

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

RENATO MAIA

DA RELAÇÃO DE PARENTESCO COLATERAL NA FAMÍLIA
RECOMPOSTA

DOUTORADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS
DIREITO CIVIL COMPARADO

SÃO PAULO
2007

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

RENATO MAIA

DA RELAÇÃO DE PARENTESCO COLATERAL NA FAMÍLIA
RECOMPOSTA

DOUTORADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS
DIREITO CIVIL COMPARADO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito (Direito Civil Comparado), sob a orientação da Professora Doutora Maria Helena Diniz.

SÃO PAULO
2007

FICHA CATALOGRÁFICA

MAIA, Renato, 1965 –

Análise da evolução da organização familiar até a família recomposta, e do tratamento jurídico dispensado às relações de parentesco na colateralidade neste agrupamento social, considerando -as fonte produtora de impedimentos matrimoniais entre os irmãos af ins – Renato Maia – Tese de doutorado, PUC-SP, curso de direito, área de concentração: Civil comparado, orientadora: Professora Doutora Maria Helena Diniz, 2007.

Banca Examinadora:

AUTORIZAÇÃO

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

São Paulo,..... de agosto de 2007

RENATO MAIA

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, registro de minhas pesquisas, ao meu núcleo familiar, formado por Renata, minha mulher, Pedro e Marcella meus dois filhos.

A Renata, por ser a solidez de minh'alma, a admiração de meus dias, o amor de minha vida. “Nada irá neste mundo apagar o desenho que temos aqui, nada, nem que a gente morra, desmente o que agora chega à minha voz”.

A Marcella e Pedro, por me fazerem querer, seja em que formato for, ser e tê-los em família, com vocês, a compreensão vai além do que poderia chegar a me cumprir. Ao ouvi-los me recomponho, me reconstituo, me misturo, divido, multiplico o que preciso for.

Voem para longe do ninho, voem como flechas, mas a ele sempre voltem, pois eu estou aqui.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Maria Helena Diniz, minha mestra, professora e doutora, que, como orientadora, é capaz de formar gente, formar pessoas dignas de sua humanidade, e formar juristas através da difusão do modelo de um direito nascido do respeito ao próximo, e do amor ao semelhante.

Agradeço aos meus alunos, parceiros na travessia.

Ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais, e ao colega Sidnei Boccia Pinto de Oliveira Sá, pela oportunidade de me dedicar a este estudo, com muito esmero.

Por fim, agradeço à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – *campus* de Poços de Caldas – pela política de investimento no aprimoramento de seu corpo docente, entendendo e apoiando a necessidade de capacitação de seus mestres.

“Resta pensar-se no ninho em si, como trecho de espaço para onde convergem os animais. A casa, ponto de partida, se se prefere, para que se não restrinja o conceito ao ninho feito e se apanhem os cantos, as anfractuosidades e os lugares cômodos e seguros que atraem os animais. O que é essencial é que deles saiam e a eles voltem.”

Pontes de Miranda

(Tratado de direito de família, Campinas: Bookseller, 2001, p.51)

RESUMO

Da relação de parentesco colateral na família recomposta

Renato Maia

O presente trabalho não só aborda a evolução da organização familiar como também o formato da família recomposta ou reconstituída, demonstrando que a parentalidade ultrapassa o sangue ou a disposição de lei.

Enaltece que **a relação jurídica de parentesco** se alterou e se altera no decorrer da história, para atender aos anseios de uma cultura, de uma época, ou do estabelecimento da dignidade dos membros de uma família solidária, fazendo com que esta sobreviva às mudanças sociais constantes. Submete à crítica uma provável organização que venha estabelecer relações de parentesco entre irmãos de criação .

O estudo avalia as relações de parentesco que possam surgir no seio de uma família recomposta. O parentesco consanguíneo, civil e por afinidade, até a disposição do artigo 1.595 do Código Civil, e a distinção entre parentesco e afinidade, se é que existe.

A análise é feita a partir da **paternidade socioafetiva** que o cônjuge ou companheiro vem a desempenhar em relação ao filho anterior do outro, principalmente pelo esvaziamento da paternidade legal ou biológica.

Faz a pesquisa à proposição *de lege ferenda* para que o reconhecimento institucional jurídico da família recomposta leve à fixação de parentalidade na colateralidade entre irmãos de fato, em obediência à característica da tese científica, uma vez que o presente se presta à obtenção do título de doutor.

Propõe-se ainda à pesquisa da estrutura da **família recomposta** à luz do direito civil comparado, principalmente sob o prisma das legislações alemã, argentina e brasileira.

ABSTRACT

The following paper deal related to the evolution of familial organization and also the format of *step family*, in order to show that the relationship among relatives is far beyond the blood or the disposition of the law.

The legal ties of kinship is praiseworthy in what concerns its changes along the history, focusing on the answers to the anxiety of a Culture of certain time or by establishing the dignity of members from a helpful family, such a way this one could survive in spite of steady social changes. This present writing looks at a probable organization carefully in order to establish relationships among adopted brothers.

The presented study analyses the unexpected kinships within a decomposed family. The blood, civil and affinity kinships towards the disposition of the Article 1.595 from Civil Code, and the distinction between kinship and affinity, once it is present in.

The analysis is made from the social affection paternity that's going to be performed by the couple according to its previous spouse's son; mainly by the legal or biological absence.

This research follows the principle of “de lege ferenda” such a way the recomposed family's institutional and juridical recognition provides the kinship establishment among real brothers, in obedience to the scientific thesis, considering this writing is useful to obtain the “Title of Doctor”.

It still suggests the study of the recomposed family structure in agreement with compared Civil Law, mainly related to German, Argentinean and Brazilian legislations.

RESUMEN

El presente trabajo no sólo aborda la evolución de la organización familiar, sino también la formación de la familia reconstituida o *recompuesta*, demostrando que la condición de padres sobrepasa los lazos sanguíneos o las disposiciones legales.

Exalta que, a lo largo de la historia, la relación jurídica de parentesco se ha alterado y continúa a hacerlo, a fin de satisfacer los anhelos de una cultura, de una época o del establecimiento de la dignidad de los miembros de una familia, permitiéndole, así, subsistir a los constantes cambios sociales. Examina una posible organización que permita el establecimiento de parentesco entre hermanos de proceso de crianza.

El estudio analiza las diferentes relaciones de parentesco que pueden surgir en el seno de una familia reconstituida. El parentesco consanguíneo, civil o por afinidad, incluyendo la disposición del artículo 1595 del código civil, bien como la distinción entre parentesco y afinidad, si es que hay.

Se procede al análisis a partir de la paternidad socioafectiva que el cónyuge o pareja pasa a desempeñar en relación al hijo anterior del compañero, principalmente debido al desvanecimiento de la paternidad legal o biológica.

Investiga también la proposición de *lege ferenda* para que el reconocimiento institucional jurídico de la familia reconstituida conduzca a la fijación de la condición de padres en la colateralidad entre hermanos de hecho, en obediencia a la característica de tesis científica, visto que el presente se destina a la obtención del título de doctor.

Finalmente, se propone estudiar la familia reconstituida a la luz del derecho civil comparado, particularmente a través del prisma de las legislaciones alemana, argentina y brasileña.

SUMÁRIO

RESUMO.....	09
ABSTRACT	10
RESUMEN	11
PREFÁCIO	14
CAPÍTULO 1	20
A EVOLUÇÃO DA ORGANIZAÇÃO FAMILIAR PELO VÍNCULO DO PARENTESCO	
1.1 A evolução da organização familiar até o modelo romano	
1.2 O parentesco como elemento formador da família	
1.2.1 No direito antigo	
1.2.2 No direito romano	
1.2.3 No direito anterior ao Código Civil de 1916	
1.2.3.1 Do direito canônico	
1.2.3.2 Do direito parental nas Ordenações	
1.2.3.3 Do parentesco no Código de Napoleão	
1.2.4 Do histórico do direito parental no Código Civil de 1916	
CAPÍTULO 2	46
DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL E A NOVA FAMÍLIA, ADVINDA PELO VÍNCULO DO AFETO ATÉ A FAMÍLIA RECOMPOSTA	
2.1 Da organização familiar no novo Código Civil	
2.2 Da família pelo afeto	
2.3 Da família monoparental	
2.3.1 Da família monoparental e outros modelos de família	
2.3.2 A configuração do afeto para a ampliação do rol familiar constitucional: uma questão de hermenêutica	
2.3.3 Hipóteses para interpretação do rol familiar para além da possibilidade constitucional	
CAPÍTULO 3	97
DA FAMÍLIA RECOMPOSTA	
3.1 Denominações e os casos possíveis de ocorrência no âmbito da família recomposta	

3.2 Do direito comparado

3.2.1 Da família recomposta

3.2.2 Da Alemanha

3.2.3 Da Argentina

3.2.4 Do Brasil

CAPÍTULO 4 131
DO PARENTESCO: PELO SANGUE, PELA LEI, PELO AFETO

4.1 Conceitos e espécies

4.1.1 Parentesco consanguíneo em linha reta e colateral

4.1.2 Da contagem dos graus de parentesco

4.1.3 Do parentesco por afinidade

4.1.4 Do parentesco civil

4.1.4.1 Da filiação afetiva

4.1.4.2 Da posse de estado de filho: elementos caracterizadores

CAPÍTULO 5 160
DA PARENTALIDADE AFETIVA NA FAMÍLIA RECOMPOSTA

5.1 Dos princípios e direitos fundamentais do parentesco

5.2 Das relações de parentesco na família recomposta e a extensão da previsão do parentesco por afinidade

5.3 Respostas aos questionamentos

CONCLUSÃO 190

BIBLIOGRAFIA 205

PREFÁCIO

“No sentido amplíssimo o termo ‘*família*’ abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consangüinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos, como no caso do art. 1.412, § 2º, do Código Civil, em que as necessidades da família do usuário compreendem também as das pessoas de seu serviço doméstico.”¹

A família, principalmente no último século, vem sofrendo alterações no ocidente. O declínio do patriarcalismo abriu a possibilidade da família valorar seus membros individualmente, por eles mesmos, de conhecê-los, analisá-los e assim entender o conjunto, o todo.

Tinha que ser mais do que o agrupamento de pessoas ligadas pelo sangue e subordinadas a uma autoridade suprema. Enquanto célula *mater* da sociedade, a família devia trazer em si o próprio embrião.

A Revolução Industrial, a Revolução Francesa e o movimento feminista derrubaram ou ao menos atenuaram o modelo romano, arrefecendo o patriarcalismo.

Nesta pesquisa pretende-se provar que, inicialmente, estas mudanças fizeram crer que a instituição familiar estava em seu fim, mas o

¹DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 5º vol.: direito de família, 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9/10.

que se deu e se dá, e continuará ocorrendo, é uma adaptação aos anseios sociais, força que dá vida e durabilidade a si mesma.

A nova família contemporânea é mutante e múltipla. Nenhuma outra ciência pode dizer ao direito como legislar, para tutelar ou mesmo protegê-la, pois o que se tem hoje não é uma única família, mas várias.

No Brasil, seguindo uma tendência mundial, a Constituição Federal de 1988 assumiu novos paradigmas no que diz respeito à instituição familiar. Além da família matrimonializada passou-se a admitir outras formas, entre elas a entidade formada pela união estável e a família monoparental.

A realidade social se sobrepôs ao direito, e o rol constitucional, incapaz de conter as famílias em si mesmo, passou a ser interpretado como indicativo, e a pluralidade familiar surgiu para resolver impasses antigos.

Heloísa Szymansk² cita nove tipos de composição familiar: 1) família nuclear, incluindo duas gerações, com filhos biológicos; 2) famílias extensas, incluindo três ou quatro gerações; 3) famílias adotivas temporárias; 4) famílias adotivas, que podem ser birraciais ou multiculturais; 5) casais; 6) famílias monoparentais, chefiadas por pai ou mãe; 7) casais homossexuais, com ou sem crianças; 8) famílias reconstituídas depois do divórcio; 9) várias pessoas vivendo juntas, sem laços legais, mas com forte compromisso mútuo.

Ainda pode-se mencionar a família unipessoal, a família anaparental e outras, além do fenômeno mutante, que permite que um determinado modelo se transforme em outro.

²SZYMANSKI, Heloísa. Viver em família como experiência de cuidado mútuo: desafios de um mundo em mudança. In: *Revista de serviço social e sociedade*. São Paulo: Cortez, ano XXIII, n° 71, 2002, p. 10.

No Brasil, João Baptista Villela³ e depois Luiz Edson Fachin⁴ semearam a idéia, partindo da parentalidade civil posta pela lei, de que a parentalidade se acha desvinculada da consangüinidade.

O fato de a psicanálise ter introduzido no direito a subjetividade do afeto, mudaram-se os rumos do direito de família, e aí estão as variáveis que se pretendem provar, influenciando na adaptação dessa instituição. A psicanálise descobriu o inconsciente e revelou o “sujeito de desejo”, revalidando o amor e o afeto, fazendo com que o direito de família lhe atribuisse um valor jurídico.

Dentro deste processo de adaptação pelo qual passa a família, percebe-se que não há uma desordem e sim um reajustamento de si mesma. Ela sofre impactos morais, políticos e econômicos, mas a moral se altera apenas com o decorrer do tempo.

Verifica-se que a família deixou de ser uma instituição jurídica para se transformar em instrumento da formação da personalidade de seus membros, em busca de sua dignidade, postando-se como uma instituição solidária⁵.

Parte-se da posição de que dentre essas várias formas, uma que se apresenta é a família recomposta ou reconstituída, tornando-se imprescindível o entendimento do que ela seja, e das dificuldades de sua organização.

Como o casamento não é mais indissolúvel, e nem é a forma exclusiva de constituição familiar, propicia-se a busca pelo amor eterno, e recasar é cada vez mais comum, obedecendo à finalidade do divórcio.

³VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. In: *Separata da Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, ano 27, nº 21, maio de 1979.

⁴FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

⁵Art. 3º, I da CF: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade, livre, justa e solidária.

Se os recasados possuírem filhos, estes terão que aprender a dividir quartos com meio-irmãos, ou nada-irmãos, e, muitas vezes, o amor escasso dos meio-pais e mães.

Entendendo-se esta especificidade, deve esta entidade familiar ser estudada sob parâmetros próprios, já que sua estrutura não é objeto de regulação pelo direito. Uma vez que esta família recomposta une duas ou mais famílias com características e modos de relação diferentes, em que circulam e convivem crianças e adolescentes de distintos casamentos e convivências, promovem-se múltiplos vínculos e nexos, tendo que aliar presente e passado em harmonia.

Sendo certa uma tendência reducionista de casamentos, e o crescimento na taxa de rompimentos afetivos formando um sem-número de famílias monoparentais que podem se recompor através deste novo reconhecimento institucional, as famílias recompostas se multiplicam, o que justifica a avaliação de sua estrutura, funcionamento e normas que regulam as relações interpessoais de seus integrantes, não cabendo ao direito ignorar sua existência em nossa sociedade.

Segundo uma pesquisa do Departamento de Psicologia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS)⁶, feita com adolescentes de famílias de “recasados”, detectou-se que, após quatro anos, eles passam a considerar como família as pessoas com quem viviam sob o mesmo teto – seus meio-irmãos, padrastos e madrastas –, demandando esta relação maior habilidade de convivência, capacidade de negociar e de ceder espaço, o que não era tão necessário na organização familiar clássica.

⁶WAGNER, Adriana. A nova família. In, *Revista Época* de 29 de dezembro de 2003. São Paulo: Editora Globo, p. 84.

Pretende-se analisar a evolução da família até o formato de família recomposta ou reconstituída, aquelas em que se encontram o marido da mãe, o irmão por parte de mãe, os filhos da mulher do pai, num verdadeiro mosaico. Ambiciona-se estudar uma provável organização que venha estabelecer relações de parentesco entre os irmãos de criação – formato tão comum no Brasil.

A organização familiar na família recomposta propicia o surgimento de afetividade entre aqueles que, em regra, pela concepção tradicional do parentesco, nenhum vínculo jurídico teria um com o outro.

A pretensa análise tem necessariamente que passar pelo estudo das relações de parentesco, que possam surgir no seio de uma família recomposta. O parentesco consanguíneo, civil e por afinidade, até a disposição do artigo 1.595 do Código Civil e a distinção entre parentesco e afinidade, se é que existe.

A abordagem será feita a partir da paternidade socioafetiva que o cônjuge ou companheiro vem a desempenhar em relação a o filho anterior do outro, quando inexistir paternidade juridicamente já atribuída e principalmente pelo esvaziamento da paternidade legal ou biológica, em caso de orfandade do filho afim, onde, por uma parentalidade psicológica, social e afetiva, poderia esta paternidade ser plenamente exercida pelos pais afins⁷. A pesquisa buscará a proposição *de lege ferenda*, para que o reconhecimento institucional jurídico da família recomposta leve ao estabelecimento de parentalidade entre irmãos de fato, em obediência à característica da tese científica, uma vez que o presente se presta à obtenção do título de doutor.

⁷ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade, In: *Separata da Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, ano 27, n°. 21, maio de 1979.

Propõe-se ainda o estudo da estrutura da família recomposta à luz do direito civil comparado, principalmente sob o prisma das legislações alemã, argentina e brasileira.

Poços de Caldas, ____ de agosto de 2007.

Renato Maia

CAPÍTULO 1

A EVOLUÇÃO DA ORGANIZAÇÃO FAMILIAR PELO VÍNCULO DO PARENTESCO

1.1 A evolução da organização familiar até o modelo romano

Por ser de natureza gregária, o homem, desde tempos imemoriais, busca aproximar-se de seus semelhantes para satisfação de suas necessidades orgânicas, afetivas, sociais ou patrimoniais, criando um grupo a seu redor, composto por vínculos de relacionamento, de amizade, de negócio e de aprendizado, sendo hoje estendido ao vínculo de afeto⁸.

É indiscutível que a família não se consubstancia numa instituição imutável, ao contrário, se amolda às variações sociais, refletindo-as. E assim se deu em todo o decorrer da história da humanidade até a era moderna em seu novo perfil.

Portanto, dentro do ciclo histórico, o conceito de família já foi bem mais amplo, como na família romana. Do que se tem hoje em dia e, no girar da roda, pode voltar a ampliar-se, só que tendo outros fundamentos e motivações que os de outrora.

Como preceitua Caio Mário da Silva Pereira⁹, quem rastreia a origem da família em investigação sociológica encontra várias referências a estágios primitivos sem, contudo, fundamentá-las em comprovação fática. Baseando-se em monumentos históricos ou observando os chamados ‘primitivos atuais (as tribos indígenas da América, os grupos polinésios ou africanos, os agrupamentos étnicos que no século XIX e ainda no XX

⁸BITTAR, Carlos Alberto. BITTAR (coord.). *O direito de família e a constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 60.

⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 1997, p. 16.

cultivam padrão de vida rudimentar ou quase selvagem)’, cita autores como Mac Lennan, Morgan, Spencer, Engels, D’Aguano, Westermarck, Gabriel Tarde, Bachofen, que têm tentado reconstituir o organismo familiar em sua origem.

Pontes de Miranda¹⁰ igualmente alertou para o fato de que a questão gira ao redor da organização primitiva, que foi objeto de minuciosa e contraditória literatura. E foi mais além, quando afirmou que se trata de problema semelhante ao da “origem dos mundos, das civilizações e do próprio homem” e que, para se chegar a essa origem primeira, é difícil evitar a influência da “procedência divina”.

Na tentativa de perquirir mais a fundo, Antônio Carlos Malheiros¹¹ foi buscar amparo no trabalho elaborado por Friederich Engels intitulado “A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado”¹², baseado nas investigações de L. H. Morgan.

Morgan, citado por Engels, e por sua vez levantado por Antônio Carlos Malheiros, ao relatar o modo de vida dos iroqueses – povos que habitavam o Estado de Nova York, no século XIX –, concluiu que a sua evolução teria sido comum a todos os povos. Portanto, dado a esta semelhança poder-se-ia analisar a evolução dos povos antigos (como gregos e romanos), baseando em suas observações.

De acordo com a análise de Engels, em momento algum nesta trajetória a família foi livre, sempre se atendo a diversas regras. Inicialmente por imposições sociais e depois por obrigações com a lei do Estado e com a moral religiosa. A família sempre teve que se adaptar e só

¹⁰MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito de família*. Atualizado por ALVES, Vilson Rodrigues. Campinas: Bookseller, 2001, p. 62.

¹¹MALHEIROS, Antônio Carlos. *A “timidez” do legislador constitucional na definição de família e a necessidade de nova interpretação*. Dissertação de mestrado apresentado à PUC-SP, sob a orientação do professor doutor Luiz Antônio Rizzatto Nunes, em 2002. p. 22

¹²ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. 3. ed., tradução de Leandro Konder, cap. II. Civilização Brasileira. pp. 28, 40 e seg.

por isso, como insinuado por Pontes de Miranda¹³ “não é de crer-se que a família desapareça”, pois começou com a descendência, antes do homem, já tendo os animais formas de famílias.

E hoje não é diferente, como se pretende provar. A família precisa continuar se adaptando para permanecer, e essa adaptação, para o que busca este trabalho, perpassa pela ampliação do conceito de parentalidade, reconhecendo-se modelos outros de parentesco nos novos tipos de família.

Segundo o estudo de Engels e pela idéia de Pontes de Miranda, a família sustentava-se sob o regime da consangüinidade – sistema parental, tanto entre os povos ocidentais como orientais, o qual somente foi descoberto por análise, pela evolução no tempo dos grupos de parentesco havaiano e polinésio, pois nunca se teve prova segura sobre ele.

No regime da consangüinidade, os grupos conjugais classificavam-se por gerações, prevendo a organização das famílias, conforme a união livre entre os colaterais próximos ou gentílicos, como apresentado por Antônio Carlos Malheiros, formando um agregado de pessoas em que havia a figura do pai, da mãe, do filho e filha, dos irmãos e irmãs, sem distinção entre filhos do mesmo pai ou da mesma mãe, onde cada um tinha uma função imposta pela ordem social vigente.

No clã, segundo Pontes de Miranda¹⁴, as pessoas consideravam-se parentes uns dos outros, mas só se reconheciam porque tinham o mesmo tóteme – ser animado ou inanimado, quase sempre animal ou vegetal, do qual o grupo acreditava descender e constituía, para ele, emblema ou nome coletivo.

¹³MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito de família*. Atualizado por ALVES, Vilson - Rodrigues. Campinas: Bookseller, 2001, p. 48.

¹⁴MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito de família*. Atualizado por ALVES, Vilson Rodrigues. Campinas: Bookseller, 2001, p. 53.

Na família consangüínea predominava o matriarcalismo, por ser a mãe quem organizava a família e as relações sociais, uma vez que não se tinha a certeza de quem era o pai. Mas ainda não se falava em monogamia, o que dificultava a identificação do pai, fazendo com que todos os filhos pertencessem à mãe, dada a certeza de seu parentesco.

Este sistema não se mostrou importante pela dificuldade em identificar, além do pai, os entes longínquos, e admitia tanto a poligamia como a poliandria, ou seja, a união de um homem com muitas mulheres, e a união de uma mulher com muitos homens, em geral irmãos, primos, dado o fato de todos pertencerem a todos dentro de um mesmo grupo (família). Admitia-se o incesto entre irmãos, apesar de não se saber ao certo quem eram os irmãos de mesmo pai e mesma mãe.

Ainda Engels, mencionado por Antônio Carlos Malheiros¹⁵, enfatiza a importância da evolução desta primeira família, por se constituir em um agrupamento de pessoas, e em ter extirpado os relacionamentos entre pais e filhos – este sistema vigorou por anos, mantendo-se a organização da família estagnada enquanto ela própria prosperava.

Morgan, citado por Engels, por sua vez buscado por Antônio Carlos Malheiros¹⁶, afirmou que a família se mostrava ativa, enquanto o sistema de parentesco se apresentava passivo, imóvel por séculos, preso aos meios de produção e subsistência.

¹⁵MALHEIROS, Antônio Carlos. *A “timidez” do legislador constitucional na definição de família e a necessidade de nova interpretação*. Dissertação de mestrado apresentado à PUC-SP, sob a orientação do professor doutor Luiz Antônio Rizzatto Nunes, em 2002. p. 22.

¹⁶MALHEIROS, Antônio Carlos. *A “timidez” do legislador constitucional na definição de família e a necessidade de nova interpretação*. Dissertação de mestrado apresentado à PUC-SP, sob a orientação do professor doutor Luiz Antônio Rizzatto Nunes, em 2002. p. 22.

Ainda segundo Antônio Carlos Malheiros¹⁷, lembrando Engels, após a família consanguínea veio em estado merecido de evolução a família punaluana (termo que vem de *punalua* = companheiro íntimo)¹⁸, a qual, após a exclusão das relações sexuais na linha vertical, veio distanciar estas relações dos irmãos e parentes gentílicos. Essa evolução começou isoladamente em algumas famílias apenas e depois se disseminou até se tornar uma regra social. A proibição, para Antônio Carlos Malheiros¹⁹, iniciou-se provavelmente entre os irmãos uterinos, dada à facilidade de constatação, abrangendo posteriormente os primos carnais, até atingir os vulgarmente chamados primos de segundo e terceiro graus.

Com a mencionada proibição, a organização social da família restabeleceu-se, chegando até os parentes com denominações de tios, tias, primos, primas, e as uniões passaram a ser proibidas no meio da mesma família. Apenas as uniões sexuais se davam entre agregados diversos de diferentes famílias, estendendo-se assim as redes de ligações entre um e outro grupo, e os novos nascidos eram incorporados à família da mãe, uma vez que ela não se relacionava sexualmente apenas com um homem de outra família, mas com vários.

A cessação de uniões entre descendentes de um mesmo tronco forçou os indivíduos a procurar outros grupos, geralmente os de uma mesma região – recrutando novos parceiros para a maternidade e

¹⁷MALHEIROS, Antônio Carlos. *A “timidez” do legislador constitucional na definição de família e a necessidade de nova interpretação*. Dissertação de mestrado apresentado à PUC-SP, sob a orientação do professor doutor Luiz Antônio Rizzatto Nunes, em 2002. p. 22.

¹⁸GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusiva o novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 34.

¹⁹MALHEIROS, Antônio Carlos. *A “timidez” do legislador constitucional na definição de família e a necessidade de nova interpretação*. Dissertação de mestrado apresentado à PUC-SP, sob a orientação do professor doutor Luiz Antônio Rizzatto Nunes, em 2002. p. 22.

paternidade, os quais se mostravam receptivos por estarem em “estágios evolutivos parecidos”.

Com a fixação do fator geográfico espacial, deu-se a evolução interna do clã e, por esta, seu fim. Registra Pontes de Miranda²⁰ que o clã só acabou quando a intervenção territorial foi definitiva, com a aparição do fato social de transmissão masculina do tóteme.

Essa interação de grupos se dava através da adoção de um membro de outro grupo, aumentando a diversidade da família e das possibilidades de paternidade ou maternidade. A troca entre grupos diversos, ou seja, o fato de um determinado grupo adotar membro de outro grupo e vice-versa, fez com que surgisse a fátia, grupo de famílias, como apresenta Antônio Carlos Malheiros²¹, de tribos que posteriormente consolidariam um povo.

Na fátia, divide-se o clã em certo número de clãs. Pontes de Miranda²² elucida que a solidariedade e o sentimento de origem comum se mantêm nesses grupos. Com a ampliação também se ampliou a lei da exogamia. No clã, por ser este totêmico e, portanto exógamo, não se permitia o contato com a mulher do mesmo tóteme, e permitiam-se as relações sexuais com a fêmea não-ilícita, isto é, a mulher cujo sangue não é o do clã a que pertence o homem, mas o de outro círculo social, cujo tóteme não era sagrado para ele.

²⁰MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito de família*. Atualizado por ALVES, Vilson Rodrigues. Campinas: Bookseller, 2001, p. 53.

²¹MALHEIROS, Antônio Carlos. *A “timidez” do legislador constitucional na definição de família e a necessidade de nova interpretação*. Dissertação de mestrado apresentado à PUC-SP, sob a orientação do professor doutor Luiz Antônio Rizzatto Nunes, em 2002. p. 28 - e na continuação da explicação, lança como exemplo, citação da Bíblia que, em passagens, aufere às doze tribos de Jerusalém o título de “povo de Deus”. Estas mesmas doze tribos eram formadas por comunidades locais (fátias) e comunidades que eram formadas por grupos familiares (clãs).

²²MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito de família*. Atualizado por ALVES, Vilson Rodrigues. Campinas: Bookseller, 2001, p. 53.

Nesta fase buscava-se a formação dos grupos, a descendência pelo ramo materno (única considerada como certa), construindo -se grandes grupos, vários parentes ligados pelo vínculo maternal, que, segundo Antônio Carlos Malheiros²³, vieram edificar as primeiras *gens*, as primeiras famílias gregas, que se desenvolveram no sistema da família punaluana. Essas pequenas unidades dispostas em comunidades definiram a afinidade dos povos que surgiriam, p. ex. como os gregos e romanos.

No que tange ao cruzamento entre grupos distintos, por vezes diferentes grupos firmavam pactos em que os membros masculinos de um grupo deveriam se unir a membros femininos de outro e, assim, grupos de parentesco de determinada região acabavam por se aproximar demais entre si, dadas as várias uniões, ocasionando dificuldades em se encontrar parceiros(as) – principalmente naqueles em que não havia o pacto –, o que levava à prática de raptos, em que jovens mulheres eram roubadas e possuídas por todos os raptos, ficando com o idealizador.²⁴

Depois do período da família punaluana, em que as uniões se davam por grupos de famílias, alguns membros de um grupo acabavam por se unir estavelmente com um membro do outro, numa feição embrionária da família moderna.

No início, a estabilidade se mostrava incipiente, posto que o homem se unia a uma mulher (esposa) e a várias outras, exercendo a mulher o mesmo direito. Com o passar do tempo, dispõe Antônio Carlos

²³MALHEIROS, Antônio Carlos. *A “timidez” do legislador constitucional na definição de família e a necessidade de nova interpretação*. Dissertação de mestrado apresentado à PUC-SP, sob a orientação do professor doutor Luiz Antônio Rizzatto Nunes, em 2002. p. 28.

²⁴ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Apud MALHEIROS, Antônio Carlos. *A “timidez” do legislador constitucional na definição de família e a necessidade de nova interpretação*. Dissertação de mestrado apresentado à PUC-SP, sob a orientação do professor doutor Luiz Antônio Rizzatto Nunes, em 2002. p. 29.

Malheiros²⁵, essa estabilidade foi se acirrando à medida que a descendência pedia uma certeza crível.

A união a que se refere podia dar-se com um novo membro de outro grupo familiar, ou por adoção e até mesmo pelo rapto. Os novos membros assumiam uma função dentro do grupo (família) e passavam a desempenhar sua cidadania dentro do clã, fátia ou tribo, ainda que por tempo indeterminado.

A necessidade de se aferir com clareza a origem da prole passa a exigir da mulher uma restrição às relações alheias à do parceiro principal – o par andrógino –, como destacado por Pontes de Miranda²⁶, se delimita, mas sem fidelidade, e força da união. Essa união se regia com uma minguada fidelidade por tempo indeterminado, mantendo-se cada qual preso ainda à sua família (grupo) de origem. Apenas os filhos nascidos eram da mulher, e a ela se vinculavam, pela vigência do direito materno. E ainda pelo direito matriarcal era muitas vezes a mulher quem tratava sobre a união, firmando acordos com chefes de outras famílias.

A característica maior deste tipo de formação familiar, denominado, segundo Engels²⁷, de família sindiática ou sindiásmica, como posto por Semy Glanz²⁸, era a despreensão em estabilidade duradoura, e foi exatamente aí que se tornou imperativo uma evolução, para que as famílias tivessem uma estabilidade maior, cons tituindo-se numa união mais

²⁵MALHEIROS, Antônio Carlos. *A “timidez” do legislador constitucional na definição de família e a necessidade de nova interpretação*. Dissertação de mestrado apresentado à PUC-SP, sob a orientação do professor doutor Luiz Antônio Rizzatto Nunes, em 2002. p. 30.

²⁶MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito de família*. Atualizado por ALVES, Vilson Rodrigues. Campinas: Bookseller, 2001, p. 53.

²⁷ENGELS, Friederich. A origem da família, da propriedade privada e do estado. *Apud* MALHEIROS, Antônio Carlos. *A “timidez” do legislador constitucional na definição de família e a necessidade de nova interpretação*. Dissertação de mestrado Rizzatto Nunes, em 2002. p. 33.

²⁸GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusiva o novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 5.

forte. Esse passo seguinte dentro da evolução da organização familiar, preparado pela família sindiática ou sindiásmica – pelas mãos da mulher –, vem propiciar a instalação da monogamia.

O acúmulo de riquezas introduzido na sociedade fez com que o homem se tornasse responsável pelos recursos, inserindo-se o início da predominância do homem nas relações sociais. Como era ele quem se responsabilizava pelos recursos ou riquezas acumuladas, aos poucos a chefia do grupo (família) se deslocava para si. Nesta época, p.ex., como assevera Antônio Carlos Malheiros²⁹, como o pai e a mãe vinham de unidades familiares distintas, e mesmo unindo-se um com o outro, não se desligavam de suas famílias de origem ou *gens*, e os seus membros só podiam herdar dos parentes gentílicos falecidos. Os filhos herdavam das mães, mas os herdeiros do pai eram os irmãos, pois os recursos captados não podiam sair da *gens*. O homem via-se sem estímulo para angariar riquezas, uma vez que não poderia deixá-las para sua prole, e empreende o que seria a corrente do patriarcalismo, recebendo o poder familiar pela via econômica, podendo, portanto, exigir da mulher a fidelidade plena, a fim de ter sua prole totalmente assegurada. Tem-se, aí, a família monogâmica.

A diferença entre a família sindiática e a monogâmica é que, nesta, a fidelidade é total, e a união bem mais forte. Entre as várias modificações, a principal, advinda da incidência do patriarcalismo na organização familiar, foi que os filhos passaram a *gens* do pai e nunca mais pertenceram à da mãe, passando a família a viver em função da filiação masculina e do direito hereditário paternal.

²⁹MALHEIROS, Antônio Carlos. A “timidez” do legislador constitucional na definição de família e a necessidade de nova interpretação. Dissertação de mestrado apresentado à PUC-SP, sob a orientação do professor doutor Luiz Antônio Rizzatto Nunes, em 2002. p. 35.

Dentre as teorias apresentadas por Pontes de Miranda³⁰ em relação à origem da família, a primeira apresentada é a teoria da monogamia originária. Empreendida por muitos zoólogos e etnólogos, entre eles Charles Darwin, mesmo que, como demonstrado, de originária não tivesse nada.

Ao se considerar a idéia exclusivista do ser humano e até mesmo de algumas espécies irracionais e a própria teoria do desenvolvimento das espécies, tem mais sentido aceitar -se como originária a idéia da família monogâmica, segundo Caio Mário da Silva Pereira³¹, defendida por Ziegler, Starck, Darwin, Westermarck, e outros.

Nos citados autores, também não faltam referências de que a família tenha passado pela organização matriarcal, em que preponderava a influência materna, sendo desconhecidos os pais. Há a hipótese de que, em algum período e agrupamento, a ausência temporária dos homens nos serviços da guerra ou da caça tenha subordinado os filhos à autoridade materna, ou mesmo, pode-se supor que a certeza da maternidade foi elevada à condição determinante das relações familiares, desprezando -se as nascidas do vínculo do pai, dada a sua incerteza.

Por isso preceitua Pontes de Miranda³², quanto às relações de dependência entre os membros do grupo familiar, distinguem -se as formas de família em matriarcado, patriarcado e o tipo atual mais ou menos igualitário. O matriarcado é tido como o regime primitivo, dos tempos em que não existiam famílias, e sim rebanhos ou hordas.

³⁰MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito de família*. Atualizado por ALVES, Vilson Rodrigues. Campinas: Bookseller, 2001, p. 62.

³¹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 16.

³²MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito de família*. Atualizado por ALVES, Vilson Rodrigues. Campinas: Bookseller, 2001, p. 67.

Continua Caio Mário da Silva Pereira³³ dispondo que seria o matriarcado o estado intermediário entre a *anomia* (ausência de regras) e o patriarcado. É dado sociológico que a mulher, na história, quando de la depende a fixação das formas, prefere a monogamia, exatamente o que é mais propício à procriação, à criação dos filhos e à segurança da família num sentido estrito de par andrógino + filhos. A poliginia, mais freqüente nos momentos em que o poder econômico ou de capitalismo se fixa nas mãos do varão, é subversiva da ordem social, pois, ao impor a desigualdade dos sexos, escraviza a mulher e desenvolve nos homens a perversão sexual.

Assim, pode-se concluir que, anteriormente ao matriarcado, o que havia era a promiscuidade, já que a preponderância da mulher no terreno econômico-profissional leva à monogamia, e é difícil aceitar-se que o matriarcado tenha advindo da promiscuidade.

É certo, com base nas demonstrações históricas, monumentos literários, fragmentos jurídicos, que a família ocidental viveu grande período sob a forma patriarcal, como consta na Bíblia e como se tem registro das civilizações mediterrâneas, estabelecendo-se como uma organização política. O modelo patriarcal encontra-se fixado no tempo pelas regras estabelecidas pela civilização romana.

Só se pode pensar no patriarcado e no matriarcado considerando-se a forma de família nas origens como sendo a monogamia. Segundo Pontes de Miranda³⁴, tudo depende das variáveis históricas e econômicas do grupo social. Seria demasiado simplista a afirmativa de que os povos monogâmicos fossem patriarcais. O que se sabe é que a predominância da mulher leva à monogamia, ainda quando não estabeleça o matriarcado.

³³PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 16.

³⁴MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família. Tratado de direito de família*. Atualizado por ALVES, Vilson Rodrigues. Campinas: Bookseller, 2001, p. 1.

A família romana é retratada como padrão no tipo institucional deste organismo no ocidente. Em Roma, a família era organizada sob a égide da religião e da autoridade do *paterfamilias*, e abrangia quantos a ela estavam submetidos.

O *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava o culto aos deuses domésticos e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte, podendo impor-lhes penas corporais, vendê-los e até tirar-lhes a vida. A mulher vivia totalmente subordinada à autoridade marital, nunca respondendo por si, já que passava da condição de filha para a de esposa, nunca tendo direitos próprios.

Somente o *pater* adquiria bens, exercendo o poder sobre o patrimônio familiar (*domenica potestas*) ao lado e, como consequência, do poder sobre a pessoa dos filhos (*patria potestas*), e sobre a mulher (*manus*).

A partir do século IV, com o imperador Constantino, instala-se no Direito Romano a concepção cristã de família, na qual as preocupações de ordem moral predominam.

A influência do cristianismo minimizou a autoridade suprema do *paterfamilias*, instituindo a concepção de igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges.³⁵ No campo patrimonial percebe-se a influência da Igreja sobre o regime de comunhão de bens entre os esposos, em detrimento da idéia da independência econômica, até então em vigor. Além disso, as necessidades militares estimularam a criação de patrimônio independente para os filhos, constituídos pelos bens adquiridos como soldado, pelo exercício de atividades intelectuais, artísticas ou funcionais, e por aqueles que advinham por forma diversa destes.

³⁵LIRA, Ricardo Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar Ltda., 1997, p. 27.

A imposição do direito da cidade, com maior força, sobrepôs-se ao doméstico, e sacrificou ainda mais a autoridade do *paterfamilias*. Mas em todo tempo a família romana foi autocrática.

Nota-se, pela análise firmada, que o conceito e a amplitude deste conceito de família mudaram. Com o passar do tempo, ela se modificou, passando de um grupo maior subjugado a um mesmo tóteme, ou de um agregado de pessoas, ou ainda de várias pessoas submetidas à mesma autoridade paterna (a família romana), ao modelo moderno de família nuclear. Mas quem pode garantir que sua subsistência não esteja na possibilidade de se adaptar, voltando a aceitar um conceito amplo, com a extensão da noção de parentalidade?

1.2 O parentesco como elemento formador da família

1.2.1 No direito antigo

Antes de se adentrar na análise da organização familiar pelo parentesco, entende-se cabível enaltecer a importância do parentesco na constituição da família.

Em que pesem os seus conceitos antigos, como p.ex. o trazido pela própria etimologia do vocábulo “família”, o qual, originário do latim *familia*, também se originou de uma palavra da língua dos oscos, povo do norte da península da Itália, *famel*, que significa escravo³⁶, não se adequando, portanto, a ser aplicado sequer aos cônjuges e aos seus filhos, mas somente aos escravos. Ou outro que diz ter o vocábulo raiz no sânscrito – *dha* –, que designa uma comunhão de casas³⁷. Em conceitos

³⁶GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusiva o novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 17.

³⁷PADELLETTI-COGLIOLO. *Storia del diritto romano*. p. 163,a, *apud* Clóvis Beviláqua – *Direito de família*. 8. ed., Freitas Bastos, 1916, p. 16, *apud* Semy Glanz *op. cit.* p. 5

leigos compreende-se família como grupo de pessoas aparentadas, que vivem, em geral, na mesma casa, pessoas do mesmo sangue, ascendência, linhagem, estirpe³⁸.

Segundo ensina Eduardo Espínola: “em acepção ampla, família compreende as pessoas unidas pelo casamento, as provenientes dessa união, as que descendem de um tronco ancestral comum e as vinculadas por adoção”³⁹.

É de grande relevância salientar que, na evolução histórica e em toda matéria relativa ao direito parental, se torna impossível não falar do direito de família como um todo, já que o direito parental, conjuntamente com o direito matrimonial e assistencial, compõe o mesmo.

Pelas teorias sobre a origem da família, e conseqüentemente a origem do parentesco, há aquelas já analisadas no tópico anterior e destacadas por Pontes de Miranda⁴⁰ como sendo: a Teoria da Monogamia Originária; a da Promiscuidade Primitiva; a das Uniões Transitórias; e a Teoria da Ordem Totêmica.

Deve-se salientar que, nesses tempos, não existia o direito normatizado. Essas organizações eram puramente culturais e morais, porém, estas teorias influenciaram de algum modo a família do direito romano e conseqüentemente as relações de parentesco.

