

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Faculdade Mineira de Direito

Maria Goreth Macedo Valadares

OS MEUS, OS SEUS E OS NOSSOS:
AS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

Belo Horizonte
2007

Maria Goreth Macedo Valadares

**OS MEUS, OS SEUS E OS NOSSOS:
AS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS E SEUS EFEITOS JURÍDICOS**

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito Privado, do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, sob a orientação da Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá.

Belo Horizonte
2007

V136m
seus efeitos
2007.

Valadares, Maria Goreth Macedo
Os meus, os seus e os nossos: as famílias reconstituídas e
jurídicos / Maria Goreth Macedo Valadares. Belo Horizonte,
114f.

Orientadora: Maria de Fátima Freire de Sá
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica
de Minas
Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito
Bibliografia

1. Segunda família. 2. Relações familiares. 3. Pais e filhos. I.
Sá, Maria de Fátima Freire de. II. Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em
Direito. III. Título.

CDU: 347.632

]

Maria Goreth Macedo Valadares

Os meus, os seus e os nossos: as famílias reconstituídas e seus efeitos jurídicos

Dissertação apresentada como requisito para obtenção da titulação de mestre em Direito Privado, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Belo Horizonte, 2007.

Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá
(Orientadora) – PUC Minas

Prof. Dr. Walsir Rodrigues Júnior
PUC Minas

Profa. Dra. Lusia Ribeiro Pereira
PUC Minas

Aos meus pais, pela base sólida que me propiciou condições de seguir minha caminhada de forma tranqüila e serena. O apoio e a dedicação de vocês foram imprescindíveis para a minha estruturação como pessoa e profissional.

Ao Bruno, por me fazer acreditar que a saudade enaltece um verdadeiro amor. Faço minhas as palavras de Rubem Alves: *a saudade faz crescer o desejo. E quando o desejo cresce, preparam-se os abraços.*

À Maria Thereza e Ricardo pelo alegre “trio” que formamos.

AGRADECIMENTOS

À Maria de Fátima Freire de Sá, minha querida orientadora, pelas reflexões, pela disposição e pelo carinho despendido ao longo desse trabalho.

À Ana Carolina Brochado Teixeira, a quem tudo devo e de quem serei eterna discípula. Obrigada pela valiosa amizade!

À Ana Carolina Rocha, pelos momentos de diversão que me fizeram recuperar o fôlego e prosseguir a jornada.

À Thais, amiga que caiu do céu, pelas palavras sempre tão carinhosas que me confortam em todos os momentos.

À querida Vovó Guila, por vibrar com cada passo da minha caminhada.

Ao Dr. Rodrigo da Cunha Pereira, pela oportunidade de aprendizado que me concedeu e que foi de fundamental importância na construção da minha vida profissional.

À Fernanda Diniz e Carolina Campos, pelas experiências trocadas e pelo incentivo em seguir adiante.

À Tia Tulinha e Júlia, personagens que deram vida a esse trabalho.

Aos alunos, professores e funcionários da PUC MINAS SERRO, pela acolhida carinhosa que me propiciou tranquilidade para terminar esse trabalho.

À Raquel Vieira, por me ajudar a guiar minha vida, com suas intervenções ponderadas e equilibradas.

Efetivamente o que faz alguém ser pai não é apenas o ato físico da geração, mas principalmente o engajamento afetivo, psicológico e moral. É esse engajamento que confere valor e dignidade à paternidade. Este pode até estar ausente naquele que gerou fisicamente o filho. Se não tiver esse engajamento, é menos pai que o pai adotivo. Parece ter sido esta a atitude de José. Assumiu tudo de Jesus e de Maria. Dando o nome “Jesus” à criança, assume essa criança com tudo o que vem implicado de compromissos e deveres. (BOFF, Leonardo. São José: a personificação do pai. Campinas: Versus, 2005, p. 54)

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a possibilidade de se atribuir efeitos jurídicos às relações advindas entre filhos e pais afins. Esses são os membros das famílias reconstituídas, aquelas formadas por pares, em que um deles deve, necessariamente, já ter um filho.

Para justificar a produção desses efeitos jurídicos entre pessoas que não são ligadas por qualquer vínculo genético fez-se necessário demonstrar a evolução legislativa sobre a família e as mudanças sofridas ao longo dos tempos.

Além disso, dedicou-se um capítulo especial às famílias monoparentais e quais os reflexos da autoridade parental nesses núcleos familiares. Tais reflexos influenciam diretamente nas famílias reconstituídas e, por isso, também foram tratados no terceiro capítulo.

Discutiu-se o parentesco entre pais e filhos afins, as normas que regem o Direito de Família e as repercussões dessas relações quando a nova união do casal chega ao fim.

Palavras-chave: famílias reconstituídas; pais afins; filhos afins; posse de estado de filho; paternidade socioafetiva.

ABSTRACT

The present dissertation has the objective to prove the possibility to attribute legal effects to the relations between sons and step parents, which are members of the stepfamilies. These families are constituted by a couple that one of them must, necessarily, has already a son.

For to justify the produce of this effects between persons who are not related by any genetic link, became necessary to show the legislative evolution about the family and the changes which have been occurred along of years.

Beyond that, this dissertation dedicated a special chapter to the monoparental families showing the consequences of the parental authority in these families groups. These consequences influence directly the step families and because of their importance, it was treated also in the third chapter.

There was a discussion about relationship between step parents and step sons, the norms that treat the Family Law and the repercussions of these relations when the new couple union gets end.

Key-words: stepfamilies; stepparents; stepsons; ownership of son state; affective social paternity

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS E NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	11
3. FAMÍLIAS MONOPARENTAIS	35
3.1. Causas de monoparentalidade.....	39
3.1.1 Causas involuntárias	40
3.1.1.1 A separação e o divórcio	40
3.1.1.2 Da dissolução da união estável/união homoafetiva.....	44
3.1.1.3 Da viuvez	46
3.1.1.4 Da gravidez indesejada por uma mãe solteira	47
3.1.2 Causas voluntárias	48
3.1.2.1 A adoção	48
3.1.2.2 As “produções independentes”	52
3.2 Principais efeitos jurídicos da monoparentalidade	57
3.2.1 Poder familiar.....	57
3.2.2 Guarda/visitas/convivência familiar.....	61
3.2.3 Alimentos.....	66
4. FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS.....	68
4.1 Conceito.....	68
4.2 Do parentesco	83
4.3 Efeitos jurídicos	88
5. CONCLUSÃO	105
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	108

1 INTRODUÇÃO

Uma separação não acaba com a família, mas a transforma. Tal afirmativa contraria o mito mantido e alimentado por séculos de que casamento e família são estruturas indissociáveis entre si e, portanto, desfazendo-se o casamento, desfaz-se a família.¹

A família, assim como a sociedade, evoluiu e, dessa evolução, vários foram e são os efeitos surtidos. A Constituição Federal de 1988 foi sem dúvida determinadora de grande parte dessas mudanças, influenciando de forma substancial no Direito de Família.

A preocupação com o ser humano trouxe a possibilidade de novas formas de família, além da fundada no matrimônio; a igualdade dos filhos, independentemente do estado civil dos pais e a afetividade como fator determinante das relações familiares são exemplos das profundas alterações introduzidas pela nova ordem jurídica de 1988.

E, nessa época de famílias sem molduras, surge a família reconstituída, fruto da união de pessoas com filhos que fizeram parte de outras famílias em um determinado momento e, como o próprio nome diz, resolveram refazer suas vidas. Esse é o objeto principal do presente trabalho: o laço formado entre os membros dessas famílias, ou melhor dizendo, entre os filhos das famílias reconstituídas.

Qual será o vínculo entre *os meus, os seus e os nossos filhos*? Será que dessas relações poderia surtir algum efeito jurídico?

Para responder a essas e outras perguntas sobre o tema analisou-se em um primeiro momento a evolução da família na legislação brasileira. Da família fundada única e exclusivamente no casamento indissolúvel, chegou-se, depois de

¹ NAZARETH, Eliana Riberti. Família e divórcio. In: CERVENY, Ceneide Maria de Oliveira (Org.). *Família e... comunicação, divórcio, mudança, resiliência, deficiência, lei, bioética, doença, religião e drogadição*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004, p. 25.

percorridos grandes e longos passos, à pluralidade de entidades familiares, sem um modelo rígido, tal como se coloca na modernidade.

A relação paterno-filial também sentiu as transformações da sociedade e deixou de ter como parâmetro simplesmente a lei ou a biologia, mas muito mais do que isso seu fundamento hoje está na demonstração do *ser pai*, do *ser filho*. A filiação, assim como a nova família, está pautada na afetividade, utilizada de forma essencial para o deslinde das questões familiares.

Para se chegar às famílias reconstituídas alternativa não há senão uma “estadia” pelas famílias monoparentais, formadas por um dos genitores e seus descendentes. Seja qual for a origem desses núcleos monoparentais eles são um estágio obrigatório no caminho rumo à reconstituição de outra família.

E, uma vez desfeita a monoparentalidade pela união estável, homoafetiva ou pelo casamento daquele genitor que a formava, eis que surge a entidade familiar objeto do presente trabalho: a família reconstituída.

Ora, mas qual a necessidade de se estudar tal família? Em que ela se difere das demais a ponto de merecer um estudo especial? Nossa legislação traz alguma previsão sobre o tema? E o direito estrangeiro, como lida com a questão?

Na tentativa de encontrar essas respostas e, mais do que isso, de trazer outras reflexões, convida-se o leitor a penetrar no mundo das famílias reconstituídas, entidade familiar cada vez mais presente num cotidiano em que os desenlaces conjugais deixaram de ser uma exceção.

2 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS E NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

As famílias reconstituídas são, hoje, uma realidade no Brasil. No entanto, como será demonstrado, muito teve que ser percorrido até que se pudesse pensar e aceitar uma família formada por membros advindos de famílias diversas. Passa-se, então, a uma análise da evolução da família brasileira e das legislações que a ela digam respeito, no intuito de mostrar os caminhos trilhados até os dias atuais.

Antes de ser descoberto, o Brasil era ocupado por povos indígenas, em que as regras de parentesco e os vínculos familiares eram ditados por rituais próprios daquela cultura. No período da colonização, os europeus recém-chegados ao solo brasileiro se “encantavam” com as índias e dessas uniões surgiam mão-de-obra para auxílio no corte do pau brasil, bem como um modelo familiar marcado pelo trabalho escravo e para a exportação. Essas famílias se caracterizavam pela extensão, pelo patriarcalismo e pelo casamento por interesse econômico.²

² ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: SOUZA, Laura de Mello e. (Org.). *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 84.

O Brasil deixou de ser colônia de Portugal e se tornou um país independente em 1822, mais exatamente no dia 7 de setembro do referido ano. Entretanto, ainda não havia nenhuma lei brasileira que regulasse a vida dos então brasileiros, visto que a liberdade adquirida em relação aos portugueses era algo muito recente.³ O Brasil deixava de ser colônia, mas as relações familiares ainda eram determinadas pelo patriarcalismo. O novo governo determinou que as Ordenações Filipinas, bem como as leis e decretos de Portugal deveriam continuar em vigência até a promulgação de um Código Brasileiro.⁴

Logo após a tão sonhada independência, D. Pedro I promulgou a primeira Constituição brasileira, a única do período imperial, e determinou que um Código Civil deveria ser feito o *quanto antes*.⁵

³ As Ordenações Filipinas eram leis gerais vindas de Portugal que vigoraram no Brasil durante o período colonial e, inclusive, depois de declarada a independência, já que não havia nenhuma legislação que regulasse as relações entre os brasileiros. Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, as Ordenações Filipinas “nem pretendiam ser um código (não há partes gerais sobre atos, negócios, pessoas, etc.), nem desejava o rei castelhano impor novidades a Portugal, preferindo manter (consolidando) o que já havia”. Ver: LIMA, José Reinaldo de. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 269.

⁴ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 59-60.

⁵ Art. 179, XVIII da Constituição de 1824 - Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade.

Seguindo a tendência do constitucionalismo liberal, que já predominava em outros países,⁶ o maior intuito dessa Constituição era a separação dos poderes e a declaração expressa de alguns direitos dos cidadãos, sendo, no entanto, um documento meramente político,⁷ visto que, na realidade, quem controlava as relações sociais e políticas eram os grandes proprietários rurais, os quais detinham grande poder sobre a maioria da população livre.⁸

A religião católica era a única reconhecida pelo direito constitucional imperial⁹ e, por isso, apenas o casamento celebrado no catolicismo era aceito pela sociedade do Império.

Essa Constituição se caracterizava pelo não-intervencionismo, motivo pelo qual inexistia qualquer referência à família, considerada um instituto eminentemente privado.¹⁰

Com a proclamação da República e o fim da escravidão, surge uma nova forma de família, originária da Europa: era a família burguesa, formada apenas por pais e poucos filhos. As funções remuneradas em muito se distinguiram das não-

⁶ Segundo A. J. de Melo Moraes, a primeira Constituição brasileira foi modelada pelas Constituições espanhola, francesa e americana. Ver: MORAIS, Alexandre José de Melo. *A independência e o império do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 108.

⁷ Esse texto constitucional reconhecia alguns direitos fundamentais da sociedade, mas por outro lado mantinha todas as decisões concentradas nas mãos do chefe do Poder Moderador, existente àquela época:

Art. 179 da Constituição de 1824 – A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

Art. 98 da Constituição de 1824 – O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Art. 99 da Constituição de 1824 – A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

⁸ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo – Fundação para o Desenvolvimento da Educação, 2001, p. 149.

⁹ Art. 5º da Constituição de 1824 - A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.

¹⁰ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

remuneradas e a mulher não fazia parte da população produtiva, sendo o homem o único provedor da família.¹¹

Em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a segunda Constituição brasileira e a primeira republicana.¹² Essa Carta Política foi inspirada no pensamento norte-americano, ignorando os problemas sociais e do trabalho, que não eram considerados fundamentais à estrutura da ordem jurídica e política.

A idéia predominante era a do *laissez-faire*, *laissez-passer*, ou seja, um Estado que pregava a liberdade acima de tudo, principalmente o liberalismo econômico, pois o político se restringia ao que interessava aos grandes latifundiários.

Também considerando ser a família uma questão de direito privado, não houve nessa Constituição um capítulo que dedicasse a ela tratamento específico.

No entanto, havia uma previsão com relação ao casamento civil, que passou a ser o único reconhecido,¹³ o que buscava diminuir a influência da Igreja Católica na vida privada, uma vez que era considerada a religião oficial do Império:

Estado e Igreja passaram a ser instituições separadas. Deixou assim de existir uma religião oficial no Brasil. Importantes funções, até então monopolizadas pela Igreja Católica, foram atribuídas ao Estado. A República só reconheceria o casamento civil, e os cemitérios passaram às mãos da administração municipal. Neles seria livre o culto de todas as crenças religiosas.¹⁴

¹¹ KHEL, Maria Rita. Lugares do feminino e do masculino na família. In: COMPARATO, Maria Cecília; MONTEIRO, Denise de Sisa Feliciano (Org.). *A criança na contemporaneidade e a psicanálise: família e sociedade I*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2001, p. 68.

¹² O período republicano se caracterizava pelo predomínio das oligarquias cafeeiras.

¹³ Art. 72 da Constituição de 1891- A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

¹⁴ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo – Fundação para o Desenvolvimento da Educação, 2001, p. 251.

Tal dispositivo não contou com o apoio unânime dos políticos da época, pois o forte vínculo entre Igreja e Estado esteve atrelado ao Estado português desde a Idade Média, e esta tradição havia se transferido ao Brasil em virtude da colonização portuguesa. Defendendo a idéia de que o casamento deveria ser visto apenas e tão-somente como um sacramento da Igreja Católica, houve quem protestasse contra essa inovação introduzida pela primeira Constituição da República, sob o fundamento de que ausente à bênção religiosa, o casamento civil equivaleria a um concubinato condenável.¹⁵

No início do século XX novos valores começaram a se agregar às entidades familiares daquela época, mas a família patriarcal e hierárquica continuava em alta.

Na esfera jurisdicional, esperava-se a promulgação de um Código Civil, o que fora determinado expressamente pelo imperador na Constituição Imperial.

Essa determinação legal, no entanto, só foi concretizada quase um século depois, em 1916, quando o país passou a ter uma lei para regular as relações entre os particulares. O Código foi dividido em duas partes: uma geral e outra especial, em que no primeiro capítulo, foram tratadas as relações familiares. Pode-se afirmar que seus principais personagens eram o contratante, o marido, o proprietário e o testador, já que a preocupação maior era com as relações patrimoniais.¹⁶

Esse novo diploma legal confirmou o espírito de sua época e sofreu grande influência do Código de Napoleão.

A mulher começa a se inserir no mercado de trabalho e os ideais de igualdade entram em choque com as lutas para a manutenção dos padrões

¹⁵ Trecho de autoria do Deputado Joaquim Ignácio Tosta, citado por Nélson Carneiro em A família nas constituições brasileiras. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, ano V, n. 2, primeiro semestre de 1991, p. 200.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo Código. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; TORQUATO, Bruno (Org.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 116.

tradicionais.¹⁷ E, nessa disputa de valores, vence a tradição. O homem era uma figura superior, comandante do casamento que, por sua vez, tornava a mulher relativamente incapaz e ao marido submissa. Isso sem contar o poder que exercia sobre os filhos e sobre todas as decisões relativas ao lar patriarcal.

Gilberto Freyre¹⁸ define tal divisão sexual como um duplo padrão de moralidade. Ao homem eram dadas todas as liberdades, inclusive na esfera sexual, já a mulher se limitava a ter relações com o marido, cujo único intuito era a procriação.

O Direito de Família, regulado pelo Código Civil de 1916, retratava a família da época: patriarcal, matrimonial, patrimonialista, hierárquica e indissolúvel.

Assim, ficou estabelecido que ao pai/marido caberiam todos os direitos e deveres com relação a seu núcleo familiar. Ele era o “chefe da família” e a ele todos estavam subordinados, vez que era detentor de toda e qualquer decisão que dissesse respeito a seus subordinados. A mulher não trabalhava fora de casa e saía da dependência do pai para submeter-se aos poderes maritais.

Permaneciam, assim, as imposições estatais no tocante à validação de uma única forma de família, instituída através do casamento, colocando os cônjuges numa posição passiva em relação às funções matrimoniais, identificadas, neste íterim, com as funções da própria família. Impunha-se aos cônjuges o dever de procriar, do qual derivava o dever de manter relações sexuais. Além destes, subsistia também o dever de viverem juntos para o resto da vida, pois o casamento era indissolúvel – situação essa que durou, no Brasil, até 1977. Tudo isto servia para mascarar a verdadeira função do matrimônio, que se consubstanciava na proteção de interesses econômicos. Nesta família codificada, a afetividade tinha um papel irrelevante, tanto no casamento quanto nas relações paterno-filiais.¹⁹

¹⁷ MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do mundo feminino. In: SEVCENKO, Nicolau (Org.). *História da vida privada no Brasil: república: da belle époque à era do rádio*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 368.

¹⁸ FREYRE, Gilberto. *Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado e desenvolvimento do urbano*. São Paulo: Global, 2004, p. 208.

¹⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23-24.

Eram os maridos quem ditavam as regras dentro de um lar, cabendo às mulheres tão-somente acatar as ordens impostas, uma vez que, com o casamento, se tornavam relativamente incapazes.²⁰ Elas não tinham voz ativa, sendo o papel feminino restrito ao de mãe e esposa, condição essa que em termos legais só foi alterada na década de 60, do século passado, com o Estatuto da Mulher Casada.

A família era vista como uma instituição e seus interesses eram primordiais aos de seus membros. Suas funções eram econômicas e não buscavam o bem-estar de seus integrantes, mas, sim, um meio de garantir o trabalho e a produção.²¹

O casamento era a única forma de constituição de família reconhecida e isso refletia diretamente na filiação. Apenas eram reconhecidos os filhos nascidos na constância do matrimônio, caso contrário, eram considerados ilegítimos, sendo esses divididos em duas classes: os naturais e os espúrios,²² que por sua vez eram subdivididos em adulterinos ou incestuosos. Aos filhos naturais era permitido o reconhecimento, o que não poderia acontecer com os espúrios.²³

Nessa hipótese, a perfilhação poderia vir a abalar um casamento e, em prol da manutenção de uma família, uma criança ficava desamparada, como se pai ela não tivesse. O legislador não estava preocupado com a igualdade. O filho, fruto de uma infidelidade, era condenado a ficar sem pai, que nenhum dever teria. Era a vitória da irresponsabilidade que prevalecia sobre os direitos de um inocente.

²⁰ Art. 6º do CC de 1916 - São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer:

(...)

II - As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

(...)

²¹ CAMPOS, Diogo Leite. A nova família. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 19.

²² Filhos naturais eram aqueles nascidos fora do casamento, mas seus pais não eram impedidos de se casarem. Os espúrios carregavam o preconceito de forma mais evidente, uma vez que seus pais não podiam se casar, seja por já serem casados ou por serem parentes.

²³ Art. 358 do CC/1916 – Os filhos incestuosos ou adulterinos não podem ser reconhecidos.

Mas a proibição de reconhecer os espúrios não se justifica perante a razão e a moral. A falta é cometida pelos paes e a deshonra recae sobre os filhos, que em nada concorreram para ella. A indignidade está no facto do incesto e do adulterio, e a lei procede como se ella estivesse nos fructos infelizes dessas uniões condemnadas.²⁴

A manutenção do patrimônio era a principal preocupação do estabelecimento do vínculo matrimonial, razão pela qual o afeto entre o casal não era fator determinante para sua constituição. Talvez esse seja o motivo pelo qual os casamentos eram tão estáveis e duradouros. Se não havia decisão de escolha por parte dos cônjuges para iniciá-lo, muito menos para extingui-lo, afinal de contas o amor não era essencial para sua formação, manutenção e extinção.²⁵

Segundo Michelle Perrot, neste seio familiar os sentimentos não tinham vez, tudo era em nome da continuação do patrimônio.²⁶

Dessa forma, qualquer outro agrupamento familiar, que não o casamento, era discriminado e não recebia qualquer proteção por parte do Estado. Gustavo Tepedino demonstra como as demais formas de família eram preteridas e como era forte o poder do “chefe da família”:

A hostilidade do legislador pré-constitucional às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, ainda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes – particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge-varão – justificava-se em benefício da paz doméstica. Por maioria de razão, a proteção dos filhos extraconjugais nunca poderia afetar a estrutura familiar, sendo compreensível, em tal perspectiva, a aversão do Código Civil à concubina. O sacrifício individual, em todas essas hipóteses, era largamente compensado, na ótica do sistema, pela preservação da célula *mater* da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal.²⁷

²⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917, v. II. p. 332.

