

WALDYR GRISARD FILHO

FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS
(NOVA FORMA DE CONJUGALIDADE E DE PARENTALIDADE)

Tese apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Eduardo de Oliveira Leite.

CURITIBA

2002

TERMO DE APROVAÇÃO

WALDYR GRISARD FILHO

FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS

(NOVA FORMA DE CONJUGALIDADE E DE PARENTALIDADE)

Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais, no Curso de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:



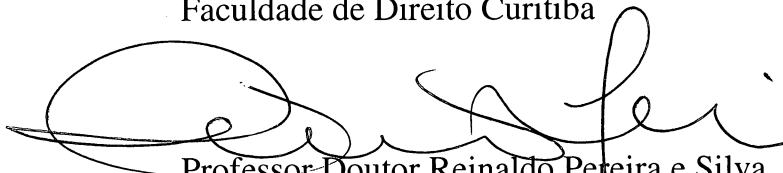
Professor Doutor Eduardo de Oliveira Leite
Setor de Ciências Jurídicas da UFPR



Professor Doutor Eroulths Cortiano Junior
Setor de Ciências Jurídicas da UFPR



Professora Doutora Marta Marília Tonin
Faculdade de Direito Curitiba



Professor Doutor Reinaldo Pereira e Silva
Universidade Federal de Santa Catarina



Professora Doutora Teresa Celina Arruda Alvim Wambier
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Curitiba, 11 de março de 2003.

Para minha família reconstituída:

A mim, a Carlos Eduardo e a Paulo Ricardo uniu-se Janette, que nos deu Luiz Antônio.

Carlos Eduardo uniu-se a Joana Rita, que nos deram a todos Maria Eduarda.

SINCEROS AGRADECIMENTOS:

Aos inúmeros co-autores, e personagens, invisíveis deste trabalho, padrastos, madrastas, enteados, que me confiaram suas experiências, agradeço as valiosas opiniões e sugestões.

Devo agradecer, também, ao amigo e constante incentivador, Luiz Edson Fachin, que com seu exemplo me aproximou ao mundo do Direito.

Mas devo sublinhar minha profunda gratidão a meu orientador, EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, pela coragem de haver-me guiado nesta tarefa (e dela tornado-se cúmplice), que busca, rompendo silêncios e destruindo mitos, iluminar uma das formas de família que, de maneira cada vez mais crescente, povoa nosso mundo: a família reconstituída.

As segundas famílias têm a imerecida fama de problemáticas ou não naturais, de não serem tão boas como as famílias "reais" ou nucleares. Essa atitude provavelmente é uma extensão do estigma do divórcio. O preconceito contra as segundas famílias é claramente visível no mito, ainda florescente, da madrasta malvada. Cinderela e Branca de Neve nos ensinaram, há muito tempo, que as madrastas são egoístas, frias e cruéis. No entanto, é injusto ver os padrastos como vilões; já é hora de dar-lhes algum apoio.

Os enteados, igualmente, são encarados às vezes como membros de uma família de segunda classe. Uma das tarefas da segunda família é superar esses estereótipos lamentáveis e criar uma identidade familiar rica e satisfatória, apesar de muito diferente da família original de pais não divorciados ou intata, e é preciso abordar os problemas da formação de uma segunda família bem-sucedida.

EDWARD TEYBER

Ajudando as crianças a conviver com o divórcio)

SUMÁRIO

RESUMO.....	vii
ABSTRACT	viii
RESUMÉ	ix
INTRODUÇÃO	1
1 FAMÍLIA E PARENTESCO	4
2 FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS	54
3 AS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS E O DIREITO	77
4 O PARENTESCO NAS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS.....	86
5 A AUTORIDADE PARENTAL NAS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS	105
6 OS ALIMENTOS NAS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS	126
7 O DIREITO SUCESSÓRIO, A ADOÇÃO DO FILHO DO CÔNJUGE E A ATRIBUIÇÃO DE NOME NAS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS	143
CONCLUSÕES.....	160
REFERÊNCIAS	166
BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA.....	179
ÍNDICE.....	184

RESUMO

Partindo-se das noções tradicionais de família e de parentesco e se reconhecendo a magnitude das mudanças que a sociedade vem experimentando ao largo dos tempos, é inquestionável que a família, dependente mais que nenhuma outra instituição da variedade de culturas e de suas transformações, evidencie-se na contemporaneidade por diferentes formas de conjugalidade e de parentalidade, variando seus conceito e estrutura. Uma destas formas é protagonizada pela família reconstituída, a que se origina em uma nova união resultante de uma separação, de um divórcio ou de uma viuvez, quando um ou ambos os cônjuges ou companheiros têm filhos de uma relação precedente, erigindo-se como expressão de nova tendência de organização familiar. Em outros termos, uma família reconstituída é uma família onde, pelo menos, um dos adultos é um padrasto ou uma madrasta. Tendo em conta o conteúdo negativo destas expressões no plano social, atribui-se-lhes novas denominações, *pai afim*, *mãe afim* e *filho afim*, em consideração ao parentesco por afinidade que une estas pessoas. Fenômeno cada dia mais abundante, como consequência da facilitação e, de consequência, da enorme quantidade de divórcios e de novos casamentos que se dão em quase todas as sociedades ocidentais, comporta dar um espaço próprio no mundo legal às relações que se formam entre um cônjuge ou companheiro e os filhos do outro, pois que tal relação é o nexo que define este novo paradigma familiar. A convivência de adultos e menores sem parentesco biológico, com distintos costumes domésticos, hábitos diferentes, diversas concepções de autoridade, sociais e culturais, implica uma difícil transição na qual antigas pautas e regras seguem vigentes junto às novas, o que contribui à ambigüidade das regras de funcionamento existentes nestas famílias. Este núcleo tem sido pouco investigado, tornando-se invisível ao Direito, e nas estatísticas, que não desenvolveu normas adequadas que sancionem como pode funcionar e nem oferece modelos institucionais que a guie. Este trabalho põe ênfase nas relações interpessoais entre os filhos de uma união precedente com o novo cônjuge ou companheiro da mãe ou do pai, estimando que a legislação estabeleça certos e específicos direitos e deveres, consolidando os princípios de solidariedade, cooperação e responsabilidade no seio destas famílias.

