: "Quando o Senhor ordenou ao meu senhor que, por sorteio, desse a terra como herança para os israelitas, ordenou que vocês dessem a herança de nosso irmão Zelofeade às suas filhas.

3- Agora, suponham que elas se casem com homens de outras tribos israelitas; nesse caso a herança delas será tirada da herança dos nossos antepassados e acrescentada à herança da tribo com a qual se unirem pelo casamento.

4- Quando chegar o Ano do Jubileu para os israelitas, a herança delas será acrescentada à da tribo com a qual se unirem pelo casamento, e a propriedade delas será tirada da herança da tribo de nossos antepassados".

5- Então, instruído pelo Senhor, Moisés deu esta ordem aos israelitas: "A tribo dos descendentes de José tem razão.

6- É isto que o Senhor ordena quanto às filhas de Zelofeade: Elas poderão casar-se com quem lhes agradar, contanto que se casem dentro do clã da tribo de seu pai.

7- Nenhuma herança em Israel poderá passar de uma tribo para outra, pois todos os israelitas manterão as terras das tribos que herdaram de seus antepassados.

8- Toda filha que herdar terras em qualquer tribo israelita se casará com alguém do clã da tribo de seu pai, para que cada israelita possua a herança dos seus antepassados". (Grifou-se)

É importante salientar que essa lei perdurou por todo o tempo em que a nação de Israel se identificava por meio das 12 tribos originadas a partir do patriarca Jacó. Essa forma de identificação só deixou de ser adotada por volta do século VI a.C. quando, do retorno do cativo na Assíria, e depois na Babilônia, os judeus não podiam dizer com toda certeza a que tribo pertenciam, em razão dos casamentos mistos que ocorreram.

A legislação romana conhecida como a Lei das Doze Tábuas surgiu como uma das consequências das lutas dos plebeus de Roma por igualdade e contra os privilégios dos patrícios – uma primeira conquista havia sido a criação da figura do Tribuno da Plebe.

As leis romanas, até então, transmitidas por via oral e totalmente manipuladas pelos patrícios, passaram a ser escritas e públicas. As tábuas ficavam expostas no Fórum Romano, no centro da cidade. Tal providência fazia com que os magistrados não pudessem mais justificar como quisessem qualquer decisão, pois qualquer pessoa poderia, simplesmente, conferir o que estava escrito nas tábuas.

As tábuas não eram propriamente uma codificação legal. Antes, eram a transcrição dos costumes adotados até então.

A tábua de número cinco previa:

Tábua 5 – Das heranças e tutelas.

1. As disposições testamentárias de um pai de família sobre seus bens, ou a tutela dos filhos, terão a força de lei.

2. Se o pai de família morrer intestado, não deixando herdeiro seu, que o agnado mais próximo seja o herdeiro.

3. Se não houver agnados, que a herança seja entregue aos gentis.

4. Se um liberto morrer intestado, sem deixar herdeiros seus, mas o patrono ou os filhos do patrono a ele sobreviverem, que a sucessão desse liberto se transfira ao parente mais próximo da família do patrono.

Grifou-se

Em primeiro lugar chama atenção o fato de que disposições testamentárias do pai de família tinham força de lei. Isso se dava em razão do chamado *pater familias* – pátrio poder, que era absoluto. O patriarca da família tinha poder completo sobre a vida de sua família – esposa, filhos e filhas, podendo até mesmo vendê-los, condená-los à escravidão ou decidir por suas mortes.

Michael J. Sandel, em seu livro “Justiça – o que é fazer a coisa certa”, traz oportuna ponderação acerca dos limites a ser observado pelos indivíduos que podem, ou não, exercer poder sobre outrem:

A ideia de um indivíduo ser dono de si mesmo é interessante, em especial para aqueles que procuram um fundamento forte para os direitos individuais. A ideia de que pertença a mim mesmo, e não ao Estado ou à comunidade política, é uma forma de explicar por que é errado que eu sacrifique meus direitos em favor do bem-estar alheio. Lembremo-nos de nossa relutância em empurrar da ponte o homem corpulento para que ele bloqueasse a passagem do bonde. Não estaríamos hesitando em empurrá-lo porque reconhecemos que sua vida lhe pertence? Caso ele tivesse pulado espontaneamente para a morte a fim de salvar os trabalhadores dos trilhos, poucas pessoas fariam objeções. Tratava-se, afinal, da vida que lhe

pertencia. Mas não podemos nos apoderar da vida alheia e usá-la, mesmo que isso seja feito por uma boa causa..⁶³

A partir do poder paterno chegou-se ao instituto do pátrio poder. Este diferente daquele na medida em que denota, muito mais do que parentesco, a ideia de hierarquia, justificando a obediência e o respeito devidos ao patriarca da família, retirando-lhe, no entanto, a faculdade de decidir a sorte de seus filhos de forma absoluta. Tal respeito lhe era devido, não apenas pelos filhos por ele gerados, mas todo e qualquer agregado que passasse a ser considerado como membro de sua família.

Em segundo momento cabe perceber a exclusão da linha sucessória dos descendentes por linhagem feminina. Esta previsão da lei das XII tábuas traça uma linha de sucessão levando em consideração apenas os descendentes da linhagem masculina, com o claro objetivo de impedir que o patrimônio saísse da família ou, em última análise, do clã.

Platão registra que o chamado parentesco é, na verdade, a comunidade dos mesmos deuses domésticos. Já Plutarco define irmãos como sendo homens que tem o dever de fazer os mesmos sacrifícios domésticos. Percebe-se que aqui a causa primeira do parentesco era o culto e não o nascimento.

Em Roma o filho era o continuador natural do pai. Entre o pai e o filho não existe nem doação, nem legado, nem mudança de propriedade. Há simplesmente, continuação. A regra estabelecida para o culto é que este se transmitia de varão em varão, e a regra para herança é que esta esteja em conformidade com o culto.

O objetivo maior continuou a ser não permitir que o patrimônio de um homem fosse entregue para alguém fora de sua família ou clã.

Pode residir nesse princípio - segundo o qual o filho é o continuador do pai - ainda que em Roma essa noção de continuação fosse muito mais abrangente, pois atingia

⁶³ Justiça – o que é fazer a coisa certa, 26ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira p. 89.

esferas sociais além da patrimonial, as origens remotas do princípio hodierno conhecido como Saisine.

O princípio da Saisine encontra sua origem na França e determina que a posse dos bens do *de cuius* é transmitida aos herdeiros imediatamente após a sua morte. Significa dizer que, uma vez morto o proprietário de bens, estes estão de pronto sob a posse de seus herdeiros. Cabe observar que o processo de inventário não tem então o fito de transmitir posse aos herdeiros, mas tão somente de organizar a partilha dos bens deixados, segundo os preceitos legais.

O citado princípio da Saisine encontra eco na legislação pátria no art. 1.784 do Código Civil que, ao abrir o Livro V, dedicado ao Direito das Sucessões, declara: “Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”.

E no art. 1.791, complementa:

Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

Significa dizer que não há nenhuma espécie de vacância na propriedade dos bens. Uma vez morto o atual proprietário, seu patrimônio já passou a seus herdeiros. Ainda que possa haver disputa sem sede de inventário por algum bem específico, não se pode negar que, conforme a previsão legal acima mencionada, todos os herdeiros, em conjunto, já são os proprietários legítimos de todo o patrimônio.

Friedrich Engels, em sua obra “A origem da família, da propriedade privada e do Estado” traça interessante comentário acerca da titularidade de patrimônio particular:

É bem difícil dizer se o autor do chamado primeiro livro de Moisés considerava o patriarca Abraão proprietário de seus

rebanhos por direito próprio, por ser o chefe de uma comunidade familiar, ou em virtude de seu caráter de chefe hereditário de uma gens⁶⁴.

Ao falar de Brasil interessa dar um salto no tempo e chegar até as Ordenações Filipinas, no ano de 1595. Curiosamente as Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil por mais tempo do que em Portugal. Enquanto lá foram revogadas pelo Código Civil de 1867, aqui permaneceram vigendo de forma parcial até o advento do Código Civil de 1916.

Enquanto nas Ordenações Afonsinas e Manuelinas, houve simples referência assistemática; nas Ordenações Filipinas o cônjuge foi colocado em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, após os descendentes e os parentes colaterais, que herdavam até o décimo grau.

Tal posição, ainda que precária, já representava um avanço, visto que até então o cônjuge ocupava a sexta posição na ordem de vocação hereditária. Na prática isso significava que o cônjuge nunca herdava o patrimônio que, muitas vezes, até ajudara a construir.

A posição precária ocupada pelo cônjuge – notadamente a mulher, na ordem de vocação hereditária, só foi modificada em 1907, por meio da lei 1.839, que ficou conhecida como "lei Feliciano Pena". Essa lei trouxe o cônjuge para o terceiro lugar, antes dos colaterais.

Atualmente o Código Civil, em relação à vocação hereditária, determina:

“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

⁶⁴ A origem da família, da propriedade privada e do Estado. 1ª ed. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2014. p. 65.