²⁵ O Código Civil de 1916 não previa a possibilidade da dissolução do vínculo matrimonial, existia apenas a figura do desquite, que colocava fim ao regime de bens e aos deveres conjugais. Após a Lei do Divórcio, em 1977, o desquite tornou-se a figura da separação.

²⁶ PERROT, Michelle. *História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 105.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina Civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3.ed.Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 397-398.

Na esfera internacional, várias crises marcaram o começo do século XX. A Primeira Guerra Mundial, em 1914, e a queda da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, acarretaram grande número de desempregos, uma forte recessão e em consequência surgiu um clima de incerteza, insegurança e medo com relação ao futuro da humanidade.

O Brasil não ficou fora da situação mundial e também atravessou uma crise política, econômica e social. Como os governos anteriores não demonstraram interesse por questões sociais, a sociedade buscava uma ruptura do sistema até então vigente e clamava por uma política mais preocupada com o bem-estar de seus cidadãos.

Em outubro de 1930, houve um movimento revolucionário organizado pelas lideranças políticas de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul, que compunham a Aliança Liberal, transmitindo, em novembro desse mesmo ano, o governo ao chefe da revolução, Getúlio Vargas. Tal movimento pôs fim à política do Café com Leite, através da qual as duas oligarquias mais poderosas, a mineira e a paulista, revezavam-se na presidência da República.

A partir da década de 30, ocorreram algumas mudanças significativas na sociedade brasileira, haja vista que a autoridade do Estado foi ampliada, o governo passou a intervir fortemente na economia, a cafeicultura foi diminuindo sua importância, enquanto a indústria continuava a crescer, a vida urbana ganhava cada vez mais importância, percebendo-se a preocupação do Estado em criar leis sociais, bem com buscar apoio do proletariado.

Essa revolução encerrou o modelo liberal puro, atendendo ao pedido da sociedade por uma nova ordem estatal, o que acarretaria na promulgação de outra

Constituição, a de 1934. O povo começa a ganhar espaço nas decisões do país e a cidadania deixa de ser uma exclusividade das elites.²⁸

Em 1932, com o Decreto n. 21.076, as mulheres que exerciam função pública remunerada e os maiores de 18 (dezoito) anos ganharam o direito de voto, sendo esse secreto e universal. Era a proteção à liberdade de expressão que ganhava espaço nesse cenário político.

Confirmando o espírito da Revolução de 1930 e rompendo com o liberalismo clássico capitalista, foi promulgada a Constituição de 16 de julho de 1934, em que prevalecia o intervencionismo do Estado, política adotada em virtude da crise do liberalismo que culminou na quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929. Foi a primeira vez que os direitos sociais foram recepcionados em uma Constituição brasileira, que deixou de ser simplesmente uma Carta Política.

Influenciada pelas Constituições do México e da Alemanha, a Constituição brasileira inovou ao tratar de temas como economia, família, funcionalismo público e direitos sociais.²⁹

A família ganhou *status* constitucional, mas a preocupação era com o casamento e não com os membros do núcleo familiar. Manteve-se a discriminação entre os filhos havidos dentro e fora do matrimônio, sendo, no entanto, determinado que a lei deveria facilitar o reconhecimento dos filhos naturais,³⁰ o que representava um indício de que pela frente as uniões não-formais entre homens e mulheres pudessem ser reconhecidas.

²⁸ PENNA, Lincoln de Abreu. *Uma história da república*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989, p. 162.

²⁹ SARASATE, Paulo. *A Constituição do Brasil ao alcance de todos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967, p. 15.

³⁰ Art. 147 da Constituição de 1934 - O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.

No Título V, Capítulo I, da Constituição de 1934, a família foi recepcionada como aquela advinda do casamento, que por sua vez era indissolúvel.³¹ Tal assertiva permite a conclusão de que família reconstituída nessa época era algo impensável. Como novidade, trouxe a aceitação do casamento religioso, qualquer que fosse o credo, desde que não afrontasse a ordem pública e os bons costumes.

Poucos anos depois, mais precisamente em 1937, o Brasil conheceu outra Constituição, sendo essa resultante de um golpe de Estado promovido por Getúlio Vargas, então presidente da República, justificado em um forjado complô comunista para tomar o poder: o plano Cohen. Foi imposto um novo texto constitucional, com Getúlio na condição de chefe supremo do Estado sem representação popular. Esse período ficou conhecido como Estado Novo:

Com o advento do Estado Novo, prosseguiria Vargas a obra social de sua primeira ditadura. O Estado Novo foi no entanto um Estado Social despolitizado na aparência; uma criação do arbítrio de Vargas em termos tão unipessoais que o ditador governou discricionariamente sem Congresso, sem partidos políticos, sem eleições, sem nenhuma base de representatividade formal. Os instrumentos de força, como a censura, a lei de culto dirigido da personalidade, o tribunal de exceção, os cárceres políticos consubstanciavam os elementos de sustentação da ditadura.³²

É importante ressaltar a influência fascista nesta Constituição, que se inspirou na Constituição da Polônia, donde resultou o apelido de Polaca.

Foi a primeira Constituição que não passou pelo crivo popular constituinte, tendo o povo ciência do novo regime político através da imprensa escrita e das rádios, que passavam pelo crivo da censura. Era um regime demasiadamente

³¹ Art. 144 da Constituição de 1934 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Art. 315 do CC de 1916 – A sociedade conjugal termina:

- I- Pela morte de um dos cônjuges.
- II- Pela nulidade ou anulação do casamento.
- III- Pelo desquite, amigável ou judicial.

Parágrafo único. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a presunção estabelecida neste Código, art. 10, segunda parte.

³² BONAVIDES, Paulo. *Política e Constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 491.

autoritário e centralizado, em que o chefe do Estado poderia governar por meio de decretos-leis, aumentando seu poder.³³

No que tange à família, o novo texto constitucional trouxe uma alteração significativa quanto à filiação. Os filhos naturais foram equiparados aos filhos legítimos, tendo ambos, agora, os mesmos direitos.³⁴

Com o término da Segunda Guerra Mundial, a democracia estadunidense do capitalismo foi comemorada com uma grande vitória em todo o mundo. Houve uma verdadeira repulsa pelos regimes totalitários ou autoritários, como era o de Getúlio Vargas, que não escapou da insatisfação popular.

Foi eleito um novo presidente, Eurico Gaspar Dutra, que atendendo aos anseios da população promulgou a Constituição de 1946, visando os interesses coletivos e individuais, cumprindo com a tarefa de redemocratização.³⁵

Nessa Constituição a família não sofreu mudanças importantes, apenas se estenderam os efeitos civis ao casamento religioso celebrado no país,³⁶ restabelecendo o disposto na Constituição de 1934 e suprimido pela de 1937.

Mas, no final da década de 40, a legislação infraconstitucional deu um importante passo no que diz respeito aos filhos incestuosos ou adulterinos que, como salientado, não podiam ser reconhecidos.

³³ PENNA, Lincoln de Abreu. *Uma história da república*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989, p. 205.

³⁴ Art. 126 da Constituição de 1937 – Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 86.

³⁶ Art. 163 da Constituição de 1946 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§ 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

A Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, permitiu que os filhos havidos fora do matrimônio fossem reconhecidos, desde que dissolvida a sociedade conjugal do consorte que se achasse casado.³⁷

Mas a igualdade na filiação ainda estava longe de ser consolidada. Esses filhos, depois de esperarem o fim da sociedade conjugal de um dos genitores para serem reconhecidos, continuavam sendo discriminados. A eles só caberia a metade da herança que os legítimos viessem a receber, e, mesmo assim, tal benefício se daria a título de amparo social, o que de acordo com Caio Mário da Silva Pereira não passava de um subterfúgio, afinal se tratava de um herdeiro.³⁸

Em 1962, a Lei n. 4.121, conhecida como o Estatuto da Mulher Casada, também acarretou mudanças, sendo uma das leis mais significativas para o Direito de Família. Vários artigos do Código Civil foram alterados,³⁹ passando as mulheres a participar de forma mais efetiva nas questões relacionadas ao lar conjugal e à filiação. Elas perderam a qualidade de relativamente incapazes e se tornaram colaboradoras do marido nas decisões que porventura houvessem de ser tomadas.

Com o passar dos tempos, o casamento deixou de ser a única forma de constituição de família que clamava por proteção estatal. As uniões não-formais entre homens e mulheres passaram a ser constantes, exigindo uma posição ativa do Estado, que não podia fechar os olhos para tal realidade social, que se tornava cada vez mais freqüente.

³⁷ Art. 1º da Lei n. 883/49 - Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare a filiação.

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Família de fato e família no direito. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro, ano V, n.2, Rio de Janeiro, p. 139, primeiro semestre de 1991.

Art. 2º da Lei n. 883/49 - O filho reconhecido na forma desta Lei, para efeitos econômicos, terá o direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado.

³⁹ Art. 1º da Lei n. 4.121/62 – Os artigos 6º, 233, 240, 242, 246, 248, 263, 269, 273, 326, 380, 393, 1.579 e 1.611 do Código Civil e 469 do Código de Processo Civil passam a vigorar com a seguinte redação:

(...)

Esses dispositivos davam ao marido total poder em relação à esposa, aos filhos e a toda e qualquer decisão da família. Com o Estatuto da Mulher Casada, a esposa ganhou o direito de participação nas questões familiares, mas ainda não havia a tão esperada igualdade de direitos, o que só veio a acontecer com a Constituição de 1988.

Assim, para não deixar desamparada, geralmente a mulher, que era abandonada por seu concubino, o Estado passou a reconhecer entre eles uma sociedade de fato,⁴⁰ tratada no Direito das Obrigações, de modo que ela era ressarcida pelos serviços domésticos prestados e, caso conseguisse comprovar sua contribuição na formação do patrimônio, teria direito à sua cota-parte. Havia ainda uma discriminação contra essa família, cujos direitos em muito se diferenciavam de um casamento.

A Constituição de 1967 foi resultado da Revolução de 1964⁴¹ e, por isso, é considerada como outorgada, tendo em vista a imposição do Congresso Nacional revestido de Poder Constituinte.⁴²

Não houve nenhuma alteração com relação à família, que manteve a indissolubilidade do casamento, permanecendo como a única forma de entidade familiar.

Em meados de 1968, promulgou-se a Lei n. 5.478, conhecida como a Lei de Alimentos, que tinha como objetivo instaurar um rito especial a essas ações, buscando garantir a subsistência da parte hipossuficiente, de modo mais ágil. Essa lei permanece em vigor até os dias atuais, sendo de grande valia para os alimentários.

⁴⁰ Em maio de 1964, o Supremo Tribunal Federal regulou a matéria através das Súmulas n. 380, 382 e 447. Súmula n. 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Súmula n. 382: A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato. Súmula n. 447: É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina.

Os concubinos não tinham direito a receber alimentos, sob o fundamento de que tal pedido se baseava no parentesco ou no casamento. Ver: acórdão STF, REx. n. 102877-SP. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso: 08 de março de 2006.

⁴¹ Essa revolução foi um golpe de Estado feito pelos militares, que tomaram o poder em 1964 e implantaram uma ditadura no Brasil, em que muitos direitos constitucionais foram suspensos e substituídos por uma série de medidas de exceção. E, nesse período, o país assistiu perplexo ao combate às liberdades civis e aos movimentos sociais organizados, em que não faltaram requintes de crueldade, torturas, assassinatos e perseguições.

⁴² OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 65.

No final da década de 60, em 1969, houve uma grande emenda à Constituição de 1967, posto que considerada por alguns doutrinadores⁴³ como uma nova Constituição. No que tange à família, apenas repetiu-se o texto anterior.

Porém, grandes mudanças estavam por vir. Em julho de 1977, foi proposta uma emenda à Constituição que previa a possibilidade do rompimento do vínculo conjugal, através do divórcio. Esse seria possível desde que os cônjuges estivessem separados de fato por mais de três anos ou pelo prazo de cinco anos, caso a separação fosse anterior à emenda.

A matéria deveria ser regulada através de lei, o que brevemente aconteceu, tendo a conhecida Lei do Divórcio sido publicada no dia 26 de dezembro de 1977.

A Igreja Católica protestou veementemente, mas não conseguiu impedir essa drástica mudança no matrimônio: “até que a morte nos separe”, deixou de ser dogma, pois, a partir daquele momento, aos consortes era garantido o direito de escolher o futuro. Permanecer casado ou divorciar-se era uma real possibilidade, que há muito já contrariava não só a Igreja, mas muitos pensadores:

Este abutre cruel estende suas asas negras sobre a prole indefesa, dando-lhe a morte com o desamparo. E' a morte moral e espiritual dos filhos. As nações vitimadas por esta praga social bem no-lo demonstram.⁴⁴

O divórcio é um erro e um retrocesso. Não nos iludamos com a prática de outras nações que se pretendam mais cultas.

E' um erro, porque a um problema de moral offerece solução egoistica: num complexo, em que se envolvem interesses dos filhos e da sociedade; desattende-os, para tratar da espécie, como si em jogo estivessem pretensões individuaes dos conjuges: e suppõe curar o mal promovendo a sua propagação, disseminando-o em vez de contel-o, quando não for possivel externmenal-o.

E' um retrocesso, porque a mancha da civilização, neste particular, veio da frouxidão e transitoriedade das reuniões, da promiscuidade, da polygamia simultanea ou successiva para a nonogamia indissolúvel, em que a moral se depura e a dignidade encontra ambiente adequados. Si nem sempre a indissolubilidade do matrimonio assegura a felicidade, a culpa é da

⁴³ Kildare Gonçalves Carvalho e Raul Machado Horta entendem que não houve uma nova Constituição e, sim, uma emenda constitucional. Já José Afonso da Silva tem entendimento contrário.

⁴⁴ BARBOSA, Cônego Florentino. *A família: sua origem e evolução*. Rio de Janeiro: Vozes, 1948, p. 152.

imperfeição humana e não dá forma pelo qual foi resolvido o problema jurídico.⁴⁵

Mesmo apresentando várias restrições ao pedido divorcista,⁴⁶ a Lei n. 6.515/77 representou um dos grandes marcos para o Direito de Família, não só pela inovação, como também pelas modificações que foram feitas em outros setores das relações familiares. A partir desse momento, poder-se-ia começar a pensar na possibilidade de uma família reconstituída.

A Lei do Divórcio alterou a Lei n. 883 de 1949, permitindo o reconhecimento dos filhos ilegítimos, ainda na vigência do casamento de um dos cônjuges, desde que feito através de testamento cerrado, que por sua vez era irrevogável nessa parte. E, dando um passo à frente, determinou a igualdade de direitos hereditários entre esses filhos.

Também alterou o regime de bens legal, que passou da comunhão universal para a comunhão parcial. No que tange à guarda dos filhos, era concedida ao cônjuge inocente e, no caso de culpa recíproca, ficariam sob a responsabilidade da mãe, se não houvesse por parte dessa qualquer conduta contrária à moral e aos bons costumes.

A “cultura” da culpa ainda estava bastante enraizada e de sua declaração decorriam alguns efeitos, tais como a perda no direito de receber alimentos, o uso do nome do marido e, como salientado, a guarda dos filhos.

⁴⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. Linhas gerais da evolução do direito constitucional, da família e da propriedade, no Brasil, durante a centúria de 1827 a 1927. *Revista Forense*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, p. 332, jul./dez. 1927.

⁴⁶ O divórcio só poderia ser requerido uma única vez; o prazo para seu requerimento era de três anos contados da separação de fato ou cinco anos se a separação fosse anterior à data da Emenda n. 9, de julho de 1977. Atualmente, não existe limitação para o número de pedidos de divórcio e o prazo para a propositura da ação foi reduzido para um ano, contados do trânsito em julgado da sentença da separação ou da concessão da cautelar de separação de corpos, se for divórcio por conversão, ou dois anos se o divórcio for direto.

Em 1985, mais de vinte anos sob a vigência da ditadura, houve o esgotamento do regime militar e um amplo movimento de redemocratização se fez presente nos palcos brasileiros.⁴⁷

Tancredo Neves tornou-se o novo presidente do País, pondo fim ao regime militar e iniciando uma nova era, conhecida como a Nova República. Com sua morte, José Sarney assume não só a presidência, como também o dever de redemocratizar o país. A maior preocupação política nesse momento era a de trazer uma ordem constitucional que atendesse aos anseios da população, restabelecendo a cidadania, o que se iniciou em 1º de fevereiro de 1987, com a formação da Assembléia Constituinte.

Pela primeira vez na história do país, e atendendo às pressões das novas formas de representação, são aceitas emendas populares, propostas por petições encaminhadas por pelo menos três organizações da 'sociedade civil' acompanhadas por 30 mil assinaturas. Campanhas variadas circulam no país em favor da incorporação de medidas institucionais em favor dos trabalhadores, de minorias raciais e sexuais, da mulher, da criança e do jovem, pelo meio ambiente etc. Praticamente, todo brasileiro assinou pelo menos uma petição de direitos encaminhada à Assembléia Nacional Constituinte.⁴⁸

Em 1988, foi promulgada a Constituição Federal, que tornou o Brasil um Estado Democrático de Direito, trazendo a pessoa para o centro do ordenamento jurídico, em que todas as atenções devem a ela ser direcionadas, de modo a fazer valer o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana,⁴⁹ fundamento da República brasileira. Enfim, a democracia estava de volta, garantindo constitucionalmente a

⁴⁷ SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. Brasil, em direção ao século XXI. In: LINHARES, Maria Yedda. (Coord.). *História geral do Brasil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1990, p. 385.

⁴⁸ SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. Brasil, em direção ao século XXI. In: LINHARES, Maria Yedda. (Coord.). *História geral do Brasil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1990, p. 391.

⁴⁹ Art. 1º da CF/88 - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;(...)

cidadania a todos, independentemente do sexo, da idade, da cor, da raça e de quaisquer outros meios de discriminação.⁵⁰

Matérias até então consideradas exclusivamente pertencentes ao direito privado ganharam espaço nessa Constituição, que derrubou a rígida separação existente entre o público e o privado. Esse foi o fenômeno denominado de constitucionalização do Direito Civil,⁵¹ muito bem delineado por César Fiuza:

Vive-se hoje no Brasil os alvares do Estado Democrático de Direito. Este é o momento da conscientização desse novo paradigma. Só agora assumem a devida importância os princípios e os valores constitucionais por que se deve pautar todo o sistema jurídico. Constitucionalização ou publicização do Direito Civil entram na temática do dia. O Código Civil não seria mais o centro do ordenamento civil. Seu lugar ocupa a Constituição, seus princípios e valores. Diz-se que os pilares de sustentação do Direito Civil, família, propriedade e autonomia da vontade, deixaram de sê-lo. O único pilar que sustenta toda a estrutura é o ser humano, a dignidade da pessoa, sua promoção espiritual, social e econômica. Este pilar está, por sua vez, enraizado na Constituição. Tudo isso, não há dúvidas, dá o que pensar.⁵²

Alterando o foco de preocupação, o patrimônio deixou de ser o cerne das relações pessoais, figurando, agora, o indivíduo como merecedor de tutela especial do Estado. E, nesse novo compasso, a família, base da sociedade, ganha características e responsabilidades bem diferentes de outrora.

Antes hierarquizada, patriarcal, matrimonialista e patrimonialista, a família, hoje, é uma referência de desenvolvimento da dignidade, do afeto, do

⁵⁰ Art. 3º da CF/88 – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁵¹ Também denominado de repersonalização do Direito Civil e de publicização do Direito Privado. De acordo com Renan Lotufo, “Com o advento da Constituição de 1988, ocorreu um choque de perplexidade na doutrina e na jurisprudência, por passar a mesma a disciplinar diretamente matérias que até então eram de exclusivo tratamento pela lei ordinária, muito particularmente por tratar de matéria, até então, objeto de regulação exclusiva do Código Civil”. Ver: LOTUFO, Renan. O novo Código Civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Da oportunidade da codificação civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 22.

⁵² FIUZA, César. Crise e interpretação no direito civil da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; TORQUATO, Bruno (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte, 2003, p. 29.

companheirismo, buscando não só a proteção, como também a promoção do bem-estar psicofísico de seus membros.

E, visando garantir a efetividade de suas normas, uma vez que a Constituição não pode ser vista apenas como uma Carta Política, novas formas de entidades familiares passaram a ser aceitas, respeitadas e protegidas pela ordem estatal.

O artigo 226⁵³ da Constituição Federal consagra, além do casamento, a união estável formada por um homem e uma mulher e as famílias monoparentais como novas formas de família. Entretanto, não é o referido dispositivo taxativo, mas sim uma cláusula geral de inclusão, pois se outras entidades familiares que não aquelas descritas são capazes de garantir a dignidade da pessoa humana, a elas deve ser dado o mesmo tratamento das outras. Gustavo Tepedino afirma que a família que realmente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus integrantes deve receber tutela jurídica e especial do Estado.⁵⁴

Tal fenômeno, denominado de repersonalização das relações familiares, buscou tutelar todas as uniões em que as novas características de uma família estivessem presentes: o afeto, a estabilidade e a ostensibilidade.⁵⁵

Hoje, ao contrário, os vínculos afetivos, mais do que qualquer outro, são o que fazem um casal permanecer junto ou optar por uma separação, o que, sem sombra de dúvidas, colabora para o aumento das famílias reconstituídas. Terminado o afeto, rompe-se o elo, mas diferente de outrora, novos elos são bem-vindos!

O casamento, a união estável formada por um homem e uma mulher e a família monoparental são apenas exemplos de tantas outras entidades familiares

⁵³ Art. 226 da Constituição de 1988 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 373.

⁵⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Cidadania – o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

que se fazem presentes em nosso cotidiano. Apenas a título exemplificativo, não há quem duvide de que as famílias anaparentais⁵⁶ sejam merecedoras de proteção pelo Direito, apesar de não estarem presentes expressamente no artigo supra-referido.