Palavras chaves: família; família reconstituída; parentesco por afinidade; autoridade parental; alimentos; sucessões; adoção unilateral.

ABSTRACT

Starting with the traditional notions of family and kinship, and acknowledging the magnitude of the changes that society has underwent throughout time, it's unquestionable that family, dependent more than any other institution on the variety of cultures, and its transformations, evinces itself at present through different forms of connubiality and parenthood, varying both its concept and structure. One of these forms is fulfilled by the stepfamily, which originates from a new union following separation, divorce or widowhood, when one or both spouses or partners have children from a previous relationship, thus emerging as an expression of a new tendency on family organization. In other words a stepfamily is the one in which at least one of the adults is a stepfather or a stepmother. Taking into account the negative content of these expressions in the social milieu, new designations are given to them, such as father by affinity, mother by affinity, child by affinity, in view of the kinship by marriage that binds these people. This being a more and more abundant phenomenon, as a result of the facilitation, and, consequently, the enormous amount of divorces and new marriages occurring in almost all occidental societies, it's worth giving a particular place to the relations existing between one spouse or partner and the other's children, inasmuch as this relation is the nexus that defines this new family paradigm. Intimacy between adults and youngsters without biological kinship, with distinct private morals, different habits, varied authority, social, and cultural concepts, implies a difficult transition in which old patterns and rules are in effect along with the new ones, what contributes to the ambiguity of the functioning rules existing in these families. This nucleus has been little investigated, becoming invisible to the Law, as well as in statistics, which hasn't developed adequate norms sanctioning how it can function, nor offer institutional patterns to guide it. The present work lays great emphasis upon interpersonal relations between children from a previous union and the parent's new spouse or partner, expecting the legislation to establish certain, specific rights and duties, thus consolidating the principles of solidarity, cooperation, and responsibility in the midst of these families.

Key words: family; stepfamily (reconstituted family, blended family); kinship by affinity; parental authority; provisions; successions; unilateral adoption.

RESUMÉ

En partant des notions traditionnelles de famille et de parenté, et en reconnaissant la magnitude des changements pour lesquels la société passe au cours du temps, il est incontestable que la famille, dépendant plus que toute autre institution de la diversité des cultures et de leurs transformations, s'y met en évidence de nos jours par des différentes formes de conjugalité et de parentalité, tout en variant son concept et sa structure. Une de ces formes est remplie par la famille reconstituée, celle dont l'origine est une nouvelle union résultante d'une séparation, d'un divorce ou d'une veuvage, quand soit un, soit les deux époux, ou copains, ont des enfants d'une liaison précédente, laquelle s'érige comme l'expression d'une nouvelle tendance de l'organisation familiale. Autrement dit, une famille reconstituée est celle où un des adultes, pour le moins, est un parâtre ou une marâtre. Compte tenu du contenu négatif de ces expressions au niveau social, on y attribue des nouvelles dénominations, père par affinité, mère par affinité, enfant par affinité, en considération du parenté par mariage qui attache ces personnes. Phénomène de plus en plus abondant, en conséquence de la facilitation et donc de l'immense quantité de divorces et de nouveaux mariages qui ont lieu dans presque toutes les sociétés occidentales, il comporte de donner dans le monde legal une espace propre aux relations qui se forment entre un époux, ou copain, et les enfants de l'autre, car de telle relation est le noeud qui défine ce nouveau paradigme familial. L'intimité entre des adultes et des jeunes sans parenté biologique, avec des moeurs domestiques distinctes, des habitudes différentes, des concepts divers d'autorité, ainsi que sociaux et culturels, implique une difficile transition où de vieux modèles et règlements sont toujours en vigueur près des nouveaux, ce qui contribue à la ambiguïté des règlements de démarche existants dans ces familles. Ce noyau a été peu recherché, en restant invisible au Droit, de même que dans les statistics, lequel n'a pas développé des normes convenables qui sanctionnent comment peut-il marcher ni en offre des modèles institutionnels qui l'orientent. La présente oeuvre met l'accent sur les relations interpersonnelles des enfants d'une liaison précédente avec le nouveau époux, ou copain, de la mère ou du père, tout en escomptant que la législation établisse des droits et des devoirs justes e spécifiques, en consolidant les principes de solidarité, de coopération, et de responsabilité au sein de ces familles.

Mots-clés: famille; famille reconstituée; parenté par affinité; autorité parentale; aliments; suessions; adoption unilatérale.

INTRODUÇÃO

A realidade das famílias que se formam depois da separação, do divórcio ou da viuvez, nas quais pelo menos um dos adultos do atual casal tem filho ou filhos de uma relação precedente, constitui a situação particular que inspira o presente estudo. Tomar em conta esta nova organização familiar, distinta da tradicional família nuclear, não obstante sua invisibilidade no plano do direito codificado, implica dar sentido ao dever constitucional de “proteção do Estado”.

O objetivo deste texto é compreender as várias dimensões destas famílias, suas especificidades, e estimar que o direito as contemple com uma regulação própria, embora cumpra as mesmas funções das famílias ditas intactas, porque de constituição, relações e efeitos diferentes.

Desde a origem da sociedade humana organizada, surge a família como entidade fundada em regras, que a etnologia contemporânea as identificam como precursoras das leis atuais, o que se revela básico ao princípio das legitimidades. É neste momento que tanto o parentesco como as uniões por afinidade ou afetividade passam de relações de fato para questões de direito, necessitando de todo um sistema de regras organizado, que leve em conta questões de interesse, crenças, fatores sociais, econômicos, culturais e políticos.

Desta forma, no plano dos sistemas jurídicos romano-germânicos, o núcleo familiar primário - pai-mãe-filhos -, tem estabelecidos claramente os papéis e as funções, as responsabilidades, os direitos e os deveres para cada um de seus membros.