Como posto, seja pela teoria da monogamia originária, em que a relação de parentesco advém da relação instintiva que une o homem à mulher e a seus filhos; seja pela teoria da promiscuidade, em que o parentesco enfrentava dificuldade para ser estabelecido, uma vez que,

³⁸ *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2.ed., 30ª impressão, 1986, p. 755, última coluna.

³⁹ ESPÍNOLA, Eduardo. A família no direito civil brasileiro. *Apud* GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de família: princípio da dignidade da pessoa humana*. [s. ed.], São Paulo: Leme: Editora de Direito, 2003. p. 51.

⁴⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*. Atualizado por ALVES, Vilson Rodrigues. Campinas: Bookseller. 2001, p. 1.

dadas às relações promíscuas perpetradas em nome da sobrevivência, ficava difícil a fixação de relações parentais entre as pessoas de um mesmo grupo, pois não se firmava a paternidade pela sua incerteza. Havia apenas como garantia de relação parental a maternidade, já que a maternidade era certa, mas ao mesmo tempo nada obstava serem considerados parentes todos os membros de cada tribo, dependentes ou subordinados a um chefe, em situação análoga à *patria potestas* do direito romano.

Seja ainda, pela teoria das uniões transitórias, na qual homem e mulher permaneciam juntos após o nascimento do filho, ou pela teoria totêmica, em que um grupo de pessoas era aparentado entre si, não pelo sangue ou pela afinidade como hoje se conhece, mas sim pela relação a um mesmo totem – no qual o parentesco se firmava pela relação que certo grupo possuía com determinado elemento da natureza, a relação de parentesco vem se modificando ao longo da história.

É de extrema relevância dizer que todas estas teorias não foram totalmente comprovadas, principalmente pela falta de documentos escritos que relatassem tais relações sociais. Apesar de algumas sociedades antigas dominarem a escrita – esta não era culturalmente empregada para isso –, todas estas teorias não foram comprovadas.

O mais certo é dizer que, dependendo do momento histórico, da moral e costumes, bem como da religião, as organizações familiares e parentais se modificavam e se modificam.

1.2.2 No direito romano

No que tange ao direito de família dos romanos, as pessoas eram classificadas quanto ao seu estado de família (*status familiae*), sendo este dividido em duas classes bastante distintas.

As pessoas poderiam ser *sui juris* e *alieni juris*. As que pertenciam à primeira classe eram geralmente indivíduos que não estavam subordinados a qualquer poder familiar, tendo plena capacidade jurídica para praticar todos os atos da vida civil, sem depender de quem quer que fosse. Geralmente, indivíduos que não tinham nenhum ascendente do sexo masculino ou que haviam sido libertados do poder paterno pela emancipação, como dispõe Luiz Antonio Rolim⁴¹.

Os *alieni juris*, segundo o mesmo autor, eram os relativamente incapazes, os que estavam submetidos ao poder familiar, os que dependiam dos *paterfamilias*, tutores ou curadores para celebrar os atos da vida civil; como p.ex., os menores de idade e as mulheres. Não podiam contrair matrimônio sem o consentimento do *pater*, e os bens que adquirissem eram incorporados ao patrimônio do chefe da família.

Assim, essa classificação era feita de acordo com a relação de dependência entre as pessoas que compunham a família. À primeira classe pertenciam os detentores do *paterfamilias* e à segunda classe pertenciam, em regra, os escravos, a mulher e os filhos, bem como a mulher dos filhos e os netos, portanto todos aqueles que não possuíam liberdade plena.

Segundo preceitua Ebert Chamoun⁴², o vínculo de parentesco que prendia tanto os membros da família *iure proprio*, quanto os membros da família *iure communi* era a *agnatio*. A agnação não era um parentesco de sangue. Os *filiu familias* emancipados e as *filiae familias* que haviam saído da família em virtude da *conventio in manum* não eram agnados. Para ser agnado não era preciso ser parente de sangue, bastava submissão à soberania do mesmo *paterfamilias*, e persistia à morte do chefe. Na família

⁴¹ROLIM, Luiz Antônio. *Instituições de direito romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 157

⁴²CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 89.

romana o filho era estranho à família da mãe. Da própria mãe ele só era parente porque ela se achava sob o poder do pai.

Era o parentesco que não se fundamentava em laços de sangue, mas sim na sujeição da pessoa a um mesmo *paterfamilias*. Eram, pois, *agnatos* todos aqueles que, mesmo não descendendo diretamente uns dos outros, pertenciam a uma mesma família, sujeitos ao mesmo *paterfamilias*. Assim, os parentes por afinidade: na linha ascendente, o sogro e a sogra (*socer* e *socrus*), o padrasto (*vitricus*) e madrasta (*noverca*) e, na linha descendente, o genro (*gener*) e a nora (*nurus*), o enteado (*privignus*) e a enteada (*privigna*) e ainda, na linha colateral, o cunhado (*lecir*) e a cunhada (*glos*)”⁴³.

Pode-se concluir então que eram parentes por essa modalidade, os filhos legítimos ou adotados, os netos, a mulher dos filhos, se casados no modelo de casamento *cum manu*, a própria mulher na mesma condição anteriormente citada, entre outros.

A agnação, como já dito, não é definida pelo sangue, tanto que, dependendo do que regia o casamento dos pais, a mãe não era considerada parente de seus filhos e, em contrapartida a isso, os filhos adotados não eram excluídos desta relação de parentesco.

O parentesco de sangue (*cognatio*) existente entre pessoas que não deviam, necessariamente, ser agnadas uma da outra, não era o vínculo de conexão da família romana, vindo a sê-lo somente no Baixo Império. Esse vínculo era representado por uma relação de senhoria (agnação), que fazia do *paterfamilias* o senhor absoluto da família. Segundo Arnaldo Wald⁴⁴, a mulher casada com *manus* era cognada e não agnada do seu irmão.

⁴³ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 157.

⁴⁴WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 33.

Ao lado da família, existia a *gens* (figura equiparada ao *genos* grego), considerada por uns como uma subdivisão da cúria e por outros como um conjunto das famílias oriundas de um tronco comum que usavam o mesmo nome (*gentilicium*) e possuíam culto próprio (*sacra gentilicia*), ainda que não pudessem provar o parentesco existente entre elas. A *gens* criava entre os seus membros direitos sucessórios e exercia função política, tendo território próprio e o chefe na pessoa do *patergentis*. Foi na fase do Império de Justiniano que tal relação de parentesco se tornou dominante.

A adoção criava a cognção, como observa MAYNZ, e então se alude à cognção civil, *cognatio fingitur*.⁴⁵

Além destes modos de aquisição de parentesco os romanos também conheceram o parentesco colateral e direto, e o complexo, com seus diversos graus e afinidades.

No direito romano, a família se formava sob os pilares da família patriarcal, diante do princípio da autoridade, e englobava todas as pessoas que fossem dependentes da *patria potestas* do ascendente comum mais velho.

Para comprovar o exposto anteriormente deve-se remeter às Institutas do Imperador Justiniano que diziam:

“Sob nosso poder acham-se nossos filhos, que procriamos em justas núpcias. Parágrafo 1º – Núpcias, ou matrimônio, são a união do homem e da mulher, de acordo com um costume indivisível de vida; Parágrafo 2º – O direito do poder que temos sobre nossos filhos é próprio dos cidadãos romanos, porque não há outros homens que tenham sobre os filhos poder como nós temos; Parágrafo 3º – Portanto, aquele que nasceu de ti e de tua mulher fica sob seu poder. Do mesmo modo, aquele que nasceu de teu filho e da mulher dele, isto é, teu neto ou neta, e também, o bisneto e bisneta, e assim os demais. Aquele, porém, que nasceu de tua filha não está sob o teu poder, mas sob o poder de seu pai”⁴⁶.

⁴⁵SANTOS, J. M. de Carvalho (coord.). *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi. V. XXXVI, p. 50.

⁴⁶JUSTINIANO. Institutas do imperador Justiniano. *Apud* GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de família: princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Leme, Editora de Direito, 2003. p. 60.

Em regra, a *patria potestas* se extinguia com a morte, já que, enquanto o *paterfamilias* estava vivo, ainda existiam os laços de subordinação e dependência, independentemente da idade ou estado civil dos seus descendentes. Os tempos da Realeza e da República foram regidos pelo *Jus Civile*, que considerava como parentes para efeitos civis somente os *agnatos* os quais, devido a isso, passaram a ser detentores de direitos sucessórios.

A evolução da família romana deu-se no sentido de se restringir a autoridade do *paterfamilias*, atribuindo maior autonomia à mulher e aos filhos e, em consequência, substituindo-se o parentesco agnatício pelo cognatício.

No Império, desaparecem as *gens* e se concedem direitos sucessórios e alimentares aos cognatos. O Estado começa a limitar a autoridade do *pater*, admitindo-se recurso ao magistrado em caso de abuso de poder deste, e limitando-se os castigos impostos aos filhos de forma moderada (*modica castigatio*).

Igualmente, a situação da mulher avança libertando-se do poder supremo do *pater*. A mãe, em virtude de disposições de direito pretoriano, é autorizada a substituir o pai, ficando com a guarda dos filhos. Com o *Senatusconsultum Tertulianum*, passa ela a ter direitos sucessórios na herança do filho, tornando-se herdeira legal na ausência de descendentes e de irmãos consangüíneos do falecido. Por sua vez, o *Senatusconsultum Orfitianum* dá aos filhos direitos sucessórios em relação ao patrimônio de sua mãe.

O parentesco dominante passa a ter como fundamento a vinculação do sangue e, na sua evolução pós-romana, a família começa a receber a contribuição do direito germânico, aceitando, sobretudo, a espiritualidade cristã, reduzindo-se o grupo familiar aos pais e filhos e assumindo cunho sacramental. Substitui-se a organização autocrática por

uma organização democrática, permutando as relações de parentesco, o fundamento político da *agnatio*, pela vinculação biológica da consangüinidade (*cognatio*). E firma-se o conceito de família ora como o conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços da consangüinidade ou de parentesco civil; ora como o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; ora o marido e a mulher, descendentes e adotados; ora, finalmente, marido, mulher e parentes sucessíveis de um e de outro.

1.2.3 Do direito anterior ao Código de 1916

1.2.3.1 Do direito canônico

Com o surgimento do cristianismo, a Igreja começou a ditar as normas no que tange ao direito de família e conseqüentemente ao direito parental. Estas normas eram conhecidas como *cânones*, nome usado para diferenciá-las das normas jurídicas do Estado, que veio a compor o direito canônico.

Ele foi mais direcionado ao direito de família, principalmente no que tange ao matrimônio, exercendo enorme influência e importância na evolução do direito.

Sem que houvesse a distinção de graus entre o parentesco legítimo e o natural, o direito canônico adotou um sistema de graus oriundo do direito germânico, diferenciando-se assim do direito romano anteriormente analisado.

A contagem do parentesco na linha colateral também se diferenciou. Porém, o que realmente importava era a maior linha de parentesco, prevalecendo a que possuía um maior número de parentes quando ambas as linhas fossem desiguais.

Pode-se considerar que há uma mutabilidade nas linhas de parentesco que eram consideradas, ou seja, era possível que em alguma época certo indivíduo tivesse sua linha reta maior que a colateral e, por isso, seria considerada linha de parentesco a primeira, podendo esta, assim que se tornasse menor, ser desconsiderada.

A inovação de maior relevância no que tange ao direito parental dentro do direito canônico foi a criação do parentesco espiritual, que resultava do batismo. Padrinhos e afilhados eram considerados parentes, tanto que não poderiam contrair matrimônio.

O direito canônico este regeu quase toda a Idade Média e, como grande exemplo disso, pode-se citar que o casamento religioso foi o único reconhecido no decorrer do século X ao XV.

Durante este período da história do direito, a Igreja se considerou a única entidade competente para julgar todas as lides que tinham como objeto assuntos considerados de direito de família.

Segundo preleciona Ednês Maria Sormani Garcia, no final da Idade Média, especialmente após a Reforma, surge um grande problema que é o conflito entre os tribunais civis e religiosos a respeito de certos aspectos patrimoniais do direito de família, e também em relação aos seus efeitos pessoais⁴⁷.

É de grande relevância salientar que a influência do cristianismo na história do direito parental também se deu através do direito protestante.

⁴⁷GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de família: princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Leme, Editora de Direito, 2003. p. 66.

1.2.3.2 O direito parental nas Ordenações

A história do sistema jurídico brasileiro se inicia antes mesmo de 1500, quando tem início a história do Brasil. Na verdade, nosso sistema se inicia quando a Europa fazia a História. “Portanto, é sistema de direito escrito, codificado, onde a lei é fonte suprema do direito”⁴⁸.

O direito brasileiro passou por três fases históricas no que tange às Ordenações. Foram elas: a Época Colonial; a Época Imperial; e a Época Republicana.

A primeira fase (1500-1822) se caracterizou por ser regida totalmente por leis portuguesas. Claro que a aplicação destas leis não foi em sua integralidade, já que se está falando do descobrimento de outro território e da falta de condições sociais que possibilitassem tal aplicação. Foi transferida do governo português para o Brasil tão somente a organização jurídica, com a devida adaptação ao meio social.

Já o Império (1882-1889) é marcado como a fase da transição entre a aplicação do direito português no Brasil para o início das normatizações internas, ou seja, começa-se a criar leis internas.

É na República que desperta o sistema jurídico brasileiro com bastante desenvoltura.

No que tange ao direito parental e também ao direito de família neste período das Ordenações, ambos se fundamentavam no direito canônico, havendo poucas mudanças.

Para efeitos civis, na época das Ordenações do Reino, as relações de parentesco eram contadas até o décimo grau no que se refere à linha colateral ou transversal.

⁴⁸GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de família: princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Leme, Editora de Direito, 2003. p. 68.

1.2.3.3 Do direito parental no Código de Napoleão

O Código Civil francês, criado logo após a Revolução Francesa, conhecido como Código de Napoleão, é sem dúvida o começo da Ciência Jurídica moderna, totalmente sistematizada, e com a rigorosidade técnica-formal que ainda se vê hoje em dia.

Pelo que dispõe Reinaldo de Lima Lopes, o Código Civil francês, de 1804, marcou importante momento na evolução jurídica dos tempos modernos, porque representa a supremacia da lei sobre os costumes através de um sistema de disposições congruentemente articuladas⁴⁹.

Foi Napoleão Bonaparte que, através do código francês, hierarquizou as relações parentais em torno do chefe masculino da família, ou seja, aplicou ao direito francês o patriarcado, retirando do mundo jurídico qualquer outra forma de parentesco ou de relações familiares.

Quando os países latino-americanos se libertavam dos países colonizadores os mesmos ainda não possuíam capacidade intelectual geradora para criar suas próprias leis. Então, todos buscavam uma base, uma fonte, encontrando-a no *Code Napoléon*. Vê-se, então, que o direito francês é a maior influência na legislação civil latino-americana.

Como grande prova disso havia o Código Civil Brasileiro de 1916, que fora inteiramente baseado, em sua estrutura.

1.2.4 Breve histórico do direito parental no Código Civil de 1916

Como já dito anteriormente, o Código Civil brasileiro de 1916, promulgado através da Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916, foi baseado

⁴⁹LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias. *Apud* GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de família: princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Leme, Editora de Direito, 2003, p. 76.

e fundamentado pelos princípios que regiam a sociedade da época, sob influência cultural do Código de Napoleão.

Este código teve como grande característica ser individualista e fundamentalmente patriarcal. A conceituação e os elementos de todos os institutos que circundam o direito parental passaram a ser realizados pela lei.

Arnoldo Wald preleciona que o Código Civil brasileiro manteve num estado laico, uma técnica canonista e, numa sociedade evoluída do século XX, o privatismo doméstico e o patriarcalismo conservador do direito das Ordenações”⁵⁰.

O Código Civil brasileiro de 1916 veio tratar da filiação legítima bem como a situação dos filhos, as relações de parentesco e alimentos. Foram classificados os filhos em legítimos, ilegítimos e legitimados.

O já referido código veio também vedar o reconhecimento dos filhos adulterinos e ilegítimos.

Foi restringido ao 6º grau, o último grau de reconhecimento legal através do Decreto nº 1.907, de 26 de dezembro de 1939 no qual, ainda, foi estipulado o 2º grau no que tange à sucessão. Esta limitação foi influenciada por um caso específico conhecido como caso Deleuse, porém, através do Decreto nº 9.461, de 15 de julho de 1946, tal limite ficou estipulado ao 4º grau⁵¹.

É de extrema relevância salientar que, no decorrer da vigência do Código Civil brasileiro de 1916, houve algumas transformações no que se refere ao direito parental e demais ramos ligados a ele.

⁵⁰WALD, Arnoldo, *O novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 79.

⁵¹SANTOS, J. M. de Carvalho (coord.). *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi. V. XXXVI, p. 50.

As principais mudanças ideológicas, sociais e até mesmo jurídicas se deram devido às convenções internacionais que dispunham sobre os direitos das mulheres e dos filhos.

Foi em 1942 que houve a primeira previsão legal dentro do direito brasileiro sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos, através do Decreto Lei nº 4.737, de 24 de setembro do ano supramencionado.

Tal decreto foi ainda mais solidificado através da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, que permitia, além do reconhecimento, a investigação de paternidade dos filhos adulterinos.

Neste período histórico, até no Código Civil vigente nos dias atuais houve muitas mudanças. O instituto da adoção foi modificado, bem como a matéria que trata sobre os alimentos.

Contudo, a maior mudança foi dada pela lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, a qual estabeleceu que os filhos contraídos em casamentos nulos não-putativos eram legítimos, dando-lhes igualdade de direitos no que concerne à sucessão.

O que importa é que a família assume a forma do critério pelo qual se estabelecem as relações entre os cônjuges e, entre esses, os filhos, concernentes a laços parentais entre estes (pai-filhos, mãe-filhos ou pai e mãe/filhos), ou a laços sexuais entre aqueles. Pelo que se vê, segundo Pontes de Miranda⁵², a família e parentesco são categorias distintas, pois, o cônjuge pertence à família e não é parente do outro cônjuge, mesmo sendo parente afim dos parentes consangüíneos do outro cônjuge.

Parentesco, hoje, é a relação que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, que aproxima cada um dos cônjuges dos parentes do outro (afinidade), ou que se

⁵²MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*. Atualizado por ALVES, Vilson Rodrigues. Campinas: Bookseller, 2001, p. 2.

estabelece, por *fictio iuris*, entre o adotado e o adotante e muito mais, como se verá.

CAPÍTULO 2

DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL E A NOVA FAMÍLIA, ADVINDA PELO VÍNCULO DO AFETO, ATÉ A FAMÍLIA RECOMPOSTA

O “muito mais” mencionado no capítulo anterior se refere à mutação sofrida pela família ou pelo conceito de família em si, e suas inter-relações, inclusive as relações de parentesco, o que o presente trabalho almeja demonstrar.

Dentro desta mutação, no Brasil, como estabelece Rosana Fachin⁵³, o formato da família estabelecido no Código Civil de 1916 sofreu considerável evolução até chegar ao modelo plural da Constituição Federal. A família patriarcal, que nossa legislação civil tomava como modelo, entrou em crise, como dispõe Paulo Luiz Netto Lôbo⁵⁴ e, como a crise conduz sempre à perda dos fundamentos, a família atual está calcada num argumento que explica sua função atual, qual seja, a afetividade.

No sistema jurídico privado do Código Civil de 1916, o direito civil se ocupava das relações patrimoniais e, dada a evolução da sociedade^{55,56} e a necessária observância de outros valores acolhidos pela civilização contemporânea, a pessoa passou a prevalecer sobre o patrimônio, não deixando espaço para a previsão rasa entre a família

⁵³FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 123.

⁵⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: *O direito de família e a Constituição de 1988*. BITTAR, Carlos Alberto (coord.). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 54.

⁵⁵GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Das relações de parentesco. In: *Direito de família e o novo código civil*. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 82.

⁵⁶OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 227.

legítima, dona de seu patrimônio, e da paz doméstica, como valores absolutos, sem qualquer valor ético e humanista.

A família passa por uma evolução social, e até legislativa, para se tornar “formação social, lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes, de maneira que exprime uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes”⁵⁷.

A Carta Magna de 1988, ao repersonalizar a família, estabeleceu que, em oposição à despatrimonialização da mesma, segundo Pietro Perlingieri, em atendimento a uma tendência normativo-cultural, passasse à opção entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma). Com isto não se busca o banimento do momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, mas sim a busca de um aspecto idôneo na exigência de tutela do homem, não a humilhar a aspiração econômica, mas pelo menos atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa⁵⁸ e, valorizando a pessoa humana, adotou como princípio maior o da dignidade, predominando este sobre os temas patrimoniais.

Diante do texto constitucional, foi e é inevitável, como assevera Gustavo Tepedino⁵⁹, reconhecer que o direito civil se constitucionalizou, devendo-se deslocar para a Constituição a referência do direito em questão, antes localizada no Código Civil. O Código Civil passou a ter que ser lido pelo prisma constitucional, sob a ótica de que os

⁵⁷PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 178.

⁵⁸PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 33

⁵⁹TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*, apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; Das relações de parentesco. In: *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 84

princípios constitucionais, segundo Perlingieri⁶⁰, são princípios de relevância geral e de direito substancial, e não meramente interpretativos. Assim, qualquer norma – e, segundo, ainda Perlingieri já citado, os princípios também são normas – de direito civil, e ainda mais de direito de família, exige fundamentação constitucional.

Portanto, pode-se afirmar que as relações familiares pós-Constituição Federal de 1988, são funcionalizadas em razão da dignidade de cada membro seu.

Busca-se, pela repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver as qualidades de seus participantes, como o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, o amor, permitindo o desenvolvimento pessoal e social de cada um. “A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana, ainda que diversas possam ser suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem”⁶¹.

As novas espécies de famílias adotadas pela Constituição Federal, além daquela advinda do casamento, nominadas de entidades familiares, são as formadas pela união estável e a constituída pela monoparentalidade, e convivem num sistema civil constitucional em harmonia com os princípios constitucionais, sem conflito, com o fim de propiciar não apenas o desenvolvimento de seus participantes como o aperfeiçoamento da personalidade destes e a execução da tarefa de educação da prole se houver, empreendendo uma operação hermenêutica,

⁶⁰PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 10-11.

⁶¹PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 243-244.

que impõe a harmonização da regra com o conjunto de princípios e regras em que ela se insere⁶².

Em que pese às opiniões de alguns juristas, como Carlos Alberto Bittar⁶³, não há que se distinguiem as expressões utilizadas, pelo legislador constituinte, quando no artigo 226, parágrafo 3º se refere à formação da entidade familiar pela união estável, pois, tais entendimentos impunham a crença de que a família constitucionalmente amparada continuava sendo formada com exclusividade pelo casamento, enquanto a união estável e a via monoparental instituiriam a entidade familiar unicamente para efeitos assistenciais.

Além de não distinguir em significado o que seja família de entidade familiar, tampouco a previsão constitucional quis valorar uma forma de instituição de família em detrimento da outra, como também ao aceitar a formação de outros tipos de família não deixou de prestigiar o matrimônio. Com segurança, hoje se entende que de fato se tratam de formas distintas, posto que, a Constituição determina que o Estado deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, e impossível seria transmutar uma coisa nela mesma.

Há quem entenda ainda, como Eduardo de Oliveira Leite⁶⁴, não obstante tenha o constituinte ampliado as espécies de família, acolhendo a formação desta pela via da união estável e da monoparentalidade, que o legislador não nivelou o casamento às demais formas, e que a linha filosófica da constituição continuaria sendo a do

⁶²LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002, p. 93.

⁶³BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *O direito de família e a constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 60.

⁶⁴LEITE, Eduardo de Oliveira. O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e certezas. In: *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis, processuais*. Tereza Arruda Alvim Wambier (coord.), São Paulo: RT, 1993, p. 107

matrimônio, vez que incentiva a conversão de uniões estáveis em casamento e não o contrário. Entretanto, há de se ter presente o princípio da liberdade de escolha que diretamente conduz ao princípio de igualdade das entidades, decorrência natural do pluralismo reconhecido pela Constituição, ambos coroando o princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana⁶⁵ estaria atendida à medida que houvesse possibilidade de escolha da melhor forma que correspondesse à sua realização existencial, retirando do legislador a escolha de qual é a melhor e a mais adequada forma⁶⁶.

A par da polêmica acima anunciada, quanto à hierarquização axiológica entre o pluralismo de entidades familiares, existe outra polêmica, quanto a constituírem elas *numerus clausus*⁶⁷, ou ser o preceito constitucional de ampliação uma tendência expansionista, uma vez que numa perspectiva sociológica, psicológica, psicanalítica, antropológica, dentre outras, a família, mesmo antes da Constituição de 1988, não se resumia àquela formada pelo casamento, não estando, pois, adstrita ao modelo legal.

Paulo Luiz Netto Lôbo, já citado, entende que se trata apenas de uma questão de interpretação, que mais adiante será explicitada, para que se incluam todos os tipos de organização familiar, que concretamente existem na vida cotidiana das pessoas, à margem da lei, como demonstrado pela PNAD – Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios –, realizada anualmente pelo IBGE. A PNAD tem revelado um perfil das

⁶⁵CF – Art.1º - 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; (...)

⁶⁶LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002, p. 95.

⁶⁷LÔBO, Paulo Luiz Netto, Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002, p. 89.

relações familiares distanciado dos modelos legais⁶⁸ e apontado como unidades de vivência, entre outras:

a) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos;

b) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrelevem os laços de afetividade;

c) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);

d) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (união estável);

e) pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental);

f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental);

g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais;

h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;

i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;

j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar, de um ou de ambos os companheiros, com ou sem filhos;

l) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular.

⁶⁸LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: *O direito de família e a constituição de 1988*. Carlos Alberto Bittar (coord.), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53.

Discorre ainda, Paulo Luiz Netto Lôbo, que as unidades de letras “a” a “f” estão contidas na previsão constitucional, enquanto as de letras “g” a “l”, numa análise perfunctória, não estariam, salvo se a interpretação se guiar pelo princípio basilar da dignidade da pessoa humana e, como se pretende provar, pela afetividade puder criar vínculo jurídico capaz de assegurar-lhe um desenvolvimento sadio e feliz.

2.1 Da organização familiar no novo Código Civil

No geral e não apenas no que diz respeito à organização da família, o novo Código Civil chegou com o fim de atualizar o código anterior, e, portanto, inclui também em sua sistemática leis especiais advindas após 1916, amoldando -se aos princípios constitucionais⁶⁹.

As modificações que vieram da absorção dos ditames da Constituição Federal de 1988 são numerosas, instalando -se ambiente para a harmonização com o direito civil constitucional, como já exposto.

Diante da impossibilidade de se adotar o modelo de 1916, dada a sua precisão dos conceitos, o sistema de 1916 não abarcava a presença significativa de dispositivos com conceitos vagos, em especial cláusulas gerais, fazendo que, com o passar do tempo, o novo código se deteriorasse.

A abstração foi propositadamente buscada e calculada a fim de permitir que alguns dispositivos fossem atemporais⁷⁰.

O modelo anterior não poderia ser seguido, primeiro pela alteração da própria sociedade brasileira, em que o individualismo exacerbado cedeu lugar à nova ordem social e, segundo, pelo temor de que

⁶⁹SANTOS, Maria da Conceição L.S. *O novo Código Civil: livro IV do direito de família*. Heloísa Maria Daltro Leite (coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p.7.

⁷⁰MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação, In: *Comentários ao Código Civil brasileiro*, parte geral, v.1. Arruda Alvim e Tereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 59.

a adoção de um sistema fechado, sem a possibilidade de absorver os avanços sociais e da vida cotidiana levassem o novo Código Civil ao insucesso. Por isso, a influência do BGB no projeto que deu ensejo ao Código Civil de 2002 está muito mais presente – com destaque para a utilização de conceitos vagos – para que ele se mantenha prestigiado ao longo do tempo, como se deu na Alemanha.

A idéia do Código Civil de 2002 está ligada à durabilidade da codificação, prolongando a aplicabilidade dos institutos jurídicos, deixando à disposição a possibilidade do Estado-Juiz adequar os mesmos ao encadeamento e desenvolvimento social natural à própria vida.

O novo código apresenta um desenho móvel, tendo uma função participativa, uma vez que Constituição atraiu para si a responsabilidade de distribuição de bases ao Direito Privado, reconhecendo a importância dos microssistemas: a existência de diretrizes constitucionais que definem ter as relações privadas natureza ultra-subjetivas e a constante mutação da sociedade⁷¹. Nesta direção, o legislador adotou o uso de cláusulas gerais que, endereçadas ao julgador em forma de norte a se seguir, permitem ao juiz, acrescendo sua valoração vinculada ao caso concreto, preencher o espaço da abstração.

“A cláusula geral, portanto, não é meramente direito material, mas ‘*standing points*’ ou pontos de apoio para formação judicial da norma no caso concreto”⁷², propiciando a vitalidade do código, efetivando as normas constitucionais⁷³.

⁷¹MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação. In: *Comentários ao Código Civil brasileiro*, parte geral, v.1. Arruda Alvim e Tereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 64.

⁷²GODINHO, André Pinto da Rocha Osório. Codificações e cláusulas gerais. In: *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro, vol. 2, jan./mar. de 2000, p. 12.

⁷³O novo código tem como princípios gerais: a eticidade, que visa imprimir eficácia e efetividade aos princípios constitucionais, principalmente à valoração da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da personalidade, da confiança, da probidade, da lealdade, da boa-fé, da honestidade das relações jurídicas de direito privado; a socialidade, que

Assim, a organização familiar no novo código atende aos princípios constitucionais, permitindo, pela existência de conceitos vagos, que o julgador (Estado-Juiz) complete tais conceitos, sempre ligado às peculiaridades do caso concreto.

Orlando Gomes⁷⁴, ao tratar das transformações da família, apresentou, como um dos seis rumos de transformação aludidos por Carbonnier, a desencarnação, em que o elemento psicológico e afetivo vem em substituição ao elemento biológico. Uma relação pacífica fala mais alto que os laços sangüíneos e, neste sentido e em atendimento aos princípios constitucionais, o novo Código Civil trouxe, em linhas gerais, inovações quanto à filiação e sua isonomia, a isonomia entre o homem e a mulher e entre o marido e a mulher – pai e mãe –, e à autoridade paterna equilibrada e igualitária, ligada a esta filiação e ao possível estabelecimento de filiação pelo elo afetivo. Mesmo que não tenha positivado, pela adoção dos tais conceitos vagos, permite que o julgador os aplique, considerando as particularidades de cada caso, como se verá mais adiante.

2.2 Da organização familiar pelo afeto

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional, e não está inserido apenas no plano sociológico ou psicológico. É uma espécie do princípio da dignidade da pessoa humana⁷⁵.

estabelece que as relações privadas têm também interesse e reflexo para toda a sociedade; a operabilidade, que permite a execução do direito, sua realização. MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação. In: *Comentários ao Código Civil brasileiro*, parte geral, v.1. Arruda Alvim e Tereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 223.

⁷⁴ GOMES, Orlando. *Direito de família*, Rio de Janeiro: Forense, 1996, 6. ed., p. 12.

⁷⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In Congresso Brasileiro de Direito de Família. *Direito de Família: a família na travessia do milênio*. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2000, temário II, n.7, pp. 249-251.

“A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, o qual não pode ser perturbado pela prevalência de interesses patrimoniais. É o salto de qualidade da pessoa humana nas relações familiares.

No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade”⁷⁶.

“A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais no mundo do ter, liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai e uma mãe e seus filhos. A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas.

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, e não do sangue (...)”⁷⁷.

Para mais facilmente se explicar a organização da família pela afetividade, torna-se necessário historiar, mesmo que no risco de ser repetitivo, passar pela sua evolução.

O contorno jurídico da formação das famílias sempre se pautou por uma função política que se formava por uma estrutura de poder. O modelo patriarcalista foi o retrato dessa função de poder hierarquizada. Os filhos e as esposas eram subordinados a um poder do chefe da família.

A vontade das pessoas, membros de um grupo, existia, ou suplantada pela vontade do chefe, ou subjugada à vontade da lei, que estabelecia sua existência, pela existência anterior de um ato jurídico –

⁷⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: *Congresso brasileiro de direito de família. Direito de família: a família na travessia do milênio*. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2000, p. 253.

⁷⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária. In: *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2004, p. 513.

matrimônio – noção de legitimidade. Em consequência, a verdade jurídica não encontrava correspondente na verdade social e vice-versa.⁷⁸

O insucesso do matrimônio sustentava-se pela sua indissolubilidade. As relações extramatrimoniais tornavam-se corriqueiras, retratando os novos modelos familiares formados a partir de bases que não o casamento.

O aspecto patrimonial era extremamente relevante. Os vínculos familiares tinham como maior expressão a materialidade dos bens, especialmente no que diz respeito às formas de seu regime. Nesse modelo, a categoria do ser é subordinada à do ter. O antigo código civil fazia clara opção pelo ter.⁷⁹

Seguindo as amarras do patriarcalismo, Michelle Perrot⁸⁰, assim configura essa formação familiar: “(...) A família patriarcal é como rede de pessoas e conjunto de bens, é um nome, um sangue, um patrimônio material e simbólico, herdado e transmitido. A família é um fluxo de propriedades que depende primeiramente da lei.”

O patriarcalismo, fundado numa estrutura em que o que menos importava era o elemento afetivo entre os membros familiares, gerou o fundamento para o legislador do Código Civil de 1916, impregnado pela realidade social da época, a qual se preocupou com outros aspectos que não o afetivo, dando especial e indisfarçável relevo ao patrimonial⁸¹.

A cultura patriarcal, se não está rompida, está em declínio. Esta estrutura está há muito tempo estilhaçada pelos novos valores

⁷⁸CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 492.

⁷⁹CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 490.

⁸⁰PERROT, Michelle. *História da vida privada*: São Paulo, [s.d], apud CARBONERA, Silvana Maria. *op. cit.* p. 491.

⁸¹OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 244.

conquistados pela sociedade e destilados à Constituição Federal.⁸² E, a partir do momento em que começam a mudar os paradigmas do patriarcado, é que o afeto entra como a grande descoberta do direito de família.

É nesse contexto que José Sebastião de Oliveira, como já citado, fala em despatrimonialização da família⁸³, ou seja, em abandono da estreita e unilateral visão do legislador de 1916, para dar guarida à sua repersonalização, ou seja, ao resgate de todos os valores imateriais que devem existir no seio familiar – os efetivos –, responsáveis por sua manutenção. Entre eles estão: afetividade, liberdade, diálogo, compreensão, carinho e toda característica que prestigie o mútuo respeito.

Atualmente, essa função política de estrutura de poder em que a família estava inserida foi substituída pela relação de afeto entre as pessoas, possibilitando relações familiares formadas a partir de novas bases, que não o casamento. A afetividade é o instrumento ou de manutenção da união familiar ou de seu esfacelamento diante da constatação, pelos membros da família, de que entre eles já não existe mais força suficiente para manterem unidos os laços de união⁸⁴,

O reflexo da mudança de estrutura de poder para um reconhecimento jurídico da família, certificado pelo afeto, apresenta-se, timidamente no Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406/02, no artigo 1.584⁸⁵.

⁸²PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A vitória da ética sobre a moral. Afeto, a ética no Direito de Família. In: Del Rey Revista Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, n.8, 2002, pp. 5-8.

⁸³OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 248.

⁸⁴OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 239.

⁸⁵Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a

Há um desmembramento do que antes era uma única unidade familiar e mais pessoas optando por formatos menos tradicionais. Ao invés de denotar o fim da família, aparenta ser uma adaptação aos novos tempos, calada na qualidade das relações entre as pessoas e no desejo de cada indivíduo.

A modificação da estrutura teórica em direito de família deixa clara a percepção de que relações afetivas vêm determinando a formação familiar, o que permite validar uma relação jurídica assim composta.

“É possível rever a concepção jurídica das formulações de entidades familiares para se inserir, a partir do afeto, a pluralidade de hipóteses reais que a sociedade apresenta”⁸⁶.

Atualmente, na sociedade, é fato a existência de formas plurais de relacionamentos familiares, o que exige uma compreensão jurídica para balizar a leitura dos tribunais acerca dos efeitos ou não desses relacionamentos; mas também “é fato que apenas com conhecimentos restritos à ciência jurídica tal compreensão será incompleta, logo, é fundamental um viés transdisciplinar para se incorporar conceitos de outras ciências como a sociologia e a psicologia”⁸⁷.

O afeto, sob a égide da psicanálise, não é entendido apenas como amor, mas como a confluência de sentimentos que unem os indivíduos. A resistência do ser humano em conhecer suas qualidades agressivas tende, no senso comum, a equiparar o amor ao afeto.

natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

⁸⁶OLIVEIRA, Neiva Flávia de. *A afetividade como base do reconhecimento jurídico das entidades familiares*. Belo Horizonte, 2003. Disponível em <<http://www.ibdfam.com.br/trabalhos>>. Acesso em 25 fev. 2004.

⁸⁷OLIVEIRA, Neiva Flávia de. *A afetividade como base do reconhecimento jurídico das entidades familiares*. Belo Horizonte, 2003. Disponível em <<http://www.ibdfam.com.br/trabalhos>>. Acesso em 25 fev. 2004.

“Os afetos são o equivalente da energia psíquica, dos impulsos que afetam o organismo e se ligam a representações, a pessoas e a objetos significativos. Transformam-se em sentimentos e dão um sentido às relações, e ainda influenciam a forma de interpretar o mundo”⁸⁸. A família só tem sentido enquanto unida pelos laços afetivos. “Inexistentes esses atributos, o que existe é um mero ‘elo de direito, sem vinculação fática”⁸⁹.

O ser humano, em seu processo evolutivo, imprime transformações que levam à redução dos componentes da família, o que significa um vínculo afetivo mais intrínseco.

A urbanização do núcleo rural familiar substituiu a grande prole em um número reduzido de filhos e, com isso, o convívio entre os filhos e pais encontrou um ambiente melhor para relacionar e desenvolver o afeto. “Houve o aprofundamento afetivo das relações de família. De uma unidade proposta a fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, a família passou a grupo de companheirismo e lugar de afetividade”⁹⁰.

O respeito de cada indivíduo que compõe a família, por si e pelos demais membros, redonda na dignidade e ostentabilidade desse grupo, e forma uma das maiores características das famílias atuais, o vínculo afetivo.

⁸⁸GROENINGA, Gisele Câmara. Família: Um caleidoscópio de relações. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 130.

⁸⁹OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 242

⁹⁰VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Monografia. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, *apud* CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 492.

A afetividade, como base das construções das entidades familiares, voltou-se a um olhar social que revelou uma clara intimização das relações familiares⁹¹.

José Sebastião de Oliveira⁹² esclarece que a família se tornou uma ‘intimidade defensiva’, o refúgio para seus membros, uma tentativa de pacificar as tensões do mundo, para que não se converta na intromissão no seio familiar. É dentro da família que os laços de afetividade se tornam mais vigorosos e aptos a sustentar as vigas do relacionamento familiar contra os males externos. A afetividade faz com que a vida em família seja sentida da maneira mais intensa e sincera possível, e isto só será pertinente caso os seus integrantes vivam apenas para si mesmos: cada um é ‘contribuinte’ da felicidade do outro.

Esse novo formato, somado às contingências econômicas atuais, transformou a família em um refúgio mais atraente do que nunca, a ponto de os filhos permanecerem mais tempo na casa dos pais e, em alguns casos, até voltarem para lá depois da separação ou um revés financeiro.

“A família se torna cada vez mais um espaço intimista para seus membros, o que exige o afastamento do Estado de operar, legislando, sobre a formatação da família. A ciência jurídica, contudo, não se tem apercebido dessa necessidade, construindo uma metodologia transdisciplinar apta para abordar o fenômeno social da pluralidade familiar construída a partir do afeto”⁹³.

A família contemporânea, sobre o favorecimento do afeto, entra com contornos de uma família eudemonista que, segundo Silvan a

⁹¹OLIVEIRA, Neiva Flávia de. *A afetividade como base do reconhecimento jurídico das entidades familiares*. Belo Horizonte, 2003. Disponível em <<http://www.ibdfam.com.br/trabalhos>>. Acesso em 25 fev. 2004.

⁹²OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 234.

⁹³OLIVEIRA, Neiva Flávia de. *A afetividade como base do reconhecimento jurídico das entidades familiares*. Belo Horizonte, 2003. Disponível em <<http://www.ibdfam.com.br/trabalhos>>. Acesso em 25 fev. 2004.

Maria Carbonera⁹⁴, é o meio em que se acentuam as relações de sentimentos entre os membros do grupo e se valorizam as funções afetivas da família, a qual torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais.

Com a consagração da multiplicidade de famílias pela Carta Constitucional, houve o aumento da tutela, assim como da esfera de liberdade de escolha dos sujeitos. Isso se reverteu no fato de que, embora continuem existindo famílias nos moldes patriarcais e implícitas no corpo da Magna Carta, a recepção de outras formas abriu espaço para famílias fundadas exclusivamente no afeto e no desejo de estar junto, formando uma comunhão de vida e fazendo com que este seja o elemento central da família⁹⁵.

A principal característica desse modelo constitucionalizado de família desemboca no aspecto pessoal -igualitário. A busca pela felicidade é a mola propulsora para valorizar o afeto como elemento formador da família.

Expressamente, as leis ordinárias não deixam transparecer a preferência pelo afeto, embora aludem a termos como respeito, assistência moral e material, guarda e educação dos filhos, proteção e fidelidade, como corolários implícitos da expressão afetividade. (Lei nº 8.009, de 29.03.1990).

Maria Berenice Dias⁹⁶ propõe o afeto como democratização da configuração familiar e afirma que o Estado solenizou os vínculos afetivos, transformando a família em uma instituição matrimonializada, impondo

⁹⁴CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 498

⁹⁵CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 499.

⁹⁶DIAS, Maria Berenice. A estatização do afeto. In: *Afeto, a ética no direito de Família*. Del Rey Revista Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, n.8, 2002, p. 17.

deveres e assegurando direitos. No momento histórico em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, não mais existem razões que justifiquem essa excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas, bastando o reconhecimento do vínculo afetivo.