As famílias homoafetivas,⁵⁷ as recompostas ou reconstituídas e todas as outras que visarem à promoção de seus integrantes, também merecerão tratamento adequado e sem qualquer discriminação. Não se pode falar, hoje, em supremacia de uma forma de entidade familiar sobre outra, sob pena de ferir princípios constitucionais, entre eles o da liberdade e o da igualdade:

Contemporaneamente, reconhece-se um contorno familiar sem molduras rígidas, sendo o espaço do lar um lugar de afeto e de realização das potencialidades de cada um de seus membros. Igualdade e respeito abarcam-se na esteira da convivência, somando-se à liberdade como escudo no qual se encontra espaço para a realização da dignidade da pessoa humana, numa perspectiva eudemonista.⁵⁸

Dessa forma, a afetividade passou a ser fator determinante na constituição e caracterização de uma família, deixando a formação do vínculo de ser apenas uma forma de assegurar a sobrevivência e a manutenção de uma situação econômica. Essa idéia acarretou a possibilidade de se romper uma relação quando não mais presente o afeto, bem como a de se reconstruir uma vida com o surgimento de um novo amor.⁵⁹

⁵⁶ Famílias anaparentais são aquelas formadas por irmãos sem pais e, de acordo com Maria Berenice, o referido termo teve sua origem na obra de BARROS, Sérgio Resende. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

⁵⁷ Termo utilizado pela primeira vez por Maria Berenice Dias, na obra *União homossexuais, o preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁵⁸ ARONNE, Ricardo; CARDOSO, Simone Tassinari; KLEIN, Felipe Pastro. *Estudos de direito civil constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v.2, p. 19.

⁵⁹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. As novas orientações do direito de família. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (Coord.) *O direito de família: descobrindo novos caminhos*. São Leopoldo: Edição da Autora, 2001, p. 9.

O afeto passou a ser valor fundante e integrador de um núcleo familiar, deixando de ser consideradas apenas as relações advindas do casamento e do parentesco consangüíneo como merecedoras de cuidado jurídico.

Alterações significativas também ocorreram no que tange à filiação. A nova ordem constitucional encerrou qualquer discriminação que houvesse entre os filhos, colocando um ponto final nas nomenclaturas preconceituosas existentes.

A partir de 5 de outubro de 1988, os filhos ilegítimos e legítimos deixaram de sê-lo, tornando-se apenas e tão-somente filhos. A Carta Magna vedou qualquer adjetivo e determinou que todos têm os mesmos direitos e deveres, independente da origem. Enfim, a igualdade prevaleceu e os descendentes foram desvinculados do estado civil de seus pais.

Esse era mais um sinal de que a preocupação era realmente com a pessoa humana e não com a família em si, já que *a família não é titular de um interesse separado e autônomo, superior àquele do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa*.⁶⁰

Para andar em compasso com a Constituição de 1988, o legislador ordinário teve que se adequar à nova realidade, por meio de leis que buscassem efetivar as normas constitucionais.

Assim, em 1989 surge a Lei n. 8.069, conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente, uma das legislações mais avançadas no mundo sobre o tema e que constitui outro marco para o Direito de Família brasileiro. Um ano após, em 1990, a Lei n. 8.009, conhecida como a Lei do Bem de Família, busca garantir a impenhorabilidade do imóvel onde uma família reside, tendo como objetivo principal a dignidade dos membros dessa entidade familiar, através do direito à moradia.

⁶⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245.

A Lei n. 8.560 de 1992, dispõe sobre o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, proibindo qualquer menção ao estado civil dos pais, bem como à natureza da filiação. Além disso, é concedida legitimidade ao Ministério Público para intentar ações de investigação de paternidade. É o direito à filiação ganhando espaço no cenário do Direito de Família, colocando em prática as disposições constitucionais.

E, uma vez reconhecida como entidade familiar, a união estável entre um homem e uma mulher precisava ser regulada. Foi o que aconteceu por meio das Leis n. 8.971/94 e 9.278/96. Elas dispunham sobre os requisitos para a configuração da união estável, alimentos e sucessão dos companheiros.

Em 1996 é aprovada a Lei n. 9.263, que regula questões ligadas ao planejamento familiar, assunto também trazido pela Constituição de 1988. E, já que todos os filhos são iguais, a legislação ordinária, em abril de 2002, implementou a licença-maternidade para as mães adotivas, a fim de fortalecer, desde o início dessa relação, o vínculo materno-filial.

Mas, sem dúvida, o fato de maior relevância para o direito privado, após a promulgação da última Constituição, foi a entrada em vigor de um novo Código Civil. Em tramitação no Congresso Nacional desde a década de 70, do século passado, foi ele promulgado em 10 de janeiro de 2002, com prazo de *vacatio legis* de um ano.

Na parte referente ao Direito de Família, trouxe alterações significativas em relação ao Código anterior, na tentativa de colocá-lo em consonância com as normas constitucionais, que em muito destoavam do Código de 1916.

Os direitos e deveres dos cônjuges foram equiparados, não mais tendo o marido o poder de decisão no que dissesse respeito às questões da família; a proteção da pessoa dos filhos ganhou destaque especial e foi desatrelada da culpa

dos pais, ficando condicionada ao Princípio do Melhor Interesse da Criança; permitiu-se a alteração do regime de bens; trouxe inovações no que tange ao bem de família convencional e disciplinou a união estável, o que era impensável no início do século XX, quando da feitura do Código antigo.

Esses são alguns exemplos das novidades trazidas pelo Código de 2002 que, como dito, apenas tentou se moldar à Constituição de 1988. Diversos assuntos relevantes para o Direito de Família não foram abarcados, tais como as uniões homoafetivas, a guarda compartilhada e as relações entre os membros das famílias reconstituídas.

No entanto, a despeito do “esquecimento” do legislador ordinário, a doutrina e a jurisprudência caminham, buscando garantir a eficácia e a hierarquia das normas constitucionais.

Tendo em vista que o foco do presente trabalho é a eficácia jurídica entre os filhos de uma família reconstituída, esse será o palco de discussões, partindo-se da premissa de que há na legislação brasileira várias omissões sobre o tema.

Porém, antes de adentrar ao tema proposto, mister se faz o estudo das famílias monoparentais, que são um estágio obrigatório para se chegar às reconstituídas. Passemos a elas.

3 FAMÍLIAS MONOPARENTAIS

A Constituição Federal de 1988 dispõe que a família, base da sociedade, pode ser formada por um dos pais e seus descendentes. A doutrina batizou essa entidade familiar de família monoparental, que tem como requisito, além da presença de filhos, a figura de um só dos genitores.

Como já brevemente explanado, as famílias reconstituídas são formadas por membros que já pertenceram a outras formas de entidade familiar. Entretanto, seja qual for a forma dessa família que se rompeu e desde que haja pelo menos um filho, uma coisa é certa: ela se tornou uma família monoparental.

E, a partir daí, surge uma premissa. Toda família reconstituída, necessariamente, advém de uma monoparental.

O termo monoparentalidade surgiu pela primeira vez na França, mas a Inglaterra já cuidava dessas famílias desde a década de 60, através de estudos que demonstravam a pobreza em que elas se encontravam após o rompimento do vínculo familiar.⁶¹ Apesar do recente reconhecimento, principalmente no Brasil, essas famílias há muito já existem. Não há quem duvide, por exemplo, de que desde os primórdios da humanidade, existiam as chamadas “mães solteiras”, certamente objeto de grande discriminação. A explicação de tal preconceito se dava em virtude da prevalência do casamento em detrimento de outras formas de família, conforme já salientado. Ora, se nem mesmo as uniões informais entre um homem e uma mulher eram permitidas, muito menos as famílias monoparentais, que deveriam representar uma verdadeira afronta à instituição matrimonial de épocas passadas.⁶²

⁶¹ COSTA, Demian Diniz da. *Famílias monoparentais: reconhecimento jurídico*. Rio de Janeiro: Aide, 2002, p. 26.

⁶² PALMA, Rúbia. *Famílias monoparentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 72-73.

A viuvez, com certeza, era a única forma de monoparentalidade aceita, já que não dependia da vontade das partes. Com a evolução da sociedade e, principalmente, após a Revolução Sexual nos anos 60, do século passado, as pessoas ficaram mais maleáveis e novas idéias começaram a ser aceitas.

A recepção das famílias monoparentais pela Constituição de 1988 foi, sem dúvida, um grande passo na proteção das pessoas que se encontram nessa situação. No entanto, não há, ainda, na legislação ordinária brasileira qualquer norma específica sobre elas, sendo que o texto constitucional se limitou a conceituá-la, garantindo especial proteção do Estado. Apenas o Estatuto da Criança e do Adolescente⁶³ fez referência ao tema, mas nos mesmos moldes da Constituição Federal de 1988.

Levando-se em conta o grande número dessas famílias e seu crescente aumento, mister se faz uma intervenção concreta do Poder Legislativo no sentido de trazer maior eficácia às normas constitucionais. Como não há, ainda, uma lei que trate do tema em questão, far-se-á uma análise dos efeitos jurídicos decorrentes dessas famílias no que tange aos membros envolvidos, de modo a apurar os dispositivos legais que a elas fazem alguma referência.

No entanto, antes de ingressar nessa busca, é importante delinear os contornos dessas famílias, estabelecendo seus requisitos, bem como quem poderiam ser seus membros.

Tanto a Constituição Federal como o Estatuto da Criança e do Adolescente são claros ao dizer que tais famílias são formadas por “um dos pais e seus descendentes”. Com isso, o entendimento é de que a monoparentalidade decorre da

⁶³ Art.25 da Lei 8.069/90 – Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

presença única e exclusiva de apenas um dos genitores e seus filhos numa determinada residência.

Maria de Fátima Freire de Sá exemplifica a monoparentalidade como

a figura da mãe solteira, que pode ser voluntária ou involuntária; a viuvez; a adoção, possível para o solteiro, separado, divorciado ou viúvo, além da separação e do divórcio.⁶⁴

Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que *tal família decorre da parentalidade e não da conjugalidade*.⁶⁵

Assim, a existência do outro genitor não retira daquele núcleo familiar a característica de monoparental, bastando para configurá-lo a existência de duas residências distintas: a do genitor guardião e a do não-guardião, isso considerando a existência desse último, o que pode vir a não acontecer, como mais à frente será explicado.

No entanto, há quem amplie o leque de possibilidade das famílias monoparentais no que diz respeito à qualificação de seus membros. Maria Berenice Dias defende a idéia de que um agrupamento familiar formado por outros parentes que não sejam pais e filhos, deve também ser considerado como um núcleo monoparental:

Tanto são prestigiadas tais relações de parentesco que os ascendentes e os parentes colaterais têm preferência para serem nomeados tutores (1.731). Quando um tio assume a responsabilidade por seus sobrinhos, ou um dos avós passa a conviver com os netos, caracteriza-se, também, uma família monoparental.⁶⁶

Ousar-se-á acatar outra posição, pois o termo parentalidade não está ligado a parentes, mas, sim, a pais. Daí a monoparentalidade significar apenas e tão-

⁶⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e biodireito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 437.

⁶⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito de família brasileiro*: introdução – abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 44.

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 188.

somente um dos pais e os filhos que estejam morando juntos em uma residência. Tios, primos, irmãos e avós podem até vir a formar uma outra família, mas não um lar monoparental. Ademais, tanto a norma constitucional quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente foram unânicos e específicos ao determinar “um dos pais e seus descendentes”, o que impossibilitaria os demais parentes de se enquadrarem naquele conceito, salvo é claro, se considerarmos que um deles passa a ocupar o lugar de pai ou mãe.

Entretanto, é evidente que aquele núcleo familiar pode ser considerado como outra forma de família, a merecer também proteção estatal, já que, como vimos no capítulo anterior, o rol das famílias descritas no artigo 226 da Constituição não é taxativo. Muito pelo contrário!

Outro ponto a ser discutido diz respeito à idade dos membros dessas famílias. Será que a maioridade dos filhos pode ser considerada um fator impeditivo para a caracterização dessa entidade familiar? Ou, em outras palavras, poder-se-ia considerar determinada família como um núcleo monoparental apenas enquanto estivessem os filhos sob o poder familiar dos genitores?

O entendimento a ser defendido é em um sentido negativo. Parece inadmissível condicionar uma família à idade de seus membros. A título de exemplo, imaginemos uma mãe e uma filha que sempre residiram juntas, em virtude da viuvez materna. Deixarão de formar uma entidade monoparental, única e exclusivamente, em razão da maioridade da filha? Quais aspectos foram alterados naquele núcleo em razão dessa maioridade? Talvez e pouco provável a dependência da filha em relação à mãe, o que dificilmente tem acontecido nos últimos tempos.

As questões patrimoniais não são mais prioritárias para o Direito de Família, e, ainda que o fossem, é sabido que o dever de sustento se extingue com a

maioridade, mas não a obrigação alimentar, que persiste em decorrência do parentesco e não do poder familiar.⁶⁷ E, a partir daí, tanto os pais como os filhos podem ser sujeitos ativos e passivos de uma prestação alimentícia.⁶⁸

Com o aumento proliferante das separações e dos divórcios, essas famílias passaram a ser percebidas por todos, merecendo estudos não só no âmbito jurídico, como também na Sociologia e na Psicologia. Mas sua formação não pára por aí. Outros fatores também corroboram para o surgimento e crescimento dessas famílias, o que será agora demonstrado.

⁶⁷ TJSP, AI n. 314.267-4/7-00, 1ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Elliot Akel, pub. 4/11/2003. Alimentos – Maioridade – Irrelevância - Certo que com a maioridade cessa o poder familiar, extinguindo-se o dever natural dos pais, de sustento dos filhos. A circunstância, contudo, não retira do filho o direito de receber alimentos, podendo perdurar a obrigação alimentar até que tenha condições suficientes para se manter por seus próprios meios.

Segundo Rolf Madaleno, “Os ascendentes, os colaterais e bem assim os descendentes maiores e capazes, que já encontram fora do poder parental, mantêm entre si, e por seus laços de parentesco, um dever de solidariedade alimentar”. Ver: MADALENO, Rolf. Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 566.

⁶⁸ Art. 229 da Constituição de 1988 – Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

3.1 Causas de monoparentalidade

As famílias monoparentais podem se originar de forma involuntária ou voluntária. Na primeira hipótese, temos a separação, o divórcio, a dissolução de uma união estável ou homoafetiva, a morte de um dos pais e uma gravidez indesejada. Como causa voluntária da monoparentalidade podemos citar as “produções independentes”, bem como a adoção por uma pessoa solteira.

3.1.1 Causas involuntárias

3.1.1.1 A separação e o divórcio

No Direito brasileiro, a possibilidade de ruptura legal da vida em comum de um casal surgiu com o Código Civil de 1916, através da figura do desquite, que significava *não 'quites', alguém em débito para com a sociedade*.⁶⁹ Importante frisar que nessa época apenas a morte, a anulação ou nulidade do casamento colocavam fim ao vínculo conjugal, tendo o desquite o poder de apenas encerrar alguns deveres do casamento.

Como o casamento era a única forma “decente” de constituição de família e, por sua vez, indissolúvel, as pessoas que estivessem fora desse padrão eram objeto de represália por parte da sociedade. E, mais do que isso, as desquitadas não eram vistas com “bons olhos”, apesar da previsão legal. A opção pelo desquite não deixava de ser um desrespeito com o sacramento do casamento e, talvez, com o intuito de inibi-lo, era vedado aos desquitados se casarem novamente: “unidos até que a morte os separe”, era a máxima daquele tempo.

Com isso, famílias legalmente reconstituídas nem pensar! Elas até poderiam existir informalmente, mas jamais seriam consideradas para fins de direito.

O casamento se manteve indissolúvel até o final da década de 70, quando, em 1977, foi promulgada a Lei do Divórcio, que como salientado, alterou de forma significativa o Direito de Família. A partir daí, a figura do desquite foi substituída pela separação judicial e o fim do vínculo conjugal passou a ser uma idéia possível, através do divórcio, que acabava de chegar na legislação brasileira.

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 254.

A separação judicial poderia ocorrer de forma litigiosa ou por mútuo consentimento das partes, colocando fim aos deveres de coabitação, fidelidade e regime de bens. Na primeira hipótese poderia ser requerida a qualquer tempo, entendimento que permanece em vigor até os dias atuais e, na segunda, só poderia ser requerida se os cônjuges já tivessem mais de dois anos de casados, prazo esse reduzido para apenas um ano com o advento do Código Civil de 2002.

Também convém salientar a figura da separação de fato, que ocorre quando os cônjuges passam a residir em casas diferentes ou mesmo na residência do casal, em quartos distintos. Em ambas as hipóteses, o intuito é a ruptura da vida em comum, sem a intervenção judicial. A separação de fato põe fim ao dever de coabitação, de fidelidade e ao regime de bens, sendo esse o entendimento mais recente da jurisprudência.⁷⁰ O atual Código Civil também prevê a possibilidade dos separados de fato constituírem união estável, apesar de só poderem se casar novamente após o divórcio.⁷¹

E, por falar em divórcio, o legislador o prevê de duas formas: direta ou por conversão. Na primeira, não é precedido da separação judicial, tendo como único requisito a separação de fato do casal por mais de dois anos contínuos. Já a modalidade por conversão prescinde da separação judicial, podendo ser requerida

⁷⁰ "TJMG, Ap. Cível n. 1.0024.01.599990-7/001, 4ª CC, Des. Rel. Hyarco Immesi, pub. em 1/7/2005. PARTILHA IMÓVEL ADQUIRIDO E QUITADO EXCLUSIVAMENTE PELO CÔNJUGE VARÃO APÓS A **SEPARAÇÃO DE FATO** DO CASAL - SUA EXCLUSÃO DA PARTILHA. Demonstrada a quitação do imóvel tão-somente pelo cônjuge varão, após a **separação de fato** do casal, procede-se à sua exclusão da partilha, mormente se demonstrado 'salienter tantum' que todas as prestações do respectivo financiamento foram quitadas exclusivamente por ele. A aquisição do imóvel em nome de ambos os cônjuges é irrelevante, se a ex-esposa em nada contribuiu para quitar qualquer parcela do financiamento, este só obtido pelo ex-esposo posteriormente à **separação de fato**. Partilha do imóvel adquirido e quitado exclusivamente pelo cônjuge varão após a **separação de fato** do casal - sua exclusão da partilha."

⁷¹ Art. 1.723 do CC/2002 – (...)

§ 1º – A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

(...)

um ano após o trânsito da sentença ou da medida concessiva da separação de corpos.

No entanto, separados e divorciados podem refazer suas vidas e formar uma nova família. E, se algum deles tiver filhos, estar-se-á diante de uma família reconstituída, o que mais à frente será demonstrado.

Enfim, a diferença básica e fundamental entre os dois institutos é o fim do vínculo conjugal e, com isso, a possibilidade de se casar novamente, além da mudança no estado civil, de separado judicialmente para divorciado, sendo que, no primeiro, se o outro cônjuge vier a falecer, o sobrevivente será viúvo, enquanto no segundo permanecerá inalterado.

Bastante criticada foi a opção do legislador do Código Civil de 2002 em manter a figura da separação judicial, bem como a discussão da culpa. Afinal, qual a razão de obrigar as partes a se submeterem duas vezes ao Poder Judiciário para buscarem o fim do vínculo conjugal? E, mais, teria o Estado o direito de intervir na intimidade das pessoas para buscar um culpado pelo fim do relacionamento? Um exemplo de que essa intervenção tende a diminuir foi a aprovação da recente Lei n.11.441/07 que permite a tramitação de inventários, separações e divórcios perante os cartórios. Como afirma Rodrigo da Cunha Pereira⁷², já passava da hora do Estado respeitar a autonomia privada.

Yussef Cahali, respondendo à primeira pergunta, concluiu que a manutenção da separação judicial é uma homenagem do legislador às tradições morais e religiosas do povo brasileiro.⁷³

Apesar de ser um Estado laico, ainda há nas raízes brasileiras grande força e influência da Igreja Católica nos diversos setores da sociedade, inclusive e de forma

⁷² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio e partilha mais fáceis: autonomia do privado. Disponível em: www.ibdfam.com.br, acesso em 31 de janeiro de 2007.

⁷³ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 49.

ativa, no que diz respeito às questões jurídicas. Confiante no dogma de que “o que Deus uniu, o homem não separa”, o catolicismo é contra o divórcio, proibindo, até, o segundo casamento perante a Igreja.

No entanto, a despeito de todo esse poder, as pessoas vêm-se separando cada vez mais e com maior frequência. Hoje, os casamentos, além de mais tardios, duram menos, o que contribui de forma significativa para o aumento das famílias monoparentais e, posteriormente, das famílias reconstituídas.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2004 houve 806.968 (oitocentos e seis mil, novecentos e sessenta e oito) casamentos, ao lado de 93.525 (noventa e três mil, quinhentos e vinte e cinco) separações judiciais. O número de divórcios diretos superou o número de separações judiciais, sendo os divórcios litigiosos requeridos em maior parte pelo cônjuge masculino, que se recasa em maiores proporções que as mulheres. E no que diz respeito aos filhos, em 91,3% (noventa e um vírgula três por cento) das separações e em 89,7% (oitenta e nove vírgula sete por cento) dos divórcios, eles ficam sob a guarda materna, cabendo aos pais o direito de visitá-los, conforme estipulado nas decisões judiciais.⁷⁴

Sob a fadada discussão da culpa nas separações, Gustavo Tepedino afirma ser descabido imputar sanções exclusivamente pelo fim do vínculo conjugal, principalmente se de tal declaração não resulta nenhum efeito quanto aos alimentos, nome, guarda dos filhos e patrimônio dos cônjuges.

Mesmo prevista no novo Código Civil, há tribunais que estão desconsiderando a discussão da culpa nas separações, mormente quando não acarreta efeitos jurídicos aos cônjuges.⁷⁵ Além disso, o artigo 1.573, parágrafo

⁷⁴ Informações retiradas do site www.ibge.gov.br. Acesso em 23 de maio de 2006.

⁷⁵ Os efeitos da culpa hoje se restringem ao uso do nome e à possibilidade de receber alimentos civis, já que o “culpado” pelo fim do casamento terá direito a receber apenas os alimentos naturais.