Contudo, toda esta normativização não cobre as demandas e as expectativas dos integrantes das várias formas de família que surgem no cenário social contemporâneo, como resultado da menor estabilidade do laço conjugal. Falar de diferentes formas de família no momento histórico atual implica na aceitação e no reconhecimento de um pluralismo familiar, significando o desterro do modelo padrão,

em cujo espectro se inscrevem as famílias reconstituídas.

Em épocas mais remotas, estas famílias só nasciam da viuvez e, por isto, se inscreviam em uma lógica dicotômica de presença e ausência dos genitores; em tempos mais modernos, como consequência da facilitação e da frequência cada vez mais elevada dos divórcios, inserem-se em um contexto sócio-jurídico diverso, de fronteiras permeáveis e tormentoso, e, por isto mesmo, gerador de questões ainda não enfrentadas pelo direito. Dentre as particularidades que inquietam o núcleo familiar reconstituído, este trabalho procurou examinar, nesta perspectiva sócio-jurídica, as relações interpessoais entre um cônjuge e os filhos do outro, campo delicado para o direito e dos mais cruciais para as famílias reconstituídas.

A questão que se coloca, então, é a de saber como a lei e a justiça ordenarão esta realidade.

Na tentativa de responder à presente demanda, este trabalho orientou-se no sentido da descoberta das articulações entre a instância legal e as práticas sociais, percorrendo o seguinte itinerário.

Depois de traçar as linhas mais gerais a respeito das noções de família e de parentesco, o trabalho oferece um recorrido histórico-evolutivo desta organização, como fundamental à sua compreensão enquanto fenômeno histórico, sociológico e antropológico, para identificar na seqüência do incessante ciclo vital familiar uma nova e provocante estrutura familiar, paradigmática, sem dúvida, dos tempos vindouros.

Suas origens, noção e características, bem como sua evolução nas pesquisas de outras ciências, sua relevância social e suas relações com o direito, são estudadas nos capítulos seguintes. Os aspectos jurídicos mais relevantes destas famílias, como as relações de parentesco que se estabelecem entre um cônjuge e os filhos do outro, constituindo tal nexa o que as define, o exercício da autoridade parental, tanto na constância como na dissolução do novo vínculo, são tratados nos capítulos intermediários.

Os dois capítulos finais são dedicados às questões alimentares e ao direito sucessório. Pensou-se, ainda, na adoção do filho do cônjuge ou companheiro, de forma semi-plena ou de integração, e na atribuição de nome ao menor como expressões da solidariedade familiar.

As especificidades observadas ao longo deste estudo, revelando uma multiplicidade de dinâmicas inter-relacionais, não podem ser aprisionadas em uma única regulação de caráter geral, que não aporte guias institucionais próprias à questão dos papéis, dos deveres e das obrigações de cada um de seus atores. O momento é muito mais propício ao reconhecimento de uma realidade, que a lei e a justiça resistem enxergar, do que de respostas prontas e acabadas às angústias, incertezas e ambigüidades, que gravitam nas famílias reconstituídas.

Nesta perspectiva, este trabalho propõe reconhecer que à superação da antinomia entre a realidade vivencial e as legitimidades nas famílias reconstituídas, há que se lhes atribuir um tipo de direito ao invés de nenhum direito, que possa balizar o processo de assentamento sociocultural destas novas formas de convívio conjugal e parental.

1 FAMÍLIA E PARENTESCO

1.1 CONCEITO DE FAMÍLIA E PARENTESCO

1.1.1 Família

A família, como produto cultural,¹ tem apresentado ao longo dos tempos significados de diversa natureza, pelo que seu conceito não é unívoco.² A palavra família, segundo opinião mais geral, provém do latim *famulia*, por derivação de *famulus*, *i*, do osco³ *famel*, designando o conjunto de pessoas submetidas à autoridade do *pater famílias* e, por uma explicação sinédoque, a todos os escravos e a todo o

¹ DIEZ-PICAZO, L. **Familia y derecho**. Madrid: Civitas, 1984, p. 25; VILLELA, João Batista. **Repensando o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 15-30; PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências modernas do direito de família. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 628, p. 26, fev. 1988.

Entretanto, e contrariamente, numerosos autores sustentam uma concepção naturalista da família, entendendo-a como algo que nasce espontaneamente por virtude mesma da natureza, como ensinam Antonio CICU (**El derecho de familia**. Buenos Aires: Ediar, 1947, p. 13); DÍAZ DE GUIJARO, Enrique. **Tratado de derecho de familia**. Buenos Aires: Tea, 1953, t. 1, p. 17; RÉBORA, Juan C. **Instituciones de la familia**. Buenos Aires: Kraeft, 1945, t. I, p. 57; AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Do concubinato ao casamento de fato**. Belém: Cejup, 1986, p. 13.

É da mesma opinião Roberto DE RUGGIERO: a família, como organismo social, tem o seu fundamento na natureza e nas necessidades naturais da união sexual, na procriação, no amor mútuo, na assistência e na cooperação, que são as razões de sua existência. (**Instituições de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, v. 2, p. 4). Esta concepção, naturalista, adverte Luis DIEZ-PICAZO, acima referido, parte de um pressuposto errôneo: interpretar que a família é uma abstrata entidade intemporal e sempiterna é desconhecer as muitas formas de família que existiram ao longo da História (*op. cit.*, p. 21, 25).

² GOMES, O. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 33. Em igual sentido, Eduardo de Oliveira LEITE: "O homem, como ser bissexuado que é, une-se à mulher, reproduz-se, procria. Da união do homem com a mulher surgem os filhos. E da união de todos esses elementos, acrescidos de permanência ou duração prolongada e da coabitação, surge a família, cujo conceito não é unívoco. O número de agrupações diversas com extensão e características próprias é infinito, mas todas se igualam e se originam dos mesmos dados biológicos primários: a união sexual do homem com a mulher e a procriação." (**Tratado de direito de família**. Curitiba: Juruá, 1991, v. 1, p. 4).