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Notável avanço pode ser notado pelo fato de o cônjuge sobrevivente, sem distinção de sexo, aparecer já em primeiro lugar, concorrendo com os descendentes.

No atual contexto brasileiro, tal é a marcha da sociedade que já se conhece, inclusive, ações - fundamentadas no princípio da afetividade, para ver estabelecido o que se convencionou chamar de parentalidade socioafetiva.

Essas ações visam o reconhecimento judicial de uma condição de fato em que haja um vínculo de afetividade real entre pessoas que não estão ligadas pela consanguinidade.

Porém o que se tem observado é que, na verdade, a maior parte dessas ações que se dizem baseadas em afetividade, visam tão somente dar a seus autores a possibilidade de participar do patrimônio deixado por terceiros de quem não seriam herdeiros legais. É uma inovação que vem ganhando adeptos no campo das sucessões.

A sucessão patrimonial é uma realidade humana desde o momento em que o homem passou a formar família e acumular bens. As diversas formas como foi tratada e regida ao longo da história, *de per si*, já demonstram a importância do tema.

A sucessão pode ser vista sob a ótica do Direito; da religião; da filosofia; da sociologia; ou, ainda, da política, dentre outros. Porém é inegável que, para a sociedade ocidental dos dias de hoje o aspecto mais importante é o financeiro.

Milhares de inventários - judiciais ou não, são abertos todos os anos com o objetivo primordial de conceder a seus autores o domínio sobre o patrimônio que a eles foi legado por via de herança.

Não é sem razão que Paul Veyne afirma com seca e aguda franqueza que: “Os juristas sempre se preocuparam mais com o patrimônio do que com a moral⁶⁵”

Já foram tratadas algumas maneiras através das quais as famílias são formadas. Mas não é esse o foco no presente tópico.

É interessante perceber e identificar o fenômeno que tem sido chamado de “novas configurações de família” em contraponto à chamada família tradicional, assim compreendida como sendo aquela formada pelo pai, pela mãe e pelos filhos em comum.

Afinal de contas, modernamente não se pode imaginar que apenas a configuração acima receba o rótulo de família. Mas, o que finalmente, torna determinado núcleo humano em uma família?

Imagine-se a seguinte situação: uma família tradicional – pai, mãe e filhos em comum – é vítima de uma tragédia e o pai vem a falecer com os filhos ainda crianças muito pequenas e estas, talvez, nem venham a ter recordações de seu pai. Nessa situação pode-se dizer que a família deixou de existir, ou ela apenas assumiu uma configuração diversa em razão dos fatos?

Da mesma forma imagine-se agora um casal com filhos e cujo casamento foi desfeito em razão do divórcio. Significa dizer que se está diante do fim da família? A família só existe na constância do casamento? Ainda diante da situação acima relatada, imagine-se a situação em que um, ou até os dois ex-cônjuges, contraia novas núpcias, qual será o resultado: uma nova grande família abarcando os dois casais distintos e os filhos havidos em comum ou não; ou serão duas famílias absolutamente distintas, ainda que com pontos em comum, no caso, os filhos das primeiras núpcias?

E no caso de uma família de dois ou mais irmãos, filhos do mesmo casamento, em que os pais vêm a falecer. Com a morte dos pais estão desfeitos os laços familiares?

⁶⁵ **História da vida privada 1** – do império romano ao ano mil. São Paulo: Companhia de Bolso.

Ainda pode-se pensar na situação de um homem ou de uma mulher, solteiros, que adotem uma criança. O amor entre pai adotivo (ou mãe adotiva) e filho (a) não será suficiente para configurar uma família?

Aliás, seria esse o ponto fulcral da questão, o amor? Caso entenda-se que sim, então toda e qualquer configuração possível – tradicional; monoparental por qualquer razão; adotiva; homoafetiva; ou, ainda, socioafetiva tem que ser, necessariamente, entendida como família e respeitada como tal, gozando, inclusive, de todas as suas prerrogativas, direitos e deveres.

Tarefa árdua e inglória seria conseguir demonstrar que qualquer das possibilidades acima pode, sob qualquer ângulo, não ser considerada como uma família, ao menos em uma sociedade que vive em um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil.

Entende-se que o conceito de família deve ser o mais *lato* possível, uma vez que a sociedade é absolutamente diversa em suas possibilidades e, mais ainda, em suas realidades. Seja ela fruto de amor, de interesses, ou seja, lá quais forem as causas de sua formação, nenhum país pode pretender ser realmente desenvolvido sem reconhecer sua existência e dar-lhes a devida proteção.

A entidade familiar é tão importante que muitos países inserem em suas Constituições dispositivos a elas relativos, numa clara tentativa não apenas de protegê-la, mas, antes de tudo, de desenvolvê-la.

É caso da Constituição brasileira que em seu art. 226 estatui:

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

(...)

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e 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.

(...)

§8º **O Estado assegurará a assistência à família** na pessoa de cada dos que a integram, criando mecanismos para **coibir a violência** no âmbito de suas relações.” (Grifou-se)

A partir desses mandamentos constitucionais pode-se inferir que a família possui um *status* especial na sociedade, devendo ser estimulada a sua formação e manutenção, bem como devem ser dados aos componentes do grupo familiar subsídios para um desenvolvimento pleno e sadio.

Não se fala aqui de assistencialismo, mas de ser garantido à população o acesso aos direitos básicos, previstos na própria Lei Maior, tais como: alimentação; educação; segurança; saúde, dentre outros. Significa dizer que a melhor proteção que o Estado pode dar às famílias é funcionar de forma adequada. Mais vale um posto de saúde bem equipado e com profissionais competentes ou uma escola com carteiras novas e professores motivados, do que a edição de leis inócuas, como a famigerada “Lei da palmada”.

O art. 226, §8º acima mencionado visa coibir a violência familiar. percebe-se que violência familiar pode ser entendida como situações em que um ou mais membros da família sejam agredidos física, moral ou psicologicamente. Porém a discussão entre os limites que separam a chamada “palmada” de um espancamento nem sempre são claros e podem ser melhor analisados sob o prisma sociológico e psicológico, conjuntamente.

Não é com tentativas de interferir em situações de foro íntimo como a lei acima mencionada que o Estado promove a proteção à família. O Estado não pode entrar na casa das famílias e ditar como as relações devem acontecer, sob pena de configurar-se uma ditadura. O que cabe ao Ente Público é tão somente prover as

condições necessárias para que as pessoas, e conseqüentemente, as famílias desenvolvam-se da melhor forma possível.

Hoje em dia os tribunais brasileiros, seguindo uma tendência mundial, têm reconhecido o instituto jurídico da filiação ou parentalidade socioafetiva.

Tal modelo de filiação não decorre do sangue ou, necessariamente, de uma adoção, mas sim das intrincadas relações que ocorrem no seio das famílias. Diferentemente do que se poderia pensar, não se está falando de pais ou mães de criação apenas, mas de pais e mães que se enxergam assim e são reconhecidos como tais por filhos que não geraram. Está se falando de pessoas ligadas por um forte vínculo afetivo.

Etimologicamente tem-se que afeto é: **1-** Sentimento de amizade, dedicação; **2-** objeto de afeição (Soares Amora, 2014). Ou seja, é algo que não pode ser friamente mensurado por alguém ou por algum diploma legal. Deve ser observado em cada caso concreto para que se identifique a sua ocorrência.

A psicologia, dentre diversas interpretações, a respeito do que pode ser considerado como afeto, ensina que tal palavra designa a qualidade que abrange todos os fenômenos afetivos.

No âmbito da psicologia, afetividade pode ser entendida como a capacidade individual de experimentar o conjunto de fenômenos afetivos (tendências, emoções, paixões, sentimentos). A afetividade consiste na força exercida por esses fenômenos no caráter de um indivíduo.

A afetividade tem um papel crucial no processo de aprendizagem do ser humano, porque está presente em todas as áreas da vida, influenciando profundamente o crescimento cognitivo. Todos têm a lembrança de como aprendiam mais facilmente o conteúdo de uma disciplina de cujo professor (a) gostavam, ao passo que era mais difícil estudar aqueles conteúdos relativos a disciplinas cujos professores não eram queridos.

Nesse sentido há decisões pretorianas no Brasil que concedem a possibilidade da inserção no registro de nascimento do nome de pessoa que não é efetivamente o genitor ou genitora.

Observe-se que não estamos falando da substituição de nomes, mas da ocorrência, a partir de então, de pessoas em cuja certidão de nascimento constarão os nomes de dois pais e uma mãe; ou duas mães e um pai.

As decisões judiciais têm destacado também o fato de que além do filho ter direito de ter reconhecido como pai ou mãe aquela pessoa a quem de fato ama, é direito do pai (ou mãe) socioafetivo ter a sua condição reconhecida. Além da posse do estado de filho, é forçoso reconhecer que se está diante do reconhecimento da posse do estado de pai ou mãe.

Conforme mencionado em linhas pretéritas, uma sociedade sem família é algo que o mundo ainda não conheceu. Tal possibilidade está, ao menos até o momento, restrita ao campo da ficção. E, neste caso, conforme mencionado acima analisar-se-á brevemente a obra de um dos primeiros autores a imaginar o que se convencionou chamar de distopia: Aldous Huxley, em seu Admirável Mundo Novo.