único⁷⁶ do mencionado diploma legal, traz ao juiz a possibilidade de encontrar outras formas para justificar o rompimento do enlace matrimonial:⁷⁷

O fim do casamento vem sendo chancelado independentemente da indicação de um responsável pelo insucesso da relação, seja porque é difícil atribuir a apenas um dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é absolutamente indevida a intromissão do Estado na intimidade da vida das pessoas. Só lhe cabe dizer amém e dar por findo o casamento.⁷⁸

⁷⁶ Art. 1.573 CCB/02 – Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

(...)

Parágrafo único: O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

⁷⁷ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem aplicado em suas decisões a Teoria do Desamor. O Superior Tribunal de Justiça também já tem entendimento nesse sentido, caso a declaração de culpa não acarrete consequências jurídicas para um dos cônjuges, tal como o nome e alimentos.

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 268.

3.1.1.2 Da dissolução de união estável/união homoafetiva

Como já exposto, a união estável formada por um homem e uma mulher é também considerada como uma entidade familiar. Sem a formalidade prevista no casamento, duas pessoas de sexos diferentes se unem com o objetivo de constituir uma família. Seus requisitos são a durabilidade, a ostensibilidade, o *animus* de constituir família, a publicidade, entre outros.⁷⁹

O mesmo caminho das uniões estáveis vem sendo percorrido pelas uniões homoafetivas, que a estas deve ser equiparada em seus efeitos jurídicos.

Felizmente, estão surgindo decisões⁸⁰ que, buscando a efetividade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como a erradicação de qualquer preconceito porventura ainda existente contra os homossexuais, saem na frente e garantem a realização de uma justiça igualitária, que respeita a opção sexual de cada um, impedindo que uma forma de família sobressaia sobre outra.

O que caracteriza uma família não é a diversidade de sexo entre o casal, mas, sim, a *affectio maritalis*, elemento constitutivo e definidor das novas relações familiares.

Com a nova visão trazida pela Carta Magna e em decorrência do fenômeno da repersonalização do Direito Civil, em que o indivíduo passou a ocupar lugar de

⁷⁹ Art. 1.723 do CC/2002 – É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

⁸⁰ TJRS, AC n. 70012836755, 7ª CC, Des. Rel. Maria Berenice Dias, pub. 28/12/2005; AC n. 70011120573, 4ª CC, Des. Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, pub. 1/3/2000; AC n. 70007243140, 8ª CC, Des. Rel. José Ataídes Siqueira Trindade, pub. 6/11/2003; TRF, 1ª Região, AI n. 2003.01.00.000697-0/MG, Rel. Tourinho Neto, p. 15/2/2004; TJBA, AC 16313-9/99, 3ª CC, Des. Rel. Mário Albiani, pub. em 4/4/2001; TSE, Recurso Especial Eleitoral n. 24564, Rel. Gilmar Ferreira Mendes, pub. 1º/10/2004.

destaque no ordenamento jurídico, inadmissíveis são as decisões que negam aos homoafetivos a atribuição de eficácia jurídica a seus relacionamentos:

O reconhecimento desta entidade perpassa pela construção de um direito personalíssimo à orientação sexual, oriundo dos princípios da liberdade e da igualdade, sem distinção de qualquer natureza, combinados com os princípios da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sem prejuízo da vedação constitucional ao preconceito e discriminação por sexo, cor, raça ou credo.⁸¹

Para que esses relacionamentos alcancem determinados efeitos jurídicos, é necessária a declaração da união homoafetiva, da mesma forma como ocorre com as uniões estáveis entre um homem e uma mulher.

Como não há nessas uniões, sejam homo ou heterossexuais, *a priori*,⁸² um documento oficial tal como a certidão de casamento, fixando o marco inicial do relacionamento, mister se faz, quando de seu término, a intervenção judicial não só para dissolvê-la, como também e, primeiramente, para declarar sua existência.

Nessa ação, são discutidos os mesmos temas de uma separação ou divórcio, como alimentos, partilha, guarda e visita aos filhos. Dessa forma, com o fim dessas entidades familiares, eis que surge uma outra família monoparental.

⁸¹ ARONNE, Ricardo; CARDOSO, Simone Tassinari; KLEIN, Felipe Pastro. *Estudos de direito civil constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2, p. 158-159.

⁸² Algumas pessoas que optam pela união estável ou homoafetiva resolvem de antemão fazer um pacto de convivência, tal como um pacto antenupcial para regular as questões patrimoniais do novo relacionamento.

3.1.1.3 Da viuvez

A existência da pessoa natural se extingue com a morte, a teor do que dispõe o artigo 6º do Código Civil.⁸³ A dissolução do vínculo conjugal só se dá pelo divórcio ou pela morte de um dos cônjuges.

E é pela morte de um dos pares do casal que também poder-se-á pensar numa estrutura monoparental. Aquela entidade familiar, até então composta pelos cônjuges e filhos, sofrerá mudanças não só no que diz respeito a um dos cônjuges, como também acarretará efeitos na vida dos filhos, que se tornam órfãos de pai ou mãe, gerando a partir daí uma série de situações jurídicas.

A possibilidade financeira da família pode se abalar consideravelmente em virtude da viuvez, principalmente se considerarmos que todos os demais membros dependiam do falecido.

Antigamente, era a única forma aceita de monoparentalidade, já que sua causa era sobrenatural, acontecendo independentemente da vontade dos envolvidos.

⁸³ Art. 6º do CC/2002 – A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

3.1.1.4 Da gravidez indesejada por uma mãe solteira

A figura das mães solteiras não é nenhuma novidade no palco brasileiro. Sempre marginalizadas pela sociedade, eram motivo de vergonha para a família, que muitas vezes escondiam a gravidez da filha até o nascimento do neto, chegando até mesmo a registrar a criança em nome dos avós.

Com a Revolução Sexual, as mulheres tiveram a opção de se relacionarem sexualmente sem o medo da gravidez. Os métodos anticoncepcionais passaram a ser uma realidade plausível e têm-se tornado cada vez mais acessíveis, sendo, inclusive, distribuídos de forma gratuita em postos de saúde para a população mais carente.

No entanto, o que se percebe nos últimos anos é que apesar do grande número de informações e da facilidade de acesso a esses métodos, a presente geração é, sem dúvida, a que mais se engravida precocemente e de forma indesejada.

Vale lembrar que, no Brasil, o parto representa a primeira causa de internação de meninas no sistema público de saúde. Na faixa entre 15 e 19 anos, os principais motivos de internação das mulheres envolvem a gravidez, parto e pós-parto. No país, a utilização de contraceptivos entre os jovens é bastante reduzida: apenas 14% das jovens usam algum tipo de método. A pílula é utilizada por apenas 7,9% das mulheres nessa faixa etária.⁸⁴

O número de adolescentes grávidas aumenta a cada dia, tornando-se uma preocupação não só das famílias, como também do Estado. Muitas vezes, abandonadas pelos pais da criança e rejeitadas pela família, o que acontece principalmente nas camadas de baixa renda, elas vão para as ruas, aumentando a

⁸⁴ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 19.

pobreza e a marginalização do país. Sobre o aumento dessas mães, José Penna cita trechos do estudo de um sociólogo que afirma ser esse

o problema social mais importante de nossos tempos – mais importante do que o crime, as drogas, a pobreza, o analfabetismo, o *welfare* e a o afavelamento, porque determina todos os outros.⁸⁵

⁸⁵ PENNA, José Oswaldo de Meira. A família depois da revolução sexual. Carta Mensal. Rio de Janeiro, 45(531): 19-40, jun./1999.

3.1.2 Causas voluntárias

3.1.2.1 A adoção

A adoção é uma ficção jurídica que faz com que pessoas até então sem qualquer vínculo se tornem pais e filhos.

É, pois, o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim.⁸⁶

É uma possibilidade de ajudar crianças que foram rejeitadas por seus pais biológicos, como também uma chance de garantir o exercício da parentalidade àqueles que não podem ter filhos.

Importante salientar que a adoção também é uma realidade para pessoas que mesmo sem qualquer inviabilidade de se tornarem pais biológicos optam por ela. O altruísmo e a solidariedade fazem com que pessoas até então desconhecidas se tornem pais e mães de uma criança.

Desde a Constituição Federal de 1988, como já dito e repetido, todos os filhos passaram a ser iguais, inclusive os adotivos, o que impede qualquer manifestação de preconceito. Apenas a título de curiosidade, no Código Civil de 1916 a adoção era feita por escritura pública e gerava vínculo apenas entre o adotante e o adotado, salvo os impedimentos matrimoniais. Os direitos e deveres decorrentes do parentesco natural não se extinguiram, apenas o pátrio poder e, além disso, a adoção era revogável.

⁸⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. V, p. 392.

Com a igualdade da filiação, a adoção passou a depender de sentença judicial, observadas todas as formalidades legais e, no caso de menores, tal decisão deve sempre atentar para que o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente esteja devidamente presente.⁸⁷ A nossa legislação determina que o adotante, ou seja, aquele que tem a pretensão de adotar, tenha mais de 18 (dezoito) anos e que a diferença entre ele e o adotando não seja inferior a 16 (dezesesseis) anos.

A possibilidade da adoção independe do estado civil do adotante,⁸⁸ mas a lei determina que duas pessoas só podem adotar em conjunto se forem marido e mulher ou viverem em união estável.⁸⁹

Dessa forma, constitui a adoção por uma pessoa solteira uma manifestação inequívoca da monoparentalidade opcional.

⁸⁷ “TJMG, Ap. Cível n. 1.0431.03.001965-4/001, Des. Rel. Caetano Levi, pub. 17/9/2004.

Ação de adoção. Filiação. Princípio da afetividade. Adotado menor. Prevalência de seus interesses. Adoção concedida. Recurso não provido.

1. A filiação, no estágio atual, lastreia-se mais no princípio da afetividade que na origem biológica. Assim, pais são os que devotam afeto pela criança. E o afeto não deriva da biologia.

2. Sendo menor o adotado, deve-se emprestar primazia ao seu interesse. O interesse dos pais biológicos que abandonaram o filho com poucos meses de idade não pode prevalecer.

3. Comprovada a integração social, afetiva e psicológica do menor na família substituta, confirma-se a sentença que deferiu a adoção.

4. Apelação cível conhecida e não provida.”

⁸⁸ Art. 42 do ECA – Podem adotar os maiores de 21 (vinte e um) anos, independentemente de estado civil.

⁸⁹ A adoção por casais homossexuais é tema bastante discutido pela doutrina brasileira. Em decisão inédita e pioneira no País, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por unanimidade de votos concedeu a adoção de uma criança a um casal de lésbicas, com a seguinte ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.

NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (TJRS, Ap. Cível n. 70013801592, 7ª CC, Des. Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, pub. 5/4/2006).”

No entanto, não é a adoção por pessoas livres e desimpedidas um assunto pacífico. Numa demonstração de preconceito com relação ao gênero, não se vê maiores questionamentos no que tange à maternidade opcional. Por outro lado, quando o assunto é a adoção por um homem solteiro, a situação se transforma. Costuma-se questionar se um homem teria condições de cuidar sozinho de uma criança, principalmente em se tratando de recém-nascidos e crianças de tenra idade.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais,⁹⁰ confirmando uma decisão de primeira instância, julgou improcedente o pedido de um homem solteiro que pretendia se habilitar para a adoção de um recém-nascido, sob o fundamento de que a figura materna é imprescindível nessa etapa da vida, não sendo suficiente a figura paterna. Além disso, o desembargador-relator também justificou sua posição, afirmando que o apelante não apresentou quais seriam as vantagens de ser criado em um lar monoparental, em vez de ser criado por uma família composta de pai e mãe.

Além de tal julgado ferir frontalmente o princípio da igualdade, violou o dispositivo constitucional que concede proteção às famílias monoparentais sem discriminá-la das demais entidades familiares.

Poder-se-ia pensar por meio de argumentos expostos nesse acórdão que as famílias monoparentais, principalmente aquelas formadas por ascendentes masculinos, seriam famílias de “segunda classe”. Comentando o presente acórdão, Denise Duarte Bruno afirma que

Essa é a ótica de quem considera a família em sua forma cristalizada – nuclear, conjugal e heterossexual – , não levando em conta a possibilidade de haver cuidado e afeto com crianças em outras estruturas familiares – outros lares –, bem como sem distinguir que, necessariamente, as relações

⁹⁰ TJMG, Ap. Cível n. 1.0105.04.119163-3/001, 7ª CC, Des. Rel. Alvim Soares, pub. 5/5/2005.

de parentalidade e filiação podem se construir para além desse modelo introjetado.⁹¹

Seguindo o raciocínio do referido acórdão, questiona-se se um marido que perdeu a esposa no parto, sobrevivendo a criança, estaria impedido de criá-la. Afinal, seriam, a partir da morte materna, uma família monoparental, em que o ascendente pertence ao sexo masculino e a criança é de tenra idade.

Estaria esse pai fadado ao fracasso na criação de seu filho? Acredita-se que a resposta é negativa. O exercício de uma paternidade responsável não está vinculado ao casamento, já que se trata muito mais de uma atitude do que de um estado civil.

Atualmente, os pais têm lutado arduamente para ter o direito de estar mais próximos de seus filhos⁹² e tentam apagar a figura de pais “quinzenais”, como geralmente ocorria quando de uma separação ou de um divórcio.

⁹¹ BRUNO, Denise Duarte. Adoção por um homem solteiro: a paternidade em xeque. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 35, p.81, abr./maio de 2006.

⁹² Disponível em www.paisparasempre.com.br

3.1.2.2 As “produções independentes”

A conquista da independência econômica da mulher, a idéia de que ela pode trilhar outros caminhos sem se sujeitar necessariamente ao casamento, possibilitou que a mulher atingisse um grau de liberdade maior. Esta situação acalenta a idéia de que a mulher não precisa mais do homem. Esta fantasia inclui também um certo poder, quando se pensa que o homem pode ser até excluído da procriação.⁹³

Os avanços das técnicas de reprodução assistida, o rompimento entre sexualidade e procriação e a independência feminina fazem nascer famílias monoparentais que, ao lado da adoção por pessoas solteiras, independem do rompimento de um vínculo anterior⁹⁴ e assim são consideradas desde sua origem em virtude de uma opção.

Talvez esse seja um tema mais polêmico do que a adoção por um solteiro: poderia uma mulher solteira, ainda que ausente qualquer problema de fertilidade, optar por uma técnica de reprodução assistida ou mesmo engravidar de um homem pelos métodos naturais sem a ele dar notícia de sua gravidez?

Esse fenômeno ocorre quando mulheres solteiras vão até as clínicas de reprodução assistida para serem inseminadas por sêmen de doadores anônimos ou simplesmente se engravidam de um homem, sem a ele dar conhecimento da gravidez. Elas nada mais fazem do que a opção pela monoparentalidade de forma consciente.

A reprodução medicamente assistida pode-se dar de várias formas. Primeiramente, cabe distinguir a infertilidade da esterilidade. A primeira situação

⁹³ RAMOS, Magdalena. Modificações da instituição família: famílias uniparentais – produção independente. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 295.

⁹⁴ Rúbia Palma, em sua obra intitulada *Famílias monoparentais*, apresenta como fatores da monoparentalidade, além da separação, do divórcio, da dissolução da união estável e da viuvez, o acesso da mulher ao mercado de trabalho e o controle da natalidade (p. 74).

ocorre em pessoas que mesmo produzindo os gametas sexuais responsáveis pela procriação não conseguem engravidar pelo método natural. Já a esterilidade é a impossibilidade de se produzir óvulos e espermatozóides. As técnicas de reprodução assistida mais utilizadas são a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*.

Assim, no processo de inseminação artificial não é garantida a fecundação do óvulo; esta técnica será utilizada para designar tão-somente a introdução do sêmen na cavidade uterina, podendo, a partir de então, ocorrer ou não a fecundação, fusão do óvulo e espermatozóide. Já no caso da fecundação artificial, ter-se-à efetivamente o embrião que será transferido para o útero materno.⁹⁵

Ambas as técnicas podem-se dar de forma homóloga ou heteróloga. Será homóloga quando o material genético utilizado pertencer ao casal que a ela se submete e heteróloga quando um dos gametas, masculinos ou femininos, for de uma terceira pessoa.

No caso das produções independentes realizadas através da reprodução medicamente assistida, o gameta masculino será sempre de um doador anônimo,⁹⁶ o que fará com que a futura criança não conheça seu genitor e que dessa paternidade biológica não surta nenhum efeito jurídico, tal como direito a alimentos e direito à sucessão.

A única norma existente na legislação brasileira sobre o assunto é a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina que não veda às mulheres solteiras a produção independente por meio dessas técnicas, tendo como limitação apenas a capacidade dessas futuras mães, bem como o fato de não conseguirem se

⁹⁵ CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução humana – ética e direito*. Campinas: Edicamp, 2003, p. 28.

⁹⁶ Seção IV da Resolução n. 1.358/92 do CFM: Seção IV – Doação de gametas ou pré-embriões: 1. A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial. 2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. 3. Obrigatoriamente será mantido sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

engravidar pelas vias ordinárias.⁹⁷ No entanto, sabe-se que a questão da infertilidade não é, na maioria das vezes, levada em consideração, uma vez que várias mulheres férteis procuram as clínicas de reprodução e nelas não encontram nenhum óbice para a concretização do sonho de se tornarem mães.

O projeto de lei mais discutido sobre o tema é o de n. 90/99, que visava proibir as mulheres solteiras de tais técnicas. Ele sofreu várias alterações e foi substituído pelo Projeto n. 90/2001. Em 2003, tentando suprir as falhas apresentadas pelo projeto retromencionado foi proposto o de n. 1.184, que abre o leque de pessoas que podem ser beneficiárias da reprodução assistida, independente do estado civil, ou seja, elencou também as mulheres solteiras.

A opinião da doutrina é divergente. Entre os que não concordam com a monoparentalidade opcional está Eduardo Leite, que diz ser uma decisão de cunho egoístico, pois as mães sabem que o meio social vai reprovar esta conduta.⁹⁸

No entanto, respeitando a opinião do doutrinador, ousar-se-á dela discordar. O direito à procriação não é exclusivo de um casal, mas muito mais do que isso, ao desejo de ter um filho, de amá-lo e respeitá-lo, ainda que ele venha de uma mulher solteira. O óbice para tal direito não está no estado civil da futura mãe, mas, sim, no amor que ela estará disposta a dar a seu filho.

É o Princípio do Melhor Interesse da Criança⁹⁹ o vetor direcionador a apontar para a permissão ou não de uma produção independente.¹⁰⁰

⁹⁷ Resolução n. 1.358/92 do CFM - 1 – Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

⁹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 85.

⁹⁹ Sobre o tema ver: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord). 1. ed. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

¹⁰⁰ O Tribunal de Justiça de Minas Gerais concedeu indenização por danos morais ao nascituro que perdeu o pai em virtude de um ilícito cometido, por entender que ele tinha direito a um projeto de vida

Sendo assim, quem garante que uma criança cujos pais são casados ou vivem em união estável será mais amada do que aquela que foi imensamente desejada apenas por sua mãe? E, mais, quem garante que aquela família não poderá ser desmembrada e o pai, ao separar-se da mãe, romperá também com os filhos, como comumente acontece?

Maria de Fátima Freire de Sá afirma que *ao longo da vida, a imagem do pai pode ser encontrada em outra pessoa que tenha vocação para tal*¹⁰¹ e Rodrigo da Cunha Pereira enfatiza tal posição ao concluir que

o essencial para a constituição e a formação do ser, para torná-lo sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que alguém ocupe, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e mãe. O importante é que tenha um adulto que possa ser a referência e que simbolize para a criança este lugar de pai e mãe, que é dado pelas funções exercidas em suas vidas.¹⁰²

Ademais, essa mãe que optou pela monoparentalidade não está condenada a viver sozinha pelo resto da vida. Ela pode, através da formação de uma família reconstituída, como logo mais se verá, encontrar para si e para seu filho um grande companheiro, afinal, não são apenas os laços de sangue que garantem uma paternidade responsável, mas, sim, a afetividade e o carinho que nutrimos por aqueles que amamos e queremos bem.

Além disso, ao declarar a obrigatoriedade de proteção à família monoparental, a Carta Magna de 1988 não se limitou àquelas entidades formadas

que incluía a presença do pai. (Ap. Cível n. 1.0000.00.298894-7/000 - Ementa: (...)) O dano extrapatrimonial do nascituro – indenizável – está conectado ao seu direito a um projeto de vida que inclui a presença do pai, abortado pelo ato ilícito praticado pelos agentes. Além dessa verba, é devida indenização também por dano material, em forma de pensionamento, pelo prejuízo resultante da ausência da assistência paterna e pela dependência econômica da autora (...)

¹⁰¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e biodireito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 440.

¹⁰² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 75.

de forma involuntária, o que impede qualquer discriminação porventura existente acerca da monoparentalidade opcional.

Fato controverso e bastante interessante para aguçar a discussão sobre o tema é a presunção de filiação trazida pelo Código Civil de 2002. O artigo 1.597 do referido diploma legal traz de forma taxativa as hipóteses em que os filhos são presumidamente do marido da mãe. E, tentando se adequar às inovações de seu tempo, dispõe que os filhos havidos de concepção artificial homóloga, ainda que falecido o marido, serão considerados como nascidos na constância do casamento.

Se a lei permite que um filho nasça sem pai, ou pelo menos, sem uma figura paterna, já que o pai biológico, apesar de conhecido é falecido, qual seria o óbice de se impedir uma mulher de ter um filho sozinha de um homem desconhecido? Se a questão gira em torno do bem-estar do menor em nascer sem pai, em termos práticos não haverá diferença entre tal presunção e a escolha da mulher, ou seja, em ambos os casos, concepção artificial homóloga e produção independente, a criança nascerá sem pai.

Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira afirmam ser o tema pouco discutido na sociedade civil e nos fazem refletir:

O que queremos? Pais responsáveis, ainda que sozinhos, ou biparentalidade descompromissada? Monoparentalidade obstaculizada, ainda que responsável, e a aceitação de gestantes descomprometidas, mesmo que casadas ou vivendo em união estável?¹⁰³

¹⁰³ SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p.126.