³ Antigo povo que habitava a Itália central.

acervo patrimonial pertencentes a um senhor (Ulpiano: D. 50, 16, fr. 195). No direito romano a família era uma comunidade política, econômica e religiosa formada pelos agnados (os submetidos ao poder do chefe e os que nela eram admitidos pela *conventio in manum* e pela *adoptio*) e pelos cognados (parentes de sangue pela geração).⁴ Aparece nítido, assim, o termo família ligado com a idéia de servir a um senhor.

A partir do direito clássico, a família romana, organizada sob a forma patriarcal e hierarquizada, começa a perder este caráter. A autoridade despótica do *pater familias*, despido por completo de laços afetivos, sofre atenuações e o parentesco de sangue obtém certo favor. O norte da economia deixa de ser a família e passa a ser o indivíduo e o culto doméstico é absorvido pela religião do Estado. A família, então, perde seu exclusivismo e adquire feições inteiramente novas, identificando-se, em certos pontos, com a família moderna. Ocorre com a família hoje algo semelhante com o que ocorria com a família romana, enquanto serve a sociedade, como base sua e espaço primeiro da socialização do ser humano, também serve a seus próprios membros, porque se constitui para eles na matriz por excelência de múltiplas experiências e modelos de interação humana.

Nesta evolução,⁵ de uma sociedade total e única para um estágio em que as relações familiares têm sede no amor, na compreensão, na igualdade, dela dizendo-se uma "comunidade de afeto e entre-ajuda",⁶ assumiu variados matizes.

⁴ Anota Jose ARIAS, que não se opõe a *cognatio* a *agnatio*, como geralmente se apresenta, porque na vida regular a maioria dos agnados são cognados. Com a exceção dos filhos adotivos e das mulheres *in manu*, no direito clássico a *agnatio* não é senão uma *cognatio* limitada. (**Manual de derecho romano**. 2. ed. Buenos Aires: Kraeft, 1949, p. 164).

⁵ Ensinam José Lamartine CORRÊA DE OLIVEIRA e Francisco José FERREIRA MUNIZ, que "Os sociólogos, historiadores, antropólogos e juristas têm revelado o processo de passagem da família patriarcal à família nuclear. Este processo de desintegração da família é o resultado de profundas modificações das estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais". (**Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 12).

⁶ M. N. L. Guimarães. Alimentos. In: Reforma do Código Civil. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1981, p. 209 *apud* (CORRÊA DE OLIVEIRA; FERREIRA MUNIZ, *op. cit.*, p. 13). Alude Andrée Michel à "rejeição da mística tradicional" e à sua "substituição por uma concepção eudemonista da família". Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. *Apud* VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 12, 1980.

O caráter prismático que o termo revela e que desafia sua conceituação, perpassa o direito positivo,⁷ que ora formula uma acepção amplíssima, ora uma outra ampla e ora, ainda, em um sentido mais restrito. No primeiro sentido, a expressão abrange todos os indivíduos entre os quais existe algum vínculo jurídico de ordem familiar. Compreenderia o conjunto de ascendentes e descendentes e colaterais de uma linhagem, "tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes".⁸ Neste continente incluem-se também os estranhos, como na hipótese 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. Acrescente-se a esse grupo o cônjuge, que não é parente, os pais do cônjuge (sogros e sogras), os filhos do cônjuge (enteados e enteadas), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos dos cônjuges (cunhados), que recebem a denominação de parentes por afinidade. Na largueza desta idéia, a família mais se assemelha a *gens* romana. Observa Caio Mário da Silva PEREIRA, que "desta sorte considerada, a família pouca importância apresenta como organismo jurídico, pela ausência de efeitos imediatos, embora conserve sentido sentimental e revele prestígio social, [...]. Por isso mesmo, e no extremo oposto, é às vezes considerada como o conjunto de pessoas unidas pelos laços do casamento e da filiação ou como a define Enneccerus, 'o conjunto de pessoas ligadas pelo parentesco e pelo casamento'".⁹

Este é o sentido amplo do termo, o núcleo formado pelo casal¹⁰ e filho ou filhos e seus parentes da linha reta e ou da colateral, bem como os afins, que são os parentes do outro cônjuge, como o concebem os arts. 1.591 a 1.595 do Código Civil.

Na significação mais restrita e mais própria, a noção prestigia um número

⁷ Neste trabalho, as referências a dispositivos do Código Civil o são do de 2002, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro.

⁸ BEVILAQUA, C. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 15.

⁹ PEREIRA, C. M. da Silva. **Instituições de direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 14.

¹⁰ A noção de *casal* é provavelmente a idéia mais forte no estágio atual do Direito de Família após a Constituição Federal de 1988, sobrepondo-se a de *cônjuges*, hoje insuficiente para abarcar todas as entidades familiares.

consideravelmente mais limitado de pessoas, unicamente o casal e a prole (CC, arts. 1.567 e 1.716), com exclusão dos demais parentes, *locus* do exercício da autoridade paterna e materna e da prática da solidariedade e da fraternidade familiar: é o grupo formado pelo pai, a mãe e os filhos que vivem com eles ou que estão sob seu poder familiar. As mais importantes disposições jurídicas sobre direito de família dizem respeito a esta pequena comunidade doméstica, por exemplo: as disposições sobre o direito matrimonial e parental, também a proteção constitucional dos artigos 226-230 diz respeito à família dos estreitos círculos da comunidade doméstica. É o núcleo da organização social o mais cerrado e que mereceu a atenção de numerosas constituições do século passado, que impõem ao Estado sua defesa e proteção.¹¹ Nesta concepção só se desenvolvem as relações conjugais e paterno-filiais. Mas também o é a comunidade formada por pessoas de sexo diferente sem casamento¹² e por qualquer dos pais e seus filhos,¹³ independentemente de existência de vínculo conjugal que a tenha originado, como prescrevem os §§ 3º e 4º, do art. 226 da Constituição Federal.¹⁴

¹¹ É este o elemento que teve em mira a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU em 10 de dezembro de 1948: "Art. XVI. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado".

¹² Sobre família sem casamento ver por todos, Carmem Lúcia SILVEIRA RAMOS (**Família sem casamento**: de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000).

¹³ Sobre família monoparental, consultar a obra de Eduardo de Oliveira LEITE (**Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: RT, 1997).