A instituição familiar passa por constantes transformações, de acordo com o momento social em que está inserida, e como a Constituição Federal verbalizou no artigo 226, *caput*, que “a família é base da sociedade”, certamente, havendo modificações em si, haverá ressonância das suas mutações em toda sociedade. Portanto um viés interdisciplinar para o reconhecimento do afeto é possível de ser incorporado na ciência jurídica, que, como ciência que é, se constrói influenciada por valores sociais. A noção de que na organização familiar há papéis que se constroem e se desconstroem, poder-se-ia respeitar esses valores advindos da afetividade, e expô-los verdadeiramente nos textos produzidos por essa ciência, e catalisar a afetividade como princípio próprio do direito de família, permitindo soluções judiciais mais próximas de sua realidade.

O multifacetado conceito de família, juntamente com o indissociável afeto, passou a fazer parte de regras de inclusão do manto constitucional.

O reconhecimento do afeto é a base para que não exista espaço para uniões formalmente sustentadas pela infelicidade pessoal dos seus membros. “Não havendo mais afetividade, não existe razão para a manutenção, aos olhos da sociedade, de uma estrutura meramente formal e vazia de fundamentos”⁹⁷.

A sociedade familiar, em ciência jurídica, diferentemente dos demais tipos de sociedade, não precisa se balizar por centro de direção para sobreviver e ser tutelada. Tem um aspecto peculiar em relação a qualquer

⁹⁷ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 243.

outra e se funda exclusivamente no vínculo afetivo entre seus membros, o que os leva a serem solidários e não competitivos. Esse aspecto é relevante na pesquisa jurídica, e deve levar à conclusão de que esses arranjos dependem da forma como pensam os pares conjugais, como pretendem compor a família⁹⁸.

Qualquer paradigma que se estabeleça para a sua estruturação, em especial quanto à sua formação e organização do poder, não atenderá à diversidade de famílias que existem na realidade concreta. Esse aspecto é essencial para o estudo jurídico de sua construção e, principalmente, para o reconhecimento do afeto, como elemento formador de suas relações, para que haja uma identificação entre realidade social familiar e a lei.

A Constituição pátria, de perfil democrático, alberga a sustentação de toda a inserção da família no bojo dos direitos humanos, a partir da noção de dignidade da pessoa humana e de princípios pétreos, como a liberdade e o pluralismo familiar. É a consideração das diferenças das várias espécies do gênero família que têm por base o afeto, que fazem a regra de inclusão de seus modelos contemporâneos e da realização da dignidade como um princípio de resgate dos valores morais e éticos concernentes ao ser humano.

Os direitos humanos pressupõem, como base principiológica, a liberdade do sujeito como sustentáculo de sua existência e palco para a sua realização, razão para atribuir à família o campo mínimo de liberdade, identificando “a verdadeira liberdade e ideal de justiça naqueles

⁹⁸OLIVEIRA, Neiva Flávia de. *A afetividade como base do reconhecimento jurídico das entidades familiares*. Belo Horizonte, 2003. Disponível em <<http://www.ibdfam.com.br/trabalhos>>. Acesso em 25 fev. 2004.

ordenamentos jurídicos que asseguram um direito de família que compreenda a essência da vida em dar e receber amor”⁹⁹.

Diante deste quadro, como anuncia Rodrigo da Cunha Pereira¹⁰⁰, o que se conclui é que o afeto é essencial na formação da família, elemento imprescindível de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento parental ou conjugal, mas o contrário, segundo Sérgio Resende de Barros, não é verdadeiro¹⁰¹. Nem sempre, quando houver afeto, haverá uma entidade familiar, pois, se assim fosse, uma amizade seria um elemento desencadeador e formador de família, o que ratifica a imprescindibilidade de ser necessário o afeto, como garantia de sua existência.

Para Paulo Luiz Netto Lobo¹⁰², para a formação dessa instituição, além da afetividade é necessária a ostensibilidade e a estabilidade, que assim se definem: a afetividade é o fundamento e finalidade da família, com desconsideração do “móvel econômico”; a estabilidade implica comunhão de vida e exclui relacionamentos casuais, sem compromisso; a ostensibilidade pressupõe uma entidade familiar reconhecida pela sociedade como tal, que se apresenta publicamente. Rodrigo da Cunha Pereira, em obra já citada, acrescenta um quarto elemento, qual seja, uma estrutura psíquica, e cita Lacan a fim de justificar seu acréscimo, para quem a família era uma estruturação psíquica¹⁰³.

⁹⁹PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, Direitos Humanos, psicanálise e inclusão social. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *op. cit.* p. 161.

¹⁰⁰PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 180.

¹⁰¹BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto, In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.14 – jul./set., 2002, pp. 5-10

¹⁰²LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002, p. 91.

¹⁰³PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 181.

A afetividade, como demonstrado, é o elemento não-exclusivo, mas ganha *status* de princípio constitucional, quando a dignidade da pessoa humana passa a ser o norte da ordem jurídica, esvaziando a família enquanto instituição, muito embora ela mantenha o privilégio de ser o embrião de desenvolvimento pessoal de cada qual, passa-se a valorizar cada membro em separado e não mais a instituição em si. Isto passou a ser possível com a dissolução do matrimônio, sendo possível construir ou desfazer os laços conjugais. Havendo liberdade de constituição de família, equalizou-se com o Princípio da Autonomia da Vontade, principalmente nas relações mais íntimas do ser humano, como prega Rodrigo da Cunha Pereira¹⁰⁴, para quem o valor supremo é o alcance da felicidade.

Para Rodrigo da Cunha Pereira¹⁰⁵, este valor orientou, dentre outros (inclusive aquele já mencionado do artigo 1.584 do Código Civil), vários dispositivos constitucionais e codificados, como o do artigo 1.511 do Código Civil, que prevê que o casamento estabelece uma comunhão plena de vida entre os cônjuges, justificando, assim, apenas a vida em comum enquanto proporcionar a comunhão afetiva da vida do casal, não se justificando sua manutenção se a vida em comum se deteriorar, o que, para ele Rodrigo, estaria justificada também a abolição da teoria da culpa na dissolução das sociedades conjugais e do casamento.

Ao tratar de uma família constitucionalizada e aceitar o princípio da dignidade da pessoa humana como basilar desta ordem constitucional, aceitar também que a vontade livre na constituição da família só se curva à formação de um meio capaz de propiciar o

¹⁰⁴PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 182.

¹⁰⁵PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 182.

desenvolvimento salutar da personalidade de seus componentes, fica fácil aceitar a afetividade como um corolário constitucional.

O ordenamento está de tal forma influenciado por esta idéia, tendo assimilado tal transformação, aceitando o afeto como um valor jurídico de suma importância, que seus reflexos crescentes vêm permeando todo o direito, como é exemplo a valorização dos laços de afetividade no estabelecimento da filiação/paternidade, em detrimento, muitas vezes do vínculo biológico.

E ainda, os tribunais estaduais têm reconhecido o direito à indenização por danos morais aos filhos que foram criados sem a dispensa de afeto algum ou sem o *quantum* suficiente e necessário de afeto à formação de sua personalidade pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

É verdade que, enquanto o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, através do acórdão de nº 408.550 -5 da 7ª Câmara Cível, publicado no DJMG em 29/04/2004¹⁰⁶; a Justiça monocrática da comarca de Capão da Canoa/RS, no processo nº 141/1030012032 -0 da 2ª Vara de 15/09/2003¹⁰⁷ e a justiça paulista – comarca de São Paulo/SP no processo nº 01.036747-0 da 31ª Vara Cível Central de 05/06/2004¹⁰⁸ concederam a indenização por reconhecerem que aos respectivos requerentes foi negado afeto, elemento essencial à formação da personalidade, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em julgamento à apelação cível nº

¹⁰⁶Entrevista com Giselda Maria Fernandes Hironaka, publicada no *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM* nº 33, ano 5, jul./ago. de 2005, p. 3. e *Revista brasileira de direito de família*, Porto Alegre: Ed. Síntese, IBDFAM, ano VIII, v.36 – abr./mai., 2006, p. 91.

¹⁰⁷*Revista brasileira de direito de família*, Porto Alegre: Ed. Síntese, IBDFAM, ano VI, v.25 – ago./set., 2004, p. 148.

¹⁰⁸*Revista brasileira de direito de família*, Porto Alegre: Ed. Síntese, IBDFAM, ano VI, v. 25 – ago./set., 2004, p. 151.

2004.001.13664 4ª Câmara Cível¹⁰⁹ negou a indenização sob o argumento de que ninguém está obrigado a contemplar quem quer que seja com amor e afeto. E, em 29 de novembro de 2005, a 4ª Turma do STJ (Resp. 757.411 – (2005/0085464-3) – MG – 4ª T. - Rel. Min. Fernando Gonçalves – DUJ 27.03.2006), por 4 votos a 1 reformou a mencionada decisão do TJ de Minas Gerais que havia determinado a indenização, sob o argumento de que a condenação do pai poderia piorar ainda mais o relacionamento de pai e filho¹¹⁰.

2.3 Da família monoparental

A Constituição vigente imprimiu, no campo do direito de família, uma profunda modificação estrutural que albergou parte do mundo fático no contexto legislativo. Dentre essas composições inseriu, no § 4º do artigo 226 da referida Carta, uma nova espécie jurídica do gênero família, a família monoparental. Mas, o que estas famílias monoparentais compreendem? O texto do artigo 226, § 4º assim define: “(...) entende -se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

Segundo Eduardo de Oliveira Leite¹¹¹, “uma família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem ou mulher) se encontra sem cônjuge, ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças”, entendendo que o vínculo entre pais e filhos para a configuração

¹⁰⁹ *Revista brasileira de direito de família*, Porto Alegre: Ed. Síntese, IBDFAM, ano VII, v.31 – ago./set., 2005, p. 39.

¹¹⁰ O ESTADO DE SÃO PAULO (Jornal) de 04.12.2005, caderno “Aliás”, p. J8, em reportagem de Ivan Carvalho Finotti de Belo Horizonte.

¹¹¹ 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*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 22.

da monoparentalidade, no Brasil, dissolve-se com a maioridade civil (18 anos).

Para Maria Helena Diniz¹¹², família monoparental é aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, independentemente da existência de vínculo conjugal que a tenha originado. A família monoparental ou unilinear desvincula-se da idéia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um de seus genitores, em razão de viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, ‘produção independente’ e etc.

Segundo Gérard Cornu¹¹³, esta situação se qualifica pela ausência do casal, limitando-se a um dos pais (pai ou mãe) e filhos.

Esse novo esquema de vida familiar ensejou a mudança de foco, que se pautava apenas na sociologia, também para a seara jurídica, do conviver e legislar, de bom ou mau grado, as atipicidades encontradas fora do modelo casamento até então tido como padrão. Mas o tratamento jurídico dispensado à monoparentalidade ainda se mostra muito resumido e secundário em relação às duas outras espécies de agrupamento familiar (casamento e união estável), também previstas pelo legislador constitucional.

Mesmo com o novo Código Civil essa família, mesmo explicitamente prevista pela Carta Magna de 1988, ainda carece de legislação específica e passa a merecer atenção, uma vez que, um grande número de pessoas vive nesta forma de família organizada – pesquisa já citada – PNAD (Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio).

¹¹²DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v.5. pp. 10 e 11.

¹¹³CORNU, Gerard. *Droit civil: La famille*, Monchrestien: Paris, 4. ed., 1994, p. 29, *apud* GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusiva o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 154.

A transformação de uma família possibilita a alteração de sua forma, passando de biparental para monoparental e vice-versa. A mutabilidade pode propiciar variantes, com o passar do tempo, uma mesma família, primogenitamente constituída se perfaz em outra recomposta e assim por diante.

Como motivos clássicos que desencadeiam a transformação familiar têm-se p.ex:

1) A liberdade de uma pessoa em se unir e se desunir decorre de uma concepção democrática em que vive a sociedade, seja pelas leis que amparam de maneira absolutamente simples esse procedimento de rescisão do casamento, reportando aquela pessoa casada para o *status* de separada ou divorciada, ou mesmo pela maneira informal, que se desmantelam as uniões estáveis pela mera deixa do lar. “Liberdade que conduz pessoas que se amam a viver juntas e a gerar filhos, juntas, permite, igualmente, àqueles que não mais se amam decidir por não mais viverem juntas” ¹¹⁴.

Assim, a liberdade que leva ao fim dos relacionamentos conjugais não pode causar a irresponsabilidade das relações parentais, ou seja, aquela estabelecida entre pais e filhos.

A formação da família monoparental teve maior ensejo a partir da igualdade entre os gêneros, homem e mulher. A primeira incitação legal ao princípio da igualdade foi albergada pela Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso I.

O princípio da igualdade entre homem e mulher é a regra que leva a ordem jurídica a tutelar bens ou valores da personalidade humana, revelando que o princípio da igualdade não tem um valor em si, mas tutela outros.

¹¹⁴LEITE, 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*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 53.

Os métodos contraceptivos também colaboraram com a independência feminina, sendo possível, a partir de seu uso, desvincular a relação sexual da procriação e, dessa maneira, eximir da responsabilidade feminina o ônus da manutenção da família, com seu sacrifício pessoal.

Atualmente, sob a égide do novo Código Civil (Lei 10.406/02), não há mais hierarquia na estrutura familiar: a mulher não é mais submissa ao poder marital nem ao menos lhe é restrita a capacidade; suas ordens de mando sobre os filhos, decorrente do poder familiar, são as mesmas decorrentes do varão, como demonstrado no artigo 1.631 do Código Civil¹¹⁵, em contraposição ao pátrio poder descrito no artigo 380, *caput* do Código Civil de 1916¹¹⁶.

O poder familiar ensejou a harmonização da relação pais e filhos, onde cada um tem espaço para expressar suas idéias, e o marido deixou sua posição de cabeça do casal.

Não obstante, essa independência dos membros integrantes do modelo germânico de pai, mãe e filho(s), a Constituição Federal estruturou novas famílias a partir de novas bases e, dentre essas contemporâneas composições familiares, surgiu a família monoparental.

2) Além do princípio da igualdade entre homem e mulher que reportou as mulheres a uma emancipação afetiva e econômica em relação aos homens, de modo a constituírem-se em famílias monoparentais, independentemente, se compulsória ou facultativamente, a viuvez também é uma forma de constituição familiar monoparental.

¹¹⁵ Art. 1.631 Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

¹¹⁶ Art. 380 Durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Decorrente da ordem natural da vida, a morte de um dos ascendentes igualmente reporta, compulsoriamente, para as famílias monoparentais os entes sobreviventes daquele núcleo familiar.

“Segundo dados fornecidos pelo Censo Demográfico de 2000, o total de viúvos, no Brasil, em 2000, era de 6.211.209 pessoas, sendo 5.065.474 de viúvas contra, apenas, 1.145.735 de viúvos”¹¹⁷.

Essa disparidade, explica Eduardo de Oliveira Leite¹¹⁸, se pauta pela inaptidão das viúvas ao trabalho, pois se revelam, em sua maioria, ser de gerações mais remotas, quando o fato de ser mulher era inexpressivo para a sociedade e o grau de instrução era limitado ao aprendizado de prendas do lar. Hodiernamente, esse quadro da viuvez feminina está em franca mudança, pois, é possível a mulher se inserir no mercado de trabalho e através do aumento da renda familiar, poderá pensar em recompor sua família.

A viuvez em 1968 compunha 50% das famílias monoparentais¹¹⁹, atualmente torna-se cada vez mais irrelevante como elemento formador dessas famílias, pois os fatores latentes se curvam para a separação e pelo divórcio, substituindo a morte de um dos cônjuges ou companheiro.

A separação, o divórcio e a viuvez são entendidos como formas derivadas de família monoparental, pois provém de uma primeira composição de famílias constituídas por pais e filhos, independentemente se moldadas pelo casamento ou pela união estável.

¹¹⁷LEITE, 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*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 59.

¹¹⁸LEITE, 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*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 60.

¹¹⁹LEITE, 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*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 22.

As formas originárias de monoparentalidade encontram -se em um conglomerado atinente à adoção unipessoal, à reprodução medicamente assistida e às mães ou pais solteiros¹²⁰.

No primeiro caso de formas originárias de monoparentalidade, a adoção unipessoal passou a ser regulada pela Lei nº 8.069/90, - o Estatuto da Criança e do Adolescente —, que admitiu adoção, independentemente do estado civil, permitindo, assim, a formação de uma família monoparental, uma vez que, observadas as disposições para a efetivação do processo de adoção, uma pessoa solteira, divorciada, separada, seja homossexual ou heterossexual, pode adotar uma criança por si só, e tê-la como filha, desde que se apóie no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente inserido na teoria da proteção integral¹²¹ que visa o amparo completo, não só da criança e do adolescente, sob o ponto de vista material, afetivo e espiritual, como também a sua salvaguarda desde o momento da adoção ou concepção, zelando pela assistência à saúde e bem-estar da gestante e da família, natural ou substituta, da qual fará parte, para bem fazer sua opção voluntária de ser pai ou mãe.

Assim, os modelos tradicionais de formação familiar monoparental passam longe da conceituação de celibato¹²².

A monoparentalidade focaliza-se nos celibatários, mesmo em um cenário contraditório em que o projeto familiar se torne antiquado, diante das nuances propostas pelo mercado competidor de trabalho, que remetem os jovens de classe média e alta a se capacitarem com mais

¹²⁰OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 218.

¹²¹CHAVES, Antônio. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1997. p. 52.

¹²²Ao contrário do equivocado entendimento costumeiro que tende igualar o celibato à castidade, há uma distinção: celibato designa a pessoa solteira, enquanto castidade é a abstinência de relações sexuais. Cf. Dicionário Melhoramentos: *castidade*: sf. 1 Qualidade de casto. 2 Abstinência total dos prazeres sensuais; *celibatário*: adj.+sm. Que não se casou; solteiro. In: *Melhoramentos mini dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1997. pp. 96 e 99.

intensidade e frequência, deixando o programa matrimonial em segundo plano, ou mesmo inexistente em sua vida. O prestígio social que esses solteiros recebem, à medida que vinculam sua imagem a um sucesso profissional, fazem-no desistir da idéia de constituírem família. Mas verifica-se uma segunda alternativa dentro desse mesmo modelo: o de não viver só.

Viver acompanhado é praticamente a regra. Os celibatários mantêm parceiros sexuais sem comunhão de vida, inserindo num contexto de uniões livres (caracterizadas pela transitoriedade ou total liberdade), reforçando o não-compromisso e a não-obrigação¹²³. O retardamento do projeto matrimonial não se repete no plano parental, pois o estado civil de solteiros não obsta a procriação, e, frente a esse imprevisto, “há como um silêncio tácito, que desobriga a todos, e não responsabiliza ninguém. A monoparentalidade daí decorrente é ‘assunto particular’, que deve ser resolvido em nível privado”¹²⁴. Mas, as crianças daí oriundas são problemas de ordem pública e precisam ser protegidas pelo Estado.

A inserção de novos valores gerou um descompasso entre a sociedade e a lei. Os pais celibatários, que se incluem em uniões livres, não se obrigam a assumir uma paternidade voluntária e principalmente, responsável. Dentro desse contexto surge a principal causa das famílias monoparentais, as mães solteiras. Quem são essas mães? Por que são solteiras? São mães de maneira imposta, voluntária ou involuntária? Essas indagações são adequadas para descobrir este universo das mulheres -mães e seus propósitos.

¹²³LEITE, 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*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.

¹²⁴LEITE, 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*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 36.

Eduardo de Oliveira Leite¹²⁵ distingue as mães solteiras na seguinte composição:

a) as “maternidades impostas”, quando se trata de mães solteiras que não quiseram nem ter, nem conservar seu filho, mas que a perda dos prazos legais, autorizando a interrupção voluntária da gravidez, compele a assumir sua gravidez (mas não forçosamente a sua maternidade: algumas mulheres abandonam a criança);

b) as “maternidades involuntárias”, na medida em que, embora não desejando a gravidez, certas mães solteiras decidem assumi-la e, portanto, educam solitariamente seus filhos;

c) as “maternidades voluntárias”, quando se trata de solteiras que decidiram conceber e educar sozinhas seus filhos. Também são chamadas de “mães solteiras voluntárias” ou “produção independente”.

Os métodos anticoncepcionais, antes utilizados apenas pelas senhoras casadas na ânsia de conter a taxa de natalidade, atualmente são conhecidos por quase todo o público feminino, tendo acesso gratuito a esses recursos nos postos municipais de saúde, mas ainda muitas mulheres indesejadamente, engravidam e rejeitam esse filho. Para eliminar a criança de sua trajetória de vida, recorrem ao aborto ou à doação após o nascimento. Este é o retrato da “maternidade imposta”.

A “maternidade involuntária” é aquela que não foi planejada ou desejada, decorrente de uma relação sexual irresponsável (sem uso de métodos contraceptivos), mas que é aceita por aquela mãe, ou aquela relação sexual não consentida livremente, como no caso de estupro, que é amparado pela lei penal, o que não é objeto de estudo deste trabalho.

¹²⁵LEITE, 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*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 58.

A “maternidade voluntária” desfruta de um amparo econômico confortável, pois, ao optar ser mãe, a consciência e as possibilidades financeiras daquela mulher estarão inteiramente voltadas à realização de um desejo: conceber um filho. Essa maternidade poderá ser realizada através de métodos naturais ou artificiais de concepção.

Segundo Magdalena Ramos¹²⁶ a “‘maternidade voluntária’ pode efetivar-se através da ‘produção independente’ originada de uma doação de espermatozoides de um companheiro, sem onerá-lo com a paternidade, ou através da adoção, como outra forma de realizar o projeto parental”.

A “produção independente”, como forma de “maternidade voluntária”, pode se dar de duas formas. A primeira apóia-se na intenção de achar um “reprodutor” e intencionalmente engravidar, por relações sexuais, para posteriormente coibir este homem de saber de sua descendência e egoisticamente privar seu filho do conhecimento de sua ascendência paterna.

Outra forma é a “produção independente” advinda da reprodução medicamente assistida. No Brasil, a escolha por esse tipo de procriação é basicamente feminina¹²⁷ e feita de formas distintas.

O ato de procriar foi amparado pelo artigo 226, § 7º da Constituição Federal, e garantiu o “direito reprodutivo” à pessoa humana, independentemente do método utilizado.

“A medicina reprodutiva vem alcançando êxito na elaboração dos métodos artificiais voltados a atenuar os problemas relativos à

¹²⁶RAMOS, Magdalena. Modificações da instituição família: famílias uniparentais – produção independente. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 295.

¹²⁷RAMOS, Magdalena. Modificações da instituição família: famílias uniparentais – produção independente. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 293.

impossibilidade ou dificuldade de reprodução humana”¹²⁸, garantindo o direito constitucional albergado.

Maria Christina de Almeida¹²⁹ selecionou dentre os métodos artificiais de concepção, os mais conhecidos, e assim os explicou:

A inseminação artificial (IA) e a fertilização *in vitro* (FIV), sem desconsiderar a transferência intratubária de gametas (GIFT), a transferência peritonal de gametas (POST) e, mais recentemente, a transferência intratubária de embriões, ou ainda outras técnicas mais avançadas e complexas que envolvem doadora de óvulo, doador de embriões ou a maternidade de substituição.

Na inseminação artificial, técnica mais antiga, é introduzido o espermatozoide na cavidade uterina ou no canal cervical, por meio de uma cânula, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para receber o espermatozoide. Pode ser homóloga, que é a realizada com sêmen do marido ou do companheiro da paciente, ou heteróloga, com a utilização do espermatozoide de outro doador fértil.

A fertilização *in vitro* consiste na retirada de um ou vários óvulos de uma mulher, fecundando-os em laboratório e, após algumas horas ou em até dois dias, realizar a transferência para o útero ou para as trompas de falópio.

Nas técnicas de reprodução assistida, a ovulação é realizada por meio de hormônios, de modo a possibilitar que vários óvulos, no mesmo ciclo menstrual, sejam coletados para serem submetidos à inseminação. Na fertilização *in vitro* é possível também utilizar-se de

¹²⁸ ALMEIDA, Maria Christina de. Filhos da reprodução assistida. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 278.

¹²⁹ ALMEIDA, Maria Christina de. Filhos da reprodução assistida. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 279.

sêmen de doador fértil, podendo, então, ser, como na inseminação artificial, homóloga ou heteróloga.

Por essa evolução da medicina reprodutiva, os contratempos da mulher moderna são pacificados com a possibilidade de fertilização, que independe de um companheiro. O pavor de envelhecer e encontrar-se só também enseja a reprodução assistida, pois desse ato artificial de criação irá nascer uma criança na qual serão depositadas todas as expectativas de dar sentido à vida. Afinal “é pela maternidade que a mulher cumpre integralmente seu destino biológico; é aí que reside sua vocação ‘natural’, já que todo o seu organismo está orientado em direção à perpetuação da espécie”¹³⁰.

O propósito das mulheres, em um contexto de transformação, levou-a a confiar em si, a propor a separação caso não esteja satisfeita com a relação, trocando a tolerância pelas diferenças pela dicotomia felicidade-afeto. Portanto, se não houver afeto para que o casal se sinta feliz, a relação é despida de seus caracteres, e demolida, para que seus indivíduos continuem na busca de sua satisfação pessoal afetiva.

Pela separação entre sexo e procriação, a mulher pode desfrutar dos prazeres da vida celibatária, ou seja, sendo solteira, mas com uma vida sexual ativa e desprovida de grandes obrigações.

A evolução da constituição familiar na última década revela um novo perfil da família em que, segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), em 1992, as mulheres sem cônjuge e com filhos eram estimadas em 15,1% do total de lares constituídos e, em 1999, esse número chega a 17,1%, e em 2001 esbarra a marca de 17,8%¹³¹,

¹³⁰ FRISCHER, Dominique. Les mères célibataires volontaires. França: Paris, 1998, *apud* 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*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 77.

¹³¹ FRISCHER, Dominique. Les mères célibataires volontaires. França: Paris, 1998, *apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais*

independente se solteiras, divorciadas ou viúvas, refletindo apenas a formação monoparental que tem como base as mães solteiras.

A família monoparental, majoritariamente, é desencadeada por separações judiciais, divórcios, viuvez, extinção de uniões estáveis, celibato ou apenas por pura ideologia dos interessados, mas avulso aos motivos ensejadores de composição monoparental, essas famílias gozam de dois estados: de transitoriedade ou o definitivo¹³².

O estado definitivo da monoparentalidade é aquele em que a família que se torna monoparental ou que já nasce sob essa constituição não tende a se completar ou recompor-se, ao contrário do estado de transitoriedade, em que a monoparentalidade é efêmera e propensa à recomposição.

A família recomposta, como um segundo momento da monoparentalidade, é sinteticamente conceituada pela doutrina como “a família na qual ao menos um dos adultos é um padrasto ou uma madrasta”¹³³ e, mesmo sem nenhuma referência legislativa, encontra-se expressiva no cenário familiar brasileiro. Uma pesquisa do Departamento de Psicologia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), feita com adolescentes de famílias de ‘recasados’ (recomposta), detectou que após quatro anos eles passavam a considerar como família as pessoas com quem convivem sob o mesmo teto – seus meios-irmãos,

e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos, na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 77.

¹³²OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 218.

¹³³GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas: breve introdução ao seu estudo. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 257.

padrastos e madrastas¹³⁴, encontrando nessa reorganização uma maneira de viver em família.

2.3.1 Da família monoparental e outros modelos de família

A transformação na família atual recai sobre dois recentes fatores. “O primeiro foi a adoção do divórcio, que no Brasil se tornou a Lei nº 6.515 de 1977, possibilitando a reconstituição familiar e novas combinações afetivas. A segunda alavanca foi o surgimento da pílula anticoncepcional, que garantiu às mulheres a alternativa de uma vida sexual desvinculada da maternidade”¹³⁵.

Todas as coisas a que se faz referência nesse contexto redundaram em uma modificação profunda na estrutura familiar e, conseqüentemente, um reflexo incisivo no mundo jurídico que, mesmo sem legislação específica, faz da família monoparental uma realidade brasileira, não mais podendo escondê-la ou negá-la, ou apenas restringi-la no âmbito do artigo 226, § 4º da Carta Constitucional vigente. Os motivos que desencadeiam a monoparentalidade estão muito além do *numerus clausus*.

A Lei Maior, ao encampar a monoparentalidade em seu corpo legal, parece inserir apenas uma espécie desse tipo familiar, o pai ou a mãe com seu filho ou filhos. Mas, será apenas essa estrutura o modelo de monoparentalidade amparado pelo ordenamento jurídico?

Começando pelo equívoco proposital citado na questão – modelo de monoparentalidade – Neiva Flávia de Oliveira¹³⁶ imediatamente

¹³⁴WAGNER, Adriana. *A nova família*. Revista Época de 29 de dezembro de 2003. São Paulo: Editora Globo, p. 84.

¹³⁵WAGNER, Adriana. *A nova família*. Revista Época de 29 de dezembro de 2003. São Paulo: Editora Globo, p. 84.

¹³⁶OLIVEIRA, Neiva Flávia de. *A afetividade como base do reconhecimento jurídico das entidades familiares*. Belo Horizonte, 2003. Disponível em <<http://www.ibdfam.com.br/trabalhos>>. Acesso em 25 fev. 2004.

reprime a padronização com o seguinte ensinamento: qualquer modelo de construção jurídica de entidade familiar é falha, ou seja, impor-se um paradigma será sempre uma fonte legal ou jurídica de exclusão, ou seja, aquele que não se enquadrar no modelo torna-se marginal, fica à margem do sistema; e na seara do direito de família, quando os arranjos em tre pares conjugais e as opções de organização familiar não forem possíveis, este estabelecimento de paradigma apresenta o nefasto efeito exclusivo.

No âmbito constitucional da monoparentalidade se torna importante a análise da extensão e finalidade assumida pela Constituição Federal de 1988 que é o seu caráter de Constituição-dirigente, posto que a família monoparental está prevista somente no texto constitucional ¹³⁷.

Apreende-se, portanto, que as normas constitucionais de uma Constituição-dirigente são apenas traçadas para que possam ser interpretadas de acordo com o momento social vivido, de modo a adequar as normas à realidade social, não necessitando de reeditar a Carta Maior a cada transformação social, o que seria impraticável e a tornaria obsoleta.

José Afonso da Silva ¹³⁸ enobrece o caráter dirigente da Constituição Federal em vigor, elucidando que: a Constituição de 1988 é exemplo destacado de Constituição-dirigente, enquanto define fins e programas de ação futura, no sentido de uma orientação social democrática. Por isso, ela, não raro, foi minuciosa e, no seu compromisso com as conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social, o enunciado de suas normas assumiu, muitas vezes, grande imprecisão,

¹³⁷Segundo J.J. Gomes Canotilho, Constituição-dirigente é aquela que define o que deve (e pode) uma Constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular adequada e oportuna, as imposições constitucionais, implantando os planos traçados pelo legislador constituinte originário, em inter-relação com a realidade social. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição-dirigente e vinculada ao legislador, *apud* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 40.

¹³⁸SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999. pp.136 e 137.

comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir concretamente. Muitas normas são traduzidas no texto supremo apenas em princípio, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. São estas que constituem as normas constitucionais de princípio programático.

As normas programáticas, inseridas na Constituição -dirigente, também são fundamentos constitucionais do direito de família, que assiste à realização da finalidade social normativa, e são conceituadas como: aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular direta ou indiretamente determinados interesses, limitou -se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado ¹³⁹.

Ao pensar em uma interpretação jurídica da norma constitucional, que desencadeia toda uma inserção da estrutura de significações e não a norma de forma isolada, sendo que cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico ¹⁴⁰, revertendo em um Estado Democrático de Direito, respaldado estaria por princípios como a dignidade da pessoa humana, igualdade entre os filhos, pluralismo familiar e, principalmente, pela da liberdade, refletindo o livre poder de constituir uma comunhão de vida familiar. A interpretação jurídica do artigo 226, § 4º não pode, portanto, ser dogmática, literal e taxativa, o que a tornaria uma norma excludente.

¹³⁹TEIXEIRA, J.H. Meirelles. Curso de direito constitucional. *apud* SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 138.

¹⁴⁰REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 293.

A interpretação precisa ser extensiva de maneira a permanecer como norma de inclusão social do dispositivo constitucional em questão, como apontado pela doutrina e jurisprudência.

A interpretação extensiva é a base hermenêutica para albergar outras formações familiares, inclusive outras formas de família monoparentais no bojo do artigo 226, § 4º¹⁴¹.

Nota-se que há uma discricionariedade de interpretação das normas constitucionais traçadas na Constituição Federal de 1988, que adita a possibilidade de inclusão social de outras constituições familiares em geral e familiares monoparentais na competência legal, posto que não divergem do contexto da Lei Maior.

Destarte, terá que haver um liame para construir a base da família monoparental, para encaixar a interpretação extensiva e chegar à ampliação do artigo 226, § 4º, e com a colaboração de outras áreas do conhecimento, que têm a família como objeto de investigação, a exemplo da psicanálise, que tem a relação familiar fundada na afetividade, como determinante para a sua identificação e validação da relação jurídica afeto-familiar.

2.3.2 A configuração do afeto para a ampliação do rol familiar constitucional: uma questão de hermenêutica

O ordenamento jurídico-constitucional brasileiro emana de uma Constituição Federal como lei fundamental e suprema, que contém

¹⁴¹Sob os ensinamentos de Miguel Reale, interpretação extensiva é o resultado do trabalho criador do intérprete, ao acrescentar algo de novo àquilo que, a rigor, a lei deveria normalmente enunciar, à vista das novas circunstâncias, quando a elasticidade do texto normativo comportar o acréscimo. Desse modo, graças a um trabalho de extensão, revela-se algo de implícito na significação do preceito, sem quebra da estrutura. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 295.

normas aptas a reger um Estado nos seus aspectos políticos, jurídicos, econômicos e sociais.

A Constituição Federal de 1988 desenhóu contornos de uma Constituição-dirigente (analítica) que organiza e regulamenta todos os assuntos que entende relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado¹⁴². E, no que tange à relevância desses assuntos, inseriu no corpo legal a família para balizá-la como “base da sociedade”. (art. 226, *caput*, CF).

A partir do conceito de entidade familiar como espécie do gênero família, a Constituição vigente estabeleceu algumas regras de regência das relações familiares, como os direitos e deveres da sociedade conjugal, exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (princípio da igualdade entre homem e mulher); inseriu, também, que o casamento não era mais indissolúvel, poderia ser dissolvido pelo divórcio, anteriormente previsto pela Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977; o planejamento familiar, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, veda qualquer forma coercitiva de formação familiar; a adoção; a filiação; a assistência mútua – como reflexo do reconhecimento da capacidade afetiva que possui o indivíduo, e que geram direitos e deveres jurídicos, no que se refere à assistência que os pais devem ter para criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores, o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade¹⁴³.

A Carta Magna de 1988, no seu caráter dirigente, baseia-se em normas programáticas para expressão da modificação histórico-social que anexam novos valores sociais e jurídicos, para não ter que torná-la inócua perante os fatos ocorridos na sociedade que ela, a Constituição, ampara.

¹⁴²MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 40.

¹⁴³MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 683.

A avaliação da extensão do programa traçado pelas normas programáticas que, mais que regras-comando, explicita comandos-valores e que conferem elasticidade ao ordenamento constitucional, decaem sobre a sua eficácia e aplicabilidade no contexto social para a consecução de seus fins.

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 que reza: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, é entendido por Maria Helena Diniz¹⁴⁴ como um exemplo de norma programática por não regulamentar diretamente interesses ou direitos, mas por limitar-se a traçar apenas alguns preceitos a serem cumpridos pelo Poder Público.

José Afonso da Silva¹⁴⁵ corrobora, ao dizer que o artigo 226 da Carta Maior se anexa ao bojo das normas programáticas, e completa dizendo que esse artigo tutela mais intensamente os interesses legítimos que fundamentam sua invocação para embasar solução de dissídios em favor de seus beneficiários, encontrando-se no limiar da plena eficácia. No artigo em questão, os beneficiários são os integrantes da família.

O problema, que se coloca agudamente na doutrina recente, consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática, estabilizando a justiça social¹⁴⁶. Mas, o que é a justiça social?

¹⁴⁴DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, *apud* MORAES, Alexandre de. *op. cit.* p. 43.

¹⁴⁵SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 176.

¹⁴⁶SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 138.

Segundo José Afonso da Silva¹⁴⁷, a justiça social será “aquela em que cada um deve poder dispor dos meios materiais de viver confortavelmente, segundo a sua natureza física, espiritual e política”. O ordenamento jurídico é ditado por normas e princípios que norteiam a sistemática da realização da justiça.

A ressonância da problemática é remetida à eficácia e à aplicabilidade das normas. As normas jurídicas, inclusive as constitucionais, são criadas para reger relações sociais, condutas humanas; enfim para serem aplicadas.

“Aplicabilidade exprime uma possibilidade de aplicação, uma atuação concreta da norma, que tem por objetivo descobrir os modos e os meios de amparar juridicamente um interesse humano¹⁴⁸. Portanto, uma norma só é aplicável à medida que seja eficaz, constituindo aplicabilidade e eficácia, fenômenos conexos, indicando potencialidade e praticidade, consecutivamente. O alcance dos objetivos da norma constitui na efetividade que é a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular situação, relações e comportamentos sociais. Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, fala-se em eficácia social em relação à efetividade, porque “o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer”¹⁴⁹.

E como se aplica a lei? Segundo Carlos Maximiliano¹⁵⁰, aplica-se a lei interpretando.

¹⁴⁷SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 141.

¹⁴⁸SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 53.

¹⁴⁹SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 66.

¹⁵⁰MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito, *apud* SILVA, José Afonso da. *op. cit.* p. 51.

Alexandre de Moraes¹⁵¹ aponta a aplicabilidade das normas constitucionais a partir de regras de hermenêutica, aduzindo que: o conflito entre direitos e bens constitucionalmente protegidos resulta do fato de a Constituição proteger certos bens jurídicos como a família, o idoso, que podem vir a envolver-se numa relação de conflito ou colisão. Para solucionar esse conflito, compatibilizando-se as normas constitucionais, a fim de que todas tenham aplicabilidade, a doutrina aponta diversas regras de hermenêutica em auxílio ao intérprete.

Interpretar uma lei, consoante Miguel Reale¹⁵², é compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de determinar o sentido de cada um de seus dispositivos, sendo somente assim aplicável. Completa o mesmo autor dizendo que ao hermeneuta contemporâneo é dado o cuidado de saber em que consiste o fim social da lei, no seu todo, pois é “o fim que possibilita penetrar na estrutura de suas significações particulares. O que se quer atingir é uma correlação coerente entre ‘o todo da lei’ e as ‘partes’”. Ao processo interpretativo cumpre reconhecer os valores das partes inseridas na estrutura da lei, por sua vez inseparável da estrutura do sistema e do ordenamento.

“Toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística), fundada na consistência axiológica (valorativa) do Direito”, não podendo ser contestado o caráter criador da hermenêutica jurídica nesse árduo trabalho de cotejo dos enunciados lógicos e axiológicos para atingir a real significação da lei; tanto mais, esse confronto não se opera no vazio, mas só é possível mediante contínuas aferições no plano dos fatos, em função dos quais as valorações se enunciam¹⁵³.

¹⁵¹MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 13. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 43.

¹⁵²REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 24. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 291.

¹⁵³REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 24. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 293.

No direito, o intérprete pode dar à lei uma significação imprevista, completamente diversa da esperada ou querida pelo legislador, em virtude de sua compreensão, à luz de novas valorações emergentes no processo histórico¹⁵⁴.

A interpretação extensiva é exatamente o resultado do trabalho criador do intérprete, ao acrescentar algo de novo àquilo que, a rigor, a lei deveria normalmente enunciar, à vista das novas circunstâncias, quando a elasticidade do texto normativo comportar o acréscimo¹⁵⁵.

A interpretação é, portanto, fator de construção do sistema jurídico. É impossível pensar as tramas jurídicas sem a atividade exegética¹⁵⁶.

A família contemporânea, valorizada em cada um dos seus integrantes, opõe-se aos modelos tradicionais onde era indiferente a presença do amor e do afeto. Como lembra Caio Mário da Silva Pereira¹⁵⁷, “substituiu-se a organização autocrática por uma orientação democrático - afetiva. O centro de sua constituição deslocou -se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor”.

Embora louvável a atitude do constituinte, a configuração tripartite da família (casamento, união estável e família monoparental) mostra-se insuficiente para abranger outras espécies de família e, portanto, também outras modalidades de família monoparental existentes, de fato, na sociedade¹⁵⁸.

¹⁵⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 24. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 294.

¹⁵⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 24. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 295.

¹⁵⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direito e interpretação: sentido das normas jurídicas. In: *Curso de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. pp. 479-483.

¹⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.5. p. 19.

¹⁵⁸ GREGÓRIO, Ricardo Algarve. *A família monoparental brasileira: novas modalidades e situação legal*. Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/trabalhos>>. Acesso em 25 fev. 2004. *op. cit.*

A inserção do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, como norma programática, extravasa a pretensão de utilizar o caráter dirigente da constituição pátria vigente, que se conceitua como “uma Constituição incompleta que exige complementação legislativa posterior para que as normas programáticas ganhem eficácia e aplicabilidade¹⁵⁹”, juntamente com as regras de hermenêutica serão os meios utilizados para interpretar a família além do rol constitucional.

A proteção que o Estado declinou para a família não foi especificada pelo legislador constituinte, cabendo, por esse motivo, a anexação do artigo 226 sob a égide de norma programática. E, como o conceito de família está em transformação, serão necessários alguns elementos para identificar a formação familiar além do *numerus clausus*, para obter a proteção que vier a ser adjetivada por eventual lei complementar.

Ricardo Algarve Gregório¹⁶⁰, ao tratar exclusivamente da família monoparental, considera como critérios para a pretendida extensão: a) convivência e afeto e b) dependência econômica e parentalidade. Já, como demonstrado, para Paulo Luiz Netto Lobo¹⁶¹, prescinde de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Despreza-se a dependência econômica, pois as famílias contemporâneas são configuradas pelo afeto, como já demonstrado, com o que concordou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o seguinte acórdão:

¹⁵⁹FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 75.

¹⁶⁰GREGÓRIO, Ricardo Algarve. GREGÓRIO, Ricardo Algarve. *A família monoparental brasileira: novas modalidades e situação legal*. Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/trabalhos>>. Acesso em 25 fev. 2004.