3.2 Principais efeitos jurídicos da monoparentalidade

3.2.1 Poder familiar

É preciso lembrar que o menor é um ser humano em formação, com autonomia, aspirações e personalidades próprias, que importa orientar e preparar para a vida, tendo em vista um crescimento e desenvolvimento sãos e normais, de forma que possa ser cidadão de direito, capaz de viver por si só. Desta forma, a preparação da criança compete aos pais, conferindo-lhes a lei, o efeito, o poder parental.¹⁰⁴

O poder familiar é o conjunto de direitos e deveres que têm os pais em relação aos filhos menores. Antigamente denominado pátrio poder, em razão do destaque da figura paterna em detrimento da mãe, é hoje alicerçado na igualdade dos pais no que diz respeito às decisões que devem ser tomadas com relação aos filhos, não mais prevalecendo a vontade do pai.¹⁰⁵

O termo poder familiar, apesar da evolução sofrida em razão da igualdade imposta pela Lei Maior, ainda é criticado, pois denota uma hierarquia entre pais e filhos, quando na verdade o que se percebe nos dias atuais é uma ascendência entre eles, já que se pode afirmar que existem muito mais deveres do que direitos dos primeiros com relação aos demais.

A separação, o divórcio e a dissolução da união estável, a princípio, não surtem efeitos significativos no que diz respeito ao poder familiar, uma vez que as relações entre pais e filhos não são alteradas em decorrência de tais acontecimentos. Não há que se falar na figura de ex-pai, de ex-mãe ou de ex-filho.

¹⁰⁴ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. *Guarda compartilhada*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 83.

¹⁰⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

Assim, o vínculo rompido é exclusivamente entre o casal e em regra não atinge os filhos menores, motivo pelo qual tal instituto não se extingue com o rompimento do vínculo conjugal.¹⁰⁶

Ana Carolina Brochado Teixeira enfatiza tal posicionamento ao lembrar que o poder familiar subsiste pelo simples fato de os filhos serem menores, independentemente de como se deu a parentalidade.¹⁰⁷

Os direitos e deveres dos pais com relação aos filhos persistem mesmo em face da ruptura do casal, vez que se traduzem em duas coisas distintas e isoladas: filhos são para sempre, ou ao menos deveriam ser.

A autora acima mencionada traz a posição de outros doutrinadores que apresentam diverso ponto de vista sobre a permanência da autoridade parental quando do rompimento do laço conjugal. Eles argumentam que a lei e a realidade não caminham passo a passo, pois o genitor não-guardião perde parte de seus poderes com a ausência da convivência diária.¹⁰⁸

Tal entendimento traz, no mínimo, reflexão, já que a distância entre pais e filhos após a separação não é algo difícil de acontecer, como nos mostra *a vida como ela é*. Se o genitor não-guardião perde parcelas de seus poderes com o rompimento da relação do casal, poder-se-ia afirmar que com uma nova união do guardião, o novo companheiro passaria a ter aquelas parcelas da autoridade parental que foram perdidas pelo não-guardião?

Assim, a princípio, nas famílias monoparentais que surgem de forma involuntária, a regra legal é a de que o poder familiar continuará sendo exercido por

¹⁰⁶ Art.1.632 do CC/2002 – A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

¹⁰⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 105.

¹⁰⁸ A doutrina apresentada pela autora é de Marcos Alves da Silva e de Waldyr Grisard Filho. Sobre o tema ver: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ambos os genitores, salvo no caso de falecimento de um deles. Apenas o direito de tê-los em sua companhia é que sofrerá alguma restrição, como logo mais será demonstrado no tópico sobre a guarda. Os deveres de criar e educar, sustentar, conceder consentimento para casar, representá-los e assisti-los, exigir respeito, nomear tutores e reclamá-los de quem ilegalmente os detiver só se extinguem pela morte de um dos pais ou caso esses decaíam do poder familiar.¹⁰⁹

No entanto, na prática a situação real pode ser bem diferente e aí se iniciam os conflitos. O genitor não-guardião muitas vezes se afasta e não faz questão de continuar exercendo seus direitos e deveres relativos à autoridade parental. E, para complicar a situação, não é difícil que um novo companheiro do genitor guardião passe a fazer às vezes de quem deveria ser o titular daquela autoridade.

Situação diversa, mas que também pode vir a se complicar é apresentada nas famílias monoparentais decorrentes das produções independentes e da adoção por um solteiro. Se o filho é fruto de uma decisão unilateral de sua mãe ou pai e o outro genitor é desconhecido, logicamente o poder familiar se torna um poder exclusivamente daquele que optou por ter o filho.

Ambas as hipóteses de monoparentalidade, opcional ou não, vão ensejar uma série de problemas e dúvidas caso o genitor guardião passe a se relacionar com alguém que exerça perante seu filho o papel de pai ou mãe, principalmente se considerarmos que a *omissão do “pai biológico”* *reenfatiza uma tendência mundial*

¹⁰⁹ Art. 1.638 do CC/2002 – Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I – castigar imoderadamente o filho;

II – deixar o filho em abandono;

III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

*da paternidade para o futuro: a socioafetiva.*¹¹⁰ Poderia esse “novo pai” se tornar detentor do poder familiar?

¹¹⁰ SOARES, Sônia Barroso Brandão. Famílias monoparentais: aspectos polêmicos. *In*: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 555.

3.2.2 Guarda/visitas/convivência familiar

*Guardar é acolher sob vigilância e amparo.*¹¹¹ A guarda dos filhos menores é um dos atributos inerentes ao poder familiar e está diretamente ligada à companhia dos pais em relação aos filhos. Vulgarmente, trata-se de uma “posse” que os pais têm em relação à prole. Para Guilherme Gonçalves Strenger, é o poder-dever que faculta certas prerrogativas para quem exerça a proteção do que está sob seus cuidados.¹¹²

Quando da separação de um casal, apesar do poder familiar se manter intacto, a regra é a guarda unilateral, em que a criança fica diretamente com apenas um dos pais. Eles podem resolver essa questão de forma amigável ou, caso contrário, será decidida pelo juiz. Nessa última hipótese, a guarda será conferida àquele que revelar melhores condições de exercê-la, podendo o juiz, inclusive, concedê-la a um terceiro, caso verifique que os filhos não devem permanecer nem com o pai e nem com a mãe.

Atendendo aos novos valores do Direito de Família, esse terceiro deve ter uma relação de afinidade e afetividade com a criança, sendo considerado também o grau de parentesco. Interessante a decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que concedeu a guarda de uma criança ao companheiro da avó falecida, mesmo a mãe biológica contestando a ação e se prontificando a ter a filha de volta. Os desembargadores entenderam que os laços de afinidade e de afetividade da criança eram com sua avó e o companheiro dessa, sendo a mãe biológica uma estranha na vida da criança:

¹¹¹ BARRETTO, Marilza Fernandes. *Direito de visita dos avós: uma evolução no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1989, p. 1.

¹¹² STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 22.

Neste compasso, necessário salientar que a menor, desde o nascimento, conviveu em núcleo familiar, com a avó e seu companheiro, o ora recorrido. Foi com ele que identificou a figura paterna, com ele conheceu o afeto familiar e a segurança, tanto que fugiu do convívio da mãe, que a levou após a morte da avó, para refugiar-se junto a ele e asseverar em juízo que quer morar com o recorrido que chama de pai.

Falar-se em família biológica, com a qual não se conviveu quando houve convívio familiar pautado no afeto e na segurança, é falar-se em relacionamento com estranhos.

(...)

De mais a mais, é conveniente mencionar que a recorrente não está sendo coerente em seu raciocínio quando alega que deve haver a tentativa de reinsersão da menor dentro de sua família substituta. Por linhas transversas, a recorrente acaba por considerar o recorrido como a família da menor, que deverá, agora, ser inserida em família substituta: a biológica. Elenca a regra acima, afirmando que a criança ou adolescente somente serão colocados em família substituta, depois de esgotados todos os meios de colocação do menor dentro de sua própria família. Todavia, não se apercebe que a norma em análise refere-se à impossibilidade de a criança conviver com sua família verdadeira, e neste caso, será inserida em 'família substituta', ou seja, somente em casos graves será colocada em família estranha.

Não obstante a afirmação, alega que a menor não pode continuar fazendo parte da entidade familiar do recorrido, que sempre a criou, porque este não é da família biológica. Raciocínio um tanto ambíguo e incoerente. Afinal, a mãe é que sempre foi uma estranha e a visitava raramente.¹¹³

Recentemente, a doutrina tem trazido a figura da guarda compartilhada, definida por Waldyr Grisard Filho como um plano em que os dois genitores dividem a responsabilidade por decisões importantes na vida dos filhos menores, ou seja, ambos participam igualmente com os mesmos direitos e obrigações.¹¹⁴

No entanto, entende-se que não haveria necessidade dessa estipulação, uma vez que tais decisões integram o poder familiar. Ana Carolina Brochado Teixeira defende com sabedoria esse ponto de vista:

Um diferenciador dos conceitos ora esboçados para a definição da autoridade parental é que esta se mede na tutela da pessoa, a qual não tem apenas escopo protetivo, mas, principalmente, promocional da personalidade. Por isso, abarca maior aglomerado de funções. Diferentemente do que é proposto pela maioria da doutrina, o poder-dever de proteção e provimento das necessidades, sejam elas materiais ou espirituais, encontram abrigo muito mais na autoridade parental do que na guarda, pois ambos os pais têm a função promocional da educação dos filhos, em sentido amplo, que envolve criação, orientação e

¹¹³ TJMS, Ap. Cível n. 2004. 001620-4/0000-00, 3 TC, Des. Rel. Paulo Alfeu Puccinelli, pub. 9/8/2004.

¹¹⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

acompanhamento. Tais tarefas não incumbem apenas ao genitor guardião.¹¹⁵

Mas esse não é o entendimento majoritário dos doutrinadores. Segunda a autora supramencionada, eles propõem a manutenção, proteção e educação dos filhos apenas ao genitor guardião, cabendo ao outro tão-somente os direitos de visita e de fiscalização.¹¹⁶

Com esse entendimento, poucas são as decisões dos tribunais favoráveis a esse tipo de guarda. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sob o entendimento de que não haveria nada mais prejudicial aos filhos menores do que a própria separação dos pais confirmou a guarda compartilhada, afirmando ser imprescindível uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito.¹¹⁷

Outro tipo de guarda existente é a alternada, em que o filho ficaria parte da semana com um dos pais e o restante com o outro. Essa exceção à guarda unilateral também não é bem recebida pelos juízes e promotores, sob o argumento de que o menor ficaria sem um referencial de espaço, limite e autoridade.

Em contrapartida à guarda unilateral, tem o genitor não-guardião o direito de visitar e ter os filhos em sua companhia. Com isso, sempre quando da fixação de uma guarda, ter-se-á que estipular as visitas, de modo a garantir o convívio entre pais e filhos.

O conceito e os titulares do direito às visitas têm-se expandido nos últimos tempos. A Constituição Federal de 1988 trouxe a idéia da convivência familiar e comunitária, que deve ser assegurada à criança e ao adolescente de maneira prioritária e absoluta. Com isso, as visitas não ficam mais restritas aos pais, podendo

¹¹⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 109.

¹¹⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 108.

¹¹⁷ TJMG, Ap. Cível n. 1.0024.03.887697-5/001, 4ª CC, Des. Rel. Hyparco Immesi, pub. 24/2/2005. O número de decisões contrárias à guarda compartilhada é bem superior a decisões como essa.

ser exercidas por todos os membros da família e por todos aqueles que demonstrarem uma relação de afeto com os menores.

O direito de visita consiste no direito de pessoas unidas entre si por laços familiares ou afectivos estabelecerem relações pessoais. No contexto do divórcio ou da separação judicial de pessoas e bens, o direito de visita significa o direito de o progenitor sem a guarda dos filhos se relacionar e conviver com estes, uma vez que tais relações não podem desenvolver-se de forma normal em virtude da falta de coabitação dos pais. O direito de visita substitui, assim, o convívio diário entre este progenitor e os seus filhos, existente antes da separação judicial de pessoas e bens ou do divórcio.¹¹⁸

As decisões concedendo o direito de visitas dos avós aos netos é um reflexo de que o direito à convivência familiar não é restrito a pai e mãe:

(...) apesar de não previsto na lei, é assegurado aos avós o direito de se avistarem com os netos em visita, no entendimento dos mais insignes doutrinadores e da mais vasta jurisprudência de nossos Tribunais, entendimento esse fundamentado na solidariedade familiar, decorrente dos efeitos do parentesco, oriundo das limitações do pátrio poder quando abusivo, conseqüente da obrigatoriedade de prestação de alimentos e, principalmente, assecuratório da manutenção dos vínculos de afeto e dedicação dos avós aos netos.¹¹⁹

Um ponto polêmico no que diz respeito às visitas/convivência familiar é defini-las como um direito ou como um dever. Seria um direito dos pais não-guardiões ter os filhos em sua companhia ou seria um dever daqueles em relação a esses?

O antigo Tribunal de Alçada de Minas Gerais entendeu que era um dever do pai manter contato com o filho após a separação de sua mãe, condenando-o a pagar

¹¹⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 63.

¹¹⁹ BARRETTO, Marilza Fernandes. *Direito de visita dos avós: uma evolução no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1989, p. 30.

uma indenização por danos morais em virtude do abandono paterno.¹²⁰ Tal posição não é pacífica, mas vem a cada dia ganhando mais adeptos.¹²¹

Em situações como essas os aspectos existenciais da formação de uma criança podem ser preenchidos pelo pai socioafetivo, o que não retira do genitor a responsabilidade pelos atos materiais decorrentes do poder familiar. Não é a presença de um pai socioafetivo que blinda o genitor de suas responsabilidades materiais, afinal foi ele o responsável pelo nascimento da criança.¹²²

O instituto da guarda é de fundamental importância quando da ruptura da vida conjugal para a definição das famílias monoparentais. Apenas os lares formados pelos genitores guardiões e seus descendentes são considerados como monoparentais.

Já no que diz respeito a essas famílias formadas de forma voluntária, maiores dúvidas não surgirão enquanto assim elas permanecerem, pois o pai ou mãe que decidiu ter desde o início uma família monoparental será o único responsável pelo filho, o que não impede, no entanto, de outras pessoas desejarem exercer o direito à convivência familiar.

¹²⁰ “TAMG, Ap. Cível n. 408.550-5, 7ª CC, Des. Rel. Unias Silva, pub. 1/4/2004. INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Essa decisão foi alterada pelo STJ, havendo um voto divergente (REsp. n. 757411-76 – 2005/0085464-3).”

¹²¹ O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em decisão contrária a esse tipo de indenização, entendeu ser uma *pretensão manifestamente mercantilista, deduzida na esteira da chamada indústria do dano moral* e finalizou como sendo uma *constatação de mais uma tentativa de ganho fácil, sendo imperioso evitar a abertura de larga porta com pretensões do gênero*. (TJRJ, Ap. Cível n. 2004.001.13664, 4ª CC, Des. Rel. Mário dos Santos Paulo, pub. 19/7/2004). Entre os doutrinadores que defendem o cabimento do dano moral nas relações filiais podemos citar Maria Celina Bodin de Moraes, Rodrigo da Cunha Pereira, Giselda Hironaka e outros.

¹²² A juíza Margot Cristina Agostini, no processo n. 109/1.03.0002180 da Comarca de Marau/RS entendeu que o genitor de um adolescente teria o dever de pagar alimentos, ainda que o pai socioafetivo fosse o que constasse como pai na certidão de nascimento. “Assim, possuindo os alimentos suporte máximo de direito fundamental, faz-se necessária a fixação destes como meio de assegurar a sobrevivência do alimentado, eis que tem a obrigação responder pelos deveres da paternidade aquele que colaborou geneticamente para o nascimento do filho.” Decisão disponível na *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 37, p.150-164, ago./set. de 2006.

3.2.3 Alimentos

Os alimentos têm como objetivo a preservação da vida humana¹²³ e são devidos pelos parentes uns aos outros quando quem os pleiteia não tem como se manter. Eles buscam garantir não só a sobrevivência, como também a condição social daquele que deles necessita, os alimentários.

Para se ter direito aos alimentos, deve-se provar a possibilidade de quem fornecerá, bem como a necessidade de quem está pleiteando.

No que tange aos filhos menores, o dever de sustento é um dos elementos do poder familiar e deve ser cumprido por ambos os pais, na proporção de seus rendimentos.

Tal assertiva permanece, como já visto, com a separação dos pais, já que a princípio o poder familiar não se modifica com essa nova situação. Enquanto os filhos estiverem sob o poder familiar, a necessidade é presumida, ou seja, a prova vai ser restrita ao *quantum* que deverá ser pago.

Logicamente, no caso da monoparentalidade opcional, apenas o genitor conhecido e responsável arcará com os custos materiais na criação do filho, sendo esse mais um fator de grande responsabilidade quando da tomada dessa decisão.

Esses e outros reflexos decorrentes do poder familiar acarretam conseqüências diretas nas famílias monoparentais e, futuramente, nas famílias reconstituídas, principalmente considerando a ausência do genitor biológico, como mais à frente será explicado. O marido da mãe poderia ser obrigado a pagar alimentos aos filhos dela? Em quais situações e de que forma isso poderia ocorrer?

¹²³ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A obrigação alimentar na perspectiva ética. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord). *A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 2.

Partindo-se do pressuposto de que os genitores que formam as famílias monoparentais podem refazer suas vidas, necessário se faz um estudo das famílias reconstituídas e desses reflexos na vida de seus membros.

4 FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS

4.1 Conceito

As famílias monoparentais acima estudadas são, em sua grande maioria, momentâneas, o que torna de grande valia o estudo das famílias reconstituídas,¹²⁴ estágio alcançado após o casamento, união estável ou união homoafetiva do pai ou mãe que constituía aquele núcleo monoparental.

Semy Glanz salienta que

após a ruptura dos casais, muitos refazem seus lares e, já tendo filhos, acabam juntando os seus aos do companheiro ou cônjuge do segundo casamento. Muitas vezes, ambos têm filhos e acabam tendo mais, donde o surgimento dos irmãos germanos e unilaterais.¹²⁵

Assim, a família que até então era monoparental, deixa de sê-lo, tornando-se reconstituída, ao unir casais em que pelo menos um dos pares já tem um filho. A presença de um filho anterior à atual união é, portanto, requisito essencial e primordial dessas famílias.

O tema, apesar de cada dia mais freqüente e visível no cenário brasileiro, ainda é pouco trabalhado em termos jurídicos. Na grande parte da doutrina que vem sendo encontrada, a família reconstituída é definida como aquela surgida após o rompimento de um vínculo familiar anterior. Waldyr Grisard Filho a define como a

¹²⁴ Há na doutrina brasileira grande variedade de nomes para denominar essas famílias. São chamadas de recompostas, mosaico, tentaculares, complexa e multinucleares. Optou-se nesse trabalho por chamá-las de reconstituídas, pela idéia de ser uma família que se constitui sob outra já existente, com membros diferentes. No Direito espanhol são definidas como *familias ensambladas* e no direito norte americano como *stepfamilies*.

¹²⁵ GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado*: inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 157-158.

*família na qual ao menos uma das crianças de uma união anterior dos cônjuges vive sob o mesmo teto.*¹²⁶ Rosamélia Ferreira Guimarães afirma ser

um novo tipo de família extensa, com novos laços de parentesco e uma variedade de pessoas exercendo praticamente a mesma função, como, por exemplo, duas mães, dois pais, meio-irmãos, várias avós e assim por diante, de maneira que se compõe uma rede social cada vez mais complexa, com novas relações de poder, de gênero, com tendência a uma maior horizontalidade nas relações, assim como a decisões mais explicitadas e desveladas.¹²⁷

Na mesma linha de idéias, Cecilia Grosman e Irene Alcorta afirmam que tais famílias formam uma rede emocional e material, sujeitas a vários conflitos.¹²⁸

A família reconstituída pode advir de vários arranjos, sendo possível coexistir em apenas uma família *os meus, os seus e os nossos filhos*. Entretanto, depreende-se dos conceitos supracitados que os autores sempre a vinculam ao rompimento anterior de uma relação entre um casal com filhos, posição essa que deve ser ampliada pois, como demonstrado, as famílias monoparentais podem surgir de forma voluntária ou não.

No caso das monoparentais advindas das produções independentes e das adoções por um solteiro, não haverá rompimento de vínculo algum, pois esses agrupamentos familiares assim foram desde seu “nascimento”. E, nem por isso, deixarão de se tornar famílias reconstituídas caso esses genitores, que num primeiro momento optaram pela independência, resolverem se unir a outra pessoa e com ela formar uma nova entidade familiar, objeto desse trabalho.

Num sentido mais amplo e que alcança várias possibilidades de constituição, famílias reconstituídas são aquelas que advêm de uma família

¹²⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

¹²⁷ GUIMARÃES, Rosamélia Ferreira. *Os recasados nas famílias reconstituídas*. 1998, 170 f. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 16.

¹²⁸ ALCORTA, Irene Martinez; GROSMAN, Cecilia P. *Famílias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio*. Buenos Aires: Universidad, 2000, p. 23.

monoparental, que, como já se definiu, é aquela composta por um dos ascendentes e seus descendentes, independentemente da causa que lhe deu origem.

Além da presença de filhos e de surgirem necessariamente de uma família monoparental, que é um estágio obrigatório para se chegar até as reconstituídas, há mais um ponto para defini-las que, diga-se de passagem, é controverso.

Será que os núcleos familiares formados pelos genitores não-guardiões podem ser considerados como reconstituídos ou apenas os formados pelo genitor que detém a guarda dos filhos? Sobre essa recomposição familiar, Waldyr Grisard Filho entende que ambos os grupos familiares, ou seja, o grupo formado pelo que detém a guarda, como o formado por aquele que não a tem, devem ser considerados como núcleos reconstituídos, sob o fundamento da lei os considerar parentes por afinidade.¹²⁹

Cecilia Grosman e Irene Alcorta reafirmam tal entendimento, sob o mesmo pretexto: o parentesco por afinidade independe de residirem enteados e padrastos numa mesma residência.

Apesar de ser considerável tal argumento, dele discordar-se-á. O entendimento a ser aqui defendido é de que as famílias reconstituídas são aquelas formadas apenas e tão-somente pelos genitores guardiões, os novos cônjuges ou companheiros, bem como os filhos de um ou de outro e os de ambos. Tal posição se justifica por dois motivos. Primeiro, porque as famílias monoparentais são aquelas formadas pelos descendentes e um dos genitores, qual seja, o guardião. Depois, pelo fato de os efeitos jurídicos porventura existentes serem em decorrência não apenas do parentesco por afinidade, mas principalmente pelo vínculo afetivo formado entre os descendentes e os parceiros dos pais, o qual só será possível

¹²⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 257.

levando em consideração a relação estabelecida e construída no dia-a-dia entre eles. Dificilmente existirá esse laço entre o companheiro do genitor não-guardião e o filho desse, ainda mais se considerarmos a distância física que haverá entre eles.