¹⁴ Para alguns civilistas, o art. 226 da Constituição Federal tutela somente os três tipos de entidades familiares que explicita: a matrimonializada, a união estável e a monoparental, configurando *numerus clausus*. Este entendimento não é compartilhado por Paulo Luiz Netto LÔBO. Para este autor, ao lado dos tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226, que são meramente exemplificativos por serem os mais comuns, os demais são implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. E, como todo conceito indeterminado, depende de concretização de tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade. São entidades familiares as que preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, submetendo-se cada uma a um estatuto jurídico próprio, em virtude dos requisitos de constituição e efeitos específicos. Não se pode enxergar na Constituição o que ela expressamente repeliu, isto é, a proteção de tipos exclusivos de família como valor em si, com desconsideração das pessoas que a integram, com idêntica atribuição de dignidade. (Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 40-55, jan./mar. 2002). Sobre a tipicidade das entidades familiares já se manifestara Orlando GOMES (**O novo direito de família**. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 66).

Entre essas acepções cabe uma técnico-jurídica, pela qual a família é o conjunto de pessoas entre as quais medeiam relações de conjugalidade ou de parentesco (consangüinidade, afinidade ou adoção), às quais a lei atribui algum efeito jurídico, por exemplo, os impedimentos matrimoniais, o chamamento à sucessão *ab intestato*, aos alimentos.

Esta tradicional e corrente concepção, que família só é o conjunto de pessoas unidas por laços de parentesco ou por nexos de matrimônio, encontra superação na realidade e não compreende todos os modelos de família existentes, como sustenta Graciela Medina: o conceito de família na atualidade não pode ser restringido ao grupo humano que tem em comum vínculos parentais ou matrimoniais, dado que isto excluiria a família extramatrimonial sem filhos, quer dizer a relação concubinária heterossexual sem descendentes, o que constitui um despropósito porque tal relação desde muito tempo tem sido aceita como família extramatrimonial, tanto jurisprudencial como legislativamente.¹⁵

Com efeito, a ampla diversificação da noção aponta ao reconhecimento de agrupamentos sociais substancialmente diferentes, que mudam em função da época, da geografia, do desenvolvimento econômico, técnico e social, de classe social e da evolução das idéias. São famílias patrilineares (agnáticas) ou matrilineares (cognáticas), famílias matrimoniais ou extramatrimoniais, famílias concubinárias, famílias monoparentais, famílias reconstituídas, modelo que delimita este trabalho. Desde esta perspectiva, e entendendo como Paulo Luiz Netto Lôbo comportar *numerus apertus* o conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput* do art. 226 da Constituição Federal,¹⁶ cabe incorporar os celibatários, os viúvos ou divorciados, os jovens que cedo abandonam sua família de origem e que vivem só, as crianças que se

¹⁵ (MEDINA. G. **Uniones de hecho homosexuales**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 23). Sociológica e estatisticamente, a família extramatrimonial manifestou-se desde sempre como hipótese paralela, marginal à família fundada no casamento e, muito lentamente, foram-lhe sendo reconhecidas conseqüências, primeiramente como obra de construção dos juízos e tribunais, depois traduzidas em normas legais, com o que sua realidade foi-se infiltrando, aos poucos, no mundo jurídico, assinala Carmem Lúcia SILVEIRA RAMOS (**Família sem casamento...**, p. 45-46).

¹⁶ Veja-se no lugar citado na nota 14, acima.

reúnem sem pais, os chamados "filhos de criação" e seus "pais", o grupo de parentes, especialmente os irmãos, ou de idosos, que vivem em casas de asilo para juntos proverem suas necessidades.¹⁷ Resta uma inquietante indagação, cuja análise não é objeto deste trabalho, se constitui família o corpo social formado a partir da união de pessoas do mesmo sexo.¹⁸ Com o incremento destes novos modelos, como

¹⁷ O Superior Tribunal de Justiça tem afirmado o conceito ampliado e inclusivo de entidade familiar na aplicação de determinadas leis especiais, que tutelam interesses da pessoa, v. g., sobre a impenhorabilidade do bem de família, para nele incluir o solitário ou grupo de parentes. Por exemplo: "O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência" (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Impenhorabilidade do bem de família. Lei n. 8.009/90. Resp n. 205.170-SP. Rel. Min. Gilson Dipp. DJU, 7 fev. 2000. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 777, p. 235);

"Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza da proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles" (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Impenhorabilidade do bem de família. Lei n. 8.008/90. Resp n. 159.851-SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJU, 22 jun. 1998. **LEXJTACSP**, v. 174, p. 615).

"Ao imóvel que serve de moradia às embargantes, irmãs e solteiras, estende-se a impenhorabilidade de que trata a Lei nº 8.009/90" (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Impenhorabilidade do bem de família. Lei n. 8.009/90. Resp n. 57.606-MG. Rel. Min. Fontes de Alencar. DJU, 15 maio 1995. **RSTJ**, v. 81, p. 306).

Em sentido contrário: "A Lei nº 8.009/90 destina-se a proteger, não o devedor, mas a sua família. Assim, a impenhorabilidade nela prevista abrange o imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, não alcançando o devedor solteiro, que reside solitário" (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Impenhorabilidade do bem de família. Lei n. 8.009/90. Resp n. 169239-SP. Rel. Min. Barros Monteiro. DJU, 19 mar. 2001).