Ele situa a sua história no que ele chamou ano 600 d. F. (ano 600 depois de Ford). É interessante notar que para conceber uma sociedade sem família o autor concebeu, antes, uma sociedade sem religião.

Não há menção a Cristo, Buda, Krishna ou qualquer outro objeto de culto. Não existem objetos ou sinais sagrados – embora o tradicional sinal da cruz tenha sido substituído pelo sinal de um T - não existem gurus, mestres ou guias. Todos estão à mercê unicamente da vontade estatal, desde o estágio embrionário.

A felicidade das pessoas é (ou deveria ser) um dos grandes objetivos do governo central, como forma de conseguir manter a população acomodada e impedir que crises, revoltas ou revoluções aconteçam. Não importa que a felicidade seja absolutamente artificial, gerada a partir do uso de uma substância conhecida

naquele mundo como “soma”, uma droga pensada, produzida, distribuída e cuja utilização era vigiada de perto pelas autoridades.

No romance distópico de Aldous Huxley Admirável mundo novo, publicado em 1932 no auge da Grande Depressão, a felicidade é o valor supremo, e drogas psiquiátricas substituem a polícia e as urnas como fundamentos da política. Todos os dias, cada pessoa toma uma dose de “soma”, uma droga sintética que faz todos ficarem felizes sem prejudicar sua produtividade e eficiência. O Governo Mundial, que comanda todo o planeta, nunca é ameaçado por guerras, revoluções, greves ou manifestações porque todos estão muitíssimo contentes com as suas condições atuais, quaisquer que sejam elas. A visão de Huxley do futuro é bem mais perturbadora que a de George Orwell em 1984. O mundo de Huxley parece monstruoso para a maioria dos leitores, mas é difícil explicar por quê. Todos estão felizes o tempo inteiro – o que há de errado nisso?⁶⁶.

É ainda na condição de embriões que os futuros cidadãos têm toda a sua vida decidida, não por Deus ou algo assemelhado, mas pelo diretor de incubação e condicionamento, que decide a forma como os embriões serão estimulados, através de técnicas surpreendentes, como a hipnopedia⁶⁷, a gostar de esportes ou ter aversão a livros.

Todo esse esforço tem um objetivo nobilíssimo: manter a sociedade o mais harmônica possível. O lema dessa sociedade é: comunidade, identidade, estabilidade. Ou seja, na medida em que todos os membros da comunidade podem se identificar como tal, não importando que seus papéis lhes tenham sido impostos, a estabilidade estará garantida.

⁶⁶ **Sapiens – Uma breve história da humanidade**, 1ª Ed. São Paulo. Companhia das Letras. 2020. p. 410

⁶⁷ A hipnopedia é um processo que consiste na tentativa de ensinar conceitos e valores às pessoas durante o sono. Aldous Huxley a coloca como ferramenta amplamente utilizada pelo governo ditatorial em seu Admirável mundo novo.

O próprio autor da obra disse que o tema do livro não eram os avanços científicos, mas os menciona na medida em que afetam os seres humanos. E não há forma mais direta de afetar seres humanos do que acabar com o papel da família.

Ao imaginar uma sociedade sem família a idéia que surge na mente de muitos seria ou impossibilidade total de tal situação ocorrer no mundo real, ou de uma anarquia generalizada, talvez pela falta da imposição de limites.

Mas uma coisa que fica clara nessa sociedade distópica é que os homens que a governam não são loucos e nem buscam a anarquia. O que eles desejam é, justamente, a estabilidade social, a paz social. E o mais curioso é notar que os estudantes do curso de Direito, ainda nas primeiras cadeiras, são apresentados ao corolário de que o fim último do Direito, seu objetivo mais nobre é justamente a obtenção da paz social.

A supressão da família gerou uma sociedade estável, porém não igualitária. Veja-se a escala de classificação dos indivíduos de acordo com suas categorias. Categoria esta determinada pela vontade de outrem, durante a gestação dos fetos.

Interessante é o fato de que, mesmo nessa sociedade “ideal”, preservou-se a família. Ainda que relegada praticamente à condição de atração circense, a convivência familiar era capaz de mudar as vidas das pessoas, mesmo após todo o condicionamento e todos os anos inseridos numa realidade em que as palavras “pai” e “mãe” são vistas como imorais.

Os vínculos que unem os membros de uma família não podem ser suprimidos, muito menos poderiam ser suprimidos os vínculos de todas as famílias do planeta.

Percebe-se que o admirável mundo novo talvez não seja a sociedade sem família, mas sim a possibilidade de retorno das famílias naquela sociedade.

Os desafios pelos quais a família passa nos dias de hoje não são tão diferentes daqueles pelos quais ela passou desde que se tem notícia. Se antes o desafio era fazer dos filhos continuadores idôneos para os negócios e responsabilidades do

patriarca, hoje o desafio é fazer dos filhos cidadãos conscientes e participativos na sociedade a fim de que a mesma possa continuar avançando.

Não se pode pensar ser normal a possibilidade de haver alguma família desprotegida ou fora do alcance das benesses estatais por não ser reconhecida como tal em razão de sua configuração.

Muito se tem discutido a respeito da necessidade de preservar o direito à dignidade humana. Como a sociedade pode pensar em dignidade humana se, ao mesmo tempo, anacronicamente, nega direitos aos membros de determinadas famílias?

As novas configurações de famílias demandam da sociedade novas formas de enxergá-las e protegê-las. As famílias são diversas, mas a realidade é uma só: todas precisam ser reconhecidas e respeitadas como tal.

É no núcleo familiar que todos começam a aprender como devem se comportar na coletividade. Pode haver família sem sociedade, mas não pode haver sociedade sem família. A família é a base da sociedade, tanto porque a sustenta, como porque a valida.

5. MULTIPARENTALIDADE E PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA

As expressões presentes no senso comum e segundo as quais “mãe é uma só”, ou “pai é um só”, tendem a se ressignificar para conter um caleidoscópio de experiências colhidas da vida e que espelham a quebra do binarismo da paternidade e da maternidade. Com o foco na pessoa e em sua dignidade, exsurge com todo vigor a busca pela tutela jurídica de situações existenciais antes relegadas só ao plano fático, sem relevância para o direito.

Assim, pode-se dizer que, desde os tempos bíblicos, são apontadas semelhanças com o que hoje, hoje se menciona dupla paternidade ou maternidade, no caminhar evolutivo em direção à pluriparentalidade, como revela a passagem na qual o patriarca Jacó adota os filhos de seu filho mais querido, José, que ele tinha dado por morto há muitos anos.

... Agora, pois, **os teus dois filhos, que te nasceram na terra do Egito, antes que eu viesse a ti no Egito, são meus:** Efraim e Manassés serão meus, como Rúben e Simeão; 6- Mas a tua geração, que gerarás depois deles, será tua; segundo o nome de seus irmãos serão chamados na sua herança.

Gn. 48:5-6.
(Grifou-se)

Ou seja, os dois meninos, filhos de José, daquele momento em diante e para todos os efeitos, deveriam ser considerados como filhos de Jacó e não de José. Isso pode ser facilmente verificado quando se lê, no próprio texto bíblico, a relação das doze tribos de Israel, derivadas dos doze filhos de Jacó, dentre os quais havia José, e no lugar de uma tribo de José, têm-se duas tribos, quais sejam: Efraim e Manassés.

Significa dizer que Jacó passou a herança que caberia a seu filho José para seus netos Efraim e Manassés, como se seus filhos fossem. Ressalte-se que, embora não possa haver a certeza histórica destes acontecimentos relatos, tem-se que o seu estudo permite a observação de estruturas familiares, que, evidentemente, refletiam situações fáticas da época.

A mitologia grega também fornece casos de multiparentalidade interessantes, como no caso do mito de Perseu, que tinha uma mãe e dois pais, o divino que o gerou e o terreno que o criou e pelo qual o jovem nutria verdadeiro amor. Em uma das versões do mito, o ponto central é que ele sabe que é filho de Zeus, que foi salvo de uma tentativa de matá-lo ainda bebê e, quando tem sua aventura em busca da górgona Medusa, recebe armas mágicas, como presente de seu pai divino, mas não as usa, por querer vencer como humano, em razão do amor que nutria pelo pescador que o criou como se fosse seu filho.

Passando da antiguidade ao mundo moderno, pode-se visualizar casos de multiparentalidade também na chamada cultura pop - conjunto de conteúdos produzidos pela Indústria Cultural para ser consumido pela sociedade de massas.

Destaque-se especialmente filmes, músicas, animações, séries de televisão, livros e histórias em quadrinhos. Dentro desse universo há o enredo do *Superman* : filho de um planeta condenado, ele é enviado por seus pais à terra para sobreviver ao cataclismo, e é criado por um casal sem filhos biológicos como se fora um filho natural dos dois.

Kal-El was born 27 light years from Earth, to Jor-El e Lara Lor-Van on the heavy-gravity world of Krypton, which circled the red Sun Rao. The product of supremely evolved parents and a civilization at the apex of technological achievement, little Kal was hurriedly sent to Earth in a prototype straship.