A única hipótese ventilada em que os dois núcleos familiares (do genitor guardião e do não-guardião) serão considerados reconstituídos se configurará quando ambos os genitores compartilharem a guarda da prole. Caso contrário, como comumente acontece, sendo a guarda unilateral, apenas a família daquele que a detiver será considerada como reconstituída. Isso ocorre em virtude de ser a mesma residência fator determinante para a configuração de uma família reconstituída, apesar do que determina o artigo 1.632¹³⁰ do Código Civil de 2002.

As famílias reconstituídas são, assim, formadas por um dos pais, seus filhos, um novo companheiro ou cônjuge, os filhos desses e quiçá, os filhos de ambos. Tradicionalmente, os nomes dados aos membros dessa família são os de madrasta, padrasto, enteado, meio-irmão. Sobre o preconceito que envolve tais termos, Maria Berenice Dias assim se pronuncia:

Não bastam os vocábulos disponíveis para diferenciar o par formado por quem é egresso de relacionamentos anteriores. A prole de cada um também não dispõe de uma palavra que permita identificar quem seja, por exemplo, o companheiro da mãe; o filho da mulher do pai diante de seu próprio filho, e ainda o novo filho desta relação frente aos filhos de cada um dos pais. Claro que termos madrasta, padrasto, enteado, assim como as expressões filho da companheira do pai ou filha do convivente da mãe, meio-irmão e outras não servem, pois trazem uma forte carga de negatividade, ainda resquício da intolerância social, por lembrarem vínculos pecaminosos.¹³¹

Em virtude da negatividade de tais termos, a tendência da doutrina é substituí-los por pai afim, mãe afim e filho afim. Relembrando os contos infantis,

¹³⁰ Art. 1.632 do CC/2002 – A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

¹³¹ DIAS, Maria Berenice. Sociedade de afeto: um nome para a família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. I, n. 1, p. 34, abr./jun. 1999.

Waldyr Grisard Filho corrobora para a mudança das denominações de padrasto e madrasta, que na maioria das vezes trazem grande receio aos membros da nova família e da sociedade em geral. Ele relembra os contos de Cinderela e Branca de Neve, em que as madrastas são consideradas vilãs e cruéis, ficando os enteados como uma família de segunda classe.¹³²

Para as psicólogas Rosane de Souza e Vera Ramires, a força emprestada à consangüinidade também fazia com que as relações entre padrastos e enteados não fossem bem vistas.

(...) o privilégio dado às relações 'de sangue' acabava por se mostrar na forma como se antevia que as *mã-drastas* não seriam capazes de cuidar como as *mã-mães*. As histórias e os contos de fada que ainda tecem fios da nossa subjetividade referem-se a elas como no mínimo incapazes; e seus correspondentes masculinos (os padrastos), por outro lado, eram personagens decorados ou abusivos, mas de qualquer forma totalmente destituídos de uma qualidade parental.¹³³

Nessa nova família, a criação e a educação dos filhos se tornam ainda mais relevantes, haja vista o número de adultos que a cerca: pai, mãe, companheiro da mãe ou companheira do pai, vários avós, tios, meio-irmãos, filhos do companheiro da mãe, etc. Sobre essa gama de relações se pronuncia Ana Carolina Brochado Teixeira:

Com o casamento ou a união estável de duas pessoas, que levam para o novo lar um ou mais filhos de relações anteriores – seja em decorrência de viuvez, separações, divórcios, dissoluções de uniões estáveis ou do pai e da mãe solteiros que criam sozinhos seus filhos –, há o estabelecimento de um conjunto próprio de regras de convivência para aquela nova família, principalmente no que se refere à continuidade da criação e educação dos filhos. Isso porque o espaço de liberdade de cada um sofre interferências, em decorrência das novas pessoas que agregam àquele núcleo familiar. Assim, o conflito acontece, principalmente quando não há a definição

¹³² GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 262.

¹³³ RAMIRES, Vera Regina R.; SOUZA, Rosane Mantilla de. *Amor, casamento, família, divórcio...e depois, segundo as crianças*. São Paulo: Summus, 2006, p. 202.

prévia dos espaços e dos papéis de cada integrante dentro deste arranjo familiar.¹³⁴

Waldyr Grisard Filho também segue a mesma opinião, lembrando que se faz necessário um conjunto de regras para resolver os conflitos de autoridade e lealdade.¹³⁵

Nas famílias ditas primitivas as regras são claras, está tudo disciplinado na lei. As funções são predeterminadas: todos sabem o lugar da mãe, do pai e dos filhos. Isso sem contar os demais parentes, como avós, tios e primos.

As famílias reconstituídas, ao contrário, têm suas regras e funções estipuladas ao longo do tempo, o que faz com que elas não se solidifiquem de imediato. É no decorrer da convivência que os papéis de cada um vão-se clareando e tomando contornos definidos:

La familia ensamblada es producto de un proceso que requiere un tiempo de desarrollo para lograr su identidad y convertirse en una unidad cohesionada. El pasaje a una nueva forma de familia implica, en el nivel estrictamente material, un cambio de hábitos, rutinas, rituales, a los cuales todos deben adaptarse.¹³⁶

Quando o genitor não-guardião é presente na vida do filho, participando de sua rotina, de suas atividades, o papel do pai ou mãe afim fica mais reduzido, porém, não deixa de existir, afinal a convivência continua sendo diária. A psicanalista Eliana Riberti Nazareth traz a noção ideal de como deveriam ser as famílias pós-rompimento do casal:

A estrutura do sistema muda, podendo até mulher e homem recasarem-se, mas a família enquanto organização mantém-se. As atribuições dos pais, ainda que separados, permanecem. O compromisso dos filhos permanece.

¹³⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 120.

¹³⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 259.

¹³⁶ ALCORTA, Irene Martinez; GROSMAN, Cecília P. *Famílias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio*. Buenos Aires: Universidad, 2000, p. 69.

A responsabilidade de todos pela qualidade afetiva, mesmo que proporcional às idades, funções e hierarquia dos membros, permanece. O que se desfaz é o casal. Em outras palavras, a conjugalidade rompe-se, porém a parentalidade e a tutelaridade persistem. *Ou deveriam persistir.*¹³⁷ (grifos nossos)

Ocorre que o “ideal” nem sempre acontece e aí o dilema maior se instaura. Muitas vezes o genitor não-guardião, ao se separar do outro genitor, rompe também o vínculo com o filho. Nesses casos, que não são poucos, o relacionamento do filho com o novo companheiro do pai ou da mãe tende a se estreitar, em decorrência dos laços afetivos que vão-se formando. Isso pode acontecer ainda que o pai biológico continue arcando com as despesas do filho.

A grande questão que se coloca nessas famílias é a produção de efeitos jurídicos entre seus membros, em especial filhos e pais afins, quando de uma eventual ruptura, tal como ocorre em uma família biológica, composta de pais e filhos ditos “verdadeiros”. Poder-se-ia aplicar os mesmos efeitos jurídicos decorrentes da monoparentalidade nas famílias reconstituídas? Sabe-se que entre pais e filhos afins não há vínculo biológico, já que vêm necessariamente de uma outra família, até então desconhecida.

Mas será que a ausência desse liame genético cumulada com a ausência física do pai biológico por si só justifica ignorar a eficácia jurídica de determinados direitos em tal agrupamento familiar? Pouquíssimas são as regras expressas encontradas em nosso ordenamento jurídico para disciplinar tais dúvidas que começam a “bater nas portas” dos tribunais e que não podem ficar sem respostas.

Eduardo Cambi ensina que na hora de julgar as questões relacionadas às famílias, o exame de DNA não é suficiente, já que para interpretar o Direito de Família é necessário a compreensão da pessoa humana, *a fim de que o amor e o*

¹³⁷ NAZARETH, Eliana Riberti. Família e divórcio. In: CERVENY, Ceneide Maria de Oliveira (Org.). *Família e... comunicação, divórcio, mudança, resiliência, deficiência, lei, bioética, doença, religião e drogadição*. São Paulo: Caso do Psicólogo, 2004, p. 26.

*afeto possam ser considerados como os fundamentos mais importantes para a realização do homem em sua vida em sociedade.*¹³⁸

As questões entre o casal são fáceis de ser resolvidas, pois além de estar tudo definido na lei, os efeitos de uma separação não são diferenciados em função de ser o primeiro, segundo ou terceiro casamento. Mas o mesmo não pode ser dito no que diz respeito aos filhos dessas famílias.

O artigo 1.636¹³⁹ do Código Civil determina que o poder familiar não se extingue com o novo casamento ou união estável do pai ou da mãe, e que esse o exercerá sem a interferência do novo cônjuge/companheiro.

Apesar da existência dessa norma proibitiva que determina que o padrasto ou madrasta não tem gerência na formação do filho de seu par, a realidade nos mostra exatamente o contrário e, por isso, frente a tal dispositivo deve-se fazer uma interpretação relativizada quando de um determinado caso concreto. Como impedir que o pai ou mãe afim não interfira na vida dos filhos de seu par, se é ele quem estará acompanhando a criança ou o adolescente no dia-a-dia? Não há como negar que poderá haver entre eles um forte vínculo, podendo o filho afim ter, inclusive, mais afinidade e afetividade com o companheiro do genitor do que com seu pai biológico. E, quanto maior for a distância entre pai e filho consangüíneo, maior tende a ser a integração e, conseqüentemente, a interferência entre pai e filho afim.

Entretanto, apesar desse estreitamento de vínculos que se formam entre os membros das famílias reconstituídas, inúmeros questionamentos aparecem quando

¹³⁸ CAMBI, Eduardo. O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame do DNA, na hipótes de “adoção à brasileira”. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 13, p. 87-88, jan./mar. 2003.

¹³⁹ Art. 1.636 do CC/2002 – O pai ou mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

há o rompimento da relação entre o genitor e o pai afim, seja pela separação ou pela morte.

Nossa legislação apenas diz que entre eles há o parentesco por afinidade, mas tal dispositivo não tem o condão de definir a eficácia jurídica decorrente dessas relações.

Como já demonstrado, a família e, conseqüentemente, a parentalidade passou por diversas alterações, estando ambas as idéias interligadas. Pode-se dizer que no direito brasileiro a parentalidade passou por três fases distintas: a da presunção, a biológica e a socioafetiva.

Acompanhando a família legítima, a lei determinava que o pai era sempre o marido da mãe: *é pai aquele que as núpcias legítimas indicam*.¹⁴⁰ *Pater is est* era a verdade do Código Civil de 1916, sendo a única forma de filiação aceita, assim como era o casamento. Fachin explica que tal conceito ficava enclausurado em virtude da segurança jurídica, embora muitas vezes representando uma ficção.¹⁴¹

Tal presunção era relativa, mas o prazo para contestar a paternidade era exíguo e só cabia ao marido nas hipóteses taxativas da lei, o que visava garantir a estabilidade da família.

Com a evolução da Medicina e a descoberta do exame em DNA, a possibilidade de desvendar o elo biológico entre pai e filho se tornou uma realidade possível. A presunção trazida pela lei poderia agora ser abalada pela “verdade real”. Durante algum tempo, acreditou-se ter encontrado a verdadeira resposta para a questão da filiação: o liame genético poderia ser definido com 99,99% (noventa e nove vírgula noventa e nove por cento) de certeza.

¹⁴⁰ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 52.

¹⁴¹ FACHIN, Luis Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 34.

Mas seria a Biologia a grande responsável pela definição do que torna ou não uma pessoa pai de outra?

Ocorre que, ao par destas duas verdades, a paternidade passou a ser vista como uma relação psicoafetiva, existente na convivência duradoura e presente no ambiente social, capaz de assegurar ao filho não só um nome de família, mas sobretudo afeto, amor, dedicação e abrigo assistencial reveladores de uma convivência paterno-filial, que, por si só, é capaz de justificar e identificar a verdadeira paternidade.¹⁴²

Respondendo de forma negativa a essa pergunta, Villela, já no final da década de 70, afirmava que não são apenas os laços de sangue que determinam as relações familiares, mas também os laços de afeto.

É sabido que a paternidade é algo que se constrói e que não está ligada exclusivamente ao vínculo sanguíneo, pois, *ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir*.¹⁴³

Rodrigo da Cunha Pereira, ao conjugar o Direito com a Psicanálise, defende a idéia de que nem sempre é o pai biológico quem exerce a verdadeira função paterna:

É essa função paterna exercida por 'um' pai que é determinante e estruturante dos sujeitos. Portanto, o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, o tio, o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá o seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legal ou ritualmente, aquele que faz a adoção..., enfim, aquele que exerce uma função de pai.¹⁴⁴

Diante das peculiaridades dessa nova família, torna-se bem provável que a posse de estado de filho, de mãe ou de pai esteja presente. Mas qual seria o sentido da posse para o Direito de Família?

¹⁴² BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 53.

¹⁴³ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, p. 409, maio de 1979.

¹⁴⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 121.

Antes de responder a essa questão mister se faz uma breve explanação sobre a posse dos Direitos das Coisas, para então definir a posse do estado de filho/pai. Segundo Caio Mário,¹⁴⁵ quando se fala em posse surge a idéia de uma situação de fato, em que uma pessoa proprietária ou não de uma coisa exerce sobre ela poderes ostensivos, com o intuito de conservá-la e defendê-la de quem quer que seja. Diferentemente da propriedade e como já salientado, a posse é uma situação fática, que, no entanto, é protegida cada vez mais pela legislação brasileira, seja em virtude da pessoa do possuidor, seja em razão da paz social ou do interesse público.¹⁴⁶

A proteção recebida pela posse no ordenamento jurídico brasileiro se faz tão intensa que a Constituição Federal de 1988 apresenta duas hipóteses, em que o possuidor receberá tutela em detrimento do proprietário, podendo adquirir seu direito de propriedade. É o que se encontra nos artigos 183¹⁴⁷ e 191¹⁴⁸ da Carta Magna, que dispõem, respectivamente, sobre a usucapião em virtude da função social da posse e da usucapião *pro labore*.

O Código Civil de 2002, seguindo a tendência constitucional, privilegiou a posse, em especial quando essa cumpre uma função social. Denominada de posse

¹⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. IV, p. 39.

¹⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. IV, p. 17.

¹⁴⁷ Art. 183 da Constituição de 1988 – Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

¹⁴⁸ Art. 191 da Constituição de 1988 – Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

qualificada, ocorre principalmente quando *exercida a título de moradia e enriquecida pelo trabalho ou por investimentos*¹⁴⁹ do possuidor.

E, talvez, a mais importante de todas as inovações diga respeito à possibilidade de o juiz desapropriar determinado imóvel, se comprovado que um considerável número de pessoas ali resida por um longo período de tempo, de forma ininterrupta e de boa-fé, mediante indenização ao proprietário.¹⁵⁰

Com isso, poder-se-ia concluir que essa posse ora tratada recebe expressa previsão legal e surte inúmeros efeitos jurídicos. Quais seriam as semelhanças e diferenças entre a posse ora comentada e a posse do estado de filho? O que levaria o legislador a prever uma e não a outra? Seria possível um paralelo entre elas de modo a aplicar a analogia?

Para Paulo Luiz Netto Lôbo a posse na relação paterno filial ocorre quando o papel de pai e o de filho é assumido, ainda que não exista entre eles vínculo biológico.¹⁵¹

Segundo o referido doutrinador, essa posse de estado é demonstrada pela convivência familiar e pelo afeto. Diferente da realidade biológica que já vem pronta, a posse de estado de filiação se edifica a cada dia e se comprova pela exteriorização dessa relação. Essa seria uma semelhança com a posse dos Direitos

¹⁴⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do Código Civil. In: COSTA, Judith Martins. (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 850.

¹⁵⁰ Art. 1.228 do CC/ 2002.

§ 4º – o proprietário pode também ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas houverem nela realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º – No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para a transcrição do imóvel em nome dos possuidores.

¹⁵¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 510.

das Coisas, uma vez que ambas precisam do decurso do tempo para se estabelecerem.

Na mesma linha de idéias, Fachin afirma que a verdade socioafetiva não está necessariamente presente desde o nascimento e que ela se expressa através de provas.¹⁵²

A posse do estado de filho não depende, assim, do vínculo biológico. Está muito mais ligada ao desejo de ser pai e de ser mãe e, em decorrência, de se sentir como filho, do que simplesmente aos laços de sangue ou ao vínculo jurídico advindo de uma presunção legal.

É a exteriorização desses sentimentos que indicam a aparência de um estado e, que por ser reconhecido pela sociedade, deve ser considerado como um dos elementos que constituem a filiação. Jacqueline Filgueras¹⁵³ ensina que havendo conflitos de paternidade a noção da posse de estado é a que deve prevalecer, principalmente se considerarmos que atualmente as presunções jurídicas ou apenas os laços biológicos não bastam e não são mais suficientes para demonstrar a verdadeira paternidade.

E, por falar em aparência, além da analogia à posse dos Direitos das Coisas, para dar mais suporte a posse de estado de filho/pai, pode-se fundamentá-la, também, com base na Teoria da Aparência, aplicada em alguns casos pelo Direito brasileiro, como ao credor, ao herdeiro e ao mandatário aparente. Para Hélio Borghi, o fundamento da aparência de direito

Está na necessidade, de ordem social, de se conferir segurança às operações jurídicas, dando amparo, concomitantemente, aos interesses

¹⁵² FACHIN, Luis Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 59.

¹⁵³ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 113.

legítimos daqueles agentes que procedem de modo correto num dado negócio, daí sua necessidade ao mundo jurídico (...)¹⁵⁴

E sobre os efeitos da aparência, diz o referido autor que serão semelhantes à realidade do direito, pois o verdadeiro titular dispõe de meios legais para impedir que alguém de má-fé usurpe seus direitos ou, em último caso, poderá pedir uma reparação dos prejuízos porventura sofridos.

Com isso, fica ainda mais patente que não é apenas o elo genético ou o registro de nascimento que faz alguém exercer a parentalidade, daí a importância da exteriorização da afetividade, que deve ser tratada como um forte indício dessa relação.

Esse, sim, é o verdadeiro vínculo que une pais e filhos. Ela é também demonstrada nos cuidados despendidos, no carinho conferido aos filhos e, principalmente, no afeto exercido de forma livre, através da autonomia privada:

A filiação socioafetiva é fruto do ideal da paternidade e da maternidade responsável, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociais, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do filho, conectando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, da solidariedade, subscrevendo a declaração do filho afetivo. Pais são aqueles que amam e dedicam sua vida a uma criança ou adolescente, que recebe afeto, atenção, conforto, enfim, um porto seguro, cujo vínculo nem a lei e nem o sangue garantem.¹⁵⁵

A posse do estado de filho é reconhecida tradicionalmente pelo nome, trato e fama, ou seja, o filho deve utilizar o nome da família, deve ser tratado por esse grupo familiar como se filho fosse e visto pela sociedade como se dela fizesse parte. Tais requisitos não são taxativos, mas servem de indício para a configuração da posse. O tratamento dado ao filho pelo pai é sem dúvida o elemento de maior importância para o deslinde de uma questão que envolva a paternidade, ao passo

¹⁵⁴ BORGHI, Hélio. *Teoria da aparência no direito brasileiro*. São Paulo: Lejus, 1999, p. 43.

¹⁵⁵ WELTER, Belmiro Pedro. Relativização do princípio da coisa julgada na investigação de paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 83.

que o primeiro, o nome, não é de grande valia, já que comumente não somos chamados pelo sobrenome. A estabilidade e a habitualidade também se fazem necessárias para a configuração da posse de estado de filho, assim como para a posse do Direito das Coisas.¹⁵⁶

Ao descrever um estudo sobre as famílias reconstituídas no Canadá, Fachin nos traz a noção da “adoção de fato”, em que o *“pai jurídico” tem o seu lugar ocupado pelo “pai de fato”*.¹⁵⁷ E, seguindo essa tendência, é possível afirmar que a *desbiologização da paternidade tem, na posse de estado de filho, sua aplicação mais evidente*.¹⁵⁸

Sintetizando a noção da socioafetividade, Ana Carolina Brochado Teixeira e Maria de Fátima Freire de Sá afirmam que *para se ter um filho é necessário, antes de mais nada, adotá-lo, respeitando a sua autonomia, o que inclui a construção de laços afetivos*.¹⁵⁹

As famílias reconstituídas são, portanto, uma nova forma de entidade familiar, vez que capazes de preencher todos os requisitos salientados por Paulo Luiz Netto Lôbo,¹⁶⁰ além de garantirem a promoção e dignidade de seus membros. E, ainda que ausente qualquer regulamentação expressa, fundamentos são o que não faltam para sua defesa!

Elas vêm comprovar que a consangüinidade não é hoje fator preponderante para a definição de uma família. Isso porque, em tais famílias não haverá, necessariamente, filhos comuns. Muito pelo contrário! Sua principal característica é

¹⁵⁶ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 116.

¹⁵⁷ FACHIN, Luis Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 124.

¹⁵⁸ BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 55.

¹⁵⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 156.

¹⁶⁰ Conforme já salientado, os requisitos necessários para a configuração de uma entidade familiar são: a estabilidade, a afetividade e a ostensibilidade.

o fato de ser formada pelo casal e os filhos de um ou de outro, advindos de um relacionamento anterior ou de uma decisão independente.

4.2 Do parentesco

A disciplina jurídica das relações de parentesco entre pai e filhos não atende, exclusivamente, quer valores biológicos, quer juízos sociológicos; é uma moldura a ser preenchida, não com meros conceitos jurídicos ou abstrações, mas com vida, na qual pessoas espelham sentimentos.¹⁶¹

O parentesco é o liame que une determinadas pessoas às outras, gerando efeitos jurídicos em diversos ramos do Direito. Paulo Lôbo defende o posicionamento de que para além do direito, uma das razões de ser do parentesco se funda no fato de pertencer a determinado grupo familiar.¹⁶²

Sua origem pode ser a consangüinidade ou a lei, sendo que dessa resulta o parentesco civil e o por afinidade.¹⁶³ E, dentre essas possibilidades, ele divide-se em parentesco na linha reta, colateral, materna e paterna.