¹⁶¹LÔBO, 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*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002. p. 91.

CONCUBINATO. INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ENTIDADE FAMILIAR. REPÚDIO À MONETARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES AMOROSAS. AUSÊNCIA DE PROVA.

Incabível o pleito. Primeiro, porque a indenização por serviços prestados não encontra amparo legal em nosso ordenamento. O ressarcimento não condiz com o tratamento constitucional dispensado às uniões livres, agora elevadas à entidade familiar, assim como ofende ao princípio da dignidade humana. Segundo, porque os cuidados dispensados pela concubina decorrem do vínculo de solidariedade, carinho e afeto, os quais não têm expressão econômica, não podendo ser dimensionados em pecúnia. Os tribunais reiteradamente têm se posicionado contrários a essa postulação, aduzindo não haver tal direito e repudiando a monetarização das relações amorosas, não sendo reconhecido o ressarcimento quer se trate de casamento, conúbio ou união estável. Terceiro, porque do exame do caderno processual extrai-se que os litigantes dispensaram a produção de provas, não se desincumbindo a autora de demonstrar os fatos constitutivos de seu direito (artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil). Ainda que reconhecida a relação concubinária havida, cumpria a ela comprovar a efetiva prestação de serviços e/ou locupletamento do varão¹⁶².

Ainda Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁶³ afirma: qualquer tipo familiar não expressamente mencionado pelo legislador possui as mesmas características daqueles que constam no texto constitucional. Dentre as características avançadas pelo autor está “a afetividade, como fundamento

¹⁶²BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão em apelação cível n. 70007609969-RS. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. DJ, 17 set. 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/rpesq.php>. Acesso em: 16/04/2004.

¹⁶³LÔBO, 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*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002. p. 91.

e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico”. E sustenta que a enumeração constitucional é cláusula aberta e não taxativa, como pensam os mais conservadores, dispondo que é esta meramente exemplificativa.

A família constrói sua realidade através da história compartilhada de seus membros e caberá ao Direito, diante dessas novas realidades, criar mecanismos de proteção visando especialmente às pessoas em fase de desenvolvimento.

Quanto à parentalidade como critério a possibilitar o acréscimo de outros tipos de família ao rol constitucional, numa análise extensiva, assim como já se deu no Direito Romano onde a classificação era feita de acordo com a relação de dependência entre as pessoas que compunham a família, é preciso considerar o parentesco advindo do sangue (o antigo vínculo de *cognatio*) e mais, aquele que no citado Direito Romano por um determinado período realmente uniu pessoas de um mesmo grupo (*agnatio*).

Não se pode esquecer que, no direito romano, o vínculo de parentesco que prendia tanto os membros da família *iure proprio*, quanto os membros da família *iure communi*, era a agnação (*agnatio*)¹⁶⁴ e tampouco se pode esquecer a mutabilidade sofrida por esta parentalidade no decorrer da história.

Portanto, fica fácil considerar o vínculo afetivo como elemento capaz de gerar vínculo de parentalidade, como na paternidade socioafetiva. Somando-se este a outros elementos poder-se-ia chegar a tipos vários de família, onde reinaria a estabilidade e ostensibilidade, como a fama e tratamento exigidos na posse de estado de filho, semente embrionária da já mencionada paternidade afetiva.

¹⁶⁴CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 89.

E mais, chegar-se-ia à possibilidade que objetiva esta tese. Se o afeto é elemento essencial na formação da organização familiar, aceito como um princípio constitucional. Se é ele capaz de criar relação jurídica parental como na paternidade socioafetiva e estender o entendimento dos tipos de entidades familiares amparados pela Constituição, já que o artigo 226 da Constituição Federal é aceito como norma programática, num compêndio dirigente – portanto, carecedor de complementação para dar eficácia àquele – que se somando as regras de hermenêutica interpreta-se além daquelas formas, constantes do texto constitucional, lançam-se aqui dúvidas e soluções que se pretende provar.

Pode-se ter irmãos de fato, parentes pelo afeto, estabilidade, ostensibilidade, tratamento e fama?

2.3.3 Hipóteses para interpretação do rol familiar para além da possibilidade constitucional

Partindo-se do artigo 226 da CF: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (...) § 4º. Entende-se, também, como entidade familiar, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e contando com o móvel do afeto como preceito basilar da inovação no rol monoparental pautado pela democracia em termos de construção familiar que impõe que se considere legítima qualquer forma de família constituída sob essa base¹⁶⁵, da constituição monoparental por, no mínimo, duas pessoas inicialmente parentas entre si, e sob a égide da constante permanência desse grupo. Examina-se o artigo em questão, a partir de uma interpretação gramatical para se chegar a uma interpretação extensiva da norma e sua efetiva aplicabilidade.

¹⁶⁵OLIVEIRA, Neiva Flávia de. *A afetividade como base do reconhecimento jurídico das entidades familiares*. Belo Horizonte, 2003. Disponível em <<http://www.ibdfam.com.br/trabalhos>>. Acesso em 25 fev. 2004. *op. cit.*

A palavra *também*, enunciada no artigo constitucional em voga, é a primeira a se inserir na regra de hermenêutica. *Também*, que já foi um advérbio e hoje se insere na classe denominada de palavra ou expressão denotativa, é empregado com uma significação copulativa¹⁶⁶, ou seja, no sentido jurídico serve para ligar as famílias monoparentais ao contexto constitucional, denotando, a partir dessa simples palavra, a designar, pela primeira vez, uma norma de inclusão dessa expressiva família monoparental existente na sociedade.

Relevando em análise jurídica o termo descendente, tem-se que, descendente é uma pessoa que procede de um tronco comum e, pelo teor do direito de família brasileiro é denominado de parentesco em linha reta que, segundo Maria Helena Diniz¹⁶⁷ é: o grau de parentesco contado pelo número de gerações, ou seja, de relações existentes entre genitor e gerado. Tantos serão os graus quanto forem as gerações, e, por mais afastadas que estejam as gerações, serão sempre parentes entre si pessoas que descendem umas das outras.

Incontestável está que, se não há limitação ao grau de parentesco em linha reta, o descendente pertence a esse parentesco, e a linha reta é *ad infinitum*, inserem-se no conceito de monoparentalidade, além de mães ou, excepcionalmente, pais solteiros que pretendem assumir sozinhos os seus papéis, os divorciados, separados e viúvos com os filhos, a aderência, nesse modelo familiar, dos avós que criam seus netos; dos bisavós que criam seus bisnetos e assim sucessivamente, posto que declinam da linha descendente do direito sucessório e, deste modo, para serem amparados, ao menos, pela previsão constitucional, desde que contenha os elementos que aqui se identificam como caracterizadores,

¹⁶⁶SAVIOLI, Francisco Platão. *Gramática em 44 lições*. 14. ed. São Paulo: Ática, 1988. p. 369.

¹⁶⁷DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v.5. p. 370.

essencial do núcleo monoparental (afeto, mínimo de duas pessoas e permanência até a maioridade). Nessa composição, exclui-se a possibilidade de ligações entre pessoas por meio de tutela, guarda e curatela, porque tais institutos são assistenciais e não geram uma relação de parentesco.

Pela linha colateral entende-se: “aquelas pessoas que, provindas de tronco comum, não são descendentes umas das outras¹⁶⁸” e, o Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406/02, reduziu o liame desse parentesco até o quarto grau, pois, após esse limite, há a presunção de que existe um grande afastamento, deixando à míngua o afeto e a solidariedade que servem de apoio às relações de direito¹⁶⁹.

Assim é o caso da família monoparental, composta por filhos solteiros que convivem na mesma casa sem a presença dos ascendentes, seja pela orfandade ou por opção. Deste modo, corrobora o seguinte julgado:

EMENTA: Apelação Cível. Embargos de Terceiro. Legitimidade da ENTIDADE FAMILIAR, inclusive, dos filhos do casal proprietário do imóvel. Os filhos que residem no imóvel residencial de seus pais são partes legítimas para defender a impenhorabilidade do imóvel por intermédio dos embargos de terceiros. Ainda que a origem do débito seja de locação, e os pais sejam fiadores, aos filhos, que têm posse própria em razão da ENTIDADE FAMILIAR, não pode ser legitimamente invocada a

¹⁶⁸DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v.5. p. 369.

¹⁶⁹GOMES, Orlando. *Direito de família*, apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v.5. p. 370.

penhorabilidade decorrente da fiança, relação da qual não participam. Sentença desconstituída. Apelo Provido¹⁷⁰.

A afinidade é outro aspecto do parentesco que poderá gerar uma família monoparental, sendo, nesse aspecto, o afeto como elemento que ressalta a configuração monoparental, pois decorre de um ato totalmente voluntário de ter aquela pessoa como seu ente. Esse parentesco se estabelece por determinação legal (CC, art. 1.595), “sendo o liame jurídico estabelecido entre um consorte, companheiro e os parentes consangüíneos do outro, nos limites estabelecidos na lei, limitando -se aos ascendentes, descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro”¹⁷¹. Se, caso um dos cônjuges ou companheiro falecer e o cônjuge ou companheiro supérstite encontrar-se só com o enteado, este não poderá ter a proteção do Estado a seu favor, configurando em uma família monoparental? Provavelmente sim, pois, se realmente tiver interessado em prover este novo lar, e aquele menor já estiver identificado àquela pessoa como um ente estimado, essa família monoparental estará sobre o amparo do afeto que representa o alicerce das famílias contemporâneas, de modo a inseri -los sob a proteção legal. Partindo dessa premissa, a legislação previdenciária (Lei nº 8213/ 91) equiparou enteados a filhos¹⁷² para configurá-los como dependentes do benefício do padrasto ou madrasta.

¹⁷⁰BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão em apelação cível n. 70.006.920.342-RS. Relatora: Helena Ruppenthal Cunha. DJ, 17 set. 2003. Lex: Coletânea de Legislação e Jurisprudência, São Paulo, v.2, n.5, jan. 1990. pp. 7-14. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/rpesq.php>. Acesso em: 04/11/2003, às 10h23min.

¹⁷¹DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v.5. p. 368.

¹⁷²A Lei 8.213, de 24 de julho de 1991 (anexo II), no Título III – Regime Geral de Previdência, Capítulo I – Dos beneficiários, Seção II – Dos dependentes, assim enuncia: Art. 16. § 2º. O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filhos, mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (*Redação dada pela Lei n. 9.528, de 10.12.97*).

Muito embora o texto do art. 226, § 4º, da Carta Constitucional, limite a família monoparental somente a dois ou mais parentes em linha reta¹⁷³, como demonstrado, as normas constitucionais são passíveis de interpretações, para que tenham eficácia e aplicabilidade no encadeamento social, que, mesmo respeitando os requisitos finitos dados pelo próprio legislador para manter o sentido da norma, percebe-se que essa interpretação proposta do artigo 226, juntamente com o seu § 4º, não destoa do todo do ordenamento jurídico, porque respeita os conceitos jurídicos, como parentesco, descendência sempre respalda da pela limitação legal.

Há também uma coerência entre os valores calcados no texto constitucional e a interpretação buscada, pois está de acordo com os princípios péticos da dignidade da pessoa humana, da liberdade, salientando o caráter da família como base da sociedade, a partir de uma proteção legal mais ampla, posto que existe ocorrência dessas formações familiares no mundo fático, comprovando a juridicidade da interpretação que partiu de conceitos jurídicos solidificados, fazendo com que a interpretação extensiva se molde na ideologia social vigente, e faça do sistema jurídico um sistema funcional, eficaz e aplicável.

Se em relação aos avós e netos não há dúvida que vença uma simples interpretação gramatical do texto constitucional, como poderia ser solucionado o caso de tias-avós, que, tendo abdicado de um casamento, criam seus sobrinhos-netos, com afetividade, ostensibilidade, parentalidade adstrita ao 4º grau na colateralidade, obviamente sem descendência ou ascendência, mas que, cuidando destes menores órfãos, terão que viver alijados da lei?

¹⁷³GREGÓRIO, Ricardo Algarve. *A família monoparental brasileira: novas modalidades e situação legal*. Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/trabalhos>. Acesso em 25 fev. 2004.

E a filha da mulher do pai, que por motivos vários reste solitária aos cuidados daquela com quem cresceu e foi educada? Daquela que julga sua irmã sem sê-la – a filha do marido da mãe, formariam apenas uma “república” ou “comunidade”? E toda a vida que viveram juntas, as experiências, o afeto? Entre elas não há parentalidade, embora haja ostensibilidade e muito, muito afeto. O que fazer?

“O afeto deveria ter sido considerado de forma explícita pelo legislador constituinte como um valor jurídico a transformar determinadas situações familiares fáticas em verdadeiras relações jurídicas”¹⁷⁴. Portanto, para que a família não seja marginalizada, estabelecida por um padrão, o ponto de partida para se desenvolver projetos de atenção à família é olhar para esse agrupamento humano como: um núcleo em torno do qual as pessoas se unem por razões afetivas, dentro de um projeto de vida em comum em que compartilham um cotidiano e, no decorrer das trocas intersubjetivas, transmitem tradições, planejam seu futuro, acolhem-se, atendem os idosos, formam crianças e adolescentes. (...) As trocas afetivas na família imprimem marcas que as pessoas carregam a vida toda, definindo direções no modo de ser com os outros afetivamente, e no modo de agir com as pessoas. Esse ser-com-os-outros, apreendidos com pessoas significativas, prolonga-se por muitos anos e, freqüentemente, projeta-se nas famílias que se formam posteriormente¹⁷⁵.

¹⁷⁴GREGÓRIO, Ricardo Algarve. *A família monoparental brasileira: novas modalidades e situação legal*. Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/trabalhos>. Acesso em 25 fev. 2004.

¹⁷⁵SZYMANSKI, Heloisa. Viver em família como experiência de cuidado mútuo: desafios de um mundo em mudança, *apud* LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Belo Horizonte, 2003. Disponível em <<http://www.ibdfam.com.br>>. Acesso em 25 fev. 2004.

CAPÍTULO 3

DA FAMÍLIA RECOMPOSTA

A evolução da família no direito civil ocidental até as mudanças que ela vem sofrendo no direito pátrio e comparado propicia a aceitação de modelos outros de família que não aquele modelo germânico da família nuclear. Como demonstrado no Brasil, sua evolução começa a ser percebida no texto constitucional de 1988, para logo em seguida estagnar-se, prostrando-se diante de uma reforma legislativa (Código Civil) apresentada como revigorante e essencial, em oposição à sua verdadeira realidade, de mantenedora de um sistema arcaico, preconceituoso e ultrapassado – em que pese ao sistema de cláusulas gerais e conceitos vagos.

O modelo de família romana, formatado como um grupo de pessoas dirigidas em absolutismo pelo *paterfamilias*, onde a mulher ocupava uma posição secundária, passando da *manus* do pai ao parentesco por *agnatio* do marido, evoluiu para o modelo nuclear, composto pelo pai, mãe e filhos, que, dada a evolução de costumes, também não mais atende aos preceitos humanitários e de felicidade que campeia a família moderna.

São cada vez mais comuns os núcleos chefiados por mulheres, casais com filhos de casamentos anteriores convivendo com rebentos da nova união, mães criando filhos sem pai por perto, pais criando filhos sem mãe por perto, casais sem filhos e por aí vai.

O modelo monoparental, como já abordado, e a família socioafetiva já são modelos legal e juridicamente admitidos. A evolução da genética, através da procriação assistida, chega a dissociar paternidade e maternidade da relação sexual. A “produção independente” chega à sofisticação de possibilitar a escolha do sexo, cor dos olhos, da pele e

traços de personalidade – A MATERNIDADE NÃO É MAIS CERTA. Isso sem falar na adoção, que toma por filho terceiro estranho, dando a isonomia de filiação em todos os direitos e deveres.

Somam-se a estes dados outros elementos de comportamento sexual, como o aumento do número de “uniões estáveis” entre homossexuais, a tendência à experiência sexual, convivência sexual de jovens com consentimento (e até hotelaria) dos pais. A família tradicional morreu e em seu lugar não nasce uma nova família e sim novas famílias, novos modelos que permeiam a busca pela felicidade.

Elisabeth Roudinesco¹⁷⁶ espanta-se ao constatar que os homossexuais, homens e mulheres, manifestam o desejo de se “normalizar”, reivindicando o direito ao casamento, à adoção e à procriação medicamente assistida, enfim, ao adotarem a ordem familiar que outrora repudiavam.

O casamento há muito não é indissolúvel e sequer é a forma exclusiva de constituição familiar. O amor eterno passou a ter a eternidade de sua durabilidade e recasar é cada vez mais comum, obedecendo à finalidade do divórcio, por reiteradas vezes.

As novas uniões familiares trazem inscritas em si a trajetória de fracassos e o senso determinado da busca de felicidade, de frustrações e sonhos de realização numa definição menos romântica da vida. A árvore genealógica hoje tem mais galhos e eles são cada vez mais intrincados. Com isso os laços de parentesco, por si só, não são garantia de nada.

¹⁷⁶ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003. p. 7.

Como dizia Bernard Shaw¹⁷⁷, ninguém é melhor por ter nascido em determinado país ou família.

E pensando nos filhos destas famílias recompostas, facilmente se percebe que eles têm que aprender a dividir quartos com meio-irmãos, ou nada-irmãos e muitas vezes o amor escasso dos meio-pais e mães.

Surge assim a família reconstituída ou recomposta, porque, admitir que a fisionomia da família tenha mudado não é aceitar o fim da família tradicional, mas é concluir que esta não mais pode servir como único paradigma para a sociedade do futuro, pelo surgimento de novas e variadas estruturas familiares, que constituem etapas do ciclo vital familiar de uma mesma pessoa. Assim, uma pessoa casada com filhos, que se divorcia e volta a casar-se, experimenta um modelo de família nuclear de primeiras núpcias, depois uma família monoparental e, em seguida, uma família reconstituída; se enviúva, volta a monoparentalidade. Nesse ciclo, as famílias se constituem, se desintegram e se reconstituem, agora com membros adicionais¹⁷⁸.

Desta seqüência, destaca-se a família reconstituída ou recomposta. Entende-se por família reconstituída a estrutura familiar originada de um novo casamento ou de uma nova união, depois de uma ruptura familiar, quando um dos integrantes do casal, ou ambos, tem filho ou filhos de uma relação precedente. Simplificando, dentro do que já foi dito, é a entidade familiar em que um dos adultos, ao menos, é um padrasto ou uma madrasta¹⁷⁹. Ou ainda, é a família na qual, ao menos uma das

¹⁷⁷PAULO, João. *Quanto menos família melhor*. In: Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de direito de família n. 24 - ano 4 – jan./fev., 2004. Porto Alegre: Síntese, p. 5, 2004.

¹⁷⁸GRISARD FILHO. Waldir. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 658.

¹⁷⁹VISHER, Emily B.; VISHER, John S. *Stepfamilies: a guide to working with stepparents e stepchildren*. California-USA: Brunner/Manzel, 1.070, apud GRISARD

crianças é de uma união anterior de um dos cônjuges e vive sob o mesmo teto.

Nesta definição podem se enquadrar tanto novas uniões de pais ou mães viúvos, como as de pais ou mães separados ou divorciados, e de pais ou mães solteiros, excluindo-se somente as uniões de não-pais, não levando em conta as uniões sem filhos de uma outra união anterior, pois as relações entre um dos cônjuges ou companheiros com os filhos do outro é o eixo central que define e especializa esta nova forma de organização familiar.

Entendendo-se esta especificidade, deve esta entidade familiar ser estudada sob parâmetros próprios, já que sua estrutura não é objeto de regulação pelo direito. Se esta família recomposta une duas ou mais famílias com características e modos de relação diferentes, em que circulam e convivem crianças e adolescentes de distintos casamentos e convivências, ela promove múltiplos vínculos e nexos à medida que presente e passado tenham que se harmonizar. Os sujeitos neste modelo de família experimentam enormes dificuldades com relação ao tempo, ao espaço e à autoridade que lhes correspondem. Surgem novas regras que precisam ajustar-se às anteriores para a construção de uma identidade própria do novo grupo, enquanto seus integrantes vivenciarem condições individuais, culturais e sociais diferentes.

Em que pese à inércia do direito no tratamento de questões tão relevantes para este grupo de pessoas, e à divergência entre demógrafos americanos¹⁸⁰, para quem só é padrasto ou madrasta o cônjuge ou

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

¹⁸⁰CHERLIN; FUSTEMBERG JR., *apud* GROSMAN *et* ALCORTA, *apud* GRISARD FILHO, Waldir. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações.

convivente do genitor guardião, e não aquele que vive com o genitor que não detenha a guarda do menor. Já, na doutrina francesa¹⁸¹, para a qual o que se considera é todo o sistema familiar integrado pelo novo núcleo, o qual se constitui articulado com os vários subsistemas familiares anteriores (compreendendo o lar do genitor guardião e o do não-guardião e os parentes afins de cada um deles), o fato é que a cada dia, mais e mais, menores se expõem a estas relações, que devem, pelo princípio da proteção integral, contribuir da melhor maneira para a formação física, psíquica e intelectual deste menor. Por informação colhida na *Stepfamily Asociacion of America*¹⁸², estimava-se que na virada do século o número de crianças que se criariam em famílias reconstituídas seria superior aos que se criariam em famílias de primeiras uniões. No Brasil, o censo não aponta com números, sendo certa uma tendência reducionista de casamentos e o crescimento na taxa de rompimentos afetivos, formando um crescente número de famílias monoparentais que podem se recompor através deste novo reconhecimento institucional.

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) de 2001 aponta para a crescente proporção de famílias compostas por mulheres sem cônjuge e com filhos, passando de 15,1% em 1992 para 17,1% em 1999, atingindo o percentual de 17,8 em 2001.

As famílias recompostas são hoje uma legião, o que justifica o estudo de sua estrutura, funcionamento e normas que regulam as relações interpessoais de seus integrantes, não cabendo ao Direito ignorar sua

Parentesco e autoridade parental. In: *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

¹⁸¹THÉRY. In: MEULDERS-KLEIN; THÉRY (Dir.). *Les recomposicion familiares aujourd'hui*, pp. 6-21, *apud* GRISARD FILHO. Waldir. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

¹⁸²Informação disponível em: <http://www.flyingsolo.com/vew-article.asp>.

existência em nossa sociedade. Não cabendo ao Direito ignorar que desta convivência múltipla nascem relações afetivas indestrutíveis que criam vínculos entre seus membros – vínculos de parentesco, que se estenderão vida a fora, contribuindo para a formação da personalidade de cada qual, gerando estruturas para sua dignidade, para uma vida digna.

3.1 Denominações e os casos possíveis de ocorrência no âmbito da família recomposta

Ao tratar das famílias recompostas na doutrina francesa, Gérard Cornu¹⁸³ dizia procurar um nome novo para uma situação antiga, explicando ser a presença, no mesmo lar, de filhos de vários leitos, pelo recasamento, após óbito ou divórcio.

Informam Cecília P. Grosman e Irene Martínez Alcorta¹⁸⁴ que, na Argentina, chamam-se *famílias ensambladas*. Na Inglaterra usa-se o termo *remarriage*. Nos Estados Unidos da América, pode ser *step-families*, mas fala-se também de *blended families* (famílias mistas). Na Alemanha, *patchwork* e, *familles recomposées* na França¹⁸⁵.

O termo “família” se presta a designar o que se origina de primeira formação ou união, dependendo de sua forma de constituição. Designa, quase sempre, grupo originado do mesmo tronco ancestral, por origem consangüínea, sob a autoridade de um mesmo pai – modelo

¹⁸³CORNU, Gerard. *Droit civil: La famille*, Monchrestien: Paris, 4. ed., 1994, p. 27, apud, GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusiva o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 157.

¹⁸⁴GROSMAN, Cecília P. et ALCORTA, Irene Martínez. *Les seconds familles (família Ensamblada)*, in: *Regards sur le Droit de la Famille dans le Monde*, direção de Jacqueline Rubellin-Devichi, Presses Universitaires de Lyon. 1999, pp. 55-63. Apud GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusiva o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 157.

¹⁸⁵FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser et RÖRHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: *Anais do V Congresso brasileiro de direito de família*. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 507.

romano. Ou ainda se refere ao modelo germânico, no qual há pai, mãe e filhos. E quando um dos pais não é pai de todos os filhos, apenas de alguns, embora o seja marido de sua mãe?

Waldyr Grisard Filho¹⁸⁶ entende que, se referir a esta pura e simplesmente por família de nova formação, ocultar-se-ia seu significado, sem referência às diferenças que apresenta em relação aos novos vínculos sociais e afetivos.

Em algumas ciências psicossociais, são estas famílias designadas por negação, por exemplo, famílias não-intactas ou famílias não-biológicas. No ramo do direito, em estudos tem-se usado famílias reconstituídas, uma vez que se parte do uso corriqueiro da expressão constituir família. Se a primeira formação é constituída, as demais poderiam se firmar como reconstituídas.

Como em regra, esta família nasce de uma composição primeira de família que se decompõe e posteriormente se recompõe, ganha feição de família recomposta. O prefixo “re”, embora possa dar idéia de repetição da primeira formação, significa uma mudança, uma mudança de composição, uma nova composição, não só de formato, como nos inter-relacionamentos de seus membros, sugerindo por vezes a redesignação de todos aqueles que a integram.

No entanto, têm sido feitos vários estudos em relação a esta família e sua pluralidade de relações parentais, o que por vezes a batiza de família plural ou pluriparentais. Recentemente, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira desenvolveu uma preleção no V Congresso Nacional de Direito de Família, promovido pelo IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família –, realizado de 26 a 29 de outubro de 2005, em Belo

¹⁸⁶GRISARD FILHO. Waldyr. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 660.

Horizonte/MG, anais publicados¹⁸⁷, onde se nominou esta família, como família mosaico¹⁸⁸, uma vez que se refaz de vários cacos, desenhando uma nova figura, como num mosaico artístico¹⁸⁹.

Como a família recomposta - denominação que se prefere adotar no presente trabalho – é parte de uma nova formação, precisa-se primeiro entender a designação de seus membros, para propiciar seu estudo.

O novo marido da mãe, como sabido ordinariamente, é chamado de padrasto, a nova esposa do pai, de madrasta, e o filho do cônjuge ou companheiro, de enteado e enteada. Como as relações jurídicas que se fixam entre cônjuge e companheiro e os filhos do outro constituem em relações de parentesco por afinidade, nos termos do artigo 1.595 do Código Civil, é de fácil entendimento que ao padrasto se denomine pai - afim, e a madrasta, mãe-afim. Assim como aos enteados, de filhos-afins.

Tais denominações poderiam se confundir com sogro e sogra, que, pelo mesmo raciocínio, igualmente poderiam ser chamados de pai e mãe-afim.

No entanto, lacunas pairam inclusive nas denominações dos novos membros desta família recomposta, quanto mais em relação aos vínculos jurídicos que dela emanam. Como seriam denominados aqueles que, sendo filhos de pais distintos são criados como irmãos? Para facilitar o entendimento de proposições que serão aduzidas, neste trabalho se opta por irmãos de fato.

¹⁸⁷FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser et RÖRHMAN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: *Anais do V Congresso brasileiro de direito de família*. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 507.

¹⁸⁸Do it., *mosaico* – Embutido de pequenas pedras ou de outras peças de cores que, pela sua disposição, aparentam desenho. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, Ed. Nova Fronteira.

¹⁸⁹Segundo a citada palestrante, FACHIN, Luiz Edson quem usou pela primeira vez a expressão “Família Mosaico”, em 1990. In: *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 289.

A recomposição da família atende a características outras que a composição da família ou famílias precedentes. Cada uma traz uma história própria de sua família de origem, em que cada um tinha uma função preestabelecida, para em sede de recomposição ter que se adaptar as duplicidades, dois pais, duas mães, novos avós, tios e primos, e construir vínculos que se formam apenas com o tempo como o dos irmãos comuns e outros de uniões anteriores, que, sem ser de sangue, “o são em seu cotidiano por laços de sentimentos fraternos”¹⁹⁰.

Para Cecília Grosman e Irene Martínez Alcorta, a família recomposta tem algumas características, como:

*(...) a) es una estructura compleja formada por una multiplicidad de vínculos; b) existe ambigüedad en los roles; c) la interdependencia, que es principio básico de cualquier organización, requiere concretarse en este caso con los subsistemas familiares precedentes y, por consiguiente, es necesario articular los derechos de los integrantes del nuevo núcleo con los derechos de quienes componen aquellos subsistemas*¹⁹¹.

Forma-se uma organização familiar diferente, com interações próprias e flexibilidade de sucessivas recomposições. Os adultos, muitas vezes, ao cumprir suas funções sobrepõem-se aos pais biológicos, mesmo que estes sejam vivos, fazendo aparecer conflitos de autoridade, gerando uma vida complexa.

Os meus, os seus, os nossos devem ser acrescidos do meu ex-marido ou companheiro, sua ex-esposa ou companheira e o amor dosado igualmente para que não alimente ciúmes. Quanto maior for o filho do cônjuge ou companheiro, mais irreal será a paternidade instantânea; quanto

¹⁹⁰GRISARD FILHO, Waldir. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 662.

¹⁹¹GROSMAN, Cecília P. e ALCORTA, Irene Martínez. *Famílias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio*. Editorial Universidad: Buenos Aires, 2000, p. 63.

menor for o irmão de fato, tão ou mais irreal será a parentalidade instantânea.

Não pode ser entendida a família recomposta como um bando de pessoas vivendo sob o mesmo teto, sob pena de se perder o controle das relações interpessoais. É preciso que um vínculo de afeto se forme entre estes indivíduos, e o amor não é instantâneo.

Las familias que se constituyen se amplían por la confluencia de nuevos vínculos: la pareja del progenitor, cónyuge o conviviente, hermanos, fruto de la unión conformada, y otros ‘hermanos’ – los hijos de quien se ha unido al padre o la madre –, que, sin ser “de la sangre” pueden hallarse enlazados por sentimientos fraternos (...) ¹⁹².

É natural que o vínculo biológico seja mais forte na concretização do afeto, mas, por vezes o contrário pode se firmar, sendo o nexos psicossocial mais verdadeiro que o vínculo biológico.

E se é verdade, como afirmado por Luiz Edson Fachin ¹⁹³, que “a disciplina jurídica das relações de parentesco entre pais 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 a vida, na qual pessoas espelham sentimentos”, há uma parentalidade em construção, que tanto pode se dar em relação aos pais e filhos afins, como em relação aos irmãos de fato.

O ordenamento jurídico pátrio, enquanto sistema, enlouquece em dicotomias, não podendo, no entanto, ser criticado portanto, uma vez que os pais afins, na família recomposta, não têm claro seu papel e funções, e os avós afins não sabem como se relacionar com o meio-irmão de seu neto de sangue, que também carrega seus apelidos de família. Pode ser que os pais afins queiram exercer papéis em substituição – como verdadeiros pais e mães –, o que levaria a conflitos, mesmo que o pai e/ou a mãe de

¹⁹²GROSMAN, Cecilia P. et ALICORTA, Irene Martínez. *Familias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000, p. 64.

¹⁹³FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 29.

direito estejam mortos, pois estes são partes da história de seu filho ou filha. Outras vezes, pode ser que os pais afins entendam que ocupar função por substituição seja intromissão indevida.

Se a lei não outorga, em nosso ordenamento, direitos aos pais afins, não podendo estes postular alimentos em caso de necessidade, estabelecer regime de visitas ou de guarda – salvo pelo atendimento do melhor interesse do menor – pelo direito penal, se cometerem delitos contra seus filhos afins, terão suas penalizações agravadas por serem pais afins ¹⁹⁴.

*(...) em las famílias ensambladas, prácticamente no hay lineamentos institucionales ni normas que guíen la conducta de sus integrantes, situación esta que trae aparejada la ambigüedad em los roles (...)*¹⁹⁵.

Maria Berenice Dias¹⁹⁶, utilizando-se de uma expressão de autoria de Sérgio Resende de Barros¹⁹⁷, discorre sobre a família anaparental¹⁹⁸, definindo-a como a convivência entre parentes, sem contar com pai nem mãe. Ou entre pessoas, ainda que não parentes entre si, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõem o reconhecimento da existência de uma entidade familiar a merecer o nome de família anaparental.

Sustenta, ainda, que não é necessária a diversidade de sexo, e nem a divergência de gerações para o reconhecimento de uma estrutura familiar e, que tampouco a verticalidade dos vínculos parentais em dois planos seria critério para a admissão de uma família merecedora de proteção jurídica. E, neste sentido de raciocínio, inclui a família

¹⁹⁴GRISARD FILHO. Waldir. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 664.

¹⁹⁵GROSMAN, Cecilia P. et ALCORTA, Irene Martínez. *Famílias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000, p. 65.

¹⁹⁶DIAS, Maria Berenice. *Manual de direitos das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2. ed. rev., 2005, p. 47.

¹⁹⁷BARROS, Sérgio Resende. Direitos Humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e psicanálise*. São Paulo: Imago, 2003, p. 151.

¹⁹⁸De origem grega, o prefixo “an(a)” traduz idéia de privação.

anaparental no rol constitucional, como uma espécie de entidade familiar, argumentando que em nada difere daquela formada por um dos pais com seus filhos, merecendo, portanto, proteção do Estado (artigo 226, *caput* da CF) ¹⁹⁹.

Estaria aí o embrião do estabelecimento de vínculo entre dois ou mais estranhos entre si, que a vida une a partir do momento que seus pais se recasam ou se unem entre si e passam a ser criados como irmãos, que não são, mas que no decorrer dos dias e com o estabelecimento de um elo afetivo passarão a ser. De tal modo que a própria existência dos pais não mais interessa, de modo que mesmo sós, podem vir a formar uma entidade familiar.

Faz-se necessária a solução pelo estabelecimento das relações de parentesco na família recomposta, de situações fáticas que podem, além de causar estranheza, ferir a moralidade e principalmente a ordem familiar, como as que ora se apresentam:

Caso 1. (Partindo-se de uma anedota, pode-se compreender a extensão do objeto do presente trabalho). Pai viúvo e filho solteiro se casam com uma viúva e sua jovem filha, causando a seguinte desordem familiar contada pelo filho: – A filha da minha esposa, a qual casou com o meu pai, é agora a minha madrasta. Ao mesmo tempo, porque eu casei com a mãe, a filha dela também é minha filha (enteada). Além disso, meu pai se tornou o genro da minha esposa, que por sua vez é sua sogra. A minha esposa ganhou recentemente um filho, que é irmão da minha madrasta. Portanto, a minha madrasta também é a avó do meu filho, além de ser seu irmão. A jovem esposa do meu pai é minha mãe (madrasta), e o seu filho ficou sendo meu irmão. Meu filho é então tio do meu neto, porque o meu filho é irmão de minha filha (enteada). Eu sou, como marido de sua avó,

¹⁹⁹ Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

seu avô. Portanto, sou o avô de meu irmão. Mas como o avô do meu irmão também é o meu avô, conclui-se que eu sou o avô de mim mesmo!!!!

Caso 2. José casa-se com Maria, que tem uma filha, de um vínculo anterior, chamada Vera. Da união nasce Pedro, meio-irmão de Vera. Dissolvido o casamento entre José e Maria, José não pode se casar com Vera, porque o parentesco por afinidade em linha reta não se dissolve jamais. Admitindo-se o contrário, Maria se converteria em sogra de seu ex-marido, pois é mãe de Vera; Vera, meio-irmã de Pedro, passaria a ser sua mãe, pois que é filho de seu marido; Maria, mãe de Pedro, é agora também sua avó, pois Pedro passa a ser filho de Vera; sendo Pedro e Vera irmãos, José seria cunhado de seu próprio filho Pedro.

Caso 3. Suponhamos que José tenha, ao se casar com Maria, também um filho de um vínculo anterior, Miguel, e que Vera e Miguel sejam impúberes quando do casamento de seus pais, sendo criados juntos como irmãos de fato. Relevando o nascimento de Pedro, suponhamos que, quando na adolescência, Miguel e Vera se apaixonem e quando da dissolução do casamento de seus pais resolvam se casar. É coerente que seja este casamento autorizado pelo ordenamento? Suponha mos que deste amor nasça um filho. Será incesto? Como fica a desordem familiar, uma vez que o direito já vem aceitando a afetividade como elemento criador da família?

Caso 4. Maria, divorciada, vem a se unir em família reconstituída com José, já tendo cada qual um filho de um casamento anterior. As crianças menores passam no meio familiar a se tratarem, a conviverem e a se amarem como irmãos. Num acidente automobilístico, Maria e José morrem e os filhos continuam a viver na mesma casa que herdaram sob os cuidados de seus avós. São estranhos entre si e, portanto,

não podem ser considerados naquele universo como uma família? O que os une? São irmãos?

E assim, sucessivamente, outras hipóteses podem ser levantadas, onde indubitavelmente a razão chamará para o entendimento de que entre eles há algo mais que a simples ausência de um vínculo sanguíneo, e é aí que a interpretação das normas programáticas da Constituição Federal deve agir.

Nessa sequência de considerações, provado está que as famílias recompostas ou reconstituídas, ou mesmo denominadas famílias-mosaico, não são estranhas à sociedade atual, senão absurdamente invisíveis no cenário jurídico nacional, apesar de sua real presença no contexto das transformações pelas quais passou a família e nos lares brasileiros, pelas quais circulam crianças de distintos relacionamentos de seus genitores que precisam, em nome de seus melhores interesses, ser protegidos de forma integral.

O cotidiano demonstra que casais se separam sem perder a família a característica de núcleo de afeto, cooperação e solidariedade; alguns continuam com as funções familiares em lares monoparentais e outros constituem novas famílias com outrem que já possuem filhos de vínculos anteriores, não sendo exagero sustentar que esta reconstituição venha a ser paradigma da normalidade conjugal ou convivencial.

Como pode, por exemplo, como já narrado por João Baptista Villela em seu histórico monólogo “artigo 1.601”²⁰⁰, alguém ser uma vida inteira irmão por inteiro e de uma hora para outra se tornar meio-irmão? Como podem duas crianças criadas como irmãs, freqüentando a mesma escola, as mesmas viagens, recebendo os mesmos princípios de educação e

²⁰⁰VILLELA, João Baptista. Art., 1.601, In: *Família e cidadania – o novo CCB e a vacatio legis*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002, p. 71.

cidadania e de repente, por um rompimento amoroso de seus pais, tornarem-se estranhos, quase desconhecidos?

Pelo afeto, pela vida em comum, pela vivência das mesmas experiências algo mais do que um acaso ou um tempo tem que uni-las, gerando direitos e restringindo-os conforme o caso.

O estabelecimento de uma relação jurídica de parentesco em segundo grau, na colateralidade por afinidade, seria suficiente para obrigá-los até a se sustentarem, nos termos do artigo 1.697 do CC, pela ausência dos ascendentes e descendentes, e também vetaria a possibilidade de casarem-se entre si, estabelecendo a incidência do impedimento matrimonial do artigo 1.521, inciso IV, do CC, por puro capricho, que seja! Ou por garantia da ética nas relações familiares, vinculada a princípios morais, que há muito norteiam os impedimentos, fazendo, por exemplo, que um sobrinho, em regra, não possa desposar sua tia, ou que um “ex-genro” esteja para todo o sempre impedido de se casar com aquela que uma vez foi sua sogra!

Não resta dúvida que isso seria empurrá-los para a formação de entidades familiares outras que não a família matrimonial. Seria franquear o concubinato talvez, mas indiscutivelmente seria uma forma de estabelecimento de limites, não para o afeto, mas para o que Elizabeth Roudinesco ousou chamar de quebra da autoridade dentro do núcleo familiar e quem sabe esteja aí a viabilidade da dignidade da pessoa humana, enaltecida no texto constitucional.

Mas, indiscutivelmente faria com que se tornassem protegidos enquanto família pela ordem constitucional e que por esta proteção alcançassem a posição de pessoas dignas e de vida plena.

Ordenamentos alienígenas já acordaram para esta situação narrada e vêm criando mecanismos legislativos capazes de proteger as

pessoas nelas envolvidas, como a situação do marido da mãe, que se separa desta e preserva o direito de se avistar com seu enteado, tudo pe la preservação da personalidade do infante, em formação.

Seguem alguns rumos norteadores a essa evolução parental proposta.

3.2 Do direito comparado

3.2.1 Da família recomposta

O fenômeno da família plural não é um monopólio nem privilégio do ordenamento pátrio. Em 1995, a proporção de famílias monoparentais estava em torno de 10% em relação às famílias tradicionais, no Brasil. Nos Estados Unidos, no mesmo período, o divórcio chegou a 50% dos casamentos. De outra parte, registra-se crescimento da nova modalidade familiar que apenas nos Estados Unidos, na década de 80, cresceu 80%. Na Alemanha foram registrados em 1993, 156.500 divórcios, aumentando 36,8% em dez anos, chegando ao ano de 2003 à marca de 213.975. Atualmente, dos 9,5 milhões de famílias com filhos abaixo de dezoito anos, quase 700 mil são famílias-mosaico – informações do Ministério da Justiça da Alemanha, divulgadas na revista GEO²⁰¹. Atualmente, na Alemanha, em cada sete famílias uma é pluriparental.

No Brasil, segundo publicação da revista *Veja*²⁰², hoje, de cada quatro casamentos, um acaba em separação. O número de divórcios praticamente dobrou em apenas uma década. De cada cinco bebês nascidos em 2000, um viverá em famílias de pais separados antes de atingir a idade

²⁰¹FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser et RÖRHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: *Anais do V Congresso brasileiro de direito de família*, São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 507.

²⁰²Veja, Edição Especial n. 34, *Homem*, ano 37, agosto de 2004, São Paulo: Editora Abril, p. 30.

adulta. Com as separações, divórcios e novos casamentos, o perfil da família é outro.

Como dito, o processo de transformação social não é uma questão exclusiva do Brasil. A família, hoje mundializada, transporta para ordenamentos jurídicos diversos o modelo de família plural. Dentre os sistemas pesquisados, neste trabalho destacam-se os da Alemanha e o da Argentina e torna-se imprescindível ultrapassar-se a evolução gradativa que vem ocorrendo na Alemanha para que se possa vislumbrar uma semelhante no Brasil.