(...)

When Kal-El's ship crashed on Earth it was spotted by Kansas farmers Jonathan and Martha Kent. A childless couple eager for a baby, they rescued the little star-child.

(...)

Keeping Kal-El's extraordinary origin to themselves, the Kents named the precious infant Clark and raised him as a perfectly normal little boy in their home town of Smallville⁶⁸.

O *Superman* só descobre sua ascendência na adolescência e, não obstante ser considerado como o “último filho de Krypton”, passa a se ver, na verdade, como um filho de dois mundos (de duas famílias).

That Superman is human helps the farming couple who become his earthly parents to relate to him – na adoption process Scott Beatty described as “na interstellar orphan from a dying world blessed to Earth in a tiny rocket to be raised by simple God-fearing folk⁶⁹.

Veja-se que a história foi criada em 1936 e pela primeira vez publicada em 1938, portanto, em mais de oitenta e três anos de sua criação muitos elementos foram acrescentados ou retirados do enredo, mas o fato de ele ser filho de duas famílias distintas nunca foi modificado.

No eixo central da história do *Superman* ele continua sendo o menino órfão criado por um casal que, mesmo eventualmente tomando conhecimento de sua origem *sui generis*, o amou como se filho biológico fosse.

⁶⁸ Kal-El nasceu a 27 anos-luz de distância da Terra, filho de Jor-El e Lara Lor-Van em Krypton, um mundo de gravidade mais forte que girava em torno do sol vermelho Rao. Produto de pais supremamente desenvolvidos e de uma civilização no ápice das realizações tecnológicas, o pequeno Kal foi enviado às pressas para a Terra, num protótipo de nave espacial

(...)

Quando a nave de Kal-El caiu na Terra ela foi vista pelos fazendeiros do Kansas, Jonathan e Martha Kent, um casal sem filhos ansiosos por terem um bebê, eles resgataram o pequeno bebê das estrelas.

(...)

Mantendo a origem extraordinária de Kal-El para si mesmos, os Kents deram à preciosa criança o nome de Clark e o criaram como um garotinho perfeitamente normal em sua cidade natal, Smallville. (tradução livre). In **The DC Comics Encyclopedia – The definitive guide to the characters of the DC Universe**. DK / Penguin Random House. 2016. p.298

⁶⁹ The gospel according to the world's greatest superhero. Oregon: Harvest House Publishers. 2006. p 54.

Thoroughly grounded, the last son of Krypton's resolute sense of justice is molded by the Love, support, and good advice of his adoptive parents, Jonathan and Martha⁷⁰.

E por que tal conceito nunca foi modificado? Talvez pelo fato de ser ele justamente o ponto que faz com que milhares de pessoas ao redor do mundo possam se identificar com o personagem.

Há muitas situações que podem propiciar o surgimento de parentalidade múltipla na sociedade, a exemplo de avós que residem com a família e criam os netos com tal desvelo e amor que o sentimento existente entre eles não é outro senão o de genuíno amor de pai por filho e vice-versa. Muitos são os casos em que os avós são chamados pelos netos de “pai” ou “mãe”, não obstante o pai e a mãe da criança estejam vivos e presentes. É um tipo de reconhecimento de uma “paternidade superior” ou de uma “outra paternidade”.

Ou ainda a situação de crianças adotadas que, em determinado momento de sua vida, buscam por suas raízes biológicas e, uma vez, encontrando-as, passam a conviver com as duas famílias – uma biológica e outra socioafetiva, ambas unidas pelo vínculo em comum: o amor por aquela criança.

A multiparentalidade pode surgir através das chamadas famílias recompostas ou reconstituídas após uma ruptura do vínculo afetivo anterior, e nas quais ex-cônjuges ou ex-companheiros, e por vezes os dois, formam nova família. Ter-se-á nesses casos as figuras do padrasto e da madrasta atuando, em boa parte das vezes, como pais ou mães de filhos que não geraram nem adotaram juridicamente, senão em seus corações, pela via do afeto construído ao longo do tempo.

Embora a prova principal da filiação se perfaça através da certidão do registro civil de pessoas naturais, conforme determinam os artigos 50 a 66 da Lei de Registros Públicos – Lei 6.015/73, admite-se na doutrina e na jurisprudência a chamada posse do estado de filho. Tal situação se caracteriza quando os fatos da vida demonstram

⁷⁰ The DC Comics Encyclopedia – The definitive guide to the characters of the DC Universe. DK / Penguin Random House. 2016. p.301.

que o filho, embora criado como tal e tendo recebido o tratamento notório e continuado de filho, carece do dado registral quanto àqueles que exercem publicamente as funções de pais.

Note-se que a pessoa assim criada pode até ter lançada em sua certidão de nascimento a inscrição de pais registrais, biológicos ou adotivos, mas esses ou não exercem as funções parentais, que são exercidas por quem não tem o justo título – e aí tem-se a paternidade socioafetiva – ou, ao lado do exercício de tais funções pelos pais registrais, outros pais desempenham simultaneamente a autoridade parental – e aí está delineada a multiparentalidade.

Observe-se, pois, que em muitos casos a multiparentalidade surge como uma consequência da parentalidade socioafetiva, fundada sobre o dado psicológico e social (COLANI, 2013). Estar-se-á diante de situação de multiparentalidade quando se puder verificar claramente que determinado núcleo familiar é formado por mais de um pai, uma mãe e sua prole em comum.

Há uma multiplicação e sobreposição de papéis parentais desempenhados, o que exige uma redefinição da parentalidade na contemporaneidade. A exteriorização de diversas condutas de zelo e cuidado direcionados a uma criança, com aparência de paternidades e maternidades pode também conduzir a uma insegurança jurídica acerca dos limites e atribuições dessas funções.

Haveria algum tipo de preferência no exercício de titularidade em relação aos diversos papéis de pais ou mães? Ou divisão de funções entre eles? E em caso de conflitos acerca de suprimentos de incapacidades, por exemplo? E a assunção de imputação do dever de indenizar em caso de responsabilidade civil? As funções parentais portariam graduações ou dimensões?

Esses questionamentos vêm à baila quando se tem como panorama a família contemporânea, constituída por laços afetivos mais flexíveis. E não se pode perder de vista que o reconhecimento da filiação socioafetiva também pode conduzir aos demais vínculos de parentesco socioafetivos, e mais uma vez entra em cena a

necessidade da fixação de limites acerca dos deveres e direitos advindos dessa nova espécie jurídica de filiação.

Outra questão a ser analisada é o que se chama de “posse do estado de filho”. No Código Civil Brasileiro, porém, há uma omissão acerca da matéria, que é sanada no ordenamento jurídico pátrio através de construção doutrinária e jurisprudencial, com clara inspiração no artigo abaixo transcrito:

Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I- quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II- quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

A confirmação acerca da admissibilidade da tese da posse de estado de filho no direito brasileiro é sinalizada através das orientações contidas nos Enunciados nº 103, 108 e 256 das I e III Jornadas de Direito Civil⁷¹:

ENUNCIADO Nº 103

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho”.

ENUNCIADO Nº 108

“No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consangüínea e também a socioafetiva”.

⁷¹ **Jornadas de direito civil I, III, IV e V : enunciados aprovados.** Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf> pp. 27 e 46

ENUNCIADO Nº 256

“a posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

Os contos de fada fornecem numerosos exemplos de situações de multiparentalidade e parentalidade socioafetiva, nos quais a mítica “madrasta má” assusta e aterroriza os enteados, a exemplo das histórias de Branca de Neve, Cinderela e Bela Adormecida. Atualmente, várias dessas histórias são revisitadas e ganham adaptações em seus enredos, com a suavização da figura da “madrasta má”.

Algumas dessas releituras, como a recente animação da Disney “Enrolados”, mostra a madrasta como alguém que tem objetivos escusos, mas que gosta genuinamente da jovem sob seus cuidados e, se vem a prejudicá-la, não é isso um fim em si mesmo, mas apenas um meio inevitável para madrasta buscar seu intento. Tais adaptações parecem reproduzir algo que tem acontecido com frequência na sociedade moderna, na qual há uma convivência mais intensa e menos hostil entre padrastos/madrastas e enteados.

O Direito também reconheceu o papel do padrasto e da madrasta na construção da subjetividade e na assunção de responsabilidades na criação dos enteados, facultando através da Lei 11.924/2008 (“Lei Clodovil” - inseriu o § 8º no artigo 57 da Lei dos Registros Públicos, Lei 6.015/73) o reconhecimento da multiparentalidade no direito brasileiro:

“§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.”

Os Tribunais de Justiça dos estados têm, algumas vezes divergido em relação à possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade e, mesmo quando a

reconhecem, podem divergir em relação aos efeitos de tal reconhecimento. Muitas decisões negam os efeitos patrimoniais, mesmo reconhecida a multiparentalidade.

Ainda há discussão acerca de qual parentalidade teria prevalência: a biológica, ou a socioafetiva e as decisões prolatadas nos tribunais de justiça dos estados têm demonstrado o quanto os magistrados ainda divergem a esse respeito.