Na linha reta estão as pessoas que descendem umas das outras. Na linha colateral estão aqueles que vêm do mesmo tronco ancestral, mas sem estarem na qualidade de descendentes uns dos outros.

E, como óbvio, na linha materna se encontra os parentes por parte de mãe e na paterna os por parte de pai.

No parentesco consangüíneo prevalece o elo biológico. O antigo Código Civil elencava como fonte do parentesco civil apenas a adoção, hipótese ampliada pelo novo diploma legal, ao trazer uma cláusula aberta,¹⁶⁴ qual seja, uma “outra origem”.¹⁶⁵

¹⁶¹ FACHIN, Luis Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 29.

¹⁶² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). Código Civil comentado, v. XVI, São Paulo: Atlas, 2003, p. 26.

¹⁶³ Como mais à frente será demonstrado, há autores que entendem não ser a afinidade um tipo de parentesco. Entre eles está Guilherme Calmon e Arnold Wald.

¹⁶⁴ Segundo Gustavo Tepedino: “Cabe ao intérprete depreender das cláusulas gerais os comandos incidentes sobre inúmeras situações futuras, algumas delas sequer alvitadas pelo legislador, mas que se sujeitam ao tratamento legislativo pretendido por se inserirem em certas situações-padrão: a

Caio Mário da Silva Pereira¹⁶⁶ adota a posição de que essa inovação se refere às inseminações heterólogas com autorização do marido, pois nesses casos, apesar da presunção legal,¹⁶⁷ não haverá liame genético entre pai e filho, razão pela qual não há que se falar em parentesco consanguíneo.

Seguindo a tendência mais moderna do Direito de Família, que busca valorizar o vínculo afetivo, doutrinadores defendem a idéia, da qual compartilha-se, de que a socioafetividade pode e deve ser enquadrada nessa outra origem.

Com a evolução da sociedade e da família, modificou-se o conceito de filiação, que atualmente se estabelece independentemente da origem genética dos filhos, mas a partir da relação de afetividade e querer externado (posse de estado de filho) entre pais e filhos de qualquer origem.¹⁶⁸

No que tange às relações de afeto entre pais e filhos, mesmo ausente o liame genético, a jurisprudência também tem-se mostrado de forma favorável a essa nova parentalidade, se comprovada a posse do estado de filho.

Por isso, defender-se-á que o Código Civil, acompanhando a evolução da família e os ditames constitucionais, entre eles a igualdade plena dos filhos, trouxe aos aplicadores do Direito a possibilidade de acolherem a socioafetividade como fator suficiente para a produção de efeitos jurídicos.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou o pedido de anulação de registro civil requerido por um pai, mesmo sabendo-se da inexistência de vínculo consanguíneo, afirmando ser a filiação um estado social, comprovada pela posse do

tipificação taxativa dá lugar a cláusulas gerais, abrangentes e abertas”. Sobre o tema ver: TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 9.

¹⁶⁵ Art. 1.593 CCB/2002 – O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

¹⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. V.

¹⁶⁷ Art. 1.597 do CC/2002 – Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

¹⁶⁸ ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O direito de família no contexto de organizações socioafetivas: dinâmica, instabilidade e polifamiliaridade. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, n. 34, p. 25, fev./mar. 2006.

estado de filho. E, mais, alegou também, que a anulação do registro civil não se justifica por nele não constar o nome do pai biológico, mas, sim, o do pai socioafetivo.¹⁶⁹

Além das formas acima mencionadas, traz a lei o parentesco por afinidade, aquele que une os cônjuges ou companheiros aos parentes do outro. Em sentido genérico, a afinidade é o mesmo que *semelhança, conformidade, identidade, coincidência de gostos ou sentimentos*.¹⁷⁰

Discussão curiosa sobre a afinidade e de importância para o deslinde do tema proposto é considerá-la ou não como uma forma de parentesco.

Apesar de disposto no título “Das relações de parentesco”, o Código Civil de 1916, em seu artigo 334 determinava que *cada cônjuge é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade*. Daí existir entendimentos de que parentesco e afinidade são duas coisas distintas, afinal a lei se referia apenas a um vínculo, o que não tornava essas pessoas parentes entre si.

A afinidade não é parentesco, consistindo na relação existente entre um dos cônjuges e os parentes do outro. É um vínculo que não tem a mesma intensidade que o parentesco e se estabelece entre sogro e genro, cunhados, etc.¹⁷¹

Entretanto, defender-se-á outro posicionamento: a afinidade é uma forma de parentesco, surtindo vários efeitos, como mais à frente se demonstrará. O Código Civil de 2002, além de vincular também os parentes dos companheiros, trouxe dois parágrafos sobre a afinidade, dispondo que a afinidade é um tipo de parentesco, limitando-o aos ascendentes, descendentes e irmãos dos cônjuges ou companheiros.

¹⁶⁹ TJRS, Ap. Cível n. 70012250528, 7ª CC, Des. Rel. Maria Berenice Dias, julgado em 14/09/2005.

¹⁷⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 63.

¹⁷¹ WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 34

Assim, em um só dispositivo¹⁷² trouxe duas inovações: determinou que a afinidade é uma forma de parentesco, bem como lhe deu contornos bem definidos. E, para finalizar, no segundo parágrafo determinou que esse parentesco não se extingue na linha reta, previsão essa já existente no antigo Código.

Dessas informações, poder-se-á tirar grandes lições que refletirão nas famílias reconstituídas. Os filhos de um só dos pares do casal que forma esse núcleo familiar são ligados ao cônjuge ou companheiro de seu genitor através do parentesco por afinidade, ou seja, pais e filhos afins são parentes por afinidade. Além disso, a lei determina que na linha reta esse parentesco é infinito e eterno: pais e filhos afins são para sempre.

Porém, como já salientado, não basta o parentesco por afinidade para a produção de efeitos jurídicos nas famílias reconstituídas, uma vez que a coabitação se faz imprescindível para sua configuração.

Ainda sobre a afinidade, não se pode deixar de lembrar que ela é exclusiva dos parentes do cônjuge ou companheiro e seu consorte, impedindo a afinidade por afinidade, donde se conclui que os *meus filhos* não são parentes dos *filhos do meu cônjuge ou companheiro*.

De antemão pode-se concluir que os filhos e pais afins podem, a um só tempo, serem parentes por afinidade, bem como parentes ligados pela socioafetividade, enquadrada na noção de “outra origem”. Considerando o fenômeno das famílias reconstituídas, bem como a possibilidade de ser concretizada a filiação socioafetiva nesses núcleos, passa-se a analisar a eventual produção de efeitos jurídicos entre esses pais e filhos afins.

¹⁷² Art. 1.595 do CCB/2002 – Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º - O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º - Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

Em quais situações e circunstâncias poder-se-ia garantir eficácia jurídica a esses relacionamentos? Quais os fatores a serem levados em consideração? Como outros ordenamentos jurídicos tratam essa questão?

Poderia um filho afim receber herança do marido de sua mãe, com quem conviveu durante anos, todos na posse de estado de filho e pai? E se o pai afim apenas separasse da genitora, teria ele direito de visitar o filho afim? E quanto aos alimentos, seriam eles devidos? Haveria impedimentos matrimoniais entre “os filhos das famílias reconstituídas”?

4.3 Efeitos jurídicos

Tu és eternamente responsável por aquele a quem cativas. (Antoine Saint-Exupéry)

As famílias reconstituídas estão cada vez mais freqüentes em nosso cotidiano, em virtude, principalmente, do aumento das separações e dos divórcios. Em mais de 14% (catorze por cento) dos casamentos realizados no Brasil no ano de 2004, os cônjuges já haviam se casado pelo menos uma vez e no que diz respeito aos filhos, em mais de 60% (sessenta por cento) das separações eles tinha menos de 18 (dezoito) anos.¹⁷³

Cecília Grosman e Irene Martinez¹⁷⁴ afirmam que, desde o ano 2000, as famílias reconstituídas, ao lado das monoparentais, são a forma mais comum de família encontrada na Argentina.

Mas, apesar do aumento crescente, nossa legislação ainda carece de normas que tratam dos efeitos jurídicos, tais como alimentos, sucessões, visitas, impedimentos matrimoniais, entre outros.

O que se pretende, no entanto, é demonstrar que é possível amparar legalmente os membros dessas famílias, através de um processo hermenêutico, bem como pautando as decisões que chegarem ao Judiciário na parentalidade socioafetiva, já que os efeitos legais decorrentes do parentesco por afinidade são restritos e incapazes de proteger os filhos envolvidos.

Daí a importância e a necessidade de se buscar o afeto como valor jurídico e essencial em qualquer grupo familiar. Pietro Perlingieri afirma que a família merece

¹⁷³ Informações disponíveis do site www.ibge.gov.br. Acesso em 23 de maio de 2006.

¹⁷⁴ ALCORTA, Irene Martinez; GROSMA, Cecília P. *Famílias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio*. Buenos Aires: Universidad, 2000, p. 23.

tutela não apenas quando as relações são fundadas no sangue, mas, principalmente, quando se traduzem numa comunhão espiritual e de vida.¹⁷⁵

A produção de efeitos jurídicos na vida dos filhos, frutos das famílias reconstituídas, não é uma premissa. Antes de tudo, o aplicador do Direito precisa verificar se a posse do estado de filho estava presente naquele núcleo familiar, para, a partir daí, verificar qual a eficácia jurídica decorrente da relação entre pais e filhos afins.

O entendimento a ser defendido nesse trabalho é de que deve ser feita uma análise apurada da vida em família para só então decidir se o pai ou filho afim terá algum direito previsto no ordenamento jurídico, tal como ocorre nas famílias ditas primitivas.

Dessa forma, ao se deparar com um pedido formulado pelo filho ou pai afim, pedido esse não limitado pelo parentesco por afinidade, não pode o Poder Judiciário negar de plano o pedido inicial, sob o simples fundamento de que entre eles não há nenhum vínculo “oficial”. O mesmo ocorre com as questões possessórias do Direito das Coisas.

Es evidente que se trata de relaciones de importancia fundamental en la vida de los menores, máxime si el nuevo matrimonio se produce, como suele suceder, en su primer infancia y se prolonga durante su adolescencia.¹⁷⁶

Ante todo o exposto nesse trabalho, pode-se partir do pressuposto de que não é apenas uma certidão de nascimento que torna uma pessoa pai ou mãe de outra. Fatores como a idade da criança ou do adolescente, presença física e afetiva do genitor biológico não-guardião, tempo de união entre filhos e pais afins e,

¹⁷⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245.

¹⁷⁶ RONCHIETTO, Catalina Elsa Arias. *La adopción*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, p. 223.

finalmente e porque não, substancialmente, o elo afetivo entre eles deve ser levado em consideração.

Tais requisitos não devem ser vistos como um modelo fechado de regras a ser seguido, mas sim como uma proposta hermenêutica acerca das famílias reconstituídas. Trata-se de um esquema de interpretação a ser utilizado pelo juiz quando chamado a resolver conflitos entre pais e filhos afins¹⁷⁷. Para garantir a eficácia jurídica pretendida, tais requisitos devem ser cumulativos, o que não impede a análise de outros detalhes do caso em discussão. Sobre a presença do genitor não-guardião, demais considerações não precisam ser feitas. É evidente que quanto maior for a integração entre pais e filhos, independente do rompimento do casal, menor e pouco provável será a formação de uma ligação entre os afins. O tempo de duração e o conteúdo afetivo das famílias reconstituídas fecham os requisitos propostos, devendo claro, levar-se em conta para uma decisão, cada caso concreto.

Poder-se-ia indagar: ora, se o pai afim quisesse mesmo reconhecer o filho afim como tal, de modo a surtir os efeitos jurídicos elencados pela lei entre pais e filhos, por que não procedeu à adoção ou, no mínimo, por que não requereu a guarda do seu “enteado”?

Pensar dessa forma e subordinar os efeitos jurídicos decorrentes das relações paterno-filiais à adoção ou à guarda dos filhos afins seria exigir muito pouco do Direito e privilegiar em demasia atos oficiais em detrimento de sentimentos e situações fáticas. É sabido que o Direito não consegue acompanhar a evolução da sociedade, ocorrendo em primeiro lugar os fatos, para depois aparecer a lei que os regulará. No entanto, essas relações de fato não deixam de ser protegidas pelo

¹⁷⁷ A idéia apresentada sobre os esquemas de interpretação foi retirada da obra: SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 134.

Direito, surtindo inclusive vários efeitos jurídicos,¹⁷⁸ o que já se demonstrou com relação à posse e à teoria da aparência.

Diversas são as relações de fato e não de direito que têm exigido uma postura ativa dos órgãos julgadores, que não podem fechar os olhos para os clamores e para as necessidades da coletividade.

Assim se deu com as uniões estáveis, relações de fato, sem a oficialidade exigida do casamento e que, apesar de muito preconceito quando de seu surgimento, recebem hoje amparo constitucional.

Também podemos citar as sociedades de fato, tratadas pelo Direito Empresarial e, no ramo do Direito de Família, as separações de fato, que impedem a comunicação dos bens adquiridos pelos cônjuges, colocando fim ao dever de coabitação e de fidelidade, bem como permitindo a união estável e trazendo conseqüências no direito sucessório.

À medida que a sociedade vai clamando por proteção estatal, em um determinado momento e em razão de certo fato, novas leis vão surgindo, a fim de proporcionar maior garantia aos envolvidos. Mas, como salientado, não é a ausência de regulamentação expressa que impedirá o Judiciário de analisar as demandas propostas.

Quando começaram a ser questionadas em nossos tribunais, essas situações de fato também não eram vistas com bons olhos, afinal, tudo o que é novo traz certo receio. Hoje são tratadas com naturalidade e sem espanto, não causando mais temor nos juízes ou na sociedade.

¹⁷⁸ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.180.

O parentesco por afinidade surte alguns e poucos efeitos jurídicos, como por exemplo, no Direito Processual Civil e Penal, no que tange a questões ligadas à prova testemunhal e suspeição ou impedimento do juiz.

No entanto, mais do que parentes por afinidade, pais e filhos afins podem ser tratados como tais, no sentido pleno da palavra. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais muito bem salientou onde se encontra a verdadeira paternidade:

Sem dúvida, conforme ressaltou o apelante, na atualidade há que preponderar a paternidade socioafetiva sobre a biológica. Pai é quem distribui afeto, quem realmente se faz presente, quem se regozija e sofre com acertos e desacertos do filho. Não pode ser mais importante a paternidade decorrente de um fugaz instante de prazer irresponsável e inconseqüente para quem não quer assumir os efeitos dos próprios atos.¹⁷⁹

Assim, como os filhos afins são o foco principal desse trabalho, far-se-á uma busca no ordenamento jurídico, na tentativa de apurar qual a eficácia jurídica prevista a eles, que como não poderia deixar de ser, estão duplamente ligados: pela afinidade e pela afetividade.

A Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990¹⁸⁰, que entre outros assuntos dispõe sobre casos de inelegibilidade, determina que o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau, são inelegíveis no território de jurisdição do titular para os cargos de Presidente da República, de Governador ou de Prefeito. Logo, os filhos afins recebem o mesmo tratamento dos outros descendentes de primeiro grau.

Muito interessante e totalmente condizente com o que ora se defende são as previsões trazidas pela Lei n. 8.112 de 11 de dezembro de 1990 (dispõe sobre o

¹⁷⁹ Trecho retirado do acórdão n. 1.0021.05.930746-8/001, 2ª CC, Des. Rel. Caetano Levi Lopes, TJMG, pub. 11/11/2005.

¹⁸⁰ Art. 1º da Lei n. 64/90.

§ 3º – São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais).¹⁸¹ A primeira delas diz respeito à concessão de licença para o servidor por motivo de doença do cônjuge ou companheiro, dos filhos, do padrasto ou madrasta e enteado. Esse artigo se encontra na Seção II da referida lei, sobre o título: Da licença por motivo de doença em pessoa da família, ou seja, pais e filhos afins são considerados membros de uma mesma família e sem qualquer discriminação.

Ora, qual a razão de o legislador prever que uma madrasta poderia licenciar-se do serviço para cuidar de seu enteado que está doente? Será que a afinidade por si só justifica a pretensão da lei? Com certeza a resposta é negativa e vai além. Se não houvesse afetividade entre esses membros não haveria motivos para tal previsão legal, daí a conclusão de que a afinidade pode gerar a afetividade.

Além disso, em caso de falecimento do filho ou pai afim, prevê o mesmo diploma legal¹⁸² que o servidor poderá se ausentar do serviço pelo prazo de oito dias: sem qualquer diferença entre os filhos, seja qual for a origem. O servidor está proibido de manter sob sua chefia imediata qualquer parente até segundo grau e de atuar como procurador junto a repartições públicas, salvo se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até segundo grau.¹⁸³

¹⁸¹ Art. 83 da Lei n. 8.112/90 – Poderá ser concedida ao servidor por motivo de doença do cônjuge ou companheiro, dos pais, dos filhos, do padrasto ou madrasta e enteado, ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, mediante comprovação por junta médica oficial.

¹⁸² Art. 97 da Lei n. 8.112/90 – Sem qualquer prejuízo, poderá o servidor ausentar-se do serviço: III – por 8 (oito) dias consecutivos em razão de:

b) falecimento do cônjuge, companheiro, pais, madrasta ou padrasto, filhos, enteados, menor sob guarda ou tutela e irmãos.

¹⁸³ Art. 117 da Lei n. 8.112/90 – Ao servidor é proibido:

VIII – manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;

XI – atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro.

Também é previsto pela lei ora comentada, o recebimento de um salário-família, para cada dependente econômico, incluindo filhos e enteados até os 21 (vinte e um) anos.¹⁸⁴ E, ao pai e à mãe, são equiparados os padrastos e madrastas para o recebimento desse salário.

No que tange aos beneficiários das pensões, mais uma vez filhos e enteados são equiparados.¹⁸⁵ Como se percebe, a lei reconhece entre todos os filhos a igualdade propalada pela Constituição Federal.

Dispositivos semelhantes trazem a Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social. Ela também equipara os enteados aos filhos para fins de serem considerados como beneficiários da previdência social e determina que a pensão por morte será rateada entre todos em partes iguais.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Art. 197 da Lei n. 8.112/2001 – O salário-família é devido ao servidor ativo ou ao inativo, por dependente econômico.

Parágrafo único. Consideram-se dependentes econômicos para efeito de percepção do salário família:

I – o cônjuge ou companheiro e os filhos, inclusive os enteados até 21 (vinte e um) anos de idade ou, se estudante, até 24 (vinte e quatro) anos ou, se inválido, de qualquer idade.

Art. 199 da Lei n. 8.112/2001 – Quando o pai e a mãe forem servidores públicos e viverem em comum, o salário-família será pago a um deles; quando separados, será pago a um e outro, de acordo com a distribuição dos dependentes

Parágrafo único. Ao pai e à mãe equiparam-se o padrasto, a madrasta e, na falta destes, os representantes legais dos incapazes.

¹⁸⁵ Art. 217 da Lei n. 8.112/2001 – São beneficiários das pensões:

II – temporária:

a) os filhos ou enteados, até 21 (vinte e um) anos de idade, ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez;

¹⁸⁶ Art. 16 da Lei n. 8.213/1991 – São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

Esses são exemplos encontrados na ordem jurídica brasileira que vêm demonstrar a tendência não só da doutrina e da jurisprudência, como da própria legislação em valorizar o vínculo afetivo entre pais e filhos afins, de modo que tal relação seja devidamente enquadrada nos mesmos moldes de uma relação paterno-filial “primitiva”.

As regras relativas ao Direito de Família impedem o matrimônio entre os afins em linha reta. Ora, qual seria o motivo que levou o legislador a tal impedimento?

A probabilidade de problemas genéticos com certeza não foi, uma vez inexistente essa possibilidade. Talvez o grande responsável por esse impedimento seja o mesmo que o levou a impedir o casamento dos ascendentes com os descendentes: a moral. Como admitir o casamento entre duas pessoas que conviveram como pais e filhos?

No entanto, apesar da proibição com relação aos afins em linha reta, o matrimônio entre os filhos das famílias reconstituídas não recebe nenhuma vedação legal. Com isso, os irmãos afins poderiam se casar. Desta forma, se as famílias reconstituídas compartilham dos mesmos princípios das famílias ditas primitivas, em princípio, inadmissível se torna o casamento de duas pessoas que cresceram como irmãos e assim eram vistos pela sociedade. Mas, no fim, a situação concreta é que irá dizer o sim ou o não.

Para acirrar ainda mais a discussão, teriam os pais afins direitos e deveres decorrentes do poder familiar em relação aos seus filhos afins?

Antes de responder a essa pergunta, importante mais uma vez frisar que para surtir os efeitos ora comentados, é imprescindível que esteja presente nas famílias

§ 2º – O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.
Art. 77 da Lei n. 8.213/1991 – A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em partes iguais.

reconstituídas a posse do estado de filho. Lembrando ainda que apenas a afinidade não seria capaz de gerar os direitos e deveres que ora pretende-se defender.

A idéia que se propõe está ligada diretamente ao vínculo entre pais e filhos afins e, é claro, à presença ou não do pai biológico. O poder familiar e, conseqüentemente, os direitos e deveres daí decorrentes seriam proporcionais ao estreitamento do elo entre os membros das famílias reconstituídas. Assim, quanto mais externa a posse do estado de filho, maior será a parcela da autoridade parental concedida ao pai afim e, logicamente, maiores suas responsabilidades. Daí a importância de os juízes avaliarem cada caso concreto como único, para só então chegar a um resultado.

No que tange à guarda, maiores problemas não haveria em concedê-la ao pai ou mãe afim, já que existe no ordenamento jurídico brasileiro expressa previsão de que um terceiro, que com o menor tenha estreita relação de afinidade e afetividade, estaria apto a tê-la.

Sobre os direitos sucessórios, os filhos afins que preenchem os requisitos propostos acima devem se enquadrar entre os chamados herdeiros necessários, na categoria dos descendentes.

Pensando na hipótese de um pai afim que não tem outros filhos senão o afim, seria coerente sua herança se tornar vacante, considerando que ele não teria outros herdeiros? Não poderia o filho afim ser o único herdeiro, considerando a adoção de fato feita e sustentada durante anos pelo pai afim? Será que a vontade do pai afim, que durante anos cuidou e dedicou sua vida para esse filho, não poderia ser presumida?