3.2.2 Da Alemanha

Françoise Fürkel²⁰³, do Centro jurídico franco-alemão da Universidade de Sarre, faz um resumo da reforma do direito de família na Alemanha, especialmente após a reunificação, dispondo que, a cada vinte anos, a Alemanha faz uma reforma no direito de família. Em 1957 igualaram-se os homens e mulheres; em 1977 reformou-se por legislação o casamento e o divórcio; em 1997 três leis alteraram o direito da infância. Vários dispositivos foram superados, até tidos como inconstitucionais, que davam os filhos como ilegítimos, além de alterar o direito parental.

Destaca a citada autora que todo o direito da criança foi transformado, pela adoção de oito textos importantes sobre a criança, até porque a lei de 1969 sobre o filho ilegítimo e a de 1979 sobre a autoridade parental já careciam de um remanejamento.

Em obediência à tendência européia, reformulou-se a filiação, a autoridade parental, tutela e sucessão do filho natural, e tenta-se suprimir

²⁰³FÜRKEL, Françoise. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, julho/setembro de 1998. Apud GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusiva o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 195.

a discriminação por nascimento, considerando -se o interesse da criança, sem abandonar o dos pais.

- Da Lei de Reforma dos Direitos das Crianças: (*Das Kindschaftsreformgesetz*)

A lei é de 16.12.1997, com vigência a partir de 01.07.1998 e alterou o Código Civil Alemão – BGB – estabelecendo que a maternidade se determine pelo parto. O texto original dizia que mãe era aquela que fazia nascer. Com a alteração, passa o sistema alemão a não reconhecer liame de filiação entre a doadora de ovócito ou embrião e a criança nascida por inseminação artificial, resolvendo, assim, o conflito entre a mãe genética e a mãe portadora. Uma lei de 1990 já havia proibido doações de ovos e embriões e a maternidade de substituição (também conhecida por maternidade de aluguel).

A reforma acabou com a paternidade legítima e empreendeu mudanças na fixação da paternidade, flexibilizando-se a presunção legal, a qual, por não ser objeto do presente, deixa de abordar nesta oportunidade.

Observa a autora que o legislador tratou com o mesmo título, das diversas categorias de filhos – princípio da isonomia – com o intuito de suprimir denominações antigas de legítimo e ilegítimo, mas se esqueceu de prever o conflito em relação à autoridade parental, quando pais separados ou divorciados devem ter o direito de cuidar da criança, ou que, de outro modo não podem ter o “cuidado parental” (*elterliche sorge*). Os novos textos do BGB tentam solucionar a lacuna dando regras gerais, a fim de evitar decisões conflitantes exaradas por juízes vários.

Outra lei posta²⁰⁴ regula o direito de ter relações pessoais com a criança (*umgangsrecht*), permitindo o direito de visita do pai natural e o direito deste de obter informações sobre a criança.

Também, em relação à alteração do nome da criança, foi modificada a lei existente, dispondo que cabe aos pais a escolha do nome da criança e, em caso de divergência ou omissão, caberá ao juízo de família. Antigamente a lei impunha à criança o nome da mãe, se não fosse casada.

Grandes alterações também se deram em relação à adoção, onde se passou a considerar os interesses do menor em detrimento aos dos adotantes.

O novo BGB proibiu qualquer forma de violência contra a criança. Proíbe castigos corporais ou afetivos e outras medidas indignas.

Veio ainda, uma lei de igualdade dos filhos em matéria de sucessão e outra que instituiu uma assistência legal, espécie de defensoria pública, para assistir a mãe natural ou menor que precise dar alguma espécie de proteção ao filho.

Enfim, a reforma alemã seguiu uma tendência mundial em atendimento ao princípio da isonomia de filiação e ao melhor interesse do menor.

A Constituição alemã, ao estabelecer em seu parágrafo 6º, que: “o casamento e a família são colocados sob a proteção particular do Estado”²⁰⁵, mantém a disposição geral de tutela à família. Em decorrência da conceituação ampla do texto constitucional alemão, o modelo de família plural é admitido de forma aberta, possibilitando o reconhecimento jurídico da família recomposta (*patchwork families*).

²⁰⁴FÜRKEL, Françoise. In: Revue Trimestrielle de Droit Civil, julho/setembro de 1998. Apud GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusiva o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 199.

²⁰⁵CARVALHO, José Luiz Truffani de. *Constituições estrangeiras*. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2003, p. 87.

A primeira menção à proteção das famílias recompostas se deu no direito social – direito público –, sendo que o código civil não fazia referência a elas. Em 1981, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu a importância da integração do filho na “nova família”, fazendo referência a uma “família intacta”²⁰⁶ e reconhecendo a melhora da situação financeira, propiciada pelo recasamento da mãe, influenciando esta nas decisões referentes à guarda da criança²⁰⁷.

Segundo informa o Instituto Federal de Estatísticas (*Statistische Bundesamt Wiesbaden*), 15% das famílias alemãs com crianças são famílias recompostas, advindas dos 60% de pais separados, que um ano após a separação se unem a um novo parceiro. Devido a estes percentuais decorre uma preocupação com a reforma da lei para atender às necessidades originadas nas transformações vividas no âmbito familiar.

O direito fundamental de defesa da família, exposto na Constituição alemã, é descrito por três vertentes: a proteção, o direito fundamental de liberdade de casar e constituir família, e a garantia de que o Estado não interferirá nesta família. A liberdade na condução do matrimônio é a decisão de se ter filhos, de definir a relação financeira e a distribuição do trabalho familiar e formas de aquisição do patrimônio (regime de bens).

A Constituição assegura, como garantia institucional, à família e ao casamento uma proteção que estabelece limites ao legislador para

²⁰⁶ Segundo Giselle Groeninga, família intacta é a família originalmente constituída em oposição às constituídas por transformações (também chamadas de reconstituídas). GROENINGA, Giselle. O espírito do legislador e o inconsciente. In: *Boletim do IBDFAM: Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Direito de Família*, n. 27, ano 4, Jul./Ago. de 2004, p.5

²⁰⁷ PUTTKAMER, Susanne von. *Die Rechte des Stiefkindes*. Disponível em: http://www.familienhandbuch.de/cmain/f_Fachbeitrag/a_Rechtsfragen/s_1337.html. *Apud* FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser et RÖRHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: *Anais do V Congresso brasileiro de direito de família*, São Paulo: IOB Thompson, 2006.

intervir nas relações entre cônjuges e entre pais e filhos²⁰⁸. De outro lado, não pode o Estado ser privado de promover reformas no direito matrimonial, o que levaria a um retrocesso, engessando o Direito de Família. Nessa perspectiva, a Constituição alemã preconiza o princípio da estrutura familiar e é nas três vertentes anunciadas: da proteção, da liberdade e da garantia institucional em que repousam os fundamentos possibilitadores da família recomposta.

Com a reforma e as novas leis dos Direitos das Crianças, de 1998, e da Proteção do Melhor Interesse do Menor, eleva a *pacthwork familie* à condição de fenômeno jurídico, quando admite a possibilidade de alteração do nome de família, a divisão do “pátrio poder” e a guarda de menores, o direito de visita e o dever de alimentar, por três leis, a saber: Lei de Reforma dos Direitos da Criança, de 1998; Lei dos Parceiros de Vida, de 2001, e Lei de Melhoramento dos Direitos da Criança, de 2002²⁰⁹.

- Da adoção do nome da nova família

A Lei de Melhoramentos dos Direitos da Criança, de 2002, trouxe diretrizes de proteção da família *pacthwork*, como a previsão de se dar à criança o novo nome de família em razão do novo matrimônio, a fim de harmonizar os membros de um mesmo grupo familiar. Os pais da criança (afetivo ou biológico) que a acolheram pelo novo matrimônio podem dar a ela o novo nome de família, por declaração, para o oficial de estado civil, pedindo a alteração do nome; a mencionada alteração, por concessão, anteposição ou adição do nome, requer o consentimento do pai que possui a guarda da criança, junto com o consentimento daquele que lhe

²⁰⁸FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser et RÖRHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: *Anais do V Congresso brasileiro de direito de família*, São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 507.

²⁰⁹FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser et RÖRHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: *Anais do V Congresso brasileiro de direito de família*, São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 507.

dará o novo nome de família; o consentimento da criança só é exigível a partir dos cinco anos de idade.

Por esta relevante novidade subentende-se que o sistema alemão, em nome do melhor interesse do menor, pretenda acolher a reconstrução familiar, mantendo harmonicamente a “família intacta”²¹⁰.

Com a nova lei se fez necessária, além da exigência de maturidade nas relações, também a definição de critérios para o estabelecimento dos melhores interesses da criança, que passaram a ser expressos através dos seguintes princípios: a) princípio de ligação, que ressalta a importância da ligação da criança a seu núcleo familiar; b) princípio de adiantamento, que se refere à indispensabilidade dos cuidados, acompanhamento, sustento da criança, e descreve a importância da formação educacional assegurada à criança; c) princípio de continuidade, inspirado na continuação familiar.

- O pequeno pátrio poder

O direito alemão, no § 1.687b do BGB²¹¹ – Código Civil Alemão –, considerando que o pátrio poder, atualmente no Brasil denominado poder familiar, que compreende poderes e deveres de guarda, vigilância, assistência, representação e sustento dos filhos, redefiniu as

²¹⁰Segundo Giselle Groeninga, família intacta é a família originalmente constituída, em oposição às constituídas por transformações (também chamadas de reconstituídas). GROENINGA, Giselle. O espírito do legislador e o inconsciente. In *Boletim do IBDFAM: Publicação oficial do Instituto Brasileiro de direito de família*, n. 27, ano 4, jul./ago. de 2004, p. 5.

²¹¹§ 1.687b BGB Sorgerechtliche Befugnisse des Ehegatten (1) Der Ehegatte eines allein sorgeberechtigten Elternteils, der nicht Elternteil des Kindes ist, hat im Einvernehmen mit dem sorgeberechtigten Elternteil die Befugnis zur Mitentscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens des Kindes. § 1.629 Abs. 2 Satz 1 gilt entsprechend. (2) Bei Gefahr im Verzug ist der Ehegatte dazu berechtigt, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Kindes notwendig sind; der sorgeberechtigte Elternteil ist unverzüglich zu unterrichten. (3) Das Familiengericht kann die Befugnisse nach Absatz 1 einschränken oder ausschließen, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist. (4) Die Befugnisse nach Absatz 1 bestehen nicht, wenn die Ehegatten nicht nur vorübergehend getrennt leben.

condições de seu exercício, até então exclusivo dos pais consangüíneos e seus filhos, criando o denominado “pequeno pátrio poder”, para que, tendo o pai legítimo a titularidade deste, permita ao padrasto (pai afetivo) exercer os poderes de guarda do cônjuge, a saber:

§ 1.687b BGB Poderes de guarda do cônjuge: (1) O cônjuge de um dos pais que tem a guarda e que não é um dos pais da criança, tem o direito da codecisão nos assuntos diários da criança, o qual tem que exercer em consentimento com o pai (mãe) que tem a guarda parental; (2) Em casos urgentes, o esposo tem o direito de agir como for necessário para o bem da criança; tendo que informar imediatamente o pai que tem o pátrio poder; (3) O juiz familiar pode limitar ou excluir os direitos segundo o § 1º, quando for necessário para o bem da criança; (4) Os poderes direitos segundo o § 1º não existem quando os cônjuges vivem temporariamente separados.

Agindo assim, o direito alemão criou a possibilidade do exercício de um poder compartilhado, não atendendo apenas aos interesses da criança, mas municiando a família recomposta de instrumento para administrar direitos e deveres decorrentes da vida comum familiar reconstituída.

- A criança e o direito de contato familiar

O direito alemão, seguindo a vertente de proteção às famílias e de reconhecimento jurídico às recompostas, assegurou aos pais e filhos o direito de visita daquele pai que não detém a guarda dos filhos.

A Lei de Reforma dos Direitos da Criança de 1998 ampliou o direito de visita para atender às peculiaridades do novo contexto familiar – nas famílias recompostas. Assim, há no direito alemão a possibilidade dos avós, irmãos e até do padrasto, com responsabilidades em relação à criança, de se avistar, pelo direito de visita, desde que para o bem da criança.

O parágrafo 1.685 do BGB prevê o contato da criança com avós, irmãos, quando este contato serve ao seu bem-estar. O mesmo valendo para “as pessoas de referência estreita da criança quando têm ou tiveram responsabilidade efetiva pela criança (relações sociofamiliares). Esta responsabilidade é geralmente presumida quando a pessoa viveu durante longo tempo em uma comunidade caseira com a criança”: § 1.685 contato da criança com outras pessoas

- (1) Avós e irmãos têm o direito de contato com a criança, quando serve ao bem-estar dela.
- (2) O mesmo vale para as pessoas de referência estreita da criança quando têm ou tiveram responsabilidade efetiva pela criança (relações sociofamiliares). Esta responsabilidade é normalmente presumida quando a pessoa viveu durante longo tempo em uma comunidade caseira com a criança.
- (3) § 1.684 II – IV O equivalente é válido²¹².

Dadas as diversas formas de relacionamento dentro de uma família recomposta, a jurisprudência alemã estabeleceu uma ordem hierárquica para viabilizar o direito de visita, quando houver concorrência de pais, padrastos e demais parentes. Em primeiro lugar tem direito de visita o pai legítimo que não vive com o filho; em segundo lugar outros parentes mais próximos da criança, como os avós, podendo ser este da

²¹²§1.685 BGB – § 1685 BGB Umgang des Kindes mit anderen Bezugspersonen.(1) Großeltern und Geschwister haben ein Recht auf Umgang mit dem Kind, wenn dieser dem Wohl des Kindes dient. (2) Gleiches gilt für enge Bezugspersonen des Kindes, wenn diese für das Kind tatsächliche Verantwortung tragen oder getragen haben (sozial-familiäre Beziehung). Eine Übernahme tatsächlicher Verantwortung ist in der Regel anzunehmen, wenn die Person mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat. (3) § 1.684 Abs. 2 bis 4 gilt entsprechend *Umgang des Kindes mit anderen Bezugspersonen*. In: *Bürgerliches Gesetzbuch – BGB. Texte im dtv – Deutscher Taschenbuch Verlag*, 2005. *Apud* FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser et RÖRHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: *Anais do V Congresso brasileiro de direito de família*, São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 507.

família original ou da recomposta, e, por último, padrastos e outras pessoas de referência da criança.

Devido a uma decisão da Suprema Corte, de abril de 2003 – que dizia respeito ao direito de visita de pais biológicos que não são ao mesmo tempo os pais nos termos da lei –, em breve haverá outra modificação legislativa, havendo a inclusão de todas as pessoas de referência da criança se entre estes e a criança tenha existido uma relação social-familiar²¹³.

O novo conceito ditado pela Suprema Corte alemã, ao considerar a relação social-familiar, autoriza o reconhecimento das relações sociais existentes numa família recomposta, mas sem previsão jurídica (de lei – não contempladas no Estatuto da Família *Pacthwork*).

A jurisprudência alemã, influenciada pelas transformações sociais da família, vem transpondo a previsão legal do § 1.685 do BGB e, em nome do “bem da criança” vem criando um novo direito de visita.

Stefan Motzer, juiz do *Oberlandesgericht* (um Tribunal Estadual Superior), em decisão de 2004, concedeu o direito de visita a parentes e pessoas de referência próxima da criança, estabelecendo, que: “... a dissolução de uma estrutura familiar existente não tem só o perigo da perda do contato para um dos pais, mas, principalmente, para a criança. Causa, várias vezes, o rompimento de relações desenvolvidas em direção a outras pessoas de referência. Para amenizar estes efeitos negativos para a criança, através da Lei de Reforma dos Direitos da Criança (*Kindschaftsrechtsreformgesetz, Kind RG*), em vigor desde 01.07.1998, o

²¹³ Termo criado pela mencionada sentença. PUTTKAMER, Susane von. *Die Rechte des Stiefkindes*
http://www.familienhandbuch.de/cmain/f_Fachbeitrag/a_Rechtsfragen/s_1337.html.

círculo de pessoas, com o qual a criança deveria ter contato para o fomento de sua evolução, foi alargado além dos pais legítimos.”²¹⁴

Ou seja, o ordenamento alemão, através da legislação que no § 1.685 do BGB, já reconhecia a possibilidade de direito de visita de pessoas outras que não apenas os pais sem a guarda de seus filhos e, mais recentemente, a jurisprudência alemã aceita e reconhece que laços (interligações pessoais) vários são estabelecidos numa nova forma de organização familiar, denominada pela jurisprudência alemã de relações social-familiares, que por vezes, em nome do “bem-estar da criança”, devem ser mantidas ao longo do tempo, através do direito de contato familiar.

3.2.3 Da Argentina

No direito argentino as famílias pluriparentais são tratadas como fenômeno social, denominadas *familias ensambladas*. À medida que o ordenamento jurídico confere ao juiz a faculdade de valorar o “interesse familiar”, passa a considerar a família com o uma totalidade. O “interesse familiar” nada mais é do que o benefício do núcleo familiar como um todo.

O que há no direito argentino é uma construção doutrinária, destacando a função social da família, sem, contudo, trazer previsão legislativa para a abordagem da demanda das famílias recompostas.

É a família recomposta um fenômeno social dependente de produção legislativa.

²¹⁴MOTZER, Stefan. *Das Umgangsrecht Verwandter und enger Berzungspersonen des Kindes*. Fam RB, vol. 7, 2004. *Apud* FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser et RÖRHMAN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: *Anais do V Congresso brasileiro de direito de família*, São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 507.

Estudos doutrinários apontam para o fato de que muitas das recomposições havidas limitam-se à autonomia privada, sem alcançar soluções definitivas.

Para Grosman e Alcorta, a sociedade está obrigada a fixar regras mínimas que afirmem o compromisso daqueles que vivem com filhos, sejam ou não seus pais²¹⁵.

3.2.4 Do Brasil

No Brasil, a Constituição Federal, declara a família como base da sociedade, considerando-a como gênero, assim, como acontece na Constituição alemã.

A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a união estável e a forma monoparental como instituidoras de entidades familiares, assimilou a pluralidade das muitas formas de famílias, rompendo com o sistema tradicional.

O ordenamento pátrio não trata diretamente das famílias recompostas, mas como já abordado, permite o reconhecimento do modelo familiar plural, pela disposição e interpretação do artigo 226, § 3º e § 4º, conjugados com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da monogamia, do melhor interesse da criança e do adolescente, da autonomia e menor intervenção estatal, da afetividade e principalmente pelo princípio da pluralidade de formas de família²¹⁶.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, a principiologia que informa o Direito de Família estabelece que a dignidade seja um macroprincípio no

²¹⁵GROSMAN, Cecilia P. et ALCORTA, Irene Martínez. *Familias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio*, Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000, p. 134.

²¹⁶PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 93 e seguintes.

qual estão contidos os outros princípios e valores essenciais como liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alterabilidade e solidariedade. A dignidade humana, assim como o afeto, que de valor jurídico passou a ser um princípio, acrescidos dos demais, inseridos na Constituição Federal, são os norteadores de toda a estrutura jurídica da família.

Dentro de uma análise comparada, se dá no Brasil o mesmo que na Argentina, ao considerar a família recomposta um fenômeno social, mas que, diferentemente da Alemanha, vivem em total ausência de previsão referente à família recomposta. A principiologia, para o Direito de Família, possibilita o reconhecimento das composições e recomposições múltiplas na família brasileira, deixando espaço de definição para a legislação infraconstitucional.

Como já analisado neste trabalho, o rol constitucional de formas de famílias apresenta-se insuficiente para propiciar ser a família o local de desenvolvimento de seus membros e o instituto capaz de outorgar dignidade à pessoa humana que a compõe. Portanto, a interpretação alça vôle e alcança tipos outros diretamente não previstos pelo legislador constituinte. O entendimento vai além do *numerus clausus* e neste além, encontra-se a família recomposta.

Os princípios constitucionais da liberdade e da igualdade apontam para a aceitação e reconhecimento das famílias afetivas, inseridas na tutela constitucional.

É bem verdade, como dispõe Tânia da Silva Pereira, que a família constrói sua realidade através da história compartilhada de seus membros, e caberá ao Direito, diante das novas realidades, criar

mecanismos de proteção visando especialmente às pessoas em fase de desenvolvimento²¹⁷.

Essa proteção torna-se obrigatória na medida em que a Constituição de 1988 adotou a teoria da proteção integral do menor, refletida na teoria do melhor interesse do menor. Em análise, pelo prisma do direito comparado, a exposta preocupação do ordenamento alemão com o “bem-estar da criança”, como fator desencadeador ao reconhecimento do direito à convivência familiar, estendido aos membros de uma família recomposta, coaduna-se com o princípio do melhor interesse do menor.

- Princípio²¹⁸ do melhor interesse da criança e do adolescente.

A teoria do melhor interesse da criança surge no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Convenção dos Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 20 de novembro de 1989, ao ressaltar a filosofia da proteção integral. Entrando em vigor internacional em 2 de setembro de 1990, foi ratificada pelo Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990.

Antes disso, a Declaração de 1948, que muito embora não tenha consagrado tal tipo de proteção, reconheceu que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais, e que todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social (art. XXV, 2), permitiu vislumbrar a nova estratégia vertente dos direitos humanos que se manifestou, na Declaração Universal de Direitos da Criança de 1959, assinada pelo Brasil, e na Convenção Americana de Direitos Humanos,

²¹⁷PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 648.

²¹⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.177: As “regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definitivo). Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas.”

conhecida como Pacto de San José, ratificada pelo Brasil em 1992, sucessivamente.

Com a Convenção de 1989, reconheceram-se direitos próprios da criança, a qual passou a ser um membro individualizado da família humana, em oposição a apenas parte integrante desta, que era.

Os princípios básicos da Convenção Internacional, quando ainda em discussão na ONU, antes de sua aprovação foram introduzidos em nosso texto constitucional de 1988, em seu artigo 227. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13.07.1990) concretizou os novos direitos dos infanto-juvenis, destacando o valor intrínseco da criança como ser humano, e a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento, e, por fim, o novo Código Civil refletiu, ou deve refletir esses princípios e direitos dos menores pelo valor que cada indivíduo menor de idade traz consigo, sendo, portanto, merecedor de proteção condizente. Assim, adotou-se a doutrina da proteção integral, que reafirma o princípio do melhor interesse da criança.

Nossa Constituição adota a doutrina da proteção integral, reafirmando o princípio do melhor interesse da criança e, na opinião de Gustavo Tepedino²¹⁹, adquire este conteúdo normativo específico, informado pela cláusula geral de tutela da pessoa humana, disposta no artigo 1º, III, da CF/88 e determinado especialmente no artigo 6º da Lei 8.069/90.

Com estabelecimento de uma nova ordem jurídica ditada pela Constituição Federal de 1988, que acabou por promover a “constitucionalização do direito civil”, afirma Fachin²²⁰ que, após a

²¹⁹TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: *Direitos de família e do menor*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 225.

²²⁰FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade, relação biológica e afetiva*, Belo Horizonte: Del Rey, p. 83.

Constituição Federal de 1988 o Código Civil perdeu o caráter de lei fundamental do direito de família, sendo seu lugar ocupado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), executando este as linhas estruturais fixadas pela Carta Magna.

Assim, com a ratificação do princípio do melhor interesse da criança, dada pela incorporação da doutrina da proteção integral no corpo constitucional, passaram tais princípios a reger as relações familiares que envolvam crianças e adolescentes, inclusive as relações de filiação/paternidade destes, tais como: poder familiar, guarda etc.

Por este prisma se impõe uma nova leitura dos direitos que tenham, como titular, criança e adolescente, na qualidade de pessoas em desenvolvimento, que têm assegurado, com prioridade, seu melhor interesse, a começar pela sua posição na família, seja qual for a entidade familiar em questão. Deve-se, ao se referir à filiação, considerar derogado qualquer instituto que confronte com o princípio da igualdade reinante entre filhos matrimoniais e não-matrimoniais.

No que tange ao poder familiar, aumentou o Estatuto o elenco de possibilidades de suspensão ou destituição. A guarda, reduto da primeira idéia de aplicação do melhor interesse da criança, além de ter esse princípio reforçado, passou a ter disposição própria no Estatuto, como forma de colocação em família substituta.

A adoção de pessoa menor de 18 anos, estabelecida no Estatuto como forma de colocação em família substituta, não atende exclusivamente aos preceitos do Código Civil, sendo disciplinada por este e principalmente pelo Estatuto e, portanto, pela doutrina da proteção integral e do melhor interesse da criança.

A tutela, outra modalidade de colocação em família substituta, embora guarde previsão no bojo do Código Civil, tem também, seus princípios ressaltados no Estatuto. Assim, queda-se a ordem ditada pelo

Código, para a nomeação de tutor, à falta de indicação pelos pais, diante do melhor interesse do menor, que tem observância prioritária.

E até mesmo o estabelecimento da paternidade, revolucionado pela possibilidade de aferição do vínculo biológico, através do exame do DNA, encontrou no princípio do melhor interesse da criança um dos fundamentos da denominada paternidade socioafetiva, que, por disposição de Heloísa Helena Barbosa²²¹, reconhece efeitos ao vínculo gerado pela afetividade, a desafiar todas as regras jurídicas existentes.

Na Alemanha, como visto, o melhor interesse do menor propicia até mesmo a outorga do direito de convivência familiar, em atendimento ao formato pluriparental da família.

É necessário salientar que, embora o princípio do melhor interesse da criança tenha sido adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro antes da Constituição Federal de 1988, e igualmente aceito pelo entendimento jurisprudencial, não chegou a derogar o Código Civil de 1916, uma vez que o Código de Menores tinha sua incidência limitada ao trato do menor em “situação de risco”, inexistindo incompatibilidade com o Código Civil fora desta hipótese.

Em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo ainda Heloísa Helena Barbosa, já citada, a situação é bastante diferente, pois se tratava, como ainda trata de legislação que disciplina a proteção integral à criança e ao adolescente, e esquivava-se do Código Civil de 1916 nesta matéria, e em todos os casos em que se mostrava incompatibilidade entre ambos, por força da Lei de Introdução ao Código Civil (art. 2º, parágrafo 1º).

²²¹BARBOSA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança. In: *A família na travessia do milênio*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: IBDFAM: OAB/MG: Del Rey, 2000, p. 201.

O novo Código Civil, sancionado sob a égide da nova Carta Constitucional, atende a todos seus princípios e adota a teoria do melhor interesse do menor.

Tendo, pois, o Brasil incorporado, como demonstrado, em caráter definitivo o princípio do melhor interesse da criança, em seu sistema jurídico, e em razão do alcance social da referida proteção, com prioridade absoluta, não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado: é um dever social, já que as crianças e os adolescentes devem ser protegidos em razão de estarem em desenvolvimento.

A Constituição Federal em seu artigo 227 traz os direitos fundamentais da infância, sendo estes deveres da família, da sociedade e do Estado²²².

Partindo da premissa de que a identidade pessoal da criança e do adolescente tem ligação direta com a que tem no grupo familiar e social, tratada por Tânia da Silva Pereira²²³, entende-se que o estabelecimento de seu estado de filiação e em oposição, a fixação da relação jurídica de paternidade da forma adequada e principalmente o respeito a sua posição na família – seja esta de que formato for – é o modo de garantir-lhe dignidade, respeito, convivência familiar condizente, além de ser o modo devido de colocá-lo a salvo de discriminação. A doutrina reconhece à criança e ao adolescente a titularidade de direitos da personalidade, possibilitando até a indenização por danos morais sempre que estes forem lesionados, e deve também reconhecer o direito à fixação de sua filiação de maneira condizente, assim como o estabelecimento de sua “relação social -

²²²Art. 227 da CF: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com prioridade absoluta, o direito à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à *dignidade*, ao respeito, à liberdade e à *convivência familiar* e comunitária, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

²²³PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: Da teoria à prática. In: *A família na travessia do milênio*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: IBDFAM: OAB/MG: Del Rey, 2000, p. 215.

familiar” com seu melhor interesse como forma de proteção, assim como também deve aceitar e reconhecer as novas formas de parentalidade a se fixar no seio de uma família recomposta, sempre em nome de seu adequado desenvolvimento, ou seja, sempre em nome de seu melhor interesse.

Conclui-se que a não-observância dos princípios constitucionais, do Estatuto e do Código Civil, dentre eles o da proteção integral e melhor interesse do menor em questão, afeta as crianças e adolescentes, fere os direitos fundamentais destes agentes e, por conseguinte, devem ser observadas em todos os casos.

Na esteira do direito alemão e, aproveitando a adoção pelo ordenamento pátrio da teoria do melhor interesse do menor, busca-se a criação de um vínculo de parentalidade entre irmãos de fato como forma de solidificar a relação social-familiar destes membros na família recomposta e, com isto, propiciar-lhes vida digna em sociedade.

CAPÍTULO 4

DO PARENTESCO: PELO SANGUE, PELA LEI, PELO AFETO

4.1 Conceitos e Espécies

No direito de família brasileiro pode haver relações jurídicas divididas em relações matrimoniais, parentais e assistenciais, podendo ainda ser incluídas, por alguns autores, as relações de afinidade.

Essa subdivisão é de fundamental importância para fins de estudo, de aplicação do direito e de análise de seus efeitos. Como foi tratado anteriormente, o direito parental possui ligação e influência com a evolução da organização familiar.

Diante disso se percebem diferenciações de tratamentos pela legislação brasileira dentro das relações ocorridas na família, distinguindo os efeitos jurídicos e o grau de intensidade da solidariedade familiar²²⁴. Muitas vezes, os filhos menores terão o seu direito mais bem resguardado e protegido que os filhos maiores, bem como são as relações de parentesco que vão definir o chamamento ao processo, principalmente no que concerne à sucessão, possuindo tratamentos legais diferenciados entre os variados e distintos graus e tipos de parentesco.

Cabe ainda dizer que o direito parental regula entre os parentes, suas relações patrimoniais e pessoais como, por exemplo, o dever de sustento, o exercício do poder familiar e os demais direitos e deveres mútuos, bem como os individuais.

O instituto do parentesco em si é tratado pelo Código Civil brasileiro do seu artigo 1.591 a 1.595.

Para se conceituar o parentesco pode-se utilizar o conceito de Pontes de Miranda, para quem parentesco é: “a relação que vinculam entre

²²⁴GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco, In: *Direito de Família e o novo Código Civil*, Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), Belo Horizonte: Del Rey, 200, p. 87.

si pessoas que descendem uma das outras, ou de um fator comum (consangüinidade), que aproxima cada um dos cônjuges dos parentes do outro (afinidade), ou que se estabelece, por *fictio iuris*, entre o adotado e o adotante”²²⁵.

Para Maria Helena Diniz, o parentesco é: “a relação vinculatória existente não só entre pessoas que descendem uma das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre cônjuge e os parentes do outro e entre adotante e adotado”²²⁶.

Já, César Fiúza conceitua o parentesco em sua generalidade dizendo que: “o estudo do parentesco diz respeito às relações entre certas pessoas pertencentes a um mesmo grupo familiar”²²⁷.

Em análise aos conceitos supramencionados, pode-se concluir que parentesco é a relação de todas as pessoas que compõem uma família.

Essa relação jurídica de parentesco pode ser natural ou consangüínea, por afinidade ou civil. Contraposto a isso existem as conceituações de Silvo de Salvo Venosa, Diogo Leite Campos e Clóvis Beviláqua, entre outros.

Para Silvo de Salvo Venosa, o parentesco é: “o vínculo que une duas ou mais pessoas, em decorrência de uma delas descender da outra ou ambas procederem de um genitor comum”²²⁸.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Diogo Leite Campos define: “o parentesco é a relação de sangue: são parentes as pessoas que descendem uma das outras (parentesco em linha reta ou directa), ou

²²⁵MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito de família, *apud* SANTOS, J. M. de Carvalho (coord.). *Op. cit.* p. 49.

²²⁶DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva 2002, “v.5º: Direito de Família.”, p. 367.

²²⁷FIUZA, César. *Novo Direito Civil: curso completo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey 2002, p. 987.

²²⁸VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 257. “v.VI: Direito de Família.”

descendem de progenitor comum (parentesco em linha transversal ou colateral)²²⁹.

Clóvis Beviláqua define o parentesco como: “a relação que vincula entre si as pessoas que descendem do mesmo tronco ancestral”²³⁰.

Portanto, torna-se claro que, para Diogo Leite, Sílvio de Salvo e Clóvis Beviláqua, só integram as relações de parentesco aqueles que possuem uma ligação através do sangue, ou seja, para eles, só existe o parentesco consangüíneo.

Assim, como Guilherme Calmon Nogueira da Gama²³¹ e Arnaldo Wald²³², que não consideram a relação de afinidade como sendo de parentesco, mesmo que pela terminologia sejam os autores elencados afastam a afinidade, diferenciando-a do parentesco, mesmo que o novel legislador pátrio (Código Civil de 2002) tenha tratado do vínculo da afinidade no *caput* do artigo 1595, em seu parágrafo primeiro absorveu a noção de parentesco, antes sinônimo de consangüinidade assimilando a idéia de parentesco à de afinidade²³³.

Além da posição firmada pelo novel legislador ordinário, tais conceituações perdem seu embasamento e são de alguma maneira falhas, já que não tratam do parentesco civil que decorre da adoção, bem como não

²²⁹CAMPOS. Diogo Leite. Lições de direito da família e das sucessões, *apud* DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey 2005, p. 89.

²³⁰BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil, *apud* RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva 1982, p.282. “v.6: Direito de Família.”

²³¹GAMA. Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 81-109.

²³²WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil: O novo Direito de Família*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36.

²³³Quando do projeto do novo Código Civil brasileiro (Proj. n. 118/84), foi apresentada emenda de n. 221 por sugestão de João Baptista Villela, para que se conformasse o nome do Subtítulo II, do Título I, do novo Código Civil, acrescentando-se ao nome do Subtítulo “e da afinidade”. Emenda rejeitada sob a justificativa de que não havia dúvida de que o vocábulo parentesco abrangia a afinidade, sendo desnecessário modificar a designação do Subtítulo – suplemento “B” ao n. 117. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 05.07.1997, p. 80.

englobam as demais técnicas de reprodução assistida como, fertilização *in vitro* ou a inseminação artificial.

Faz-se de extrema relevância trazer o direito comparado à luz da discussão deste tema. Há que se registrar que estas inovações biológicas já fizeram com que fossem introduzidas em diversos sistemas jurídicos algumas regras, ao estabelecer outras fontes das relações de parentescos diferenciadas do critério de consangüinidade.

O novo Código Civil brasileiro em seu artigo 1.593 classifica a relação jurídica de parentesco conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

A expressão “ou outra origem” abre a possibilidade do estabelecimento do vínculo de parentesco para além da consangüinidade, podendo-se chegar até a parentalidade pela afetividade, como já demonstrado, passando pelas novas experiências de procriação assistida.

Faz-se necessário o conhecimento das relações de parentesco já que resultam dessas, direitos e deveres tais como os impedimentos matrimoniais baseados no parentesco, os direitos sucessórios, os alimentos entre outros.

Como sabido, as relações de parentesco têm influência até sobre o ordenamento jurídico em âmbito penal, a existência de tal relação entre réu e autor poder agravar ou até mesmo qualificar o crime, bem como contraposto a isso, pode isentar ou até mesmo excluir o Ministério Público como titular da ação.

Evidencia-se ainda que as relações de parentesco possam influenciar o direito processual e o direito eleitoral. No que tange ao primeiro ramo, a existência de tais relações pode causar a suspeição do juízo, bem como impedir a citação dos parentes de um *de cujus*, dentro de um determinado prazo estabelecido em lei. No que tange ao direito

eleitoral, a existência de relações de parentesco pode acarretar causas de inelegibilidade de um candidato.

Deve-se explicar que não há relação de parentesco entre os cônjuges. A relação existente entre os mesmos é de vínculo conjugal advindo do casamento.

Há que se destacar que, como já posto alhures, quanto às espécies de parentesco não existe uniformidade entre os doutrinadores. Portanto, neste trabalho será classificado o parentesco em: parentesco em linha reta ou colateral, parentesco por afinidade e parentesco civil, em correlação com a legislação pátria vigente.

4.1.1 Parentesco consangüíneo em linha reta e colateral

Quanto ao parentesco em linha reta, Maria Helena Diniz trata - o como:

É o parentesco natural em que as pessoas estão ligadas umas às outras por um vínculo de ascendência e descendência. A linha reta é ascendente ou descendente conforme se encare o parentesco, subindo-se da pessoa a seu antepassado ou descendo-se sem qualquer limitação; por mais afastadas que estejam as gerações, serão sempre parentes entre si pessoas que descendem uma das outras. São parentes na linha ascendente o pai, o avô, o bisavô etc. e, na linha descendente, o filho, o neto, o bisneto etc. Na linha reta, que vai até o infinito, o grau de parentesco é contado pelo número de gerações, ou seja, de relações existentes entre o genitor e o gerado. Tantos serão os graus quantas forem as gerações: de pai a filho, um grau; de avô a neto, dois; de bisavô a bisneto, três etc. Cada geração representa um grau²³⁴.

Pode-se dizer que o parentesco em linha reta é o parentesco natural, também chamado de consangüíneo, concernente a uma relação de ascendência e descendência tão somente. Ele advém das relações matrimônias ou não-matrimoniais.

²³⁴DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. [s.ed.] São Paulo: Saraiva 1998, “v.3: J-P.”, p. 519.

Nota-se que o parentesco em linha reta se dá sem nenhuma limitação ou restrição, ou seja, ao infinito, tanto na descendência, como na ascendência. É válido dizer que esta espécie de parentesco pode existir por duas linhas: a linha paterna e a linha materna, sendo de suma importância tal distinção para efeitos de sucessão dos herdeiros necessários, daí a justificativa do termo partilha *in lineas* e herança *in stirpes*²³⁵.

Existem autores que classificam o parentesco em legítimos e ilegítimos, sendo legítimos os filhos frutos de uma relação conjugal, e ilegítimos os filhos concebidos fora da constância do casamento. Porém, essa distinção hoje é inócua, já que a nossa Carta Maior tratou de terminar com a discriminação que era feita, pois, a expressão filhos ilegítimos trazia de alguma maneira um constrangimento para quem se enquadrava nesta definição, adotando a isonomia de filiação. Além de igualar filhos, independentemente de sua origem, a Constituição de 1988 proíbe tratamento discriminatório, o que, ainda mais, frustra a classificação em legítimos e ilegítimos.

A consangüinidade também define o parentesco em linha colateral ou transversal, porém, sem existir esta relação de ascendência e descendência dentre os parentes correlatos.

Como explana Maria Helena Diniz, que a relação jurídica de parentesco na colateralidade:

É o parentesco natural que vincula pessoas que, provindo de tronco comum, não descendem uma das outras, como por exemplo, irmãos, tios, sobrinhos e primos. Esse parentesco em linha oblíqua ou transversal não é infinito, uma vez que não vai, perante nosso direito, além do 4º grau, pois há presunção de que, após esse limite, o afastamento seja tão grande que o afeto e a solidariedade não mais servem de apoio às relações de direito²³⁶. O parentesco na linha transversal pode ser: a) igual, quando, entre o antepassado comum e os parentes considerados, a distância em

²³⁵GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 91.

²³⁶DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, “v.5º- Direito de Família”, p. 418.

gerações é a mesma. Por exemplo, entre irmãos, porque a distância que os separa do tronco ancestral comum, em número de gerações, é igual; b) desigual, se a distância não for a mesma, por exemplo, o que ocorre entre tio e sobrinho, porque são diversas as distâncias que os separam do tronco comum, ao mesmo tempo pai de um e avô do outro; o antepassado comum separa-se por duas gerações do parente-sobrinho e por uma só do parente-tio; c) dúplice, quando dois irmãos se casam com duas irmãs. Assim, os filhos dessas uniões serão parentes colaterais em linha duplicada, ou seja, duplamente primos²³⁷ (grifo do autor).

Diante desta definição pode-se concluir que o parentesco em linha colateral nada mais é que parentesco consangüíneo, que tem como sua origem um tronco comum, ou seja, um ascendente em comum com outrem.

Por este entendimento, essas relações parentais quanto à linha colateral vão até o 6º grau, porém, o Código Civil vigente trouxe, quanto aos graus de parentesco, a ser visto adiante, uma limitação ainda maior, passando do 6º para o 4º grau, como dispõe o artigo 1.592 do Código Civil brasileiro²³⁸.

Muitas vezes, na linguagem ordinária cotidiana, diz-se ser parente de uma pessoa, contudo, dentro da técnica do ordenamento jurídico tal pessoa não possui nenhum vínculo de natureza parental. Até mesmo diz-se ser parente de determinado grau de uma pessoa que juridicamente não o é, porquanto esse grau não coincide com o disposto em lei.

A justificativa de tal alteração pode ser baseada na mesma argumentação citada de Maria Helena Diniz, que é a de que, após esse grau de parentesco, as relações se tornam muito distantes, porém, a justificativa mais plausível *in casu* é que tal alteração se deu no Código Civil vigente, já que, desde 1946, quando houve alteração na redação do art. 1.612 do já

²³⁷ MONTEIRO, Washington de Barros e PEREIRA, Caio Mário da Silva, *apud* DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, p. 519.

²³⁸“Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra”.

referido Código – pelo Decreto-Lei 9461 – foi adotado o 4º grau de parentesco como grau máximo na linha colateral para efeitos sucessórios e de interesses da personalidade.

Há de se reforçar que o parentesco em linha colateral ainda pode ser igual, desigual e duplicado, sendo o primeiro quando entre os parentes correlatos e o tronco ancestral comum tem o mesmo número de gerações, ou seja, a mesma distância; o segundo, quando há uma diferença no número de gerações entre esses parentes para com seu ancestral comum e, por último, é duplicado quando há uniões conjugais entre duas famílias no que tange a membros de mesmo grau de parentesco como, por exemplo, irmãos ligados a um mesmo ascendente entre eles que casam com irmãs ligadas a um mesmo ascendente entre elas.

4.1.2 Da contagem dos graus de parentesco

O parentesco, como posto, se dá na linha reta ou na linha colateral e é dentro desta classificação que se faz a contagem de seus graus, ou seja, harmonicamente com o primeiro critério.

Salienta-se que não houve modificações quanto ao texto do artigo 333 do Código Civil de 1.916, que tratava sobre as regras de contagem de grau de parentesco para o artigo 1.594 do Código Civil vigente que aborda a mesma matéria.