O provimento nº 63 do CNJ, editado em 2017, previa a possibilidade de reconhecimento de paternidade ou maternidade socioafetiva a pessoas de qualquer idade, nos seguintes termos:

Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais⁷².

Em 2019, apenas dois anos depois, o CNJ editou o provimento nº 83 que modificou algumas regras referentes à parentalidade socioafetiva. Entre as mudanças foi determinado que a partir de então a parentalidade socioafetiva em relação a crianças menores de 12 anos não poderia ser feita simplesmente perante os oficiais de registro civil de pessoas naturais. Assim sendo o art. 10 acima mencionado passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

Talvez a pergunta mais importante a ser respondida em relação aos efeitos da multiparentalidade seja no que diz respeito a direitos sucessórios e previdenciários. Os tribunais, embora no mais das vezes reconheçam a possibilidade da multiparentalidade, algumas vezes a negam no caso concreto claramente tentando evitar problemas de ordem sucessória.

⁷² Provimento 63, Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>

A esse respeito veja-se:

EMBARGOS INFRINGENTES - ART. 530 DO CPC - DECISÃO DE 1º GRAU QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO DEDUZIDO PELO EMBARGANTE, DECLARANDO A PATERNIDADE BIOLÓGICA, ORDENANDO A RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL E, POR FIM, DECLARANDO NULA DECISÃO DE HOMOLOGAÇÃO DA PARTILHA DOS BENS DO FALECIDO GENITOR. DECISÃO COLEGIADA QUE, EM SEDE DE APELAÇÃO CÍVEL, POR MAIORIA DE VOTOS, LIMITA A TUTELA JURISDICIONAL À INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, REVERTENDO O EFEITO REGISTRAL E PATRIMONIAL EM RAZÃO DA PERFECTIBILIZAÇÃO PRETÉRITA DE ADOÇÃO. EMBARGANTE QUE, LOGO NO INÍCIO DA RELAÇÃO PROCESSUAL, REFERE TER SIDO ADOTADO PELO ENTÃO PADRASTO AOS 6 (SEIS) ANOS DE IDADE - PROVA DOCUMENTAL SOBERANA NESTE SENTIDO - SITUAÇÃO REGIDA PELA LEI Nº 6.697/79 - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICATIVOS DE QUE NÃO SE ESTABELECEU RELAÇÃO DE AFETO ENTRE O ADOTADO E O ADOTANTE - SITUAÇÃO, ADEMAIS, QUE ROMPE EM DEFINITIVO OS VÍNCULOS BIOLÓGICOS PREEXISTENTES - ART. 35, § 2º, DO ANTIGO CÓDIGO DE MENORES - LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS - **INVIABILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA ADOÇÃO COMO MERO REFLEXO DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, COM RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL E, MENOS AINDA, PLEITEAR QUINHÃO HEREDITÁRIO.** (TJ-SC. E.I. 540457 SC 2010.054045-7. REL. LUIZ FERNANDO BOLLER. 26/10/2011. GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL). (GRIFOU-SE).

e ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA E RETIFICAÇÃO DE PARTILHA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE PÓSTUMA POR VÍNCULO AFETIVO. POSSE DO ESTADO DE FILHO. SITUAÇÃO DE FATO. ELEMENTOS CARACTERIZADORES. NOMINATIO, TRACTATUS E REPUTATIO. FILHO DE CRIAÇÃO. AUXÍLIO MATERIAL. AUSÊNCIA DO TRATAMENTO AFETIVO DISPENSADO AOS FILHOS BIOLÓGICOS. **FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NÃO DEMONSTRADA. SENTENÇA IRREPROCHÁVEL. RECURSO DESPROVIDO. A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA, FUNDADA NA POSSE DO ESTADO DE FILHO E CONSOLIDADA NO AFETO E NA CONVIVÊNCIA FAMILIAR, PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DE TRÊS ELEMENTOS CARACTERIZADORES: O NOMEM - UTILIZAÇÃO DO**

SOBRENOME PATERNO; O TRACTATUS - PESSOA DEVE SER TRATADA E EDUCADA COMO FILHO; E A REPUTATIO - O RECONHECIMENTO PELA SOCIEDADE E PELA FAMÍLIA DA CONDIÇÃO DE FILHO. A AUSÊNCIA DE UM DESSES ELEMENTOS CONDUZ À IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE PÓSTUMA POR VÍNCULO AFETIVO. (TJ-SC - AC: 20120588721 SC 2012.058872-1 (ACÓRDÃO), REL: FERNANDO CARIONI, 10/09/2012, TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL JULGADO). (GRIFOU-SE).

Por fim:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO TÃO SOMENTE DA PATERNIDADE BIOLÓGICA EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COM O PAI REGISTRAL. O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE FILIAÇÃO É UM DIREITO PERSONALÍSSIMO, INDISPONÍVEL E IMPRESCRITÍVEL, DE SORTE QUE ATÉ A PESSOA ADOTADA TEM O DIREITO CONSTITUCIONAL DE INVESTIGAR SUA FILIAÇÃO BIOLÓGICA (CF, § 6º DO ART. 227), SEM QUE A DECISÃO FINAL PASSE NECESSARIAMENTE PELA NULIDADE DO REGISTRO, QUE SE SOBREPÕE À PATERNIDADE BIOLÓGICA QUANDO CARACTERIZADA A EXISTÊNCIA DO VÍNCULO AFETIVO. CASO EM QUE **APENAS SE RECONHECE O VÍNCULO BIOLÓGICO ENTRE A APELANTE E O INVESTIGADO, SEM QUALQUER OUTRA CONSEQUÊNCIA JURÍDICA.** DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70053501920, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: RUI PORTANOVA, JULGADO EM 27/02/2014). (GRIFOU-SE)

Observe-se nos casos acima colacionados que os tribunais sempre buscaram manter o atual *status quo* das relações no que tange aos direitos patrimoniais. Porém, a questão a ser enfrentada, é como garantir o chamado direito à origem biológica de todos os interessados sem, no entanto, entrar em conflito com ditames legais relativos a uma eventual sucessão.

Os tribunais brasileiros estão começando a enfrentar o tema da multiparentalidade e as decisões têm sido, quando a situação de fato justifica, no sentido de reconhecer a existência do instituto da multiparentalidade, baseado na parentalidade socioafetiva, determinando a retificação do assento de nascimento. Dessa forma entende-se que

todos os direitos derivados da relação paterno-filial devem ser estendidos e concedidos àqueles ligados por via da multiparentalidade.

Tribunais de diversos estados brasileiros já se manifestaram a respeito da situação. O Tribunal de São Paulo, por exemplo, já autorizou que a certidão de nascimento de um jovem fosse alterada para incluir o nome da madrasta sem, no entanto, excluir o nome da mãe biológica, falecida apenas três dias após o parto. Essa possibilidade de averbação do registro de nascimento já foi reconhecida em decisões nos tribunais dos estados de Rondônia, São Paulo e Acre, entre outros.

A situação tem tomado tal vulto que a Corte Maior do Brasil já se manifestou sobre o assunto reconhecendo a repercussão geral da matéria. Esse reconhecimento demonstra que o STF entendeu que o assunto em pauta possui relevância social, política, econômica ou jurídica que ultrapassam os limites dos interesses subjetivos de uma causa individual específica.

Prevalência de paternidade socioafetiva sobre biológica é tema com repercussão geral

O Supremo Tribunal Federal (STF), em votação no Plenário Virtual, reconheceu repercussão geral em tema que discute a prevalência, ou não, da paternidade socioafetiva sobre a biológica. A questão chegou à Corte por meio do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 692186, interposto contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que inadmitiu a remessa do recurso extraordinário para o STF. No processo, foi requerida a anulação de registro de nascimento feito pelos avós paternos, como se estes fossem os pais, e o reconhecimento da paternidade do pai biológico.

Em primeira instância, a ação foi julgada procedente e este entendimento foi mantido pela segunda instância e pelo STJ. No recurso interposto ao Supremo, os demais herdeiros do pai biológico alegam que a decisão do STJ, ao preferir a realidade biológica, em detrimento da realidade socioafetiva, sem priorizar as relações de família que têm por base o afeto, afronta o artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

O relator do recurso, ministro Luiz Fux, levou a matéria ao exame do Plenário Virtual por entender que o tema – a prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica – é relevante sob os pontos de vista econômico, jurídico e social. Por maioria, os ministros seguiram o relator e reconheceram a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada⁷³.

Acrescente-se a isso o fato de que o reconhecimento da multiparentalidade, com a posterior retificação do registro de nascimento certamente trará consequências diversas, cuja abrangência é até difícil de prever, dado o pouco desenvolvimento jurídico a respeito do tema e suas ramificações.

Sabe-se que a multiparentalidade é tão antiga quanto a própria humanidade, porém o tratamento jurídico dispensado ao tema é recente e, portanto, ainda em construção. Existem situações práticas que precisam ser respondidas e que ainda não tiveram um posicionamento final assentado pelas cortes nacionais. Como fica a questão sucessória em famílias multiparentais?