É sabido que os pais têm o dever de sustentar os filhos menores e que essa obrigação passa a ser recíproca a partir da maioridade e independência financeira dos filhos, fundada a partir de então, no dever de solidariedade familiar.

O artigo 1.694 do Código Civil de 2002 dispõe que podem pedir alimentos uns aos outros os parentes, os cônjuges e os companheiros. Foi demonstrado *supra* que filhos e pais afins são parentes, seja por afinidade, seja por afetividade, esta última enquadrada dentro da cláusula aberta prevista pelo artigo 1.593, "outra origem".

Os tribunais, acompanhando as transformações da família, já se pronunciaram sobre essa questão, sempre atendendo ao Princípio do Melhor Interesse da Criança.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais afirmou que a madrasta tem legitimidade passiva para figurar no pólo passivo de uma ação de alimentos movida pela enteada, uma vez que o Código Civil de 2002 não vincula tal pedido aos parentes consangüíneos.¹⁸⁷

E o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, também julgando uma ação de alimentos, entendeu que a relação socioafetiva configura todos os efeitos, inclusive obrigação alimentar.¹⁸⁸

Mas, e se o filho afim já recebe pensão do pai biológico? Poderia ele receber duas pensões? Seria enriquecimento sem causa? A resposta já foi dada acima. Se o

¹⁸⁷ TJMG, Ap. Cível n. 1.0024.04.533394-5/001(1), 4ª CC, Des. Rel. Moreira Diniz, pub. 25/10/2005. DIREITO DE FAMÍLIA - ALIMENTOS - PEDIDO FEITO PELA ENTEADA - ART. 1.595 DO CÓDIGO CIVIL - EXISTÊNCIA DE PARENTESCO - LEGITIMIDADE PASSIVA. O Código Civil atual considera que as pessoas ligadas por vínculo de [afinidade](#) são parentes entre si, o que se evidencia pelo uso da expressão "parentesco por [afinidade](#)", no parágrafo 1º de seu artigo 1.595. O artigo 1.694, que trata da obrigação alimentar em virtude do parentesco, não distingue entre parentes consangüíneos e afins.

¹⁸⁸ TJRS, Ap. Cível n. 70011471190, 8ª CC, Des. Rel. Rui Portanova, jul. 21/7/2005. Apelação. Ação de alimentos. Parentalidade socioafetiva. Legitimidade para a causa. Ocorrência. O fundamento do presente pedido alimentar é a existência, entre apelante e apelada, da parentalidade socioafetiva. Essa relação é até incontroversa. A relação socioafetiva configura parentesco para todos os efeitos, inclusive para a fixação de obrigação alimentícia. Juridicamente possível o pedido de fixação de alimentos, o que denota estar presente a legitimidade para a causa, seja a ativa ou a passiva. Deram provimento.

pai, mesmo distante física e espiritualmente, continua arcando com parte dos gastos dos filhos, problema nenhum existirá, devendo o pai afim complementar as despesas do filho afim, tal como fazia quando da união com o guardião desse. É impossível imaginar uma família reconstituída em que não há comunhão de gastos materiais pelos adultos da casa:

(...) cuando habita el mismo hogar con los hijos de su cónyuge, de ordinario contribuye a su mantenimiento en especie por el aporte que realiza para sufragar los gastos comunes del núcleo, al compartir ambos esposos los desembolsos hogareños y el sósten de los hijos que allí conviven, de acuerdo con las posibilidades de cada uno de ellos.¹⁸⁹

O dever de sustento não é determinado pela Biologia, mas sim devido em função da parentalidade e, como visto, o enteado pode muito bem vir a ser tornar um filho de verdade. E, ademais, a afinidade entre eles não se extingue, o que também pode vir a justificar a manutenção dos alimentos.

Na verdade, não há uma intenção de se fazer um estudo sobre o direito comparado, uma vez que as legislações estrangeiras também se mostram incipientes, com as mesmas lacunas encontradas no Brasil.

Mas no livro *Famílias ensambladas* achou-se informações sobre a legislação argentina e de outros países, o que ora será demonstrado. Na Argentina, ainda não há disposição legal sobre a autoridade parental dos pais e filhos afins, mas há algumas propostas apresentadas em congressos e que vêm sendo discutidas pelos doutrinadores. Uma delas propõe o reconhecimento de uma autoridade parental acessória e somente perante a ausência temporária ou permanente de um dos genitores, além de subordiná-la ao convívio na mesma residência. Outra, mais liberal, defende que o simples fato de um novo casamento traria como consequência uma guarda legal, independentemente de intervenção judicial. Uma terceira hipótese

¹⁸⁹ ALCORTA, Irene Martinez; GROSMAN, Cecilia P. *Famílias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio*. Buenos Aires: Universidad, 2000, p. 262-263.

cria a figura da guarda afim, em que o pai ou a mãe afim teria certo grau de autoridade de modo a facilitar atos do cotidiano. Essa guarda afim seria extinta com o fim do novo matrimônio. E, talvez a mais flexível de todas as propostas seja a que iguala os direitos e deveres, tanto pessoais quanto patrimoniais dos filhos e pais afins aos biológicos. Tal equiparação se daria de pleno direito desde que os filhos afins tivessem menos de doze anos e, caso ultrapassada essa idade, tais efeitos ficariam subordinados à solicitação em conjunto de todos os interessados, inclusive do filho afim.

O direito de visitas dos parentes afins na Argentina decorre do dever de prestar alimentos. Assim, aqueles que devem alimentos uns aos outros podem continuar se relacionando mesmo após a ruptura do vínculo entre os cônjuges. Ora, mas e aqueles que não têm dever de alimentos e apresentam um bom relacionamento afetivo entre si? Estariam eles proibidos de se encontrar? É claro que diante de tudo o que foi defendido nesse trabalho a resposta há de ser negativa.

E por falar em alimentos, no direito argentino

la obligación alimentaria de los parientes afines es subsidiaria, es decir que sólo puede ser reclamada a falta de parientes consanguíneos o cuando éstos no tuvieren recursos o fueren insuficientes.¹⁹⁰

Entretanto, se o pai afim é responsável pela guarda e educação do filho afim, sua obrigação passa a ser direta, mesmo que existam outros obrigados:

Por otra parte, ya desde el punto de vista legal, no obstante que la obligación del padre afín y comparte en los hechos la guarda del niño haciéndose cargo de su manutención y educación, está obligado a pasarle alimentos, si fuese menor de 18 años o incapaz, aun cuando existan otros obligados en primer término (interpretación art. 2, inc. c, ley 13.944).

¹⁹⁰ ALCORTA, Irene Martinez; GROSMAN, Cecilia P. *Familias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio*. Buenos Aires: Universidad, 2000, p. 262.

Sobre o direito sucessório não existe na Argentina nenhuma previsão legal no que diz respeito aos filhos das famílias reconstituídas. E, para dificultar ainda mais, a atual legislação proíbe a doação do pai ao filho afim.¹⁹¹

No Direito alemão há outras inovações muito interessantes sobre as famílias reconstituídas, lá denominadas de famílias *patchwork*. Segundo Jussara Suzi Assis Borges, em um estudo sobre as famílias alemãs, a Lei de Melhoramento dos Direitos da Criança de 2002 possibilitou a adoção de um novo nome de família à criança em razão do novo matrimônio de um de seus pais. Para a autora,

A possibilidade da mudança do nome de nascimento da criança, quer pela anteposição, quer pela adição do nome da família afetiva, implica reconhecer que o sistema alemão buscou, no melhor interesse do menor, oportunizar a reconstrução familiar de maneira a manter a família 'intacta', tanto quanto possível.¹⁹²

O pátrio poder alemão passou, com a Lei dos Parceiros de Vida de 2001, a ser compartilhado entre genitor guardião e seu novo companheiro. Jussara Borges ensina que a doutrina alemã denominou tal inovação de pequeno pátrio poder e que antes da referida lei a divisão de responsabilidades poderia ser feita por meio de procuração com poderes específicos para o pai afim. O pequeno pátrio poder fica restrito aos casos em que o pai guardião era sozinho responsável pelo filho.

Em 1998, a Lei de Reforma dos Direitos da Criança determina que as pessoas que tiveram com a criança uma relação estreita e de responsabilidade podem visitá-la. E mais, dispõe que tal responsabilidade pode ser presumida em decorrência do tempo que ambos viveram juntos.

¹⁹¹ Todas as referências sobre as famílias reconstituídas no direito argentino foram retiradas da obra: ALCORTA, Irene Martinez; GROSMAN, Cecília P. *Famílias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio*. Buenos Aires: Universidad, 2000.

¹⁹² BORGES, Jussara Suzi Assis. *As famílias pluriparentais ou mosaicos*. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em 6 de novembro de 2006.

No Direito alemão não existe nenhuma previsão legal sobre os alimentos devidos aos filhos afins, mas pensando no bem-estar dos menores, a jurisprudência tem entendido que se pai e filho afim residem juntos, há entre eles uma espécie de contrato tácito que obrigaria o pai.

A título de curiosidade e com o intuito de agregar novas sugestões e possibilidades para o desfecho de questões ligadas às famílias reconstituídas, apresenta-se um breve relato de questões interessantes envolvendo pais e filhos afins em outros países.

Na Bélgica, a obrigação do cônjuge de contribuir para as despesas do lar inclui não só as despesas com a manutenção do outro consorte, como também dos filhos desse. Interessante decisão tomada pelo tribunal belga foi de conceder a um pai a redução dos alimentos devidos aos filhos do primeiro matrimônio, considerando que suas despesas aumentaram em virtude dos filhos de sua segunda esposa, seus filhos afins.¹⁹³

Na Holanda, o dever do pai afim não é subsidiário, equivalendo ao do pai biológico, sendo que cada um contribui de acordo com sua capacidade contributiva. No Direito Inglês, *una persona debe alimentos a los niños que acepta como formando parte de la familia*.¹⁹⁴

A maioria dos países não faz menção sobre o tema. No Direito estadunidense, os Estados de Maryland, Connecticut e Carolina do Sul incluem os filhos afins entre os herdeiros, apenas se não houver outros parentes e desde que preenchidos alguns requisitos, entre eles que o relacionamento desses pais e filhos tenha se iniciado na menoridade desses. O Estado da Califórnia já traz essa

¹⁹³ ALCORTA, Irene Martinez; GROSMAN, Cecilia P. *Familias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio*. Buenos Aires: Universidad, 2000, p. 268.

¹⁹⁴ As informações relativas ao direito estrangeiro foram retiradas da obra: ALCORTA, Irene Martinez; GROSMAN, Cecilia P. *Familias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio*. Buenos Aires: Universidad, 2000.

permissão legal, que se restringe aos filhos e netos afins, mas não ao contrário. E outros estados levam em consideração o fato de um adulto ter voluntariamente assumido para si o filho de outrem.¹⁹⁵

Em Portugal, os filhos afins têm direito a receber os alimentos, mas não a herança dos pais:

Em confronto com os do parentesco, os efeitos da afinidade são menos extensos. Os afins não têm direitos sucessórios e, no tocante à obrigação de alimentos, a lei só a impõe ao padrasto ou madrasta, relativamente a enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste.¹⁹⁶

Ora, se o que prevalece é a igualdade entre os filhos, não haveria motivos para a concessão de direitos diferentes.

As decisões relacionadas às famílias reconstituídas devem sempre estar vinculadas ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e da Dignidade da Pessoa Humana, norma-fim do ordenamento jurídico brasileiro.

Com a Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, os filhos passaram a ser alvo da proteção integral do Estado e o Princípio do Melhor Interesse da Criança passou a vincular toda decisão que lhes diga respeito.

Também a noção de que o afeto passou a trazer tantas consequências jurídicas provocou diversas mudanças na sociedade, o que fez com que os conceitos de paternidade e maternidade fossem alterados de forma substancial. E é em decorrência dessas mudanças que se objetiva garantir eficácia jurídica às relações entre pais e filhos afins, ainda que ausente a formalidade almejada pela lei.

¹⁹⁵ ALCORTA, Irene Martinez; GROSMAN, Cecília P. *Famílias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio*. Buenos Aires: Universidad, 2000, p. 336.

¹⁹⁶ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito de família*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. I, p. 48.

Isso é o que se espera: decisões justas, que preservem o interesse e a dignidade dos envolvidos. E, mais uma vez, sejam as relações familiares formais ou não, os julgadores devem estar atentos a *decisões jurídicas coerentes com a dinâmica da sociedade contemporânea*.¹⁹⁷

¹⁹⁷ “A sensibilidade requerida pela afetividade nas decisões jurídicas sobre direitos de família, contudo, não precisa necessariamente ser sentimental. O Direito de família pode observar a afetividade como uma realidade jurídica autoconstruída e a sensibilidade, nesse contexto, é sinônimo de potência. Assim, o direito de família pode potencializar as relações de afeto, sejam elas formalizadas ou não, oportunizando decisões jurídicas coerentes com a dinâmica da sociedade contemporânea.” ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O direito de família no contexto de organizações socioafetivas: dinâmica, instabilidade e polifamiliaridade. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, n. 34, p. 27, fev./mar. 2006.

5 CONCLUSÃO

Para bem julgar, os magistrados não precisam ter apenas um conhecimento apurado dos fatos; a certeza produzida pela prova científica do DNA não é suficiente para a produção de resultados satisfatórios no plano do direito de família. A interpretação deste ramo do direito exige muita compreensão do ser humano, a fim de que o amor e o afeto possam ser considerados como os fundamentos mais importantes para a realização do homem em sua vida em sociedade.¹⁹⁸

O perfil da família mudou. Há quem diga, inclusive, que ela está fadada a desaparecer, ou ainda, que é uma instituição em decadência. Desse negativismo ousa-se discordar. A família mudou sim, mas para melhor. Hoje, as relações são pautadas em outros valores, tais como o respeito mútuo, a colaboração e, principalmente, pela vontade de querer viver em conjunto.

Os laços se formam não por uma obrigação, formam-se pelo verdadeiro intuito de constituir uma família. Para se chegar até aqui muitas mudanças tiveram que acontecer e vários preconceitos foram vencidos.

A família instituição, comandada por um chefe, foi substituída por uma família que busca o diálogo e que assim se denomina por opção. Do matrimônio indissolúvel chegou-se a uma série de novas formas de entidades familiares.

O patrimônio cede lugar para a pessoa humana e o público com o privado se correlacionam de forma tão intensa que assuntos até então distantes de uma Constituição passam a ser protegidos pela nova ordem estatal. É o que acontece, por exemplo, com a família.

As mudanças no núcleo familiar foram tantas e alteraram pai, mãe e filhos. A parentalidade e a filiação de hoje começam a sentir os efeitos almejados pelos

¹⁹⁸ CAMBI, Eduardo. O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame do DNA, na hipótese de “adoção à brasileira”. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 13, p. 87-88, jan./mar. 2003.

doutrinadores e juristas que se empenham na busca por um Direito de Família mais digno.

E em meio a essa gama de inovações começam a surgir, com grande frequência, as famílias reconstituídas, objeto desse trabalho. Famílias até então inimagináveis, tendo em vista a indissolubilidade do casamento, passaram a ser comuns nos cenários mundiais. Com elas, surgiu uma vasta e complexa possibilidade de situações não previstas na legislação brasileira, mas que começam a chamar a atenção do Poder Judiciário, que não pode se omitir em encontrar uma solução.

Na tentativa de responder perguntas sobre essas famílias fez-se o presente trabalho. Defendeu-se que é possível, sim, apesar da complexidade do tema, encontrar respostas com fundamentos jurídicos capazes de justificar as pretensões relacionadas com filhos e pais afins.

Através de esquemas hermenêuticos apresentou-se uma forma de solução a ser utilizada pelo Poder Judiciário quando chamado a resolver questões tais como alimentos, guarda, visitas e sucessões entre os membros das famílias reconstituídas.

Pautadas na posse do estado de filho, na igualdade da filiação, nos valores atuais da família, entre outros elementos destacados ao longo do texto, firmou-se o alicerce capaz de garantir efeitos jurídicos às relações entre os membros das famílias reconstituídas, analisando-se, claro, cada caso individualizado.

Conclui-se, portanto, que as famílias reconstituídas merecem proteção estatal e, principalmente, os filhos desses novos arranjos familiares. Não é possível predeterminar uma norma a ser aplicada quando de um conflito, mas também não se deve aceitar a ausência de um julgamento, uma vez cabível a consideração das

proposições de interpretação apresentadas. A análise detalhada de cada caso e as peculiaridades do Direito de Família devem se impor às decisões.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHÃO, Ingrith Gomes. A família monoparental formada por mães sozinhas por opção através da utilização de técnicas de inseminação artificial no ordenamento jurídico brasileiro. **Caderno de Estudos Jurídicos**. Belo Horizonte: PUC Minas, v. 7, n. 7, p. 108, 2004.

ALCORTA, Irene Martinez; GROSMAN, Cecília P. **Famílias ensambladas**: nuevas uniones después del divorcio. Buenos Aires: Universidad, 2000.

ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O direito de família no contexto de organizações socioafetivas: dinâmica, instabilidade e polifamiliaridade. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, n. 34, p. 25, fev./mar. 2006.

ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. *In*: SOUZA, Laura de Mello e. (Org.). **História da vida privada no Brasil**: cotidiano e vida privada na América portuguesa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARONNE, Ricardo; CARDOSO, Simone Tassinari; KLEIN, Felipe Pastro. **Estudos de direito civil constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2.

BARBOSA, Cônego Florentino. **A família**: sua origem e evolução. Rio de Janeiro: Vozes, 1948.

BARROS, Sérgio Resende. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise**: rumo a uma epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

BARRETTO, Marilza Fernandes. **Direito de visita dos avós**: uma evolução no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1989, p. 1.

BEVILÁQUA, Clóvis. Linhas gerais da evolução do direito constitucional, da família e da propriedade, no Brasil, durante a centúria de 1827 a 1927. **Revista Forense**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, p. 332, jul./dez. 1927.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917, v.II.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**: posse de estado de filho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BOFF, Leonardo. **São José**: a personificação do pai. Campinas: Versus, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Política e Constituição**: os caminhos da democracia. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BORGES, Jussara Suzi Assis. **As famílias pluriparentais ou mosaicos**. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em 6 de novembro de 2006.

BORGHI, Hélio. **Teoria da aparência no direito brasileiro**. São Paulo: Lejus, 1999.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. As novas orientações do direito de família. *In*: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (Coord.) **O direito de família**: descobrindo novos caminhos. São Leopoldo: Edição da Autora, 2001.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRUNO, Denise Duarte. Adoção por um homem solteiro: a paternidade em xeque. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 35, p. 81, abr./maio de 2006.

CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana – ética e direito**. Campinas: Edicamp, 2003.

CAMBI, Eduardo. O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame do DNA, na hipótese de “adoção à brasileira”. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 13, p. 87-88, jan./mar. 2003.

CAMPOS, Diogo Leite. A nova família. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **Direitos de família e do menor**: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.49.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de direito de família**. 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. I.

COSTA, Demian Diniz da. **Famílias monoparentais**: reconhecimento jurídico. Rio de Janeiro: Aide, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. Sociedade de afeto: um nome para a família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. I, n. 1, p. 34, abr./jun., 1999.

FACHIN, Luis Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 9. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo – Fundação para o Desenvolvimento da Educação, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 63.

FIUZA, César. Crise e interpretação no direito civil da escola da exegese às teorias da argumentação. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte, 2003.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. **Das relações de parentesco, da filiação e do reconhecimento dos filhos**. São Paulo: Ltr, 2003.

FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado e desenvolvimento do urbano. São Paulo: Global, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro**: introdução – abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GLANZ, Semy. **A família mutante – sociologia e direito comparado**: inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Direito de família e psicanálise**: rumo a uma epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUIMARÃES, Rosamélia Ferreira. **Os recasados nas famílias reconstituídas**. 1998, 170 f. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

KHEL, Maria Rita. Lugares do feminino e do masculino na família. *In*: COMPARATO, Maria Cecília; MONTEIRO, Denise de Sisa Feliciano (Org.). **A criança na contemporaneidade e a psicanálise**: família e sociedade I. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LIMA, José Reinaldo de. **O direito na história**: lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis***. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI.

LOTUFO, Renan. O novo Código Civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Da oportunidade da codificação civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MADALENO, Rolf. Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do mundo feminino. In: SEVCENKO, Nicolau. (Org.). **História da vida privada no Brasil: da república a *belle époque* à era do rádio**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

MORAIS, Alexandre José de Melo. **A independência e o império do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2004.

NAZARETH, Eliana Riberti. Família e divórcio. In: CERVENY, Ceneide Maria de Oliveira (Org.). **Família e... comunicação, divórcio, mudança, resiliência, deficiência, lei, bioética, doença, religião e drogadição**. São Paulo: Caso do Psicólogo, 2004.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PALMA, Rúbia. **Famílias monoparentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PENNA, José Oswaldo de Meira. A família depois da revolução sexual. **Carta Mensal**. Rio de Janeiro, 45(531): 19-40, junho/1999.

PENNA, Lincoln de Abreu. **Uma história da república**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. IV e V.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Família de fato e família no direito. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. Rio de Janeiro, ano V, n. 2, p. 139, primeiro semestre de 1991.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERROT, Michelle. **História da vida privada**: da Revolução Francesa à Primeira Guerra. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

RAMOS, Magdalena. Modificações da instituição família: famílias uniparentais – produção independente. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

RAMIRES, Vera Regina R.; SOUZA, Rosane Mantilla de. **Amor, casamento, família, divórcio...e depois, segundo as crianças**. São Paulo: Summus, 2006.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**: uma análise do novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RONCHIETTO, Catalina Elsa Arias. **La adopción**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e biodireito. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A obrigação alimentar na perspectiva ética. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **A ética da convivência familiar**: sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SARASATE, Paulo. **A Constituição do Brasil ao alcance de todos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967.

SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. Brasil, em direção ao século XXI. *In*: LINHARES, Maria Yedda. (Coord.). **História geral do Brasil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOARES, Sônia Barroso Brandão. Famílias monoparentais: aspectos polêmicos. *In*: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio**. 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina Civil-constitucional das relações familiares. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; TORQUATO, Bruno. **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, p. 409, maio de 1979.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 52.

WALD, Arnold. **O novo direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

WELTER, Belmiro Pedro. Relativização do princípio da coisa julgada na investigação de paternidade. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do Código Civil. *In*: COSTA, Judith Martins. (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