¹⁸ Sobre uniões homossexuais, consultar Ivone M. C. COELHO DE SOUZA; Maria Berenice DIAS (Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 8, p. 62-69, jan./mar. 2001). Ainda, Maria Berenice DIAS (**União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000). No mesmo sentido, Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI: "O direito à orientação sexual como o direito à livre determinação das pessoas pode ser colocado na primeira geração de direitos humanos e: a) está intimamente ligado aos direitos à privacidade, à liberdade individual, ao direito de associação etc.; b) tem um custo econômico muito baixo porque se limita a permitir que as pessoas capazes decidam elas mesmas com quem compartilhar seus sentimentos e desejos; c) é essencialmente justificável: permitir que alguém não seja discriminado por sua orientação sexual não é uma ação exótica ou extravagante". (No original: "*El derecho a la orientación sexual como derecho a la libre determinación de las personas puede ser ubicado en la primera generación de derechos humanos y: a) está íntimamente ligado a los derechos a la privacidad, a la libertad individual, al derecho de asociación, etcétera, b) tiene un costo económico muy bajo porque se limita a permitir que las personas capaces decidan ellos mismos con quién compartir sus sentimientos y deseos, c) es esencialmente justificable: permitir que alguien no sea discriminado por su orientación sexual no es una acción exótica o extravagante*"). (Derecho y homosexualismo en el derecho comparado. **Derecho de familia – Revista Interdisciplinaria de**

manifestação de uma plausível busca da felicidade, o termo família nuclear, decorrente das relações de caráter segmentário estabelecidas entre pais e filhos, começa a soar demasiadamente tradicional.¹⁹

Decorre deste mosaico a impossibilidade de se delinear um conceito universal – embora a família seja um fato universal, que não cessa de estar presente e sem cessar se renova²⁰ –, abstrato e intemporal da família, senão que por seus caracteres próprios e concretos em um determinado tempo e espaço social, especificações e particularidades. Evidencia-se, assim, que família não é uma expressão de fácil, ou possível, conceituação, mas de descrição das estruturas e modalidades assumidas ao longo dos tempos. É por isto que, de um modo geral, a lei não define a família, nem é possível dar-lhe um conceito geral porque o grupo familiar tem distinta amplitude nos diversos aspectos em que é considerado: na sucessão, nos alimentos, na seguridade social, em preceitos do Código Penal. Nestas circunstâncias, um conceito legal é desnecessário.

A coexistência, em uma mesma época e lugar, de vários tipos de família, permitiu a formulação do princípio da pluralidade familiar, significando o desterro do modelo padrão e a livre possibilidade de adoção por cada indivíduo do modelo que se ajustar à sua convivência e à privacidade de seus membros. Resenhando Luiz Edson FACHIN, a família hoje não tem mais o desenho jurídico do patriarcalismo, fundado na lei da desigualdade, exclusivamente matrimonializado e transpessoal. Fatos foram veiculando sua reforma, mesmo contra o Código Civil e até afrontando certos "códigos culturais" [sic], daí emergindo uma dimensão renovada, eudemonista, florescida na

Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, v. 13, p. 185-241, 1999).

¹⁹ O modelo de família nuclear, centrada na tríade pai-mãe-filho, não parece, no momento, estar ameaçado de extinção, porém, cada vez mais é maior o número de formas possíveis de família que dele se afastam; desta forma, assiste-se ao surgimento de uma pluralidade de arranjos familiares, um deles a família reconstituída.

²⁰ É dado admitido por todos os antropólogos, que a família sempre existiu, independentemente de tempo, espaço e povo. Em nenhum momento da história humana foi encontrado um povo vivendo na mais completa promiscuidade sexual. A família acompanha o homem, ao longo da história, desde suas origens.

igualdade, na direção diárquica e na não-discriminação.²¹

Desde que se iniciara a revolução industrial na Inglaterra até meados do século XVIII, as formas, conteúdos e funções familiares registraram alterações significativas ao compasso das transformações que afetaram o conjunto do tecido social, dando lugar à composição de outras formas familiares, como hoje consagradas na Constituição Federal de 1988, que sucumbiu inevitavelmente à realidade social. O final do Século XX está marcado pela coexistência de diversas normas matrimoniais, caracterizado pela heterogeneidade de arranjos familiares. A família tornou-se plural, na sua origem ou formação. E, neste contexto, a família não é mais uma única definição, a ponto de se referir a doutrina à *famille incertaine*.²²

Nos dias atuais, família tanto pode aludir a um grupo social restrito – o que congrega pais e filhos que convivem e, inclusive, o tipo monoparental formado por um só dos pais e seu filho ou filhos – como a um mais extenso, que, como disse Jean CARBONNIER, compreende a todos os descendentes de um tronco comum, ao qual se acham ligados por um vínculo de parentesco consangüíneo dentro de limites pré-fixados na lei,²³ *verbi gratia*, alimentos e sucessão. Nesta última hipótese, vislumbra-se a família em sentido jurídico, que engloba todas as pessoas unidas por um laço de parentesco ou de afinidade. Nada obstante, o certo é que a família está longe de ser uma entidade congelada, pois está permanentemente sujeita a movimentos e transformações sociais. Por isto, adverte Caio Mário da Silva PEREIRA,

Ainda não se pode definir as suas linhas de contornos precisas, dentro do conflito de aspirações. Não se deve, porém, falar em desagregação, nem proclamar-se verdadeiramente

²¹ FACHIN, L. E. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 303-304.

²² Título de uma obra de Louis Roussel, ed. O. Jacob, 1989, *apud* Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ. *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille*. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, a. 94, n. 2, p.249-270, avril-juin 1995.

²³ (CARBONNIER, J. **Derecho civil**. Barcelona: Bosch, 1961, t. 1, v. 2, p. 17). Arnaldo WALD afirma que a palavra família é utilizada pelo próprio Código Civil nestes dois sentidos. (**O novo direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, p. 3-4).

uma crise [não da família como instituto, mas do direito positivo de família, já envelhecido ao tempo da redação do Code, que não recolheu leis revolucionárias de dez anos antes, como em matéria de equiparação de toda classe de filhos, senão o princípio da proibição da investigação de paternidade²⁴]. Como organismo natural, a família não acaba. Como organismo jurídico, elabora-se a sua nova organização.²⁵

Numa época de mudanças, o que não significa, naturalmente, o fim da clássica forma de família nuclear, antes, que não mais pode servir como único paradigma para a sociedade, elaboram-se novas e variadas estruturas familiares,²⁶ na linha do prenunciado pelo autor acima citado. Refletindo o alto índice de separações e divórcios, surge uma provocante forma nova de família, que aqui se identifica como família reconstituída, que agrega o casal, ambos ou só um deles, com filhos de uma união anterior, em novo casamento ou união estável.