Portanto, para se contar o grau de parentesco faz-se necessário primeiramente estabelecer a linha na qual a pessoa quer saber a que grau de parentesco está ligada ao outro parente²³⁹.

Em linha reta, a contagem se dá pelo número de gerações existentes nas relações parentais entre os membros da família. Sendo assim, pais e filhos são parentes em primeiro grau, avós e netos são parentes em

²³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 417.

segundo grau, bisavós e bisnetos são em terceiro grau, e assim sucessivamente, já que a linha reta, como já foi visto, tem contagem infinita tanto na ascendência quanto na descendência.

É válido salientar ainda, que em linha reta ascendente existem duas linhas a serem destacadas, a linha materna e a linha paterna bem como na linha reta descendente há de se destacar as estirpes que são os subgrupos decorrentes da descendência. Tal diferenciação é de suma importância no que se refere ao direito sucessório já que o mesmo pode se dar por cabeça ou estirpe.

Quanto à linha colateral, este possui critério de contagem, diferenciado do critério de contagem em linha reta. Como já visto, em linha colateral são considerados parentes até o limite máximo do quarto grau.

Neste tipo de parentesco citado, para se fazer a contagem é necessário que se contabilize em linha reta até o ancestral comum e, depois de alcançado o mesmo, conta-se até chegar o parente em questão, lembrando que somente até o quarto grau haverá efeitos jurídicos.

Aqui houve uma diferenciação entre os Códigos Civis de 1.916 e o vigente, no que tange à limitação da contagem de grau até o 4º grau, apesar de o Código Civil vigente não ter inovado, uma vez que tal previsão já era feita em lei e aplicada extensivamente.

Na linha colateral não há parentesco de primeiro grau, porém, em contrapartida, haverá uma multiplicidade de parentes em um mesmo grau como, por exemplo, tios e sobrinhos que serão parentes em terceiro grau de outro membro da mesma família.

No que concerne ao parentesco entre irmãos, este pode ser bilateral ou unilateral, dependendo se a ascendência é comum ou não aos mesmos, tendo os bilaterais direito ao dobro da parte destinada aos unilaterais quanto ao direito sucessório. Para tal, é importante essa diferenciação dentro da colateralidade do parentesco em sua contagem.

Quanto à afinidade, tal contagem se dá, nos mesmos moldes e parâmetros da contagem no parentesco por consangüinidade. Porém, deve-se lembrar que na linha colateral por afinidade só existe parentes juridicamente considerado até o 2º grau, ou seja, só é considerado por lei no parentesco por afinidade na linha colateral, o cunhadio²⁴⁰.

4.1.3 Do parentesco por afinidade

O parentesco por afinidade se dá através de uma união conjugal, seja ela um casamento, uma união estável, ou, como defendido neste estudo, uma união por afetividade, com estabilidade e ostensibilidade. Pelo entendimento “clássico”, tal união não estabelece relação de parentesco entre os cônjuges, mas apenas estes e os parentes do outro cônjuge.

Como posto, o que se pretende com este trabalho é a fixação de vínculo de parentalidade entre irmãos de fato, na família recomposta:

Segundo Waldyr Grisard Filho²⁴¹, na família recomposta, a afinidade incidiria apenas em relação à prole já existente no momento de sua constituição e os que dela advierem obviamente, não havendo possibilidade de incorporação de novos parentes afins, como os filhos nascidos depois de dissolvida referida entidade. Para Washington de Barros Monteiro, a afinidade mantém certa simetria com o parentesco consangüíneo, principalmente na discriminação das linhas, graus e espécies²⁴².

²⁴⁰DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 423-425.

²⁴¹GRISARD FILHO. Waldir. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 668.

²⁴²MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, “v.2º: Direito de Família”, p. 235.

Em caso de casamento putativo bem como concubinato impuro, vale ressaltar que não há que se falar em parentesco por afinidade.

No Código Civil de 1916, a única forma de ser estabelecida a afinidade era através do matrimônio, e o Código Civil de 2.002 veio inovar quanto às relações de afinidade, incluindo a união estável como outra maneira de estabelecer tais relações e, ao se considerar como entidade familiar um número maior do que aquelas três constantes no artigo 226, parágrafos 3º e 4º, abriu-se a possibilidade para a incidência de parentalidade por afinidade pela afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Esta relação de parentesco nunca se dará entre os afins e sim entre o cônjuge ou convivente e os mesmos, ou seja, os afins de um cônjuge ou convivente não possuem relação de parentesco com os afins do outro cônjuge.

A afinidade, igualmente ao parentesco natural ou consanguíneo, comportará duas linhas: a linha reta e a linha colateral.

Em linha reta, a afinidade pode ocorrer de três maneiras, sendo a primeira, a linha reta descendente, na qual se encontra o genro, a nora, o enteado e a enteada; a segunda, a linha reta ascendente, na qual se encontra o sogro e a sogra, padrasto e madrasta; por fim a linha colateral, na qual se encontra o cunhado e a cunhada.

Na linha reta, deve-se salientar que, igualmente ao parentesco natural em linha reta, aqui não há a limitação de grau, bem como não há a extinção nem com a dissolução da sociedade conjugal, nem pela morte de um dos cônjuges.

Quanto aos impedimentos matrimoniais, o parentesco por afinidade constitui um dos impedimentos dispostos em lei, *in casu*, disposto no artigo 1.521, II do Código Civil brasileiro.

No que se refere à linha colateral, pelo entendimento positivista e por uma interpretação obtusa e equivocada do ordenamento

jurídico pátrio, o parentesco por afinidade se restringe ao cunhadio, ou seja, somente existe em segundo grau, como dispõe o artigo 1.595, § 1º do Código Civil, não sendo reconhecida juridicamente qualquer outra relação ou grau.

Diferentemente do que acontece na relação parental por afinidade em linha reta, com referência ao cunhadio, tanto a dissolução conjugal quanto a morte de um dos cônjuges extingue tal relação de parentesco por afinidade na linha colateral, como se pode comprovar em jurisprudência: “Civil. Sucessões. Parentesco. Linha colateral. Extinto o casamento, extingue-se o vínculo de afinidade na linha colateral, a teor do disciplinado pelo artigo 335, do Código Civil, o qual resguarda apenas a sobrevivência da afinidade na linha reta. Apelo improvido. Decisão unânime. (TJDF – A. Cível 19 980 110 385 149, Acórdão 114 851, 12 -04-99, Rel. Valter Xavier)”²⁴³.

Nota-se que tal acórdão é datado de 1999 e, portanto, está de acordo com a disposição dos artigos do Código Civil de 1916.

4.1.4 Do parentesco civil

Como foi dito anteriormente, o parentesco civil teve seu surgimento no direito romano e, daquela época até os dias atuais, foi se modificando e se adequando aos novos moldes das relações sociais e familiares. Muitas coisas ainda estão intrínsecas nos conceitos de parentesco civil contemporâneo.

Para Washington de Barros Monteiro, parentesco civil é “aquele que tem outra origem, como antes visto, no qual se enquadra o

²⁴³VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2006 p. 261, nota 1.

instituto da adoção... é o produto exclusivo da lei, que procura imitar a natureza (Código Civil - 2002, art. 1596)”²⁴⁴.

Vários são os autores que seguem essa corrente de pensamento quanto à conceituação do parentesco civil. É claro que se trata de uma conceituação de 1989, pós-Constituição, portanto, um pouco inadequada para os dias atuais, porém, como se percebe, existem definições contemporâneas que ainda definem o parentesco civil, como o parentesco advindo da adoção.

Maria Helena Diniz define-o como: “É o que se refere à adoção, estabelecendo um vínculo entre adotante e adotado, que se estende aos parentes de um e de outro. A adoção, portanto, atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo para efeito de impedimento matrimonial”²⁴⁵.

Hoje, com o avanço das técnicas de fertilização (heteróloga para o marido), bem como com o avanço das relações sociais e concepções jurídicas (paternidade socioafetiva), torna-se difícil limitar tal conceituação às relações de adoção, portanto, novas fontes de parentesco devem ser englobadas.

Durante a jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o seguinte enunciado: O Código Civil reconhece, em seu artigo 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquela decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental decorrente, quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga, relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filho²⁴⁶. Nota-se que tal preocupação não teve o legislador no Código Civil vigente, já que o mesmo não tratou destas diferentes formas e fontes do direito parental contemporâneo, perdendo enorme chance de mostrar sua evolução.

²⁴⁴MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, “v.2º: Direito de Família”, p. 298.

²⁴⁵DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 5º volume: direito de família, 22ª ed., São Paulo:Saraiva, 2007, p.411.

²⁴⁶GAMA. Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 81-109.

No mais, vale registrar que foi posto fim às diferenciações entre adotados e filhos concebidos na constância do casamento de forma natural. Este término se deu em cumprimento ao art. 227 § 6º da Constituição Federal, já que o texto deste artigo prevê a igualdade de direitos e a proibição no que tange às discriminações terminológicas e de fato.

Deve-se evidenciar que, tanto no parentesco advindo da adoção quanto no parentesco advindo das novas técnicas de fertilização e reprodução, não há que se falar que tal relação se estende somente aos pais, posto que, assim, estaria abrindo confronto com o texto constitucional.

A partir do momento que não existe relação de parentesco de consangüinidade, aquele que foi adotado ou foi fruto destas novas técnicas de fertilização, mesmo que sem nenhuma participação genética dos pais de fato, adquire todos os direitos e deveres reservados àqueles que são parentes naturais, inclusive se tornando parente dos mesmos como se naturais fossem.

Pelo entendimento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama²⁴⁷, para que exista uma harmonização entre o artigo 1.593 do Código Civil e o texto constitucional, a adoção deverá ser aceita apenas a título exemplificativo. Em relação à procriação assistida, é válido mencionar a presunção de paternidade, a qual atribui a parentalidade àquele que voluntariamente consente com a inseminação artificial.

Hoje, as relações familiares entre pais, mães e filhos devem ser consideradas muito mais que relações puramente genéticas. Deve-se levar em conta o carinho, o amor e os sentimentos que constituem as relações parentais. Portanto, diante desta visão, há o reconhecimento da paternidade socioafetiva, além do instituto da adoção que também se baseia em um vínculo afetivo.

“A disciplina jurídica das relações de parentesco entre pai e filhos não atende, exclusivamente, quer valores biológicos, quer juízos sociológicos; é uma

²⁴⁷GAMA. Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 97.

moldura a ser preenchida, não com meros conceitos jurídicos ou abstrações, mas com vida, na qual pessoas espelham sentimentos. (...) A alteração da concepção jurídica de família conduz necessariamente à mudança da ordenação jurídica da filiação. O rumo aponta para o que designou corretamente o Professor Eduardo de Oliveira Leite de Nova Paternidade, na qual o papel da afetividade é imenso, pois que a paternidade decorre menos da procriação e mais da circunstância de amar e servir”²⁴⁸.

Em nível de direito comparado, em muitos países do mundo as previsões legais destas novas fontes de paternidade já estão dispostas nas cartas normativas, sem insinuações, ou necessidade de interpretações extensivas.

Deve-se, portanto, construir outra definição no que concerne ao próprio instituto do parentesco, porém, no que tange à matéria específica do parentesco civil pode-se entendê-lo como o parentesco decorrente da adoção, bem como decorrente de relações socioafetivas e de reproduções assistidas advindas das novas técnicas de fertilização e reprodução.

4.1.4.1 Da filiação afetiva

Quando se fala em relação jurídica capaz de unir indivíduos procedentes do mesmo tronco ancestral, quando se fala em ascendência e descendência, origem e originado, não tem como fugir à filiação, que antes de qualquer coisa é uma relação jurídica de parentesco.

Por Sílvio Rodrigues²⁴⁹ e Lafayette Rodrigues Pereira²⁵⁰, “Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram”.

Filiação é, portanto, o vínculo que une alguém ao fruto de sua reprodução.²⁵¹

²⁴⁸FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 29.

²⁴⁹RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva 1982. “v.6: Direito de Família”, p. 281.

²⁵⁰PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. BITTAR, Carlos Alberto (coord), ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *O direito de família e a constituição de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1989 p. 253.

Não podemos generalizar o conceito acima, pois este não suporta a filiação civil, ou seja, a filiação que nasce p.ex. a partir da adoção. E em que pese o princípio constitucional da isonomia de filiação, para o fim de estudo científico deve ser analisada de forma separada.

Mas é somente isso? Elo pela reprodução? A par da filiação consangüínea ou biológica, da filiação jurídica imposta pela lei, aqui cabe apenas o estudo da filiação afetiva como forma de demonstrar que a afetividade já é capaz de criar vínculo de parentesco, posto que a paternidade socioafetiva já é aceita por legislações várias, como a da Bélgica, França e inclusive pela nossa jurisprudência, como se provará a seguir.

Sendo a sexualidade humana ingrediente natural de preservação da espécie, o ato sexual ou mesmo a convivência entre dois seres com a finalidade de se relacionarem sexualmente, são atos da natureza do Homem, assim como, também são atos da natureza, a fecundação e seus desdobramentos.

É preciso entender-se por seus desdobramentos até a gravidez e o nascimento de uma nova vida, mas foge a este sentido a paternidade estabelecida entre este novo ser e o parceiro sexual de sua mãe ou mesmo o dono do material genético utilizado na fecundação *in vitro*, se for o caso.

Segundo estabelece João Baptista Villela²⁵², “é bem verdade que esse fato, enquanto tal, não está subtraído à vontade humana, que decide, afinal, de sua ocorrência ou não”. O homem tem opção diante dos fatos que levam ao nascimento de uma pessoa e igualmente pode optar

²⁵¹BITTAR, Carlos Alberto (coord.), ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *O Direito de família e a Constituição de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 154.

²⁵²VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense*, vol. 271, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.46.

após o nascimento em portar-se em relação a ela de modos vários, que vão desde adotá-la como sua até mesmo rejeitá-la.

A paternidade nasce primeiramente de um fato biológico, para , sofrendo a incidência de aspectos sociais, jurídicos e religiosos, tornar -se um fato cultural.

Pelo que dispõe João Baptista Villela, já citado, basta prestar atenção à cultura da humanidade para se perceber que há uma diferença entre o pai e o genitor, estando a paternidade muito mais ligada ao serviço que com a procriação, ou seja, diz respeito muito mais a amar e servir do que gerar.

Como exemplo de fatos da cultura da humanidade, cita a célebre sentença de Salomão²⁵³, onde o julgador, pondo à prova o amor à criança pelas reclamantes, pelo que hoje se denomina melhor interesse da criança, decidiu o destino da mesma.

Assim como na Bíblia, muitas vezes o *link* biológico, por si só, não pode explicar os verdadeiros fundamentos da relação paterno -filial. Nos moldes da família patriarcal romana, na qual impera a paternidade presumida por lei (constante do ordenamento jurídico pátrio, seja pelo Código Civil de 1916, seja pelo Código Civil de 2002), em caso de filiação matrimonial, mesmo que o genitor não seja o marido da mãe, é este considerado pai de seu filho pelos motivos já apresentados, e creia -se, até mesmo por considerá-lo o mais indicado dentro daquela estrutura familiar existente e rígida.

No campo da genética, onde se afere a paternidade biológica, muitas vezes deixa-se de fazê-lo em defesa da segurança das relações familiares, como em caso de reprodução assistida por inseminação artificial heteróloga ou ainda, em caso de fecundação *in vitro*, “duplamente”

²⁵³BÍBLIA SAGRADA. *Livro dos Reis*, I,3,16-28.

heteróloga²⁵⁴, onde se preserva o anonimato do(s) doador(es), até mesmo como forma de se evitar a redução na oferta de doações, prejudicando a demanda.

Seria recomendável que o doador do sêmen viesse a pleitear a paternidade do fruto da inseminação aduzida com a sua utilização?

Para a resposta, é preciso considerar que esta, indiscutivelmente, seria a atribuição da paternidade biológica, que facilmente pode ser indicada por um exame de DNA, e que o estabelecimento de uma relação jurídica entre ele e seu filho origina uma série de direitos e deveres, como direito recíproco a alimentos e a sucessão, dentre outros.

Paolo Vercellone²⁵⁵ responde que não é recomendável, baseado no fato de que para ele é necessária a existência do elemento vontade. Se não a vontade de ter um filho ao menos a vontade de se manter um ato sexual, desejando o resultado ou assumindo o risco de produzi-lo. E aqui ousa dizer, mas não é recomendável, porque o doador quis doar e o fez, quis gerar e também o fez, mas quem garante que desejou ter um filho para si?

“Um filho tem que ser mais alguma coisa, ao invés de simplesmente mais filho”, segundo João Baptista Villela²⁵⁶, para quem a filiação biológica se encontra represada e fechada sobre si mesma.

A evolução tecnológica da ciência, da biogenética, permite hoje a prática de sexo sem o menor risco de gravidez e também o contrário, a promoção da reprodução sem a prática de sexo, ficando, assim, a paternidade como um ato absolutamente facultativo e autônomo.

²⁵⁴Fecundação feita em laboratório com a utilização de células reprodutoras de doadores estranhos ao casal.

²⁵⁵VERCELLONE, Paolo. As novas famílias. *Direitos de família e do menor: inovações e tendências*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 27.

²⁵⁶VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. cit. p. 46.

Já, o estabelecimento da filiação não é um direito do sujeito e um dever do Estado, e vai se firmar até mesmo pelo afeto, mas atenderá às necessidades do filho. Devem ser os filhos buscados, desejados, adotados e precisam disto na formação adequada de seu caráter e personalidade²⁵⁷.

Outro fator relevante a ser considerado é a evolução da própria família. A família, ao se transformar daquele modelo tradicional, romano, patriarcal²⁵⁸ para o modelo pluriparental, como ora se apresenta, passou a valorizar as relações afetivas entre seus membros. Entende-se que não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas é a família e o casamento que existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de uma aspiração à felicidade.

Se a paternidade se constitui pelo fato, o pai pode não ser aquele a quem a lei presuntivamente atribui a paternidade. Essa verdade jurídica (paternidade legal) emergente da presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant* – cujo caráter praticamente absoluto foi consagrado pelo sistema clássico – deve ceder à busca da verdadeira paternidade, do ponto de vista biológico (paternidade biológica).

Porém, a verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psicoafetiva. Aquele, enfim, que, além de poder emprestar seu nome de família, trata o indivíduo como seu verdadeiro filho perante o ambiente social.

²⁵⁷MAIA, Renato. *Filiação Paternal*. Dissertação de mestrado – ainda não publicada - defendida em 15.04.2003, junto à PUC-SP para a obtenção do título de mestre, sob a orientação da Profª Doutora Maria Helena Diniz.

²⁵⁸Família Aristotélica, segundo HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. *Família e cidadania: o novo CCB e a Vacatio Legis*. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002, p. 410.

Luiz Edson Fachin observou, com acerto, que o vínculo da paternidade “não é apenas um dado, pois, ao contrário, ele tem a natureza de se deixar construir” e arremata com esta sentença exemplar, na força de sua aparente ambigüidade: “A paternidade se faz”²⁵⁹.

Para Belmiro Pedro Welter²⁶⁰, a filiação afetiva dá-se nos casos em que, mesmo não havendo vínculo biológico ou jurídico (adoção), os pais criam uma criança por mera opção, denominado filho de criação, estando amparada essa situação de fato na jurisprudência: “A despeito da ausência de regulamentação em nosso direito quanto à paternidade sociológica, a partir dos princípios constitucionais de proteção à criança (art. 227 da CF), assim como da doutrina da integral proteção, consagrada na Lei nº 8.069/90 (especialmente arts. 4º e 6º), é possível extrair os fundamentos que, em nosso direito, conduzem ao reconhecimento da paternidade socioafetiva²⁶¹, revelada pela posse de estado de filho, como geradora de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação.” (Ac. 599 2 96 654, da 7ª C.Cív., TJRS, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, em 18.08.1999, DOJ 1.716, de 08.10.1999.) e por outros vários julgados²⁶².

²⁵⁹FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade: Relação biológica e Afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 21.

²⁶⁰WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva*. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, ano IV – nº14 – jul./ago./set., 2002, p. 133.

²⁶¹Expressão inicialmente utilizada por Luiz Edson Fachin em sua tese de doutoramento pela PUC-SP, cujo núcleo vem contido no livro *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 149.

²⁶²“Quem, sabendo não ser o pai biológico, registra como seu o filho de companheira durante a vigência de união estável, estabelece uma filiação socioafetiva, que produz os mesmos efeitos que a adoção, ato irrevogável. O pai registral não pode interpor ação negatória de paternidade e não tem legitimidade para buscar a anulação do registro de nascimento, pois inexistente vício material ou formal a ensejar sua desconstituição.” (EI 599,227.365, 4º G.C. Cív. – Rel. p/o Ac. Maria Berenice Dias – DJRS 21.10.1999).

“Registro de nascimento. Reconhecimento espontâneo da paternidade. Adoção simulada ou à brasileira. Descabe a pretensão anulatória do registro de nascimento do filho da companheira, lavrado durante a vigência da união estável, já que o ato tipifica verdadeira adoção, que é irrevogável.” (Apelação Cível nº 598 300 028, 7ª C.Cív., TJRS, Porto Alegre, Relª. Maria Berenice Dias, J.18.11.1998, In: CD Juris Síntese 29, ago. 2001).

“Um coito apenas determina para a vida inteira um parentesco, um coito entre pessoas que, às vezes, só tiveram aquele coito e nada mais! Desprezam-se anos e anos de convivência afetiva, de assistência, de

O novo Código Civil, segundo as interpretações advindas da Jornada de Direito Civil (ocorrida de 11 a 13 de setembro de 2002²⁶³) e em tantas outras já pacificadas, em seu artigo 1.603, compreende, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva²⁶⁴.

É unânime que a paternidade constitui uma realidade sociológica, tida em alta conta pelo legislador das reformas européias, verdade essa que se mostra através da *posse de estado de filho* – a ser abordada neste estudo.

companheirismo, de acompanhamento, de amor, de ligação afetiva. Daí não se tratar de um rematado absurdo a cogitação de que se pudesse pretender pôr limites à investigação da paternidade biológica, porque, quando se permite indiscriminadamente esta pesquisa, se está jogando por terra todo o prisma socioafetivo do assunto, e isto vale também para a paternidade biológica, não só para a adotiva. O pai e mãe criaram um filho, com a melhor das criações possíveis, com todo o amor que se podia imaginar; passam-se os anos; quarenta anos depois, resolve o filho investigar a paternidade com relação a outra pessoa, esbofeteando os pais que o criaram por quarenta anos! E normalmente esses pedidos são tão despropositados que, falando em tese, muitas vezes têm a ver apenas com a cobiça, descobrem que o pai biológico tem dinheiro, vai herdar, então despreza os pais que o criaram, que deram toda a educação, quer adotivos, quer biológicos – tidos como biológicos –, e vai procurar o outro pai que teve o tal coito, uma vez na vida.” (Ac. 595 118 787, 8ª C.Cív., TJRS, em 08.11.1995, RTTJRS 176/771 –2, Rel. Sérgio Gischkow Pereira).

TJPR- NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ADOÇÃO À BRASILEIRA - CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SOCIOAFETIVA. TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROCEDÊNCIA. DECISÃO REFORMADA. 1. Ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre estado de pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada pelo exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrem da adoção à brasileira (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quas e quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular adoção à brasileira, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-iam as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado. (Apelação cível 0108417-9, de Curitiba, 2. Vara de Família. DJ 04/02/2002. Relator: Accácio Cambi).

²⁶³O código civil reconhece, em seu artigo 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental decorrente das técnicas de reprodução assistida heteróloga, relativamente ao pai (ou à mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filho. JORNADA DE DIREITO CIVIL, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, coordenada pelo Min. Ruy Rosado.

²⁶⁴Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família, nº 17, ano 2 - nov./dez. de 2002, p. 6.

Por outro lado, é preciso enxergar que o vínculo afetivo ténue e raso pode, tanto pelo lado do filho como pelo lado do pai, construir -se com fins outros que não somente o suprimento de uma carência paterna.

No século XIX, quando o Direito Civil passou a equiparar os herdeiros legítimos, abandonando os privilégios antes reservados aos primogênitos, as relações de parentesco tornaram -se um tema chave da organização social. O casamento, a paternidade e a filiação tinham como contrapartida o dote, a herança e a riqueza.

É por isso que hoje se fala em “despatrimonialização” da família, segundo José Sebastião de Oliveira²⁶⁵, o abandono da estreita visão do legislador de 1916, para dar guarida a “repersonalização” da família, ou seja, ao resgate de todos os valores imateriais que devem existir no seio da família e que são os efetivos responsáveis pela sua manutenção.

4.1.4.2 Da posse de estado de filho: elementos caracterizadores

Antes de abordar a posse de estado de filho é imprescindível o entendimento do que seja o estado da pessoa.

Para Planiol²⁶⁶, o estado da pessoa é composto por determinadas qualidades que a lei toma em consideração para atribuir -lhes efeitos jurídicos. Designar o estado de uma pessoa é qualificá -la e, rigorosamente, a toda qualidade que produza efeitos de direito pode dar -se o nome de estado. O direito reserva este nome às qualidades inerentes à

²⁶⁵OLIVEIRA, José Sebastião. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 244.

²⁶⁶PLANIO, Marcel de et RIPERT, Georges *Derecho Civil*. 3. ed., tradução de Leonel Pereznieta Castro. México: Ed. Pedagógica Iberoamericana, 1986.

pessoa, com exclusão dos qualificativos que lhe correspondam, em razão de suas ocupações.

Para Orlando Gomes²⁶⁷, o estado da pessoa é a posição jurídica da qual deriva uma série de direitos e obrigações. Todo indivíduo tem direito a determinado estado, que não se identifica a qualquer relação jurídica, embora nas diversas posições jurídicas em que pode encontrar-se estabelece relações jurídicas com outras pessoas.

No presente estudo interessa o estado de filho, que pode se revelar pela posse de estado, como forma a demonstrar que existe parentalidade pelo afeto, com o intuito de estender este entendimento à relação de irmãos de fato na família recomposta.

O estado de filiação pode decorrer de um fato natural ou jurídico, como o nascimento, ou de um ato jurídico, como a adoção, sendo irrenunciável e imprescritível, não admitindo transação.

Irrenunciável, muito embora possa desistir da demanda. Imprescritível, porque pode mover-se a ação de investigação de paternidade contra o pai ou seus herdeiros em qualquer tempo, para reclamar um estado a que se tem direito.

O estado de filho, em relação aos filhos não-matrimoniais, prova-se pela certidão de nascimento, onde deverá constar a averbação da sentença declaratória ou do ato voluntário de reconhecimento. O estado de filho é indivisível e, uma vez declarado (por sentença ou pelo reconhecimento voluntário), o filho adquire o estado de filiação jurídica, com oposição contra tudo e contra todos (*erga omnes*). Adquire, assim, sua classificação social, sua condição na sociedade, que integra sua personalidade.

²⁶⁷GOMES, Orlando. *Direito de família*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 311.

Segundo dispõe José Bernardo Ramos Boeira²⁶⁸, os atributos do estado de filho são pessoais e, por isso, integram seus direitos da personalidade.

O nome é o principal reflexo social deste estado. Como ensina Planiol²⁶⁹, possuir um estado é ter de fato o título correspondente, desfrutar das vantagens a ele inerentes e suportar seus encargos e mais, a posse de qualquer estado consiste em parecer frente aos olhos do público como possuí-lo realmente.

A posse de estado de filho, para Orlando Gomes²⁷⁰, é o conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho matrimonial do casal que o cria e educa. Para Carvalho Santos²⁷¹, a posse de estado de filho é o conjunto de fatos que estabelecem, por presunção, o reconhecimento da filiação do filho pela família à qual pretende pertencer.

Tanto pelo direito comparado (legislações francesa, portuguesa e belga) como pela necessidade de se considerar a paternidade afetiva, conclui-se ser relevante a noção de posse de estado de filho no estabelecimento da filiação.

A evolução do princípio da igualdade entre as espécies de filiação atinge sua conquista legislativa no momento em que as reformas recuperam a noção da posse de estado de filho.

A posse de estado se projeta para conferir sensibilidade jurídica a determinados fatos sociais, captando elementos e valorizando

²⁶⁸BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 57.

²⁶⁹PLANIOL, Marcel de et RIPERT, Georges. *Derecho Civil*. 3. ed., tradução de Leonel Pereznieta Castro. México: Ed. Pedagógica Iberoamericana, 1986.

²⁷⁰GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 308.

²⁷¹SANTOS, J.M. Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, 1934, v.IV e VI, pp. 327 e 365-484.

situações que se colocam na busca da verdadeira família. Percebe -se uma crescente e marcante relevância no conceito de posse de estado, notadamente quando não se confina a busca da verdadeira filiação à observância de rígidas regras jurídicas, ainda mais quando a ligação biológica não orienta de modo absoluto e exclusivo a explicação da relação paterno-filial.

Devido à base sólida do sistema clássico que protegia a instituição familiar matrimonializada – numa visão patriarcal e hierarquizada da família – a busca da verdade biológica, e menos ainda a da verdade socioafetiva, não passava pelos muros da verdade jurídica, a não ser pelos limites estreitos previstos pelos próprios sistemas no seio da contestação privativa da paternidade.

Como que balanceando a busca da base biológica da filiação com o sentido socioafetivo da paternidade, o legislador alienígena valeu -se da conhecida noção de posse de estado.

Note-se que não é propriamente à verdade biológica da filiação que a posse de estado de filho serve prioritariamente. Ela mais se dirige a valorizar o elemento afetivo e sociológico da filiação, posto que sua ausência pode pôr em dúvida o vínculo da filiação.

Em outras palavras, na hipótese que aqui interessa – vale dizer, no caso da filiação tida por mulher casada – a presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant* se fortalece ou se fragiliza na presença ou ausência da posse de estado de filho. Na ausência da posse de estado de filho perante o marido da mãe e na presença dela diante de terceiro, esse mecanismo pode influir decisivamente no estabelecimento da paternidade do filho tido por

mulher casada. A posse de estado de filho adulterino *a matre*, perante terceiro, revela, de fato, a paternidade²⁷².

A posse de estado também tem importância ímpar no âmbito da filiação matrimonial, exercendo um papel consolidador. Somando -se a esta o título de nascimento, tem o poder de estabilizar definitivamente o estado. A presença da posse de estado de filho matrimonial é um fato revelador da vontade do marido da mãe (pai presumido) em aceitá -lo como filho, fato esse que sustenta a própria presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*, e afasta a negatória. Todavia, a ausência da posse de estado de filho matrimonial tende a destruir a dita presunção.

O instituto jurídico da adoção é calcado na posse de estado de filho, onde faticamente (antes mesmo do respaldo do ordenamento jurídico), uns tomam como seus, filhos de outrem e a eles dão a condição e a posição de filho, íntima e socialmente reconhecida como tal.

A paternidade adotiva, pelo seu teor de autodeterminação, traz em si um exercício de liberdade, amparada na afetividade.

João Álvaro Dias²⁷³ observa a possibilidade de, através da adoção, solucionar várias questões da paternidade, relacionadas inclusive com o anonimato do doador de gametas na reprodução assistida e de sua privacidade, e inspira Guilherme Calmon Nogueira da Gama²⁷⁴ a afirmar que há na legislação brasileira previsão a respeito da possibilidade de uma criança ter dois pais, o biológico e o socioafetivo, excepcionando assim o princípio da unicidade do vínculo paterno e, conseqüentemente, até mesmo do vínculo materno.

²⁷²BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: Posse de estado de filho: Paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 69.

²⁷³DIAS, João Álvaro. *Procriação assistida e responsabilidade médica*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 442.

²⁷⁴GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida. Problemas de direito civil constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Muito embora o ordenamento jurídico pátrio não defenda a tese da posse de estado de filho (nem no Código Civil de 1916, nem no Código Civil de 2002), salvo como um diminuto meio de prova, já no projeto primitivo, concluído em outubro de 1899, Clóvis Beviláqua defendeu esse instituto, ao apontar os casos em que a investigação de paternidade era admitida, em relação aos filhos legítimos. No entanto, sua permanência no ordenamento não foi mantida.

Entretanto, a jurisprudência vem recepcionando o instituto, como demonstra julgado do Tribunal de Justiça do Paraná, que prestigiou a paternidade socioafetiva, em detrimento da biológica²⁷⁵.

Os elementos que caracterizam a posse de estado são o *nome*, o *trato* e a *fama*. Assim, aquele que se encontra sob a condição fática da posse de estado deve ter sempre usado o nome daquele que é identificado como seu pai; ter sido sempre tratado por este como filho, tendo recebido a contribuição de pai, para a sua formação como ser humano e, ter sempre usufruído desta condição de filho, sendo reconhecido como tal na sociedade e pelo próprio indivíduo, que tem como pai.

²⁷⁵“negatória de paternidade – ‘adoção à brasileira’ – confronto entre a verdade biológica e a socioafetiva – tutela da dignidade da pessoa humana – procedência – decisão reformada. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento da Súmula nº 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado de pessoa, que é emanção do direito de personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada ‘adoção à brasileira’ (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular ‘adoção à brasileira’, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-iam as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado.” (AC. 108.417-9 – 2ª C.Civ. – Ac.20.110 – Rel. Des. Accácio Cambi – unân. – J. 12.12.2001).

A exteriorização do estado de filho se dá pelo seu reflexo no meio social em que vive. É o reconhecimento público desta situação fática, aqui tratada por fama.

Tem-se aqui que registrar que, dependendo de cada caso, é possível haver os elementos ensejadores da posse de estado de filho em graus de intensidade mais ou menos presente, que, igualmente, faz com que a situação fática, posse de estado de filho, sofra uma variação de força para mais ou para menos. Por exemplo, tratando -se de uma posse de estado de filho existente em relação a um pai casado e um filho seu não -matrimonial, quase sempre, dado ao impedimento, não venha ele a identificar publicamente, esta situação. Já, para os cônjuges, sem impedimentos de ordem legal ou moral, é muito mais fácil demonstrar o u até mesmo invocar abertamente a posse de estado para justificar uma filiação, por qualquer motivo não comprovado pela certidão de nascimento.

Não há uma hierarquia entre os três elementos ensejadores da posse de estado. José Bernardo Ramos Boeira²⁷⁶ alega que a doutrina reconhece, em sua maioria, que o fato do filho nunca ter usado o patronímico paterno, não enfraquece a posse de estado de filho, se concorre com os outros dois elementos: trato e fama a confirmarem a paternidade.

Para Orlando Gomes²⁷⁷, em obra também já citada, o tratamento *in contesti* é determinante para o estabelecimento da aparência que o instituto vem demonstrar.

Igualmente dispõe Martine Rémond²⁷⁸, ao analisar os elementos constitutivos da posse de estado, sobre o lugar especial do *tractatus*. Baseia-se na confissão implícita, pela manifestação da vontade

²⁷⁶BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: Posse de estado de filho: Paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.59.

²⁷⁷GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.326.

²⁷⁸RÉMOND-GOUILLOUD, Martine. *La possession d'état d'enfant*. *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris, juil.-sept., 1975.

dos interessados. Tem-se um lugar especial, e também uma importância relativa, uma vez que é condição da fama.

Outro fato a se considerar é a duração do tratamento dispensado, exatamente para que se possa diferenciar posse de estado da teoria da aparência. Se por um lado a teoria da aparência se prende à impressão produzida sobre o público, a Posse de Estado tenta captar o comportamento dos interessados.

Duração e estabilidade. O decurso de tempo que sustenta a situação fática é relevante, devendo se aliar à estabilidade, no sentido de apontar para essa ou aquela realidade, decorrente da duração reveladora de sua existência.

A posse de estado entra na comprovação da tese que ora se apresenta, coadunando-se com os elementos essenciais a coroar uma situação fática existente entre os irmãos de fato na família recomposta, onde estes se tratam e se tem como referência um do outro e, onde a fama deste tratamento é reconhecida dentro de uma estabilidade. Claro que de acordo com o que destaca o direito alemão, perfazendo condição imprescindível ao atendimento do melhor interesse dos envolvidos e meio de persecução da dignidade dos mesmos.

CAPÍTULO 5

DA PARENTALIDADE AFETIVA NA FAMÍLIA RECOMPOSTA

De acordo com a análise de Engels, como dito alhures, em momento algum de sua trajetória a família foi livre, sempre se curvando a diversas regras. Inicialmente por imposições sociais e depois por obrigações com a lei do Estado e com a moral religiosa. A família sempre teve que se adaptar e é exatamente por sua capacidade de adaptação que se acredita que não desaparecerá.

Pontes de Miranda²⁷⁹, aduzindo uma análise do fato social e do processo social de adaptação, afirma que o fato social é relação de adaptação do indivíduo à vida social, a uma, duas ou mais coletividades de que faça parte. Sentencia que não há religião, nem direito, nem economia, que sejam dados absolutos, mas sim o que há, são processos adaptativos, fatos, relações que se distribuem segundo critérios especiais de adaptar, e variáveis no tempo e no espaço.

Ainda, para Pontes de Miranda, a adaptação não se dá entre parte do ser e o meio, mas entre todo o ser e todo o meio, sendo sete os principais processos sociais de adaptação, a saber: 1) o religioso; 2) o moral; 3) o estético; 4) o gnoseológico; 5) o jurídico; 6) o político; e, 7) o econômico.

Estes processos, para o citado autor, se dão dentro de sistemas relativamente fechados, que são os círculos sociais, “uns envolventes, outros internos, uns que permanecem outros que passam”, sendo a família um círculo interior permanente.

E assim, ainda hoje se deve dar. Se não houver adaptação não haverá conjunção com os novos costumes e anseios sociais.

²⁷⁹MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2001, pp. 45-47.

5.1 Dos princípios e direitos fundamentais do parentesco

Quando se fala em princípios de direito bem como direitos fundamentais, deve-se fazer uma ligação entre tais direitos e os direitos operacionais dentro do raciocínio de que estes são desdobramentos contínuos e conseqüentes dos outros.

Muitos princípios e direitos fundamentais que são aplicados ao direito de família também terão sua aplicabilidade estendida ao direito parental, devido ser o direito parental uma subdivisão do direito de família, como já dito.

Portanto, fazendo uma extensão às palavras de Sérgio Resende de Barros, pode-se dizer que é o direito mais fundamental dentro do Direito Parental, o direito à família²⁸⁰.

Há, ainda, como direitos fundamentais do direito parental o direito à liberdade, à igualdade, à fraternidade, à segurança social, ao lazer entre outros que de alguma forma são direitos e deveres recíprocos entre os pais e os filhos bem como entre o indivíduo e seus parentes.

Deve-se mencionar, com alguma particularidade, o direito ao lar, direito esse fundamental dentro das relações parentais sob o qual se baseiam vários outros direitos operacionais tais como, o direito ao desenvolvimento do poder familiar, o direito à moradia, o direito ao bem de família etc.

Como trata Sérgio Resende de Barros:

²⁸⁰ BARROS, Sérgio Rezende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais, In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. [s.ed.] Belo Horizonte: Del Rey 2004, p. 612. “Qual é, no direito de família, o direito humano fundamental de todos os outros? A resposta é uma só: é o próprio direito de família”.

“Também, o direito ao lar está ligado aos direitos que zelam pela boa estrutura econômica da família, como o direito ao condomínio patrimonial, o direito à gratuidade do casamento, o direito à herança e à sucessão, a alimentos e pensões. Enfim, está ligado aos direitos que dizem com a superestrutura cultural e psíquica da entidade familiar, tais como o direito à saúde, educação edificação e solidificação da pessoa humana, o direito ao reconhecimento da paternidade, maternidade ou filiação ignorada, o direito ao parentesco e à afinidade, bem como ao respeito e à amizade entre os familiares”²⁸¹.

Tais direitos citados podem muito bem ser aplicados nas relações de parentesco, bem como muitos decorrem da mesma.

O direito à sucessão, bem como o direito a alimentos e pensões, são direitos que decorrem do direito parental, ou seja, por exemplo, somente aquele que possui alguma relação de parentesco com outrem poderá exigir em juízo os alimentos, já que o direito -dever de alimentar é mútuo entre os parentes.

Nos termos da anterior conceituação do parentesco natural, não se pode esquecer de um direito totalmente inerente às relações parentais que é o direito ao afeto e ao amor. Apesar de não ser regulado, é direito intrínseco nestas relações.

Deve-se salientar também, que muitos desses direitos supramencionados são inerentes ao princípio da dignidade humana e estão elencados na Constituição Federal da República sendo tratados e até instituídos através de Convenções Internacionais de Direito que versam sobre a matéria, das quais o Brasil foi signatário.

Há também aqui a premência de se enaltecer o princípio da solidariedade, que nasce do dispositivo constitucional constante do artigo 3º, I, o qual, integrante do título dos princípios fundamentais, anuncia que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil,

²⁸¹BARROS, Sérgio Rezende de, Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais, In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. [s.ed.] Belo Horizonte: Del Rey 2004, p. 613.

construir uma sociedade livre, justa e solidária, (inciso IV) promovendo o bem-estar de todos.

Solidariedade, segundo Águida Arruda Barbosa²⁸², é um valor decorrente da assistência mútua, princípio de moral universal.

Dispõe Paulo Luiz Netto Lôbo²⁸³ que a liberdade, a justiça e a solidariedade são objetivos, fundamentos e princípios, que o Estado, a sociedade civil, as entidades – principalmente as familiares – e cada pessoa humana devem empenhar em atingir.

Preleciona, ainda, que a solidariedade e a dignidade da pessoa humana são dois hemisférios indissociáveis do núcleo essencial irreduzível da organização social, política e cultural e do ordenamento jurídico brasileiro.

A solidariedade leva à compreensão da família brasileira contemporânea, que rompeu com a máxima do poder despótico. É a solidariedade que une os membros da família de modo democrático e não autoritário, através da co-responsabilidade. As pessoas de uma mesma família convivem entre si, não por submissão a um poder incontrariável, mas porque compartilham afeto e responsabilidades²⁸⁴. O princípio da solidariedade atravessa outros princípios do direito de família como o da convivência familiar, a afetividade e o melhor interesse do menor.

Na esfera jurídica, os deveres de cada um para com os outros impuseram a definição de novos direitos e deveres jurídicos, inclusive na legislação ordinária (como no Código Civil de 2002), mas estando ainda aquém do que se busca e principalmente os deveres de cada um - membro

²⁸²BARBOSA, Águida Arruda. Reciprocidade solidária, in: *Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família*, n°43, ano 7, mar./abr. 2007, p. 7.