Imagine-se a situação de uma criança que tem três genitores em seu registro de nascimento, ele pode vir a ser beneficiário da herança e da pensão por morte dos três pais? A questão que se impõe não é tanto no sentido de verificar se isso é possível, até porque a possibilidade é uma consequência lógica da multiparentalidade, mas sim de como serão atendidos os legítimos interesses dos envolvidos.

Entende-se que muito mais prejudicial à sociedade seria negar a essas famílias a possibilidade de ser reconhecidas como tal. A sociedade contemporânea tem evoluído de forma bastante acelerada nestas primeiras décadas do século XXI e as famílias multiparentais são uma das mudanças trazidas por essa evolução. Não pode o Direito fechar os olhos a uma situação que já é uma realidade no seio da sociedade.

⁷³ Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/100295150/prevalencia-de-paternidade-socioafetiva-sobre-biologica-e-tema-com-repercussao-geral>

A multiparentalidade representa a visibilidade jurídica de uma situação fática há muito tempo verificada na história da humanidade, revelando as sobreposições e entrelaçamentos do biológico e do social em matéria de filiação. Haveria uma hierarquização ou uma adição do parentesco socioafetivo em relação ao biológico?

5.1 LEBENSBORN

Ao analisar a questão da multiparentalidade e da parentalidade socioafetiva surgem situações que, por vezes, podem ser consideradas como um ponto fora da curva. Uma dessas situações foi o programa Lebensborn.

Enquanto as situações fáticas envolvendo as diversas nuances de multiparentalidade e parentalidade socioafetiva visam a constituição de genuínas famílias e buscam reconhecer o estabelecimento de relações de afeto, o Lebensborn foi justamente o contrário.

Governos totalitários, notadamente os de viés comunista, usam como forma de dominar a população de forma mais completa, o ataque à religião e à família. Diversos são os exemplos na história de ditadores que, ou se colocaram na condição de deuses e exigiram ser reconhecidos como tal, ou dedicaram suas vidas a tentar eliminar toda e qualquer vinculação religiosa que existisse em sua sociedade.

Tal situação pode ser verificada ainda nos dias de hoje em países como a Coreia do Norte, que ocupa o primeiro lugar na lista mundial de perseguição religiosa, além de países como China, Eritreia e Colômbia⁷⁴, onde os governos são notadamente ditatoriais e onde as religiões são ferrenhamente perseguidas.

A instituição da família sofre ataques constantes por ser, no mais das vezes, o alicerce a partir do qual as pessoas criam suas identidades e moldam o seu caráter. Significa dizer que minar as estruturas familiares é, em última análise, uma forma de

⁷⁴ Disponível em: <https://www.portasabertas.org.br/lista-mundial/paises-da-lista>

fazer soçobrar uma sociedade, um povo, embora outra sociedade possa tirar proveito de tal situação.

Um exemplo claro da situação narrada acima é o programa – altamente confidencial, empreendido pelos nazistas durante os anos da Segunda Guerra Mundial chamado Lebensborn.

O Lebensborn foi fruto da obsessão de Adolf Hitler por sangue, e não qualquer sangue, mas aquilo que ele considerava como “sangue ariano puro”. O programa foi idealizado e liderado por Heinrich Himmler, o segundo homem mais poderoso da Alemanha Nazista e chefe supremo da força militar de elite nazista, a *Schutzstaffel*, conhecida como “SS”.

Supervisionado pessoalmente por Himmler, consistiu numa política muito bem organizada pelo nacional-socialismo da Alemanha durante o domínio nazista, que visava o fortalecimento do que os nazistas chamavam de “raça ariana”. Esse fortalecimento seria conseguido através do gradativo aumento numérico da população considerada pelos nazistas como ariana, ao tempo em que deveria ocorrer a diminuição da população por eles considerada como impura, ou seja, todos aqueles que não se adequavam aos padrões raciais estabelecidos pelo *Reich*.

Enquanto a diminuição da população considerada como racialmente inferior seria viabilizada através de ferrenha perseguição política, atrelada a uma estratégia de extermínio em massa de homens, mulheres e crianças – Capitaneada pelo próprio Himmler, o fortalecimento da raça ariana e sua eventual dominação mundial seria alcançada através do Lebensborn.

Note-se que intenções nazistas poderiam ser consideradas, sob certo ponto de vista como, corretas. Frequentemente os discursos nazistas incluíam palavras e expressões como “nobre”, “bom”, “melhoria da raça humana”, “eliminação de doenças” e “deformidades físicas” e outras que tais.

“A maior ambição dos nazistas era proteger a humanidade da degeneração e encorajar sua progressiva evolução. Por isso,

afirmavam que a raça ariana, entendida como a forma mais avançada da humanidade, precisava ser protegida e fortalecida, enquanto os tipos degenerados do *homo sapiens* – como judeus, ciganos, homossexuais e doentes mentais – necessitavam ser isolados e até exterminados. Os nazistas explicavam que o próprio *homo sapiens* tinha surgido quando uma população “superior” de antigos humanos evoluíra enquanto as populações “inferiores”, como os neandertais, foram extintas. Essas diferentes populações inicialmente não passavam de raças diferentes, mas se desenvolveram de forma independente seguindo caminhos evolutivos próprios. Isso poderia voltar a ocorrer. De acordo com os nazistas, o *homo sapiens* já se dividira em raças diferentes, cada qual com suas características peculiares. Uma dessas raças, a ariana, possuía as melhores qualidades – racionalidade, beleza, integridade, diligência -, tendo por isso o potencial de transformar o homem em super-homem. Outras raças, como os judeus e os negros, eram os novos neandertais, exibindo qualidades inferiores. Se lhes fosse permitido procriar, e sobretudo se casar com arianos, eles adulterariam todas as populações humanas e condenariam o *homo sapiens* à extinção”.⁷⁵

Himmler criou uma escala de medição para o que ele chamava de valor racial. Essa escala era utilizada para avaliar crianças que, durante todo o período da Segunda Guerra Mundial, foram raptadas em todos os países ocupados. Essa subtração de crianças do seio familiar em larga escala foi efetivada, muitas vezes, à custa da morte de seus pais e outros familiares.

As crianças eram avaliadas e separadas em quatro categorias, a depender de seu valor racial:

“Enquanto as mães esperavam do lado de fora, os oficiais nazistas começaram a fazer um exame básico das crianças. **Munidos de pranchetas e formulários, eles anotavam**

⁷⁵ Sapiens – Uma breve história da humanidade. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2020, pp. 249.

cuidadosamente as características físicas e faciais de cada uma delas.

As anotações não diziam respeito a “exames médicos” no sentido comum, mas sim a avaliações grosseiras de “valor racial” baseadas em quatro categorias. **Himmler havia descrito como seria a aparência de uma criança de verdadeiro sangue alemão**, e quem se enquadrava em seus rígidos critérios era colocado nas categorias 1 e 2: em termos formais, isso significava que elas tinham o potencial para serem incluídas na população do Reich.

Em contrapartida, qualquer pista ou traço de características eslavas, e certamente qualquer sinal de uma “herança judaica”, fazia a criança ser relegada ao *status* racial mais baixo das categorias 3 e 4. Classificados como *untermensch* (sub-humano), elas não tinham nenhum valor, exceto como futura mão de obra escrava para o estado nazista”.⁷⁶

(Grifou-se)

Esse procedimento foi repetido incontáveis vezes durante os anos de guerra e Himmler exigia que a ele fossem enviados relatórios detalhados com informações relativas à quantidade e “qualidade racial” das crianças encontradas em cada uma das empreitadas.

A avaliação feita pelos peritos da SS, que era final e inquestionável⁷⁷, determinava os destinos que as crianças teriam e poderiam variar entre: ser entregues a famílias alemãs fieis aos ideais nazistas a fim de virem a ser o futuro da Alemanha, segundo a obsessão de Hitler com a raça ariana; serem devolvidas a seus pais para futuramente serem utilizados meramente como escravos do regime; e serem enviados para campos de extermínio, onde não teriam futuro algum.

O nariz das crianças era medido e comparado ao tamanho e ao formato ideais; lábios, dentes, quadris e genitálias eram igualmente apalpadados, cutucados e fotografados para separar o trigo geneticamente precioso do joio menos valioso.

⁷⁶ As crianças esquecidas de Hitler. São Paulo: Contexto, 2017 p. 16 .

⁷⁷ “A sentença racial dada pelo perito (...) não pode ser alterada pelo oficial. O julgamento do perito é um diagnóstico tão especializado quanto o de um médico. P. 153

(...)