Não se encerrando nos limites da lei civil a família apresenta feições peculiares nas leis sociais e até penais, na medida em que nestas o objeto tutelado é a família, seja ela formal ou, após a Constituição Federal de 1988, informal.²⁷ Pelo critério fiscal, reduz-se sua noção; nela incluem-se os genitores, os filhos menores e os maiores inválidos, os que freqüentam universidade às expensas paterna, até 24 anos de idade, as filhas solteiras e o ascendente inválido considerado dependente econômico do contribuinte. Para os efeitos previdenciários, família compreende o casal, os filhos até 18 anos ou inválidos e as filhas solteiras de qualquer condição, menores de 18 anos ou inválidas, incluindo-se a companheira do trabalhador.

Está claro que, por suas variadas origens, graus, natureza e versões,

²⁴ DIEZ-PICASO, L. **Familia y derecho** ..., p. 17.

²⁵ PEREIRA, C. M. da Silva. **Instituições**..., p. 20.

²⁶ Os psiquiatras Kellam, Ensminger e Turner, mapeando as "variações de famílias" em um único bairro negro pobre em Chicago, identificaram nada menos que 86 combinações diferentes de "adultos", inclusive numerosas formas de famílias "mãe-avó", famílias "mãe-tia", "famílias mãe-madrasta" e famílias "mãe-outra". Diante deste labirinto de combinações de parentesco, estamos saindo da idade da família nuclear e entrando numa nova sociedade marcada por diversidade na vida familiar, cf. Alvim TOFFLER (**A terceira onda**. 22. ed. Rio de Janeiro: Record, 1997, p. 218-219).

²⁷ Sobre os aspectos penais relacionados ao tema de família, notadamente da família informal, consultar a obra de Guilherme Calmon Nogueira da GAMA (**A família no direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000).

multifacetadas dos diversos recantos do ordenamento jurídico, torna um desafio interminável toda tentativa de reunir em um só conceito sua máxima significação: o *locus* de amor, sonho, afeto e companheirismo,²⁸ o lugar de elaboração da identidade da personalidade humana. Neste sentido se diz que a família é convivência orientada pelo princípio da solidariedade em função da afetividade e laços emocionais conjuntos. A família é a comunidade de vida material e afetiva de seus membros, que permita a subsistência, o desenvolvimento e o conforto deles, assim como o intercâmbio solidário, da mútua companhia, apoio moral e afetivo para alcançar o desenvolvimento pessoal, a autodeterminação e a felicidade para cada um.

Também se diz, modernamente, que a família emana de um casal permanente, estável, comprometido, de união voluntária e amorosa, que cumpra a função de proteger seus componentes e os transforme para seus tratos com a sociedade.

Uma reflexão histórica sobre a família,²⁹ como sobreviveu às transformações econômicas, técnicas, sociais e culturais, como resistiu e como com elas contribuiu, põe de manifesto que não existe uma instituição padrão, fixa e invariável, senão vários tipos de família e de organizações familiares muito diferentes no tempo e no espaço "e na atualidade coexistem tipos constituídos sobre princípios morais e psicológicos diferentes e ainda contraditórios e inconciliáveis."³⁰ Cada estudo consagrado à família em um contexto social e econômico particular mostra a rica variedade de configurações, porém, em todos eles, aparece a família como o lugar de uma fascinação incansável, que cada um tem a bem identificar segundo suas próprias ideologias.

²⁸ VILLELA, J. B. **Repensando...**, p. 18.

²⁹ Põe-se de evidência a família romana: a do direito justiniano, não era a do direito clássico, antes sua negação e destruição. Fundava-se a antiga sobre o vínculo da agnação, composta por membros ligados, e sob o poder soberano, ao chefe. A contrário, a família justiniana funda-se sobre o vínculo da cognação, composta por membros ligados pelo vínculo de sangue. A partir daí, não cessa a família de evoluir, que, gradualmente, agregando elementos trazidos pela doutrina da Igreja (casamento, impedimentos, nulidades), pela Revolução Francesa, aporta na família moderna.

³⁰ F. Escardó. Anatomia de la familia. *Apud* Luiz Carlos OSÓRIO (**Família hoje**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996, p. 15).

Neste sentido, a idéia de família é capturada em cada momento histórico de uma série de condicionantes sociais e resiste a ser enclausurada em uma noção concreta que não se estabelece com grandes doses de generalização. Nada obstante, a idéia contemporânea de família exige a existência de um vínculo afetivo e duradouro que desenha um projeto biográfico conjunto, e gera um âmbito de proteção e promoção por parte do Estado, e de uma relação de parentesco, sem as quais dificilmente pode atribuir-se aos membros de qualquer grupo social a condição de familiares.

1.1.2 Parentesco

Registra Numa Denis FUSTEL DE COULANGES o que dizia Platão, existia parentesco quando havia entre os homens uma comunidade de deuses domésticos.³¹ No sentido acolhido pela doutrina nacional, existe família quando entre determinados sujeitos há um vínculo de parentesco (consangüíneo, afim ou adotivo), prevalecendo o critério que estabelece uma correspondente identificação entre família e parentesco – cujo conceito, tampouco, manteve-se inalterado ao longo dos tempos –, sem discriminar o alcance de um e de outro conceito, quando circunscreve a família à sua significação ampla. Como disse Alberto G. SPOTA, "família e parentesco não são dois conceitos que devem separa-se: os unidos entre si pelo nexa de parentesco constituem família".³²

Ao juízo de Eduardo A. ZANNONI e Gustavo A. BOSSERT,

³¹ FUSTEL DE COULANGES, N. D. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 2. ed. São Paulo: Edipro, 1999, p. 52.

³² (No original: "*familia y parentesco no son dos conceptos que deben separarse: los unidos entre si por el nexa del parentesco constituyen familia*".) SPOTA, A. G. **Tratado de derecho civil: derecho de familia**. Buenos Aires: Depalma, 1988, t. 2, v. 1, p. 5.