²⁸³LÔBO, Paulo Luiz Netto. Família e solidariedade, in: *Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família*, n°43, ano 7, mar./abr. 2007, p. 5.

²⁸⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. Família e solidariedade, in: *Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família*, n°43, ano 7, mar./abr. 2007, p. 5.

da mesma família para com o outro membro – clama pela ampliação adequada da solidariedade, impondo propugnar-se por avanços legislativos, sendo o que se busca neste estudo.

Com o alargamento do conceito de parentalidade, estendendo -a na família recomposta aos irmãos de fato ou afins, pretende-se agigantar a incidência dos deveres entre estes, estabelecendo co-responsabilidades e incidência da afetividade em seus universos.

A Constituição Federal, promulgada em outubro de 1988 tratou especificamente da matéria nos artigos 226 a 230, dando ao Direito de Família e aos demais ramos que decorrem dele a importância necessária.

O texto constitucional veio inovar no que tange ao Direito de Família quando o mesmo tratou de modificar os conceitos, acabando com as exclusões e discriminações que ocorriam, devido a um Direito de Família e, por consequência, um Direito Parental, machista e patriarcal, enraizado nos costumes e conceitos da sociedade da época, mostrando assim, sua evolução.

Apesar de não ter feito previsão de outras formas de constituição da família e conseqüentemente de novas fontes de parentesco, a Carta Magna não fechou as portas para tais previsões, porém, o novel legislador acovardou-se, perdendo a chance de fazê-lo no Código Civil vigente e não o fez.

Os principais direitos e deveres que embasam as relações de parentesco estão arrolados nos artigos 227, 229 e 230 da Constituição Federal. Neles pode-se vislumbrar o direito-dever da assistência, bem como os deveres inerentes aos pais e os deveres inerentes aos filhos .

Além da adoção do princípio da igualdade entre os filhos – inovação do texto constitucional de 1988 – quanto à proteção

constitucional da filiação, pode-se afirmar, como faz Lourival Serejo, que a Constituição se tornou o verdadeiro estatuto da filiação²⁸⁵.

Orlando Gomes comenta as inovações constitucionais quanto ao surgimento do princípio da igualdade entre os irmãos da seguinte forma:

(...) a legislação brasileira é das mais liberais do mundo e adota a seguinte orientação: a) nenhuma distinção entre legítimos e filhos simplesmente naturais quanto a nome, pátrio-poder e sucessão; b) reconhecimento dos filhos havidos fora de matrimônio, sem limitação alguma quanto aos direitos do filho, inclusive o de sucessão; c) proibição de revelar a ilegitimidade simples ou a espuriedade no assento do nascimento⁸.

Portanto, com essa igualdade legalmente prevista na Constituição Federal e demais dispositivos infraconstitucionais, todos os obstáculos e impedimentos ao pleno desenvolvimento da dignidade humana acabaram?

Facilmente se percebe que não. Outras questões pugnam por entendimento que se coadune com os princípios. Se o que está em questão são direitos fundamentais, há que se ressaltar o direito da convivência familiar e a própria família (seja qual for a entidade familiar em questão – prevista na Constituição – ou para além de sua previsão).

Guilherme Calmon Nogueira da Gama²⁸⁶ menciona como efeitos do parentesco, além do direito/dever de sustento, pelos alimentos, o direito à comunicação entre os parentes, especialmente na visitação, e o direito ao partilhamento de bens adquiridos a título oneroso.

E explica que os alimentos como o direito trazido pelo artigo 1.694 do CC; o direito ao partilhamento de bens – sem previsão no ordenamento pátrio –, como aquele que regularia a partilha durante a

²⁸⁵SEREJO, Lourival. Direito constitucional da família. *Apud* GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de família: princípio da dignidade da pessoa humana*, [s.ed.], São Paulo: Leme: Editora de Direito, 2003, p. 144.

²⁸⁶GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 106-108.

convivência entre parentes, de patrimônio resultante da contribuição de ambos na formação da sociedade de fato, com as mesmas diretrizes da súmula 380 do STF²⁸⁷. E mais, dentro de seu entendimento de que parentesco é uma coisa e afinidade é outra, além de prever a extensão da citada súmula, almeja o reconhecimento de situações, envolvendo a convivência entre parentes, e entre afins – não apenas na linha reta – sob o mesmo teto, conjugando esforços para a formação ou aumento patrimonial de um deles. Por fim, explica o direito à visitação entre parentes, usando como exemplo o direito de visita dos avós a seus netos, o qual, deixando de ser regulado pelo novo Código Civil, o é pela Constituição Federal e pela jurisprudência, quando reconhecem o direito da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária²⁸⁸.

5.2 Das relações de parentesco na família recomposta e a extensão da previsão do parentesco por afinidade

Partindo do entendimento de que cabe ao direito de família moderno o estudo das relações jurídicas do matrimônio, do parentesco e da assistência, a que a doutrina designa de direito matrimonial, direito parental e direito assistencial, e de que esta divisão não se presta somente para fins didáticos, mas porque distingue as relações por suas origens²⁸⁹, aqui interessa analisar apenas o do parentesco e o do parentesco por afinidade, que é aquele que se estabelece entre um cônjuge ou companheiro e os filhos do outro, para através deste chegar ao que se deseja propor neste

²⁸⁷Súmula 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

²⁸⁸TJRS – AI70014242176 – 7ª Câmara cível – Rel. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves – J.03.05.2006: “...Existindo uma relação de afeto, a criança tem direito de receber carinho e atenção também de sua família paterna...”

²⁸⁹GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 107.

estudo, já que a afinidade é o nexó específico que define as famílias reconstituídas.

“Dentre os muitos sentidos da parentalidade, as relações no plano jurídico decorrente da consangüinidade e do natural afeto entre pais e filhos marcam o sentido primário do que se entende por parentalidade.”, dispõe Euclides de Oliveira²⁹⁰ e, ainda, sob outra ótica, a expressão parentalidade, por seu étimo, também se liga a uma conceituação mais ampla e abrangente das pessoas entre si vinculadas pelo parentesco, que pode ser natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

Outra origem remete imediatamente à possibilidade de outras fontes de parentesco, como por exemplo, em casos em que a filiação não apresenta coincidência genética – casos de reprodução assistida, casos de filiação presumida e a posse de estado de filho, que leva à paternidade socioafetiva.

A nova família que se forma depois de uma ruptura arquitetada um sistema de aliança entre duas famílias, especializando -o em relação aos filhos de primeiro leito, que formam parte da família nuclear subsequente.

Assim como o sistema jurídico classifica o parentesco segundo sua fonte, como: consangüíneo, afim, adotivo e socioafetivo, impõe-se iniciar a análise a partir do sistema tradicional²⁹¹.

Com relação ao parentesco consangüíneo na família recomposta inexistente este, posto que os cônjuges ou companheiros não são parentes entre si e sim agentes ligados pelo ato do matrimônio ou união estável. Entre um dos cônjuges ou companheiros em relação à

²⁹⁰ OLIVEIRA, Euclides. Os operadores do direito frente às questões da parentalidade, In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Ed. Síntese, IBDFAM, ano V, v.20 – out./nov., 2003, p. 151.

²⁹¹ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 108.

descendência, ascendência e colateralidade do outro se dá o parentesco por afinidade, segundo estabelece a lei. E no que diz respeito ao parentesco civil, por adoção e socioafetivo, há que se estabelecer que, sendo o originado na adoção relação jurídica fixada por lei, equipara-se ao da afinidade, que também encontra sua definição no texto da lei. Diferentemente desta, a adoção permeia-se pelo vínculo socioafetivo, ou seja, à exclusão do parentesco consanguíneo, os demais de uma forma ou de outra, pelo sistema tradicional, encontram guarida na família recomposta.

A lei se mostra inútil à medida que não tem aplicação a casos concretos. A Constituição Federal do Brasil, no seu caráter dirigente, baseia-se em normas programáticas para expressão da modificação histórico-social, as quais anexam novos valores sociais e jurídicos, para não ter que torná-la inócua perante os fatos ocorridos na sociedade que ela, a Constituição, ampara.

A avaliação da extensão do programa traçado pelas normas programáticas que, mais que regras-comando, explicitam comandos-valores e que conferem elasticidade ao ordenamento constitucional, decai sobre a sua eficácia e aplicabilidade no contexto social para a consecução de seus fins.

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 reza que: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, o que é entendido por Maria Helena Diniz²⁹² como um exemplo de norma programática, por não regulamentar diretamente interesses ou direitos, mas por limitar-se a traçar apenas alguns preceitos a serem cumpridos pelo poder público.

²⁹² DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. *Apud* MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 43.

José Afonso da Silva²⁹³ corrobora ao dizer que o artigo 226 da Carta Maior se anexa ao bojo das normas programáticas, e completa dizendo que esse artigo tutela mais intensamente os interesses legítimos que fundamentam sua invocação, para embasar solução de dissídios em favor de seus beneficiários, encontrando -se no limiar da plena eficácia. No artigo em questão, os beneficiários são os integrantes da família.

O problema que se coloca agudamente na doutrina recente consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática, estabilizando a justiça social²⁹⁴. Mas, o que é a justiça social?

Segundo José Afonso da Silva²⁹⁵ a justiça social será “aquela em que cada um deve poder dispor dos meios materiais de viver confortavelmente segundo a sua natureza física, espiritual e política”. O ordenamento jurídico é ditado por normas e princípios que norteiam a sistemática da realização da justiça.

A ressonância da problemática é remetida à eficácia e à aplicabilidade das normas. As normas jurídicas, inclusive as constitucionais, são criadas para reger relações sociais, condutas humanas; enfim, para serem aplicadas.

Se o afeto, como demonstrado, tem considerável incidência e determinação na constituição dos novos grupos familiares, sendo capaz de unir pessoas que em verdade nenhum vínculo sangüíneo têm entre si, como o que se dá na paternidade socioafetiva ou mesmo na relação de adoção,

²⁹³SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 176.

²⁹⁴SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 138.

²⁹⁵SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 141.

em que dois estranhos se tomam como pai e filho, já que há posse de estado de filho, muitas vezes firmada entre estes membros de um mesmo grupo, demonstrando uma situação fática e concreta, como não reconhecer aí a existência de relação jurídica de parentesco?

Já que o afeto, como princípio constitucional que age em nome da dignidade da pessoa humana, é o elemento capaz de interligar pessoas de uma mesma família, uma vez que ele permite tudo, é necessário que o ordenamento jurídico o aceite, assim como a todos os tipos de família que ele pode propiciar, sempre em nome da felicidade do indivíduo.

Rodrigo da Cunha Pereira²⁹⁶ fala em uma parentalidade afetiva e efetiva, buscando a paternidade socioafetiva para justificá-la. Tanto a paternidade socioafetiva, como a posse de estado de filho já foram abordados neste trabalho.

A recente Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, com vigência em 21 de setembro do mesmo ano, em seu art. 5º, inciso I, ao definir violência doméstica, considerou como tal qualquer ação ou omissão ocorrida no âmbito doméstico – espaço de convívio permanente de pessoas –, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas no âmbito da família – compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; em qualquer relação íntima de afeto (...)

Uma vez acatada a idéia de o afeto unir pessoas e de compor grupo familiar, parece que esse acatamento já é uma realidade, muito mais do que de interpretação do caráter programático da norma constitucional, mas uma realidade legislativa, é preciso aceitar também que o ordenamento jurídico venha tutelar tal idéia, trazendo a previsão de todas as relações que

²⁹⁶PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 183.

este afeto possa produzir em prol ou contra, sem hipocrisia. É preciso que o ordenamento jurídico proporcione a solidez da dignidade da pessoa humana pela solidariedade, e reconheça a existência de uma relação de parentesco civil, afim pela posse de estado, de irmão entre irmãos de fato na família recomposta.

A necessidade de fixação deste vínculo de parentalidade, dada a multiplicidade de constituições de famílias recompostas, acrescida da ausência de previsão em relação a conflitos jurídicos, justifica o mesmo.

Na evolução da família até o formato de família recomposta ou reconstituída, aquelas pessoas, ou membros do mesmo grupo em que se encontram “o marido da mamãe”, “o irmão por parte de mãe”, “os filhos da mulher do pai”, num verdadeiro mosaico, necessitam de uma organização (que estabeleça relações de parentesco e suas conseqüências), como o estabelecimento dos efeitos do poder familiar (exigência de respeito e educação, dever de sustento, guarda, exigência de serviços da sua idade, etc.) e impedimentos matrimoniais entre os irmãos de criação, os quais, a par de ferir preceitos de afetividade, moralidade, acabam por gerar desconforto entre seus progenitores.

Dentro do cenário já descrito, não é difícil imaginar a ocorrência de episódio de dois irmãos de convivência, um rapaz e uma moça, que se apaixonam e deixam os pais sem saber o que fazer. Uma relação com ares de incesto, porque se criaram juntos, com as mesmas experiências, mesmo aprendizado, ensinamentos, mesma formação de personalidade e cidadania. Moram na mesma casa, sendo tratados como irmãos e se tratam como irmãos, com afetividade de irmãos, mas sem impedimento para que se amem como homem e mulher.

Ninguém há de discordar que Eça de Queiroz, em “Os Maias”²⁹⁷, traz uma situação de incesto entre dois irmãos que não se reconhecem como tal, mas em nada vêem sua conduta autorizada.

O ordenamento jurídico pátrio tem propensão ao acolhimento desta súplica, à medida que já o faz, ao estabelecer relação de parentesco por afinidade, pela disposição do artigo 1.595 do Código Civil²⁹⁸.

Em que pese o entendimento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama²⁹⁹ e Arnoldo Wald³⁰⁰, que não consideram a relação de afinidade como sendo de parentesco, mesmo que pela terminologia o sejam, por vezes, o novel legislador os considera no mesmo contexto, mesmo tendo tratado de vínculo da afinidade no *caput* do citado artigo, em seu parágrafo 1º absorveu a noção de parentesco, antes sinônimo de consangüinidade. E recentemente a jurisprudência coroou este entendimento ao dispor que as pessoas ligadas por vínculo de afinidade são parentes entre si, o que é evidenciado pela expressão “parentesco por afinidade” e que o artigo

²⁹⁷Segundo Cláudio Mello e Souza “Eça de Queiroz foi impreciso e modesto ao dar a Os Maias o subtítulo “episódios da vida romântica”. Na verdade, o seu mais famoso romance é uma tragédia, tal como a entendia Sófocles quando, já na maturidade, compôs o seu Édipo. Uma tragédia burguesa, mas *quand même* uma tragédia, pois que lá está a grave transgressão moral, cometida em completa inconsciência por seus dois personagens centrais — Carlos Eduardo e Maria Eduarda Da Maia, ambos: irmãos, apaixonados e incestuosos. Ambos, belos e trágicos”. – Informação obtida na internet – site: www.releituras.com/cmellosouza_maias.asp

²⁹⁸“Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

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

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

²⁹⁹GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 81-109.

³⁰⁰WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil: O novo direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36.

1.694, que trata da obrigação alimentar em virtude do parentesco, não distingue entre parentes consangüíneos e afins.³⁰¹

O novel legislador assimilou a idéia de parentesco à de afinidade, muito mais pela aliança estabelecida entre o marido e a esposa ou o convivente e a convivente, do que por qualquer outro motivo. Aliança esta que ultrapassa a idéia de membros de uma mesma família, prendendo - se este conceito ao conteúdo socioafetivo, amplificador das relações familiares, pelo que, ao parentesco entre um dos cônjuges ou companheiros e os filhos do outro, atribui-se um vínculo familiar pleno, gerado tanto pelo elo do sangue, como pela afetividade, dedicação, esforço e assistência.

Mesmo sem previsão legal determinante da formação do vínculo de parentalidade entre todos os membros da família recomposta, a necessidade desta criação é o que se pretende provar neste trabalho.

Segundo Waldyr Grisard Filho³⁰², na família recomposta a afinidade incidiria apenas em relação à prole já existente no momento de sua constituição e os que dela advierem obviamente, não havendo possibilidade de incorporação de novos parentes afins, como os filhos nascidos depois de dissolvida referida entidade. Mas, por motivações eugênicas de ordem pública e familiar deveriam ser mantidos os impedimentos.

Para o mesmo autor, o que ora neste trabalho se propõe é uma realidade já aceita, e, no entanto, limita -se a aceitá-la, deixando de discorrer como esta se daria.

³⁰¹TJMG – DIREITO DE FAMÍLIA – ALIMENTOS – PEDIDO FEITO PELA ENTEADA – ART. 1.595 DO CC – EXISTÊNCIA DE PARENTESCO – LEGITIMIDADE PASSIVA – APELAÇÃO CÍVEL n. 1.0024.04.533394-5/001. J. em 20/10/2005. Relator: Moreira Diniz.

³⁰²GRISARD FILHO. Waldir. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: *Afeto, ética, família e o novo código civil*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 668.

Ao dispor sobre as limitações do parentesco por afinidade, estabelecendo que não são entre si parentes os afins de afins (*affinitas affinatem non parit*)³⁰³, prega que, na família recomposta, não há parentesco algum entre os filhos próprios de cada um dos adultos do novo casal, mas dispõe que estes são comumente chamados de irmãos, simbolizando a existência de um laço afetivo entre eles, na medida em que vivem no mesmo lar e integram o mesmo grupo familiar e os denomina irmãos afins, porque seus genitores se acham unidos aos filhos do outro pelo vínculo da afetividade³⁰⁴ e pela solidariedade reinantes entre eles.

Portanto, como objeto deste trabalho, faz-se a proposição *lege ferenda* de que a convivência entre duas pessoas, criadas como irmãos numa família recomposta, possa ser reconhecida como uma relação jurídica de parentesco entre os irmãos de fato ou afins, como meio capaz de propiciar a solidariedade entre eles.

Desde que essa convivência se dê a partir de uma idade tal capaz de suportar a absorção de mesmos valores como moral, cidadania, educação e afetividade, fazendo com que cada uma se torne pessoa de referência para a outra. E que, em atendimento a seus melhores interesses, essa propagada convivência propicie relações social-familiares, num verdadeiro reconhecimento de uma “posse de estado de irmão”, pela extensão do parentesco por afinidade, aliada à ostensibilidade, estabilidade e estrutura psíquica.

5.3 Respostas aos questionamentos

³⁰³PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 189-190.

³⁰⁴GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 121.

1) Pode-se ter irmãos de fato, parentes pelo afeto, estabilidade, ostensibilidade, tratamento e fama? E quais as conseqüências jurídicas desta relação? (Capítulo II, item 2.3.2.).

Este questionamento foi primeiramente aduzido no capítulo II, item 2.3.2., e agora se faz pertinente, no coroar do raciocínio perseguido durante todo o estudo.

Se, há muito tempo, pelas teorias da origem da família, como já destacado no capítulo I, o parentesco se firmava dentro de um tipo social de organização (clã totêmico), não pelo sangue ou pela afinidade, mas pela relação a um mesmo totem (teoria totêmica), ou seja, o parentesco se dava por uma ligação que o grupo comum possuía com determinada espécie da natureza, com inspiração mística, por um elo místico em comum, o que neste estudo se pretende provar é a possibilidade do estabelecimento de um vínculo (relação jurídica) de parentesco entre irmãos de fato ou afins na família recomposta, com todos os efeitos deste.

No direito canônico, a maior inovação no que tange ao direito parental foi a criação do parentesco espiritual que resultava do batismo. Padrinhos e afilhados eram considerados parentes tanto que não poderiam contrair matrimônio.

Assim como se dava no direito romano, entende-se possível o estabelecimento de uma relação de parentesco por agnação entre filhos de cônjuges recasados, que são criados juntos como irmãos, que entre si estabelecem uma relação de afetividade que propicie uma relação social-familiar e que crie uma referência de convivência familiar entre eles – assim como se dá no direito alemão – em nome do melhor interesse destes e em promoção à dignidade que cada um destes interagentes tem direito, enaltecendo a solidariedade no grupo familiar.

No direito romano, para ser agnado não era preciso ser parente de sangue, bastava submissão à soberania do mesmo *paterfamilias* e persistia à morte do chefe. Era o parentesco que não se fundamentava em laços de sangue, mas sim na sujeição da pessoa a um mesmo *paterfamilias*. Eram, pois, *agnatos* todos aqueles que, mesmo não descendendo diretamente uns dos outros, pertenciam a uma mesma família, sujeitos ao mesmo *paterfamilias*.

A agnação, como já dito, não é definida pelo sangue, tanto que, dependendo do que regia o casamento dos pais, a mãe não era considerada parente de seus filhos e, em contrapartida a isso, os filhos adotados não eram excluídos desta relação de parentesco.

Assim como na família romana, a família recomposta assume extensão tal, que as inter-relações familiares se fundem e se confundem.

No direito pátrio, na época em que se tutelava pelas ordenações do reino, no que se refere ao direito parental e também ao direito de família, ambos se fundamentavam no direito canônico havendo poucas mudanças e, para efeitos civis, as relações de parentesco eram contadas até o décimo grau quanto à linha colateral ou transversal.

Sob a égide do Código Civil de 1916, o ordenamento pátrio teve como grande característica ser individualista e fundamentalmente patriarcal. A conceituação e os elementos de todos os institutos que circundam o direito parental passaram a ser realizados pela lei.

O Código Civil brasileiro mantinha, num estado laico, uma técnica canonista e, ainda numa sociedade evoluída do século XX, o privatismo doméstico e o patriarcalismo conservador do direito das Ordenações.

O direito comparado (Bélgica, Holanda e França) vem já há certo tempo indicando que outras fontes das relações de parentesco são admitidas, divergentes da consangüinidade.

O novo Código Civil brasileiro em seu artigo 1.593 classifica a relação jurídica de parentesco conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

A expressão “ou outra origem” abre a possibilidade do estabelecimento do vínculo de parentesco para além da consangüinidade, podendo-se chegar até a parentalidade pela afetividade, como já demonstrado.

O princípio da dignidade humana é hoje o princípio maior dos ordenamentos contemporâneos, inclusive o do Brasil e, como corolário constitucional, toma como contrário ao direito todo ato que venha a ofender a dignidade humana. Sob esta argumentação se aceita o rol de formas de família constantes do artigo 226 e seus parágrafos, como indicativo e não restritivo, admitindo-se outras formas capazes de propiciar a dignidade e estabelecer a solidariedade de seus membros. Dentre essas outras formas encontra-se a família recomposta e uma diversidade imensa existente da realidade concreta (p.ex., unipessoal, anaparental...) a ser considerada, tendo sempre o afeto como elemento formador da relação familiar, para que haja uma identificação entre a realidade social familiar e a lei.

O que se conclui é que o afeto é elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento parental ou conjugal, mas, como analisado pela idéia de Sérgio Resende de Barros, o contrário não é verdadeiro³⁰⁵. Nem sempre, quando existir afeto, existirá uma entidade familiar. Não é qualquer afeto que compõe um núcleo familiar, pois, se assim fosse, uma amizade seria um elemento

³⁰⁵BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto I, In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.14 – jul./set., 2002, pp. 5-10

desencadeador e formador de família, o que ratifica a imprescindibilidade de ser necessário um afeto familiar, como garantia de existência da solidariedade na família.

Portanto, o estabelecimento desta relação jurídica de parentalidade, entre irmãos de fato ou afins, deve atender a alguns critérios.

Seja pelo prisma da relação jurídica de afetividade, seja pela posse de estado, em ambas como demonstrado, exige-se a intercorrência de elementos outros, que, como já citado no capítulo 2, item 2.3.3., para Paulo Luiz Netto Lôbo³⁰⁶, devem ser além da afetividade, necessária a incidência da ostensibilidade e a estabilidade, que seriam o reconhecimento da existência desta relação pela sociedade, repercussão pública e a comunhão de vida, que exclui relacionamentos casuais.

Rodrigo da Cunha Pereira acresce ao pensamento de Paulo Luiz Netto Lôbo um quarto elemento, que seria uma estrutura psíquica, e cita Lacan a fim de justificar o seu acréscimo, para quem a família era uma estruturação psíquica³⁰⁷.

Para a teoria da posse de estado, que se dá tanto em relação ao casamento quanto em relação à filiação, os elementos buscados seriam o nome, o trato e a fama. Assim, aquele que se encontra sob a condição fática da posse de estado deve ter isonomia de nome daquele, que é identificado, no caso em questão como seu irmão; ter sido sempre tratado por este como tal, tendo recebido a relação social-familiar como contribuição do irmão, para a sua formação como ser humano e ter sempre usufruído desta condição em atendimento a seus interesses, sendo reconhecido como tal na sociedade, e pelo próprio indivíduo que tem como irmão.

³⁰⁶LÔBO, 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*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002, p. 89.

³⁰⁷PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 181.

Outro requisito essencial ao reconhecimento do vínculo de parentesco entre irmãos de fato ou afins, na família recomposta, é o atendimento ao melhor interesse destes menores. Assim como no direito alemão, no qual o princípio do melhor interesse do menor vem sendo como posto, a alavanca propulsora para o distanciamento da orientação tradicional, mudando paradigmas, no direito pátrio, deve ser considerada para a aceitação desta nova parentalidade proposta.

Partindo da premissa de que a identidade pessoal da criança e do adolescente tem ligação direta com sua identidade no grupo familiar e social, tratada por Tânia da Silva Pereira³⁰⁸, entende-se que o estabelecimento e respeito de sua posição social-familiar e a fixação da relação jurídica de sua parentalidade da forma adequada, ou seja, obedecendo às suas referências de convivência familiar, são o modo de garantir-lhe dignidade, respeito, convivência familiar condizente, além de ser o modo devido de colocá-lo a salvo de discriminação e envolto em solidariedade. A doutrina reconhece à criança e ao adolescente a titularidade de direitos da personalidade, possibilitando até a indenização por danos morais, sempre que estes forem lesionados, e deve também, reconhecer o direito à fixação de sua filiação de maneira própria, assim como o estabelecimento de sua “relação social-familiar” com seu melhor interesse como forma de proteção.

Deve, ainda, aceitar e reconhecer as novas formas de parentalidade a se fixarem no seio de uma família recomposta, sempre em nome de seu desenvolvimento, ou seja, sempre em nome de seu melhor interesse.

³⁰⁸PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: Da teoria à prática. In: *A família na travessia do milênio*, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: IBDFAM: OAB/MG: Del Rey, 2000, p. 215.

2) O estabelecimento de uma relação jurídica de parentesco em segundo grau, na colateralidade por afinidade, na família recomposta seria suficiente para obrigá-los até a se sustentarem, nos termos do artigo 1697 do CC, pela ausência dos ascendentes e descendentes e também vetaria a possibilidade de se casarem entre si, estabelecendo a incidência do impedimento matrimonial do artigo 1521, inciso IV, do CC?

A resposta simplista seria pelo fato de que os colaterais afins se restringem aos irmãos do outro cônjuge e como, já constante, o cunhadio não incide por proibição legal no rol dos impedimentos matrimoniais.

No entanto, o cerceamento do parentesco por afinidade na colateralidade, no âmbito deste estudo, encontra-se sem motivo e inadequadamente restrito. Se for possível aceitar a existência de estabelecimento de relações jurídicas pela solidariedade (afetividade) e se o princípio da dignidade humana admite como posto, uma pluralidade de formas de família, famílias parentais são criadas por uma parentalidade afetiva e efetiva. Parentalidade esta que vem estender o vínculo de parentesco na colateralidade por afinidade, incluindo neste os irmãos afins nas famílias recompostas. Assim, também é possível entender estendida a parentalidade na família recomposta a todos os seus membros, sem limitação.

Lança-se mão, mais uma vez, de um entendimento de Pontes de Miranda³⁰⁹, que em análise aos impedimentos matrimoniais, como dito, não considera o parentesco por afinidade como limitado ao 1º grau, considera-o ao infinito.

Aí estão as variáveis no tempo e no espaço a que se referiu Pontes de Miranda. Se o direito canônico partia do princípio da exogamia, ou seja, baseado no tabu do incesto, proibia o que vulnerava a ordem

³⁰⁹MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*. Campinas: Bookseller, 2001. p. 325.

familiar. Se a Igreja, em determinada época, quis a afinidade paralela ao parentesco e graduada, como ele, chegando à máxima de onde houver parentesco, haverá afinidade; e onde houver afinidade, concluía, haverá impedimento, tendo criado, inclusive outras espécies de afinidade.

Se em retrocesso no Código Civil de 1916 a única forma de ser estabelecida a afinidade era através do matrimônio, vem então, o Código Civil de 2002 e inova quanto às relações de afinidade, incluindo a união estável como outra maneira de estabelecer tais relações. Ao se considerar como entidade familiar um número maior do que aquelas três constantes no artigo 226, parágrafos 3º e 4º da Constituição Federal, abre-se a possibilidade para a incidência de parentalidade por afinidade pela afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

As relações familiares entre pais, mães, filhos e irmãos, hoje, devem ser consideradas muito mais que relações puramente genéticas, e deve-se levar em conta o carinho, o amor, a solidariedade e os sentimentos que constituem as relações parentais.

Assim, “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 es pelham sentimentos³¹⁰”, a alteração da concepção jurídica de família conduz necessariamente à mudança da ordenação jurídica do parentesco. O rumo aponta para a nova parentalidade, na qual o papel da afetividade é imenso.

Se a adoção cria parentesco por força exclusiva da lei – parentesco civil – e se o parentesco por afinidade também nada mais é do um parentesco civil, a questão se prende quase que exclusivamente à extensão do entendimento do conceito de parentesco por afinidade.

³¹⁰FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 29.

Se, como demonstrado, temos multiplicidade de formas de família, incluindo-se nesta pluralidade a família recomposta; se o afeto advindo da solidariedade, somado a outros requisitos, pode gerar parentalidade – como faz na paternidade socioafetiva; se o melhor interesse do menor é princípio constitucional promotor da dignidade da pessoa humana, tem-se que dois indivíduos filhos de pais distintos, porém recasados entre si, criados sob o mesmo ambiente social-familiar e que, pela afetividade venham a estabelecer uma posição de referência mútua, são irmãos afins.

E sendo irmãos, como distingui-los, diante dos impedimentos matrimoniais daqueles elencados nos incisos IV e V do artigo 1.531 do Código Civil brasileiro, se até os irmãos unilaterais se deparam com a proibição? Outra resposta simplista se limitaria ao argumento biológico eugênico, em que, mesmo não sendo a prole finalidade do casamento, encontrar-se-ia esta protegida pelos graus interditos.

O antropólogo francês Claude Lévi-Strauss, em sua obra *As Estruturas Elementares do Parentesco*³¹¹, no capítulo XXIX, ao dispor sobre os princípios do parentesco, conclui que estes derivam de trocas restritas ou generalizadas³¹², advindas do casamento pela forma da exogamia, garantindo esta, “pela proibição do casamento nos graus interditos”, a circulação total e contínua das mulheres do grupo e suas filhas.

Continua o citado antropólogo afirmando que a exogamia “fornece o único meio de manter o grupo como grupo, de evitar o fracionamento e a divisão indefinidos, que seriam o resultado da prática

³¹¹LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*, Petrópolis: Vozes, 1982, pp. 519-537.

³¹²“...a troca não vale somente o que valem as coisas trocadas. A troca, e por conseguinte a regra de exogamia que a exprime, tem por si mesma um valor social.” LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*, Petrópolis: Vozes, 1982, p. 520.

dos casamentos consangüíneos” e que, caso vigorassem os casamentos entre membros do mesmo grupo, numa flagrante ocorrência da endogamia, não tardariam estes casamentos em fazer o grupo social ‘explodir’ em uma multidão de famílias, que formariam outros tantos sistemas fechados, cuja “proliferação e antagonismos” não poderiam ser impedidos.

Ele parte do ponto que a exogamia e a proibição do incesto possuem valor funcional de não permitir que o grupo biológico permaneça só, e que o “vínculo de aliança com uma família diferente assegura o domínio do social sobre o biológico, do cultural sobre o natural”. Sustenta que “a exogamia tem o valor de afirmar a existência social de outrem, e só proíbe o casamento endógamo para introduzir e prescrever o casamento com um grupo diferente da família biológica, certamente, não porque algum perigo biológico se ligue ao casamento consangüíneo, mas porque do casamento exógamo resulta um benefício social”. A proibição do incesto oferece um reflexo positivo de assegurar a comunicação e o intercâmbio das mulheres entre os grupos, e vê nisso o critério de passagem da natureza à cultura.

Para Lévi-Strauss, a proibição do incesto é menos uma regra “que proíbe casar-se com a mãe, a irmã ou a filha do que uma regra que obriga a dar a outrem a mãe, a irmã ou a filha”³¹³. É a regra do dom por excelência. É realmente este aspecto, freqüentemente demasiado desconhecido, que permite compreender o caráter dela. “Todos os erros de interpretação da proibição do incesto derivam da tendência a ver no casamento um processo descontínuo, que tira de si próprio, em cada caso individual, seus limites e possibilidades”.

Assim é que se procuram, em uma qualidade intrínseca da mãe, da filha ou da irmã, as razões que podem impedir o casamento com

³¹³ LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*, Petrópolis: Vozes, 1982, pp. 519-537.

elas.” E quem assim procede é levado a considerações biológicas, pois, somente do ponto de vista biológico, e não certamente de um ponto de vista social, o estado de maternidade ou filialidade pode ser considerado como elemento dos indivíduos em questão. “Mas do ponto de vista social, este estado familiar não pode ser admitido em definição aos indivíduos isoladamente, e sim relações entre estes indivíduos e todos os outros”.

Excluída a argumentação biológica, resta o entendimento que envolve a filiação e, por conseguinte o estabelecimento de vínculo de parentesco pela lei (irmãos), como no caso da adoção.

O inciso V do artigo 1.531 do Código Civil brasileiro estabelece que o adotado não pode se casar filho do adotante. Se pelo instituto da adoção o adotado se torna filho do adotante, e se pelo princípio da isonomia de filiação, contida no artigo 227, § 6º da Constituição Federal, tanto o filho adotado como qualquer outro filho (matrimonial ou não-matrimonial)³¹⁴ se igualam, e obviamente se tornam tão irmãos quanto quaisquer outros.

Por que os irmãos por adoção não podem casar entre si? Não caberia aqui o simplismo da argumentação biológica para proteção de prole. A resposta repousa no elemento ético do casamento, que, segundo Pontes de Miranda³¹⁵, se mostrava dado à natureza jurídica e ao caráter

³¹⁴João Baptista Villela, ao tratar do expurgo ideológico em torno das designações discriminatórias, afirma ser a melhor opção, ler no lugar das palavras Legitimidade e Ilegitimidade, respectivamente, Matrimonialidade e Não-matrimonialidade. E assim se seguiria. Legitimação pede que seja lido Matrimonialização, Legítimo, Matrimonial. Ilegítimo seria Não-matrimonial, Legitimar pede que se leia Matrimonializar. Sua idéia se prende ao fato de que estes termos não exaltam nem condenam. São neutros do ponto de vista axiológico. Entende ainda o citado professor que haverá um tempo sob o qual não faltará quem veja na palavra matrimonial uma forma de sugerir superioridade em relação às uniões não-matrimoniais. MAIA, Renato. *Filiação Paternal*. Dissertação de mestrado – ainda não publicada – defendida em 15.04.2003, junto à PUC-SP, para a obtenção do título de mestre, sob a orientação da Profª Doutora Maria Helena Diniz, p. 29.

³¹⁵MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito de família*. Atualizado por ALVES, Vilson Rodrigues. Campinas: Bookseller, 2001, p. 101.

moral do casamento, resgatando para tanto os impedimentos “impedientes” do direito canônico.

Maria Helena Diniz³¹⁶ dispõe que “o objetivo do legislador ao estabelecer os impedimentos matrimoniais foi o de evitar uniões que afetem a prole, a ordem moral ou pública, por representarem um agravo ao direito dos nubentes, ou aos interesses de terceiros, tal a influência que exerce o matrimônio nas relações familiares e em toda esfera social”.

Que diferença pode existir em se preservar a ordem moral ou pública coibindo-se o casamento entre irmãos por adoção e se permitir o matrimônio entre irmãos de fato ou afins?

Afinal, como dito por Rodrigo da Cunha Pereira³¹⁷, “todos nós somos filhos adotivos, pois nossos pais nos acolheram de forma legal, sejam eles pais biológicos ou não.”

A celeuma pode recair no fato de que a adoção é um parentesco civil, posto que estabelecido por força de lei, concreto, enquanto o parentesco gerado pela convivência familiar, mesmo que nos moldes do parentesco antigamente existente entre a família totêmica ou na agnação da família romana, não o é.

Como já constante, entende Guilherme Calmon Nogueira da Gama³¹⁸, para que exista uma harmonização entre o artigo 1.593 do Código Civil e o texto constitucional, a adoção deverá ser aceita apenas a título exemplificativo.

O que se propõe neste estudo é primeiramente a aceitação da possibilidade sem recusa a uma proposição *lege ferenda*, pois, o que não se

³¹⁶DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v.5, p. 67.

³¹⁷PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Entrevista concedida ao Malhete – publicação da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas*, ano IX, nº33 abr./ago., 2006, p. 7.

³¹⁸GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 97.

pode é aceitar parte dos efeitos de um instituto ou posicionamento jurídico em detrimento de outra parte. Não se pode, também, manipular a incidência de efeitos jurídicos em nome de uma modernidade cômoda.

Ou a afetividade, como princípio constitucional, é elemento de condução à dignidade da pessoa humana, perfazendo -se em valor jurídico³¹⁹ de suma relevância para o direito de família, ou os tribunais de boa parte do mundo estão incorretos ao concederem o reconhecimento da paternidade socioafetiva em detrimento do vínculo de consangüinidade.

Ou mais, a título de exemplificação, o legislador constituinte pátrio terá se aventurado por terreno desconhecido, de forma irresponsável, assim como o legislador ordinário, que adotou o princípio da afetividade, inclusive a jurisprudência pátria, que, dentre muitos julgados – por exemplo, os já citados no capítulo IV deste trabalho – permite o reconhecimento da paternidade socioafetiva, em detrimento da biológica, e por fim, sob os fundamentos da Lei de Registro Público, mas já com nuances da posse de estado de filho, permitiu o acréscimo do apelido de família do padrasto ao prenome do enteado por considerar, em justificação plausível ser esta a forma como o autor é conhecido no meio social. (TJSP – AC 327.007-4/1-00 – 4ª CD Priv. – Rel. Des. Carlos Stroppa – J.29.04.2004)³²⁰.

Resta ainda o questionamento aduzido no capítulo II, item 2.3.3, que de uma forma ou outra recai sobre os argumentos já derramados, no entanto, não pode ficar sem resposta.

3) E a filha da mulher do pai que, por motivos vários, reste solitária aos cuidados daquela com quem cresceu e foi educada? Daquela

³¹⁹PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 183.

³²⁰*Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Ed.Síntese, IBDFAM, ano VIII, v.28 – fev./mar., 2005, p. 118.

que julga sua irmã sem sê-la – a filha do marido da mãe. Formariam apenas uma “república” ou “comunidade”? E toda a vida que viveram juntas, as experiências, a solidariedade e o afeto? Entre elas não há parentalidade, embora haja ostensibilidade e muito, muito afeto? (Capítulo II, item 2.3.3).

Como posto, a parentalidade em seus múltiplos sentidos, advém no plano jurídico da consangüinidade e do natural afeto entre pais e filhos. E mais, ao se considerar que este afeto se lança para além da relação de paternidade, unindo pessoas numa nova parentalidade, pode-se considerar que no questionamento em tela, tem-se aí, no mínimo, uma família anaparental, com parentes afins pelo afeto, relacionando-se e interagindo pelo desenvolvimento da personalidade de cada qual, resultante de uma família recomposta, em nome e em busca da consecução da dignidade da pessoa humana que cada qual representa, pela solidariedade que cada qual nutre.

É primordial ressaltar que, aceitando-se o afeto como criador de relações jurídicas, se tenha que relevar todas elas, as de reflexo positivo e as de reflexo negativo, porque o desequilíbrio de avaliação fragiliza o princípio em questão.

Aferidos os requisitos que este trabalho considera imprescindível, existirá entre elas uma família recomposta, com vínculo de parentesco por afinidade na colateralidade, em nome da referência que uma representa à outra, com suas conseqüências.

O direito alemão³²¹ sinaliza claramente nesta direção, quando admite necessário mudar-se o paradigma da aplicação tradicional, quanto

³²¹ Direito à visita - Após lei de reforma dos direitos da criança, 1997, além dos avós e irmãos, os padrastos também têm o direito de visita, se isso for para o bem da criança, e se os padrastos realmente tiveram ou ainda possuem responsabilidade pela criança (§

ao direito de visita, para se permitir que pessoas de referência na formação do indivíduo venham-se avistar com ele, em nome do atendimento de seus interesses, sejam avós, padrastos ou irmãos de fato, a fim de que a personalidade da pessoa humana se complete e que encaminhe à felicidade, pela solidariedade.

4) Por toda a argumentação lançada, como ficaria a proposição de *lege ferenda*, objetivo maior deste estudo?

Partindo da própria definição de parentesco constante da lei em vigência, assim ficaria a redação do artigo 1.595 do Código Civil:

Art. 1.595: Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade vincula a todos sem limitação, inclusive no que tange aos filhos de um e aos filhos do outro, em composições familiares múltiplas, em caso de nova união.

1.685 BGB); desde a versão nova da lei no ano 2004, isto também é válido para parceiros de vida que não foram casados com um dos pais da criança – hierarquia no exercício do direito: 1. o pai legítimo qual não vive com o filho; 2. outros parentes que estão próximos da criança; 3. padrastos e outras pessoas de referência da criança. (Jornal Berlinense file://A:\Berliner Zeitung Recht-PATCHWORKFAMILIE.htm).

- § 1.685 foi alargado através da lei dos parceiros de vida. Inclui agora também o direito de visita para padrastos homossexuais.

- Por causa de uma sentença da Suprema Corte de abril de 2003 – a respeito do direito de visita de pais biológicos os quais ao mesmo tempo não são pais legais – a norma em breve será novamente modificada, e com isto todas as pessoas de referência da criança deverão ser incluídas, "se entre eles e a criança houver ou tiver existido uma relação social-familiar". (O termo foi criado nesta sentença de abril 2003, FamRZ 2003,816 (818); Com isto padrastos em relações de vida não matrimônias receberão o direito de visita o quanto tiver condições legais. (Texto: Susanne von Puttkamer, *Os direitos do enteado*, 2. ponto).