As melhores crianças, atribuídas às duas primeiras categorias, seriam entregues, no momento certo, a um projeto secreto liderado pelo próprio Reichführer (literalmente “chefe supremo” da SS). O projeto se chamava Lebensborn”.⁷⁸

(Grifou-se)

Em outubro de 1939 Heinrich Himmler emitiu uma ordem, gravada pelo selo de confidencial, para os homens sob seu comando: eles deveriam cumprir uma espécie de dever sagrado para com a pátria e garantir a próxima geração de homens e mulheres do Reich. Isso deveria ser alcançado com o compromisso de cada um deles gerar a maior quantidade de filhos possível, mesmo que não fossem casados com as mães das crianças, conforme transcrito abaixo:

Berlim, 28 de outubro de 1939

Fora dos limites das convenções e leis burguesas, que talvez sejam necessárias em outras circunstâncias, **seria nobre que mulheres e jovens alemãs de sangue bom se tornassem mães** (movidas não pela alegria, mas por uma profunda seriedade moral), **inclusive fora do casamento**, dos filhos de soldados convocados para a guerra, soldados que só o destino dirá se voltarão vivos ou mortos para a Alemanha.

Durante a última guerra, muitos soldados, conscientes de sua responsabilidade, decidiram não ter mais filhos para que suas esposas não passassem dificuldade ou sofressem caso morressem em combate. Vocês, homens da SS, não carecem dessas preocupações, resolvidas pelas seguintes regulamentações:

1- Representantes especiais, escolhidos pessoalmente por mim, assumirão, em nome do *Reichführer* SS, **a guarda de todos os filhos legítimos e ilegítimos de sangue bom cujos pais tenham sido mortos na guerra**. Daremos apoio às mães e garantiremos o sustento e educação dessas crianças até a maioridade, para que nenhuma mãe e nenhuma viúva passe por necessidade.

⁷⁸ Idem p. 17

2- durante a guerra, a SS cuidará de todos os filhos legítimos e ilegítimos nascidos nesse período e das mães grávidas em casos de necessidade. Depois da guerra, com o retorno dos pais, a SS também vai garantir uma generosa ajuda material para pedidos bem fundamentados.

Homens da SS e vocês, mães das crianças que a Alemanha tanto espera, mostrem que estão prontos, **pela fé no Führer e em nome da sobrevivência de nosso sangue e de nosso povo**, a gerar a vida para a Alemanha com a mesma coragem com que sabem lutar e morrer pela Alemanha”.⁷⁹

(Grifou-se)

Por mais que, ao menos de forma oficial, os nazistas ostentassem uma imagem de conservadorismo, a ordem de Himmler era extremamente radical. Ela, muito mais do que meramente incentivar o sexo livre, exigia que homens e mulheres se relacionassem sexualmente, inclusive fora do casamento, isentos de quaisquer eventuais sentimentos de culpa ou valores puritanos. Ou seja, representa verdadeira revolução moral, alterando aquela existente, em nome de uma necessidade estatal, ou, pelo menos, do grupo político dominante.

Não obstante os nazistas já estarem no poder há seis anos àquela altura e terem envidado esforços no sentido de minar os fundamentos tradicionais de família, a Alemanha ainda era marcadamente uma sociedade conservadora, com forte influência cristã (católica e protestante) e um dos tabus mais evidentes era justamente o sexo fora do casamento.

Houve desconforto mesmo dentro das fileiras nazistas, aí incluídos seus oficiais e altos comandantes. No entanto a fixação de Himmler com a melhoria racial da população o levou, três meses após a primeira, a emitir nova declaração na qual se mostrou inflexível e decidido. Nessa nova comunicação ele disse que sua primeira comunicação fora “concebida com senso de decência”.

Ficam claros, tanto a contradição entre discurso e ação no seio das organizações nazistas - sobretudo na SS, quanto a radicalização em relação às possibilidades de,

⁷⁹ Ibidem p.107

em nome do futuro racial do reich, desprezar qualquer pessoa que dele não fizesse parte. O homem que tão decididamente defendia e até ordenava o sexo livre e a despreocupação com valores morais, é o mesmo que declarou: “A SS deve conservar um princípio básico como regra absoluta. Devemos ser honestos, decentes, leais e amigáveis com os membros do nosso próprio sangue – e ninguém mais”.⁸⁰

O programa Lebensborn surgiu como estratégia para garantir descendência aos soldados da SS que não tinham, ou não pudessem ter filhos. A ordem para esses homens era que eles deveriam cumprir o dever de adotar crianças consideradas como sendo racialmente valiosas e que estivessem livres de doenças hereditárias, a fim de lhes dar educação alemã de qualidade para que pudessem personificar o espírito e a filosofia do *Reich*.

Ocorre que as crianças que seriam adotadas não eram crianças órfãs alemãs. Tratava-se de crianças raptadas e tornadas órfãs pelas tropas de ocupação nos países invadidos pelo Reich, desde que, em razão de suas características físicas, pudessem ser consideradas como legítimas representantes da raça ariana.

A fim de forçar uma maior adesão ao programa secreto de adoção de crianças tomadas à força de suas famílias, foi criada uma taxa a ser paga pelos oficiais da SS, a depender da quantidade de filhos que tivessem. Um panfleto do programa deixava claro: “Quem acredita que pode se esquivar das obrigações para com a nação e a raça continuando solteiro pagará contribuições mais altas, o que o fará preferir o casamento ao celibato”.

A confiança no sucesso do programa era tamanha que dois anos após o início da guerra Hitler declarou publicamente que não tinha a menor dúvida de que em aproximadamente um século, a partir daquele momento, toda a elite alemã seria composta por pessoas cujos pais e avós serviram à SS, pois somente ela observava adequadamente a seleção racial.

⁸⁰ Heinrich Himmler, discurso para os oficiais da SS, 6 de outubro de 1943.

A compulsão por ver seu plano triunfar e, com isso, gerar uma sociedade mais racialmente adequada fez com Himmler instituisse regras rígidas em todas as casas que abrigavam maternidades e berçários ligados ao programa Lebensborn. O número de casas Lebensborn chegou a vinte e cinco.

As identidades originais das crianças deveriam ser completamente obliteradas. As que já fossem um pouco mais velhas deveriam ser compelidas a deixar de falar seus idiomas natais em troca do alemão, inclusive com a aplicação de castigos físicos e privação de comida.

Entre as práticas mantidas nas instituições ligadas ao programa havia o *namensgebung* (atribuição de nome, em tradução livre). Tratava-se de uma cerimônia que chegava a parecer religiosa na qual as crianças eram dedicadas, quase consagradas, a Hitler e à própria SS.

“Era uma versão distorcida do tradicional batismo cristão, com um altar coberto por uma bandeira de suástica e um busto ou uma foto do *Führer* em destaque. Diante de um grupo formado pelos funcionários do Lebensborn e por oficiais da SS uniformizados, mães prometiam que suas crianças seriam criadas como bons nazistas; elas entregavam os bebês para um oficial da SS que entoava uma “bênção”. Parece ter havido diferentes versões dessa liturgia, mas a essência era a mesma: **“Acreditamos no Deus de todas as coisas e na missão do nosso sangue alemão, que se rejuvenesce cada vez mais a partir do solo alemão. Acreditamos na raça, condutora do sangue, e no *Führer*, escolhido por Deus para nós” em seguida, erguia-se uma adaga da SS sobre a criança e o oficial superior dava-lhe formalmente as boas-vindas à irmandade da SS”.**

(Grifou-se)

Milhares de crianças foram arrancadas de suas famílias em países como Iugoslávia e Polônia, dentre outros. A justificativa era a de que a população desses países, sobretudo aquelas pessoas que não se enquadrassem no estereótipo buscado pelos

nazistas, eram pessoas de menor valor e que deveriam, a bem do *Reich*, ser destruídas quando necessário:

Acredito que, ao lidar com membros de um país estrangeiro, especialmente de nacionalidade eslava, **não devemos partir de pontos de vista alemães, tampouco dotar essas pessoas de idéias alemãs e de conclusões lógicas que elas não são capazes de compreender**, mas sim extrair delas o que elas podem dar.

Obviamente, numa mistura de povos, sempre haverá tipos racialmente bons. Portanto, **acredito ser nosso dever levar suas crianças conosco, retirá-las de seu ambiente, se necessário roubando-as.**

Ou conquistamos as pessoas de sangue bom que podemos usar a nosso favor e damos a elas um lugar no nosso povo ou destruiremos esse sangue.⁸¹

(Grifou-se)

Era dessa forma que as casas do programa eram supridas, com crianças sequestradas de seus países, muitas vezes à custa da execução de suas famílias. As crianças eram pesadas e tinham suas cabeças, cinturas e peitos medidos. Além disso, eram fotografadas em diversos ângulos. Afinal, os peritos raciais de Himmler buscavam candidatos que fossem racialmente valiosos e, portanto, aptos a passar pelo processo de adoção e apagamento de identidade que ficou conhecido como germanização.

Ao fim da guerra, mesmo que ainda não se soubesse disso à época, havia um contingente de milhares de crianças⁸² que foram tomadas à força de suas famílias e a maior parte delas nunca mais voltou a ver seus familiares.

Os historiadores consideram como algo concreto a ideia de que uma boa parte das crianças abduzidas nem mesmo vieram a saber que não eram filhos das famílias que os criaram. Isso se deve ao fato de que, com a proximidade da derrota final, os

⁸¹ Transcrição de discurso feito por Himmler em outubro de 1943 e apresentado durante os julgamentos de Nuremberg.