§ 2º A afinidade não se extingue, em nome da solidariedade familiar, nem mesmo com a dissolução do casamento, união estável ou outro ato originário da formação familiar, seja ela qual for.

É indiscutível que a redação ora apresentada vai além do que neste trabalho se propõe, chegando até mesmo à possibilidade de uma formação familiar homoafetiva, o que não é objeto do presente estudo. Indiscutível também é que a citada redação facilita a partir do ponto que nenhum outro artigo precisa ser alterado para adaptação, sequer em questão de impedimento matrimonial ou mesmo dentro do dever de sustento, esbarrando-se apenas na interpretação extensiva do artigo 226 da Constituição Federal.

Com relação ao dever de sustento, o artigo 1.694 do CC, ao prever que podem os parentes pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem e, em sendo o vínculo de afinidade, como posto, uma relação de parentalidade, neste se incluiria.

No que concerne a impedimentos matrimoniais, ao serem considerados irmãos de fato, pela afinidade na família recomposta haveria a incidência do inciso IV do art. 1.521 do CC, que dispõe os irmãos não poderem se casar e, pelo princípio da isonomia de filiação, todos os irmãos encontram equiparados no ordenamento, vigendo, portanto, o citado impedimento.

CONCLUSÃO

“(...) a família permanece uma instituição social que não se pode nem deve deixar de subsistir: É o santuário da vida”.

João Paulo II ³²²

Como dito e demonstrado durante este estudo, a família vem passando por diversas mudanças em atendimento às transformações sociais. A aceitação de que o casamento não é mais a única e exclusiva forma reconhecida de instituição familiar, convivendo hoje com outras entidades familiares e de que perdeu, enquanto instituidor, o domínio na definição de legitimidade familiar, permitiu o estabelecimento do entendimento de que hoje existe uma pluralidade de famílias, sendo a solidariedade entre os membros de uma mesma família e a afetividade acalentada entre eles, requisito primordial para a configuração destas novas famílias.

Chegando ao final deste trabalho, o estudo desenvolvido permite a disposição das seguintes conclusões:

1. Multiplicidade de famílias

Nos dias atuais não existe um formato preestabelecido e rígido para a determinação do que seja entidade familiar. A família é múltipla e mutante, transformando-se em sua forma, em constante processo de adaptação, para promover, sediar e o fertar a dignidade de cada um de seus membros, pela solidariedade entre eles.

É preciso entender que nem sempre a família teve essa feição de instrumento de promoção da dignidade humana, que hoje a ornamenta.

³²²PAULO II, João. Sumo Pontífice, In: *Carta às Famílias*, fev. 1994, p. 13.

No Brasil, até o advento da Constituição de 1988, a família, considerada pelo ordenamento jurídico, tida e havida como legítima, era a família matrimonializada, hierarquizada, patrimonializada e individualista. Não se prestava a família a cenário para sentimentos, tudo era em nome da continuação e perpetuação do patrimônio. Desta forma, os agrupamentos que não encontravam previsão na lei encontravam-se à margem desta, não recebendo qualquer proteção do Estado.

Com a Constituição Federal de 1988 o Brasil, em seu ordenamento jurídico, redefiniu os parâmetros do direito civil, constitucionalizando seus paradigmas e fazendo da Carta Magna referência para a matéria. E muito mais, assim se deu com o Direito de Família, o qual, tendo como Princípio maior a Dignidade da Pessoa Humana – fundamento da República Brasileira³²³ como delimitador –, tornou-se receptáculo para os anseios, desejos e aspirações, companheirismo e afetividade de cada um de seus membros. Assim, deu-se a grande transformação em sua multiplicidade de formas.

O patrimônio deixou de ser a razão das relações pessoais, curvando-se este ao indivíduo – merecedor de tutela especial do Estado.

Dada a premente necessidade de se garantir efetividade às normas constitucionais, uma vez que a Constituição não é apenas uma carta política, ainda mais a constituição cidadã de 1988, novas formas de entidades familiares passaram a ser aceitas, respeitadas e protegidas pela ordem estatal.

O rol constitucional, que discrimina o casamento, a união estável e a forma monoparental como formadores de entidades familiares, em nome do fenômeno da repersonalização das relações familiares, que buscou tutelar todas as uniões que reunissem a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade, passou a ser indicativo, apenas exemplos de tantas outras

³²³Constituição Federal, artigo 1º, inciso III.

formas de organização familiar. E com ele, o afeto passou a ser valor fundante e integrador de qualquer núcleo familiar, deixando de se valorar apenas as relações matrimoniais e as de parentalidade advinda da consangüinidade, como merecedoras de cuidado jurídico.

A família monoparental – formada por qualquer dos pais e sua prole – sempre existiu, mas somente com o aumento de separações e divórcios passou a ser percebida. No entanto, sua formação não advém exclusivamente do casamento desfeito. Pode -se originar na adoção aduzida por um solteiro, ou mesmo de procriação por técnicas de reprodução assistida. Este formato evolui e se transforma em muitos outros, sendo objeto de estudo por outras ciências – a sociologia e a psicologia, além do Direito.

A mencionada mutação da família monoparental, faz, por exemplo, que uma família composta por casal (par andrógino), ao se extinguir pelo divórcio ou pela dissolução da união estável, perfaça uma outra família monoparental que, dependendo da guarda dos filhos, poderá resultar numa família monoparental unipessoal, ou em caso de recasamento, poderá constituir-se em família recomposta, e assim por diante.

Esses fatores que levam ao aumento da família monoparental e à sua mutação nascem da ordem social, econômica e política, podendo ser inclusive motivos transitórios. Uma das formas de evolução ou mutação desta monoparentalidade é a família recomposta.

É em número cada vez maior a recomposição familiar pelo recasamento, que, reunindo os elementos já citados: afetividade, estabilidade e ostensibilidade, forma, nesta cadeia mutante, outra entidade familiar com características próprias, que indiscutivelmente visam implementar a dignidade de seus membros, propiciando -lhes exercício da

solidariedade e, portanto, torna-se merecedora da proteção estatal, contida na Constituição Federal.

2. Da família recomposta

A família recomposta é prova de que a consangüinidade não é elemento preponderante para a definição de uma família, porque nela não necessariamente existirão filhos comuns, podendo existir esta por uma formação apenas do casal e dos filhos de cada um, advindos de um relacionamento anterior.

Decorre esta de outras tidas como primitivas, que tiveram seus vínculos rompidos, podendo, entretanto, advir de uma separação, divórcio, dissolução de uma união estável, ou formada pelo casamento ou união de um pai com uma mãe solteira, enfim, de vários arranjos, sendo apenas imprescindível a existência de filhos.

Embora sua incidência seja crescente e sua forma adotada por um grande número de agrupamentos, o ordenamento jurídico pátrio, assim como outros ordenamentos deixam-na de lado, e seus efeitos jurídicos não são disciplinados pela lei, gerando insegurança e instabilidade para seus membros.

É indiscutível que a família recomposta assume feições que por vezes possam expor seus menores a riscos, o que ressalta a necessidade premente de uma produção legislativa.

Assim como na família romana, a família recomposta adquire extensão tal, que as inter-relações familiares se fundam e se confundem e, dentre estes vários ligamentos que surgem encontram-se os filhos de um, de outro e de ambos, que precisam se adaptar a essa nova convivência familiar, dividindo afeto dos pais e mães, e protagonizando novas relações de referência que jamais serão apagadas, dadas a relevância que se soma na construção de suas personalidades.

Os sujeitos neste modelo de família experimentam enormes dificuldades com relação ao tempo, ao espaço e à autoridade que lhes correspondem. Surgem novas regras que precisam ajustar-se às anteriores para a construção de uma identidade própria do novo grupo, enquanto seus integrantes vivenciarem condições individuais, culturais e sociais diferentes.

As dificuldades se postam inclusive nas denominações assumidas. O novo marido da mãe, como sabido ordinariamente, é chamado de padrasto, a nova esposa do pai de madrasta, e o filho ou a filha do cônjuge ou companheiro de enteado e enteada. Como as relações jurídicas que se fixam entre cônjuge e companheiro e os filhos do outro se constituem em relações de parentesco por afinidade, nos termos do artigo 1.595 do Código Civil, é de fácil entendimento que o padrasto se denomine pai-afim, e a madrasta – mãe-afim. Assim como aos enteados de filhos-afins.

Tais denominações poderiam se confundir com sogro e sogra, que, pelo mesmo raciocínio, igualmente poderiam ser chamados de pai e mãe-afim.

As lacunas se fixam nas denominações dos novos membros e muito mais em relação aos vínculos jurídicos que dela emanam. Como seriam denominados aqueles que, sendo filhos de pais distintos, são criados como irmãos? Para facilitar o entendimento neste trabalho optou-se por irmãos de fato ou afins.

3. O afeto como elemento jurídico criador de parentalidade na família recomposta entre irmãos afins

Partindo da premissa posta que há algo mais a unir as famílias além do sangue e da lei, e que agora o que identifica a família não é nem a

celebração do casamento ou o envolvimento de caráter sexual e sim vínculo afetivo, tomou-se por base o fenômeno jurídico, ocorrido em relação à paternidade socioafetiva (parentalidade por afetividade) para, ampliando -o, chegar-se a uma parentalidade afetiva, capaz de criar, aliada a outros elementos, uma relação jurídica de parentesco entre os irmãos de fato ou afins, mesmo que por força de lei se necessário for, e aí se faz uma proposição *lege ferenda*, para buscar um reflexo de parentesco civil, com suas conseqüências jurídicas inerentes a esse parentesco.

O que este estudo provou é a diversidade de questionamentos que surgem ou podem surgir pela família recomposta, principalmente pela solidariedade que se faz entre seus membros e que, pelo afeto, interliga irmãos que não sendo unidos pelo sangue se unem pela vida. Entretanto, fica claro que outras conseqüências surgem desta afirmação, porque não é que exista uma possibilidade que venha a se estabelecer uma relação jurídica de parentesco. Desde que presentes os elementos acessórios à formação da família recomposta, como a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade, aliadas à estruturação psíquica e à construção de um ambiente social-familiar que estabeleça uma reverência de convivência familiar, em nome da defesa de seus melhores interesses tem que se reconhecer a existência do vínculo de parentesco entre os irmãos, e com ele suas conseqüências jurídicas, como por exemplo, a fixação de impedimentos matrimoniais, dever de sustento, poder familiar e etc.

No Brasil, o raciocínio iniciado por João Baptista Villela³²⁴ em seu texto “A desbiologização da paternidade” e em outros posteriores, e depois por Luiz Edson Fachin³²⁵, de que tinha que existir algo mais a unir pessoas de um mesmo grupo familiar que só o sangue, somado ao fato de

³²⁴VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade, in: *Separata da Revista da faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte: ano 27, nº 21, maio de 1979.

³²⁵FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

que a parentalidade civil – posta pela lei – já desvincula a idéia de parentalidade da consangüinidade quando, pela adoção, gera relações jurídicas de paternidade e filiação, portanto de parentesco. Este raciocínio serviu para provar que era possível se estabelecer essa relação jurídica de parentesco entre irmãos de fato.

Se a paternidade socioafetiva nascia da posse de estado de filho e se tornava capaz, presentes seus requisitos, de concretizar uma relação jurídica alheia à consangüinidade, pensou-se, por que dentro de uma nova PARENTALIDADE não estendê-la à família recomposta? Faria-se necessário estabelecer critérios para sua ocorrência, para que não se banalizasse ao ponto de se entender que uma mera amizade teria o mesmo resultado. E aí, buscou-se na cátedra de Paulo Luiz Netto Lôbo³²⁶ e Rodrigo da Cunha Pereira³²⁷, e mais do que já restava provado pela teoria da posse de estado de filho, a afetividade, a estabilidade, a ostensibilidade, aliadas à estruturação psíquica do direito alemão, ordenamento mais avançado na oferta de suporte jurídico à família recomposta. A doutrina alemã valoriza o estabelecimento de um estado social-familiar, aliado ao estabelecimento de referência de convivência, sempre em atendimento ao melhor interesse dos membros daquela família e dos irmãos de fato em questão.

Interessante é que o ordenamento pátrio já adotou a teoria do melhor interesse do menor, através da teoria da proteção integral, surgida na Declaração dos Direitos da Criança, quando da promulgação da Constituição de 1988, refletindo-a a partir do Estatuto da Criança e do

³²⁶LÔBO, 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*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002.

³²⁷PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Adolescente, sendo esta a mesma orientação e tendência do ordenamento Alemão.

A par desta evolução alemã, a argentina insiste em relegar a família recomposta a um fenômeno social, ainda carecedor de produção legislativa, similarmente ao que se dá no ordenamento pátrio.

O princípio da afetividade tem como uma de suas mais relevantes consequências a jurisdicização da paternidade socioafetiva, abrangendo filhos de criação e garantindo o cumprimento das funções parentais, não pela coincidência da genética ou por derivação sangüínea, mas sim pelo cuidado e desvelo, que para o direito alemão, como demonstrado, nada mais é do que o estabelecimento de um estado social - familiar, capaz de gerar uma referência de convivência.

Não se propõe aqui nenhuma mágica ou mistério, apenas a extensão do festejado conceito de parentalidade afetiva, existente na posse de estado de filho, na adoção e na paternidade socioafetiva.

Dentro da transformação familiar, o que se propõe é o reconhecimento da família parental que já existe dentro da família recomposta.

O parentesco que se buscou veio de uma origem histórica, em que, em obediência a sua característica cíclica, por vezes alterou o significado de afinidade a fim de atender seus insuspeitos interesses, ou do Estado ou da Igreja.

De acordo com as teorias da origem da família houve um tempo em que o parentesco se firmava não pelo sangue, mas sim, pela relação a um mesmo totem (teoria totêmica).

No direito canônico, a maior inovação no que tange ao direito parental foi a criação do parentesco espiritual que resultava do batismo:

padrinhos e afilhados eram considerados parentes, tanto que não poderiam contrair matrimônio.

No direito romano, entendia-se possível o estabelecimento de uma relação de parentesco por agnação, onde não era preciso ser parente de sangue, bastando submissão à soberania paterna. Eram, pois, *agnatos* todos aqueles que, mesmo não descendendo diretamente uns dos outros, pertenciam a uma mesma família, sujeitos ao mesmo *paterfamilias*.

A agnação, como já dito, não é definida pelo sangue, tanto que, dependendo do que regia o casamento dos pais, a mãe não era considerada parente de seus filhos e, em contrapartida a isso, os filhos adotados não eram excluídos desta relação de parentesco.

No direito brasileiro, à época que se tutelava pelas ordenações do reino, no que concerne ao direito parental e também ao direito de família, ambos se fundamentavam no direito canônico, havendo poucas mudanças e, para efeitos civis, as relações de parentesco eram contadas até o décimo grau quanto à linha colateral ou transversal.

Sob a égide do Código Civil de 1916, o ordenamento pátrio teve como grande característica ser individualista e fundamentalmente patriarcal, fundando-se o direito parental exclusivamente na lei.

O direito comparado começou a sinalizar para o rompimento da relação de parentesco e a origem biológica, indicando que outras fontes de parentesco eram admitidas, divergentes da consangüinidade.

O novo Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.593, classifica a relação jurídica de parentesco conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

A expressão “ou outra origem” abre a possibilidade do estabelecimento do vínculo de parentesco para além da consangüinidade,

podendo-se chegar até a parentalidade pela afetividade, como já demonstrado.

Como a própria história da evolução jurídica manipulou e manipula o entendimento e aceitação do vínculo jurídico do parentesco, facilitado se tornou moldá-lo às exigências da família recomposta. Se desde o direito romano ele já era visto apartado do vínculo de sangue, presentes outros requisitos ficou fácil vislumbrá-lo firmado, por lei ou exclusivamente pela afetividade, no seio da família recomposta.

Como dizia J.J. Rousseau³²⁸, “o assunto é inteiramente novo: está ainda por achar definição da lei”. Em que pese opinião de Jean Cruet³²⁹ de que “o direito não domina a sociedade, exprime-a”, aceitar passivamente o concreto reconhecimento desta relação de parentalidade, mas alheia ao ordenamento, é um contra-senso.

Claro que por força de lei, os colaterais afins se restringem aos irmãos do outro cônjuge, no entanto, o cerceamento do parentesco por afinidade na colateralidade no âmbito deste estudo mostrou-se inamotivadamente e inadequadamente restrito. E, se é possível aceitar a existência de estabelecimento de relações jurídicas pela afetividade, e se o princípio da dignidade humana admite, como posto, uma pluralidade de formas de família, famílias parentais são criadas por uma parentalidade afetiva e efetiva, que estende o vínculo de parentesco na colateralidade por afinidade, incluindo neste os irmãos-afins nas famílias recompostas.

Os processos sociais de adaptação da família neste seu errante caminho de modificações em nome do atendimento aos clamores da sociedade confrontam-se por vezes com variáveis, e, no caso da família

³²⁸Citação de J.J. Rosseau, *apud*, CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*, 2. ed. São Paulo: Credijur, Leme, 2003, p. 125.

³²⁹CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*, 2. ed. São Paulo: Credijur, Leme, 2003, p. 224.

recomposta, aí estão. Se o direito canônico partia do princípio da exogamia, ou seja, baseado no tabu do incesto, proibia-se o que vulnerava a ordem familiar. Se a Igreja, em determinada época, quis a afinidade paralela ao parentesco e a ele equiparada, chegando à máxima de que onde houver esse parentesco haveria afinidade, criaram-se, inclusive, outras espécies de afinidade. Se em retrocesso no Código Civil de 1916 a única forma de ser estabelecida a afinidade era através do matrimônio, o Código Civil de 2002 estendeu a relação parental de afinidade à relação jurídica originada na união estável.

Portanto, ao se considerar como entidade familiar um número maior do que os elencados no artigo 226, parágrafos 3º e 4º da Constituição Federal, abriu-se também a possibilidade de a eles estender-se a incidência de parentalidade por afinidade pela afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Como já sedimentado que as relações familiares entre pais, mães, filhos e irmãos, hoje, devem ser consideradas muito mais que relações puramente genéticas, devendo-se levar em conta o carinho, o amor e os sentimentos que constituem as relações parentais (solidariedade). Como a disciplina jurídica das relações de parentesco entre pais 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 sentimentos³³⁰, a alteração da concepção jurídica de família conduz necessariamente à mudança da ordenação jurídica do parentesco. O estudo aponta para a nova parentalidade, na qual o papel da afetividade é imenso.

³³⁰FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 29.

Se a adoção cria parentesco por força exclusiva da lei e se o parentesco por afinidade também nada mais é do que um parentesco civil, a questão se prende quase que exclusivamente à extensão do entendimento do conceito de parentesco por afinidade.

Se, como demonstrado, temos multiplicidade de formas de família, incluindo-se nesta pluralidade a família recomposta; se o afeto somado a outros requisitos pode gerar parentalidade – como faz na paternidade socioafetiva; se o melhor interesse do menor é princípio constitucional promotor da dignidade da pessoa humana, tem-se que dois indivíduos filhos de pais distintos, porém recasados entre si, criados sobre o mesmo ambiente social-familiar e que, pela afetividade venham a estabelecer uma posição de referência mútua, são irmãos -afins.

5. Critérios para o estabelecimento de parentalidade afetiva na família recomposta, entre irmãos -afins

O estabelecimento da relação jurídica de parentalidade, entre irmãos de fato ou afins, deve atender a alguns critérios.

O direito alemão³³¹ evolui *pari-passu* no sentido de outorgar a proteção constitucional dada à família, à família recomposta e para tanto, criou a possibilidade do menor que viva agrupado e em uma família recomposta, para seu melhor desenvolvimento, adotar o nome desta nova família. Criou o pequeno pátrio poder a fim de tutelar o exercício da autoridade paterna (biológica ou afetiva) na família recomposta e, principalmente, criou o requisito para reconhecimento da possibilidade de

³³¹Decisão da Suprema Corte, de abril de 2003 – que dizia respeito ao direito de visita de pais biológicos que não são ao mesmo tempo os pais nos termos da lei –, abre caminho para uma modificação legislativa, havendo a inclusão de todas as pessoas de referência da criança se entre estes e a criança tenha existido uma relação social-familiar.

direito de visita entre um menor que tenha vivido em uma família recomposta e qualquer pessoa que tenha convivido com ele, e que se tenha tornado pessoa de referência por haver ou ter havido entre eles uma relação social-familiar, sempre para o bem da criança.

O direito alemão entende que a convivência familiar depende de um estado social-familiar e de uma posição de referência de convivência, sempre em atendimento ao melhor interesse do menor, ao prever o contato da criança com avós, irmãos, valendo o mesmo para “as pessoas de referência estreita da criança, quando têm ou tiveram responsabilidade efetiva pela criança (relações sociofamiliares). Sendo esta responsabilidade geralmente presumida quando a pessoa viveu durante longo tempo em uma comunidade caseira com a criança”³³².

Critérios devem ser postos, e pelo direito alemão o são, a fim de tutelar a incidência desta nova relação de parentalidade na família recomposta.

Como já constante nesta conclusão do estudo empreendido, seja pelo prisma da relação jurídica de afetividade, seja pela posse de estado, em ambas exige-se a intercorrência de elementos outros, os quais, como já citado, devem ser, além da afetividade, necessária a incidência da ostensibilidade e a estabilidade, que seriam o reconhecimento da existência desta relação pela sociedade, repercussão pública e a comunhão de vida, que exclui relacionamentos casuais.

Rodrigo da Cunha Pereira acresce ao pensamento de Paulo Luiz Netto Lôbo um quarto elemento, que seria uma estrutura psíquica, e

³³² §1685 BGB – Umgang des Kindes mit anderen Bezugspersonen. In: *Bürgerliches Gesetzbuch – BGB. Texte im dtv – Deutscher Taschenbuch Verlag*, 2005. Apud FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser et RÖRHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: *Anais do V congresso brasileiro de direito de família*, São Paulo: IOB Thompson, 2006.

cita Lacan a fim de justificar seu acréscimo, para o qual a família era uma estruturação psíquica³³³.

Para a teoria da posse de estado, que se dá tanto em relação ao casamento, quanto em relação à filiação, os elementos buscados seriam o nome, o trato e a fama. Assim, aquele que se encontra sob a condição fática da posse de estado deve ter isonomia de nome com aquele que é identificado. No caso em questão, o irmão de fato, por ter sido sempre tratado por este como tal e vice-versa, tendo recebido a relação social-familiar como contribuição para a sua formação, tendo ainda, sempre usufruído desta condição em atendimento a seus interesses, passa a ser reconhecido pela sociedade e pelo outro como seu irmão.

Outro requisito essencial ao reconhecimento do vínculo de parentesco entre irmãos de fato ou afins, na família recomposta, é o atendimento ao melhor interesse destes menores. Assim como no direito alemão, em que o princípio do melhor interesse do menor vem sendo a alavanca propulsora para o distanciamento da orientação tradicional, mudando paradigmas, no direito pátrio também deve ser considerado para a aceitação desta nova parentalidade proposta.

Partindo da premissa de que a identidade pessoal da criança e do adolescente tem ligação direta com sua identidade no grupo familiar e social, tratada por Tânia da Silva Pereira³³⁴, entende-se que o estabelecimento e respeito de sua posição social-familiar e a fixação da relação jurídica de sua parentalidade da forma adequada, ou seja, obedecendo às suas referências de convivência familiar, é o modo de garantir-lhe dignidade, respeito, convivência familiar condizente, além de

³³³PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 181.

³³⁴PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: *A família na travessia do milênio*, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), Belo Horizonte: IBDFAM: OAB/MG: Del Rey, 2000, p. 215.

ser o modo devido de colocá-lo a salvo de discriminação. A doutrina reconhece à criança e ao adolescente a titularidade de direitos da personalidade, possibilitando até a indenização por danos morais, sempre que estes forem lesionados, e deve também reconhecer o direito à fixação de sua filiação de maneira condizente, assim como o estabelecimento de sua “relação social-familiar” com seu melhor interesse como forma de proteção.

O que se propõe neste estudo é uma nova visão de parentalidade que, acima de tudo, propicie a solidariedade entre os membros de uma mesma família, seja ela de que formato for. E para tanto faz uma proposição de *lege ferenda*, pela alteração do texto do artigo 1.595 do Código Civil, ampliando-se o alcance da parentalidade por afinidade, dentro da família recomposta.

Concluindo, esse processo de transformação, em atendimento a uma adaptação da família, não pára e nem poderia, pois isto seria seu fim. De que serviria a família se não atendesse aos anseios dos seus?

E nesta roda incessante, outros arranjos familiares poderão advir na esteira da evolução da biotecnologia, a partir da clonagem, que hoje se prende à posição moral de determinados segmentos sociais, mas amanhã, a se considerarem os importantes benefícios médicos, quem sabe?

Enquanto uns pessimistas entendem que a família esteja morta, com exceção do primeiro ou dos dois primeiros anos de criação dos filhos, ou mesmo, que caminha para o esquecimento, sem apontar quem ou o que a substituirá, Alvin Toffler aceita ambas as idéias, e admite que a família se esfacele, se estilhace, se abale, apenas para ressurgir outra vez sob formas novas e extraordinárias³³⁵.

³³⁵TOFFLER, Alvin. O choque do futuro, cap.11, Artenova, 2.ed., 1973, p.197 e seguintes, *apud* GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusiva o novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.667.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Maria Christina de. Filhos da reprodução assistida. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *Resumos: NB-6.023*. Rio de Janeiro: 2000.

ÁVILA, Fernando Bastos de. *Introdução à sociologia*. 5. ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Agir, 1978.

BARBOSA, Águida Arruda. Reciprocidade solidária, in: *Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família*, nº 43, ano 7, Março/Abril 2007.

BARBOSA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança. In: *A família na travessia do milênio*, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: IBDFAM: OAB/MG: Del Rey, 2000.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto I, In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.14 – jul./set., 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.) *Direito de família e psicanálise*. São Paulo: Imago, 2003.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. [s.ed.] Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BERVIAN, Pedro Alcino; CERVO, Amado Luiz. *Metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Comentado por Clóvis Beviláqua. 11. ed. Atualizado por Achilles Beviláqua. São Paulo-Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1956. vol.2.

BÍBLIA SAGRADA. Tradução do Centro bíblico católico. 16. ed. São Paulo: Ave Maria, 1998. Bíblia N.T.

BITTAR, Carlos Alberto. BITTAR (coord.), *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direito e interpretação: sentido das normas jurídicas. In: *Curso de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

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

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão em apelação cível n. 70 007 609 969-RS. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. DJ, 17 set. 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/rpesq.php>. Acesso em: 16/04/2004.

BRASIL. *Código Civil - Lei Federal nº 10.406, de 10 de Jan. de 2002.*

BRASIL. *Constituição Federal – Código Civil – Código de Processo Civil.* Organização do texto: Yussef Said Cahali. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série RT minicódigos).

BRASIL. *Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990.* Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília, 169º da Independência e 102º da República. Disponível em www.planalto.gov.br/legislacao. Acesso em 23 mai. 2004.

BRASIL. *Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.* Dispõe sobre os planos de benefício da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 170º da Independência e 103º da República. Disponível em www.planalto.gov.br/legislacao . Acesso em 23 mai. 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão em apelação cível n. 70006920342-RS. Relatora: Helena Ruppenthal Cunha. DJ, 17 set. 2003. Lex: Coletânea de Legislação e Jurisprudência, São Paulo: v.2, n. 5, jan. 1990. pp. 7-14. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/rpesq.php>. Acesso em: 04/11/2003, às 10h23min.

BRUSCATO, Wilges. *Monografia jurídica: manual técnico de elaboração.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAHALI, Francisco José. *Família e sucessões no Código Civil de 2002 – Acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas.* [s.ed.] São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. “v.1 Coletânea Orientações Pioneiras”.

CAHALI, Yussef Said *et al.*; PINTO, Teresa de Arruda Alvim (coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos.* 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculada ao legislador, *apud* MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARBONERA, Silvana Maria. *O papel jurídico do afeto nas relações de família.* In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Repensando o direito de família.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CÁRCERES, Florival. *História geral.* 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Moderna, 1988.

CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). *A família contemporânea em debate*. 2. ed. São Paulo: Educ - Cortez, 1995.

CARVALHO, José Luiz Truffani de. *Constituições estrangeiras*. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2003.

CARVALHO, Ramiro Canedo. Um guia prático para quem escreve. Poços de Caldas: 2004

CASABONA, Marcial Barreto. *O conceito de família para efeitos de impenhorabilidade da moradia*. Belo Horizonte: 2003. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/artigos>>. Acesso em 25 fev. 2004.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

CHAVES, Antônio. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1997.

CHERLIN; FUSTEMBERG JR., *apud* GROSMAN ALCORTA, *Apud* GRISARD FILHO, Waldir. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental, in: *Afeto, ética, família e o novo código civil*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CHINOY, Ely. *Sociedade: uma introdução à sociologia*. Trad. Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 2000.

CORNU, Gerard. *Droit civil: La famille*, Monchrestien: Paris, 4. ed., 1994, *apud*, GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusiva o novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O direito romano e o direito civil brasileiro*. 24. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*, Credijur: Leme, São Paulo: 2. ed. 2003.

DIAS, João Álvaro. *Procriação assistida e responsabilidade médica*. Coimbra: 1996.

DIAS, Maria Berenice. *Direito de família e o novo código civil*. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (coords.). 2. ed., 2.tir., Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direitos das famílias*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2. ed. rev., 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Novos tempos, novos termos*. In: Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família nº 24 - ano 4 – jan./fev. – 2004. Porto Alegre: Síntese, 2004.

DIAS, Maria Berenice. A estatização do afeto. In: *Afeto, a ética no direito de família*. Del Rey - Revista Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, nº 8, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Era uma vez...* Belo Horizonte, 2003. Disponível em <<http://www.ibdfam.com.br/trabalhos>>. Acesso em 25 fev. 2004.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo código civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. *Apud* MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 3. ed. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.5.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva 2007, v.6.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. [s.ed.] São Paulo: Saraiva, 2005, “v.: A - C.”

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. [s.ed.] São Paulo: Saraiva, 2005. “v.3: J - P.”

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. [s.ed.] São Paulo: Saraiva 2005. “v.4: Q - Z.”

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, 2. ed., São Paulo Saraiva, 2002.

ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. 3. ed. tradução de: Leandro Konder, cap. II. Civilização Brasileira.

ESPANHA. *Código civil espanhol*. Valencia: Tirant lo blanch/textos legales. 8. ed. anotada y concordada, 2004.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro, apud FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Elementos críticos do direito de família*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FIUZA, César. *Novo direito civil: curso completo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

FIUZA, Ricardo. *Projeto de Lei nº 6.960/2002*. <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em 3 de maio de 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser et RÖRHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: *Anais do V congresso brasileiro de direito de família*, São Paulo: IOB Thompson, 2006.

FOLHA DE SÃO PAULO, Jornal, de 20 de set. de 1998, caderno “Família Especial – A3”, a respeito do número de pessoas por domicílio (fonte IBGE).

FREIRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*, 8. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1954. *Apud* VIANA, Rui Geraldo Camargo de. *Evolução histórica da família brasileira. Anais do II Congresso de Direito de Família*. IBDFAM: *A família na travessia do milênio*, 2000.

FRISCHER, Dominique. *Lês mères célibataires volontaires*. França: Paris, 1998, *apud* 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*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FÜRKEL, Françoise. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, jul./set. 1998. *Apud* GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusiva o novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Das relações de parentesco, In: *Direito de família e o novo código civil*, Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Filiação e reprodução assistida. In: *Problemas de direito civil constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Direito de família no novo Código Civil*. *Revista de Direito Privado*, [s.ed.] São Paulo: Revistas dos Tribunais. v.3, nº. 12 (out./ dez.).

GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de família: princípio da dignidade da pessoa humana*, [s.ed.], São Paulo: Leme, Editora de Direito, 2003.

GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusiva o novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GODINHO, André Pinto da Rocha Osório. Codificações e cláusulas gerais, In: *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, vol.2, jan./mar. de 2000.

GOMES, Orlando. *Direito de família*, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GREGÓRIO, Ricardo Algarve. *A família monoparental brasileira: novas modalidades e situação legal*. Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/trabalhos>>. Acesso em 25 fev. 2004.

GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas: breve introdução ao seu estudo. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GROENINGA, Gisele Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

GRISARD FILHO, Waldyr. O espírito do legislador e o inconsciente. In: *Boletim do IBDFAM: Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Direito de Família*, nº27, ano 4, jul./ago. de 2004.

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

GROSMAN, Cecília P. e ALCORTA, Irene Martínez. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GROSMAN, Cecília P. e ALCORTA, Irene Martínez. Les seconds familles (família ensamblada). In: *Regards sur le Droit de la Famille dans le Monde*, direção de Jacqueline Rubellin-Devichi, Presses Universitaires de Lyon. 1999, apud GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusiva o novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GROSMAN, Cecília P. e ALCORTA, Irene Martínez. O concubinato e a nova Constituição: hesitações e certezas. In: *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*, Tereza Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes N., Entrevista publicada no *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM* – nº 33, ano5, jul./ago. de 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes N. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. In: *Família e cidadania: o novo CCB e a Vacatio Legis*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Elaborado no Instituto Antônio Houaiss de lexicografia e banco de dados da língua portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JUSTINIANO. Institutas do imperador Justiniano. *Apud* GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de família: princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Leme, Editora de Direito, 2003.

KOENIG, Samuel. *Elementos de sociologia*. 7. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1985.

LAKATOS, Eva Maria. *Sociologia geral por Eva Maria Lakatos*, com colaboração de Marina de Andrade Marconi. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1982.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*, Petrópolis: Vozes, 1982.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família, In: *O direito de família e a constituição de 1988*. Carlos Alberto Bittar (coord.), São Paulo: Saraiva, 1989.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: Uma Distinção Necessária. In: *Afeto, ética, família e o novo código civil*, Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além dos numerus clausus. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e cidadania o novo CCB e a vacatio legis*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Família e solidariedade, in: *Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família*, nº43, ano 7, mar./abr. 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: *Congresso Brasileiro de Direito de Família. Direito de Família: a família na travessia do milênio*, Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2000, temário II, n.7.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias, *apud* GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de família: princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Leme, Editora de Direito, 2003.

LOTUFO, Renan (coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACHADO, Lia Zanota. *A nova família*. Revista Época de 29 de dez. de 2003. São Paulo: Editora Globo.

MAIA, Renato. *Filiação paternal*. Dissertação de mestrado – ainda não publicada - defendida em 15.04.2003, junto à PUC-SP, para obtenção do título de mestre, sob a orientação da Profª Doutora Maria Helena Diniz.

MALHEIROS, Antônio Carlos. *A “timidez” do legislador constitucional na definição de família e a necessidade de nova interpretação*. Dissertação de mestrado apresentado junto à PUC-SP, sob a orientação do professor doutor Luiz Antônio Rizzatto Nunes, em 2002.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, *apud* SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação, In: *Comentários ao código civil brasileiro*, parte geral, v.1, Arruda Alvim e Tereza Alvim (coords.), Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MELHORAMENTOS minidicionário da língua portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1997.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito de família*. Atualizado por ALVES, Vilson Rodrigues. Campinas: Bookseller, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. “v.2, Direito de Família.”

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOTZER, Stefan. *Das Umgangsrecht Verwandter und enger Berzungenpersonen des Kindes*. FamRB, vol. 7, 2004.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito Civil: atualidades*, Bruno Torquato de Oliveira Naves, César Fiúza e Maria de Fátima Freire de Sá (coords.), Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO DA LÍNGUA PORTUGUESA, 2. ed., 30ª impressão, 1986.

NUNES, Luís Antonio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA E SILVA, Tomás. *Filiação – constituição e extinção do respectivo vínculo*. Coimbra: Almedina, 1989.

OLIVEIRA, Euclides. *Os operadores do direito frente às questões da parentalidade*, In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Ed. Síntese, IBDFAM, ano V, v.20 – out./nov., 2003.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *A evolução do conceito de família à luz do Direito Civil e do Direito Constitucional brasileiro*. Tese de doutoramento junto à PUC-SP, 1999.

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

OLIVEIRA, Neiva Flávia de. *A afetividade como base do reconhecimento jurídico das entidades familiares*. Belo Horizonte: 2003. Disponível em <<http://www.ibdfam.com.br/trabalhos>>. Acesso em 25 fev. 2004.

PADELLETTI-COGLIOLO. *Storia del diritto romano*, p.163, a, *apud* Clóvis Beviláqua – *Direito de família*, 8. ed. Freitas Bastos, 1916.

PAULO II, João. Sumo Pontífice. *Carta às famílias*, p. 13. Cidade do Vaticano. Disponível em: www.vatican.va. Acesso em: 06/07/2007.

PAULO, João. Quanto menos família melhor. In: Boletim IBDFAM – *Instituto Brasileiro de Direito de Família* nº 24 - ano 4 – jan./fev. 2004. Porto Alegre: Síntese, 2004.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. Curso de direito romano, tomo I: partes introdutória e geral, José Carlos de Matos Peixoto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v.5, 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v.V e VI.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Campinas: Russel Editores, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.). *Repensando o direito de família*. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A vitória da ética sobre a moral. O afeto, a ética no Direito de Família*. In: Del Rey Revista Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, nº 8, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e cidadania – o Novo CCB e a vacatio legis*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM - Del Rey, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, ética e família no novo código civil brasileiro*. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família (no prelo). Belo Horizonte: IBDFAM – Del Rey, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Entrevista concedida ao Malhete - publicação da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas*, ano IX, nº33, abr./ago., 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERROT, Michelle. História da vida privada: São Paulo, [s.d] *apud* CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PLANIOL, Marcel de et RIPERT, Georges *Derecho civil*. 3. ed., trad. de Leonel Pereznieta Castro. México: Ed. Pedagógica Iberoamericana, 1986.

PORTUGAL. *Constituição da república portuguesa*. Promulgada em 1976.

PORTUGAL. *Código civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Doutrina e jurisprudência/ Juliane Fernandes Queiroz. – Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PUTTKAMER, Susanne von. *Die Rechte des Stiefkindes*. Disponível em: http://www.familienhandbuch.de/cmain/f_Fachbeitrag/a_Rechtsfragen/s_1337.html.

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

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RÈMOND-GOUILLOUD, Martine. *La possession d'état d'enfant*. *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris, juil.-sept., 1975.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. Porto Alegre: Ed. Síntese, IBDFAM, ano VI, v.25 – ago./set., 2004.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. Porto Alegre: Ed. Síntese, IBDFAM, ano VIII, v.28 – fev./mar., 2005.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. Porto Alegre: Ed. Síntese, IBDFAM, ano VII, v.31 – ago./set., 2005.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. Porto Alegre: Ed. Síntese, IBDFAM, ano VIII, v.36 – abr./mai., 2006.

REVISTA ÉPOCA. Rio de Janeiro: n. 293, Editora Globo, dez. 2003.

REVISTA VEJA. Edição Especial nº 34, *Homem*, ano 37, agosto de 2004, São Paulo: Editora Abril.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 9. ed.. São Paulo: Saraiva 1982. “v.6: Direito de Família.”

ROLIM, Luiz Antônio. *Instituições de direito romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

RUMNEY, Jay e MAIER, Joseph. *Manual de sociologia*. 7. ed. – Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1972.

SANTOS, Maria da Conceição L.S. *O novo código civil: livro IV do direito de família*, Heloísa Maria Daltro Leite (coord.), Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SANTOS, J. M. de Carvalho (coord.). *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi. V. XXXVI.

SANTOS, J. M. de Carvalho (coord.). *Código civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, 1934, v.IV e VI.

SAVIOLI, Francisco Platão. *Gramática em 44 lições*. 14. ed. São Paulo: Ática, 1988.

SEREJO, Lourival. Direito constitucional da família. *Apud* GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de família: princípio da dignidade da pessoa humana*, [s.ed.], São Paulo: Leme, Editora de Direito, 2003.

SICHES, Luis Recaséns. *Tratado de sociologia*. 1. ed. – Porto Alegre: Editora Globo, 1970.

SILVA, Francisco de Assis. *História do Brasil: colônia, império, república*. São Paulo: Moderna, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

SZYMANSKI, Heloisa. Viver em família como experiência de cuidado mútuo: desafios de um mundo em mudança. In: *Revista de serviço social e sociedade*. São Paulo: Cortez, ano XXIII, nº71, 2002.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. Curso de direito constitucional, *apud* SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). *Direito de família e do menor: inovações e tendências*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: Temas de direito civil, *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira, Das relações de parentesco, In: *Direito de Família e o Novo Código Civil*, Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo (coord). *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: *Direitos de família e do menor*, TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

THÉRY. In MEULDERS-KLEIN; THÉRY (Dir.). Les recomposicion familiares aujourd'hui, *apud* GRISARD FILHO. Waldir. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: *Afeto, ética, família e o novo código civil*, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, Sílvio de Salvo Venosa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. (Coleção direito civil; v.6).

VERCELLONE, Paolo. As novas famílias. *Direitos de família e do menor: inovações e tendências*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

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

VIANA, Rui Geraldo Camargo de. Evolução histórica da família brasileira. In: Anais do II Congresso de Direito de Família. IBDFAM: *A família na travessia do milênio*, 2000.

VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. Monografia. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, *apud* CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade, Separata da *Revista da faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, ano 27, nº21, maio de 1979.

VILLELA, João Baptista. Art.1.601, In: *Família e cidadania – o novo CCB e a vacatio legis*, PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002.

VISHER, Emily B.; VISHER, John S. *Stepfamilies: a guide to working with stepparents e stepchildren*. California-USA: Brunner/Manzel, 1070 *apud* GRISARD FILHO, Waldir. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: *Afeto, ética, família e o novo código civil*, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2000.

WAGNER, Adriana. *A nova família*. Revista Época, 29 de dez., 2003, São Paulo: Editora Globo.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v.2.

WAMBIER, Tereza Celina Arruda Alvim. Um novo conceito de família, reflexos doutrinários e análise da jurisprudência. In: *Direitos de família e do menor*, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva*. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, ano IV – nº14 – jul./ago./set., 2002.