⁸² Não se conhece os números exatos de crianças raptadas pelo programa, mas as estimativas giram entre 50 mil e 200 mil até o fim da guerra.

nazistas destruíram uma quantidade enorme de registros de suas ações nas mais diversas áreas. O Lebensborn foi apenas mais uma roda na engrenagem da estrutura do Estado Nazista.

É de bom alvitre ressaltar que a motivação por trás das maiores atrocidades perpetradas pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial não era um ódio ou um desprezo inato pelos seres humanos ou pela humanidade como um todo. Muito pelo contrário, acreditavam que “auxiliar” a assim chamada seleção natural, seria uma forma de propiciar a que a humanidade alcançasse com maior brevidade todo o seu potencial.

Os nazistas não odiavam a humanidade. Lutaram contra o humanismo liberal, os direitos humanos e o comunismo exatamente porque admiravam a humanidade e acreditavam no grande potencial da espécie humana. Mas, seguindo a lógica da evolução darwiniana, postularam que era necessário permitir à seleção natural erradicar os indivíduos impróprios e deixar que apenas os mais aptos sobrevivessem e procriassem.⁸³

Chama atenção o fato de uma instituição que gerou a separação de milhares de famílias, a morte de outros milhares de pessoas e a desfiguração de tantas crianças possuir um nome que chega a ser poético. Lebensborn significa “fonte de vida”⁸⁴.

⁸³ Sapiens – Uma breve história da humanidade. São Paulo: 1ª Ed. Companhia das Letras. 2020, p. 250.

⁸⁴ Tradução livre.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme restou demonstrado, a instituição da família está presente em toda e qualquer sociedade conhecida na história. Não se conhece uma única cultura, sociedade ou civilização humana que tenha conseguido extirpar de seu núcleo a família como peça-chave e verdadeira mola propulsora dos valores e direções adotadas por determinada sociedade.

Significa dizer que, salvo em obras de ficção, não é possível haver sociedade sem família. São conceitos e realidades indissociáveis. A sociedade como um todo é formada pela reunião de famílias. As famílias podem ser consideradas como a primeira experiência do indivíduo com a sociedade e, normalmente, também a mais duradoura.

A história demonstra de forma cabal que o conceito de família é muito maior e mais abrangente do que as previsões contidas no art. 226 da Constituição Federal de 1988 e seus incisos. Ainda que a previsão constitucional seja ampla, não consegue, e nem seria possível, abarcar todos os arranjos possíveis daquilo que pode ser entendido como família.

Isso se dá porque o conceito de família não é estanque. Pelo contrário, é dinâmico, mutante e deve levar em consideração a sociedade e a época analisadas. Não se pode sucumbir ao perigo do anacronismo e não perceber a fluidez com que as nuances das relações familiares vão acontecendo.

Não é equívoco dizer que as famílias evoluem junto com os conceitos a seu respeito. Tornam-se mais inclusivas e, com isso, certamente fica mais evidente a forma como a instituição da família é o molde primeiro dos anseios e das angústias da sociedade onde está inserida.

A forma como a família se desenvolveu no Brasil deixa clara a capacidade de assimilação de idéias e conceitos que se somam ao modelo que já está posto e o

ampliam de forma tal que, com o passar das décadas o organismo familiar transforma-se quase totalmente, embora haja valores que são imutáveis.

O primeiro deles diz respeito à própria existência do núcleo familiar. Em segundo momento percebe-se que, ainda que papéis possam mudar de posição, ganhar ou perder importância ou, até mesmo, desaparecer, as pessoas que constituem uma família precisam guardar, necessariamente, certas balizas norteadoras tais como: afeto; respeito; cumplicidade; auxílio mútuo, entre outros.

No Brasil não se admite mais com tanta facilidade a figura do pai-senhor com poderes e autoridade quase absolutos. O pátrio poder masculino deu lugar ao poder familiar que busca agregar os líderes da família de forma a lucrar com o melhor das capacidades de cada um deles.

A família é tão importante que se perpetrou toda uma política estatal a fim de, em diminuindo a quantidade de famílias potencialmente opositoras, robustecer a quantidade e a “qualidade” das famílias pertencentes à classe dominante. Eventuais distorções como o Lebensborn não devem ser encarados como a destruição do conceito de família, muito pelo contrário, ele serve justamente para demonstrar a importância que a família tem e sempre terá para as sociedades.

As famílias têm conformações múltiplas e, embora possam ser, monoparentais, homoafetivas, adotivas, recompostas, socioafetivas, multiparentais, lideradas pelos pais, pelas mães (ou pelos avós), ou até ter a formação “tradicional” de homem, mulher e filhos procedentes dessa união, nada e nem ninguém pode lhes negar reconhecimento e os direitos advindos dessa condição.

Uma vez que se trata de organismo fundamental e intrínseco à sociedade, sendo óbvia a necessidade da “especial proteção do Estado” insculpida no artigo constitucional acima mencionado.

Claro que abusos devem ser coibidos. Mas sem, em nenhuma hipótese vilipendiar direitos e expectativas legítimas das pessoas envolvidas. Os direitos que devem ser garantidos às famílias perpassam por todo o espectro juridicamente reconhecido de

direitos que se possa mencionar. A família não “é”, a família “está” e é essa condição imposta pela realidade que não mudou ao longo de toda a história e que não pode ser perdida de vista.

A ausência de um núcleo familiar estável sempre cobra preços consideráveis das pessoas. Por mais que os conceitos acerca da família e todos os aspectos a seu respeito possam mudar, uma verdade é imutável: a família é tão necessária e vital às pessoas quanto o ar que respiram.

REFERÊNCIAS

- AMORA, Soares. **Minidicionário da Língua portuguesa**. 20ª ed revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARROSO, Luis Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no fim da vida. In: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo (orgs.). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BÍBLIA DE ESTUDO ALMEIDA. Barueri – SP: **Sociedade Bíblica do Brasil**. 1999.
- BRASIL. **DECRETO DE 23 DE MAIO DE 1821**: Dá providencias para garantia da liberdade individual. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM-23-5-1821.htm. Acessado em: 10/05/2019.
- CICCO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da filosofia do Direito**. 3ª ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2006.
- COLANI BARBOSA, Camilo de Lelis. Aspectos jurídicos da conjugalidade e parentalidade. In MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos (org.). **Psicologia, família e direito: interfaces e conexões**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 289-325.
- COWSILL, Alan; IRVINE Alex; Korte Steve; MANNING, Matt; WIACEK Stephen; WILSON, Sven. **The DC Comics encyclopedia – The definitive guide to the characters of the DC Universe**. Great Britain: DK / Penguin Random House, 2016.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga**. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CNJ. **Justiça Restaurativa**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/justica-restaurativa/>. Acessado em: 10/03/2021.
- DEL PRIORE, Mary. **Histórias da gente brasileira**. volume 1 – Colônia. 1ª Ed. Rio de Janeiro:LeYa, 2016.
- DEL PRIORE, Mary. **Histórias da gente brasileira**. volume 2 - Império. 1ª Ed. Rio de Janeiro:LeYa, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 23ªed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2014.
- HARARI, Yuval Noah. **Sapiens – Uma breve história da humanidade**. 1ª Ed. São Paulo:Companhia das Letras, 2020.
- <http://desenvolturasedesacatos.blogspot.com.br/2012/01/somos-quase-todos-descendentes-de.html>. Acessado em: 22/08/2015.
- HUTCHINSON, Robert J. **Uma história politicamente incorreta da Bíblia**. Rio de Janeiro: Agir, 2012.
- HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. 22ª ed. 2ª reimpressão, São Paulo, Globo, 2014.

JESUS, Erivaldo de. **A bíblia como fonte histórica de Direito**. 1ª ed. São Paulo: ADIB, 2012.

MELO, Edson Teixeira de. Princípios constitucionais do Direito de Família. In: **JUS.COM.BR**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9093/principios-constitucionais-do-direito-de-familia#ixzz3jyLedpzm>. Publicado em: 10/2006. Acessado em: 26/08/2015.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acessado em: 18/05/2019.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRADO, Antonio Orlando de Almeida (org). **Código de Hamurabi, Lei das XII Tábuas, Manual dos Inquisidores, Lei do Talião**. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

ROUSSEAU, Jean Jaques. **O Contrato Social**. Coleção A obra-prima de cada autor, nº46. São Paulo: Martin Claret, 2004.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. In: **Légifrance**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Acessado em: 18/05/2019.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SKELTON, Stephen. **The gospel according to the world's greatest superhero**. Oregon: Harvest House Publishers, 2006.

UNITED NATIONS - HUMAN RIGHTS. **Universal Declaration of Human Rights**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=>. Acessado em: 18/05/2019.

VEYNE, Paul. **A história da vida privada 1**. 5ª reimpressão. São Paulo: Companhia de Bolso, 2016.

VON OELHAFEN, Ingrid. TATE, Tim. **As crianças esquecidas de Hitler – A verdadeira história do programa Lebensborn**. São Paulo: Contexto, 2017.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes – um novo foco sobre o crime e a Justiça**. Justiça Restaurativa. 4ª edição. Edição especial de 25º aniversário. São Paulo. Palas Athena.