[...] família não se reduz apenas ao núcleo constituído pelos cônjuges e os filhos – sendo esse núcleo paterno-materno-filial aquele que gravita decisivamente nas orientações básicas da política familiar -, senão que as relações interdependentes e recíprocas se estendem pelo império da lei entre aquelas pessoas que reconhecem entre si gerações biológicas antecedentes ou conseqüentes que lhes são comuns, isto é, os consangüíneos, e entre um cônjuge e os consangüíneos do outro, chamados afins, e também entre o adotado e os adotantes e, segundo o caso, os consangüíneos ou afins destes.

A existência de relações jurídicas derivadas da consangüinidade, a afinidade ou a adoção determina o parentesco.³³

Nesta mesma ordem de idéias, Jose Luiz LACRUZ BERDEJO ensina que o parentesco "é a relação que existe entre duas pessoas por descender uma da outra ou ter um ascendente comum (consangüinidade), ou por ser uma consangüínea do cônjuge da outra (afinidade). [...] O parentesco por adoção vale igualmente que aquele por consangüinidade".³⁴

No direito brasileiro, semelhantemente, parentesco define-se como a relação que existe entre pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes, como pai e filho, avô e neto (CC, art. 1.591) ou, sem descenderem umas das outras, provêm de um só tronco, como dois irmãos, dois primos (CC, art. 1.592),³⁵ ou, ainda, resulte de outra origem, como adotante e adotado (CC, art. 1.593),

³³ (No original: "[...] familia no se reduce sólo al núcleo constituido por los cónyuges y los hijos – con ser ese núcleo paterno-materno-filial el que gravita decisivamente en las orientaciones básicas de la política familiar -, sino que las relaciones interdependientes y recíprocas se extienden por imperio de la ley entre aquellas personas que reconocen entre sí generaciones biológicas antecedentes o consecuentes que les son comunes, esto es, los consanguíneos, y entre un cónyuge y los consanguíneos del otro, llamados afines, y también entre el adoptado y el o los adoptantes y, según el caso, los consanguíneos o afines de éstos.

"La existência de relaciones jurídicas derivadas de la consanguinidad, la afinidad o la adopción determina el parentesco.) ZANNONI, E. A.; BOSSERT, G. A. **Manual de derecho de familia**. Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 37.

³⁴ (No original: "es la relación que existe entre dos personas por descender la una de la otra o tener un ascendiente común (consanguinidad), o por ser la una consanguínea del cónyuge de la otra (afinidad). (...) El parentesco por adopción vale lo mismo que el por consanguinidad.") LACRUZ BERDEJO, J. L. et al. **Derecho de familia**. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1990, v. 1, p. 43.

³⁵ Estas são as definições de Aubry e Rau e de Planiol e Rippert, trazidas, respectivamente, por Silvio RODRIGUES: "O parentesco é o núcleo ou a relação existente entre pessoas que descendem umas das outras ou de um ascendente comum"; "O parentesco é a relação que existe entre

sogro e genro (CC, art. 1.595). Porém, somente entre os indivíduos que estão ligados pelo vínculo de sangue, baseados no fato biológico da procriação (quer proceda ou não do casamento), existe verdadeiramente parentesco, a que se dá o nome de *consangüíneo*.

Neste passo adverte Manuel ALBALADEJO "quando se fala de parentesco de sangue, há que entendê-lo referido, não ao que de verdade seja, senão ao que oficialmente aparece como tal. Quer dizer, o que está 'legalmente determinado', que é o que aos efeitos civis importa aqui, enquanto não se retifique".³⁶

Esclarece-se que os esposos ou companheiros não podem considerar-se, em suas relações recíprocas, como parentes ou afins. Eles formam uma categoria à parte, determinando uma aliança sem realizá-la juridicamente entre si; se bem que o casamento não converte os cônjuges em parentes entre si, torna-os *familiares*. O parentesco que liga a um dos cônjuges os parentes do outro denomina-se afinidade e se limita aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro (CC, art. 1.595, § 1º). De uma maneira geral, pode dizer-se que parentesco é o vínculo jurídico que nasce dos laços de sangue, do casamento ou união estável, da afinidade ou da adoção.

Embora menos sintética que a formulação do art. 74 do Código Civil italiano,³⁷ que define o parentesco como o vínculo entre pessoas que descendem de um mesmo ascendente (*stipite*), porém muito mais próxima da noção do § 1.589 do

duas pessoas em que uma descende da outra, como o filho e o pai, os netos e o avô, ou que descendem de um ascendente comum, como dois irmãos, dois primos". (**Direito civil:** direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6, p. 316). (No original: "*La parenté est le lien ou le rapport existant entre personnes qui descendent les unes des autres ou d'un auteur commun*"; "*La parenté est le rapport qui existe entre deux personnes dont l'une descend de l'autre, comme le fils et père, le petit-fils et le grand-père, ou qui descendent d'une auteur commun, comme deux frères, deux cousins*").

³⁶ (No original: "*que cuando se habla de parentesco de sangre, hay que entenderlo referido, no al que de verdad sea, sino al que oficialmente aparece como tal. Es decir, el que está 'legalmente determinado', que es el que a los efectos civiles importa aquí, mientras que no se retifique.*") ALBALADEJO, M. **Curso de derecho civil:** derecho de familia. 8. ed. Barcelona: Bosch, 1997, p. 13.

³⁷ "Art. 74. Parentela – *La parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite.*" (Em tradução livre: "O parentesco é o vínculo entre pessoas que descendem de uma mesma linha").

Código Civil alemão,³⁸ toma a doutrina nacional como parentesco "a relação vinculatória existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre um cônjuge e os parentes do outro e entre adotante e adotado."³⁹ Porém, observa Washington de Barros MONTEIRO, "A palavra *parente* aplica-se apenas aos indivíduos ligados pela consangüinidade; somente por impropriedade de linguagem se pode atribuir tal designação a outras pessoas, como o cônjuge e os afins."⁴⁰ Esta mesma advertência é feita por Luiz da Cunha GONÇALVES: "Note-se que a palavra *parentes* só é aplicável aos indivíduos ligados por consangüinidade, pois proveio do latim *parens*, que significa *pai* ou *mãe*."⁴¹ O legislador civil de 2002, na trilha do antecedente, ao se referir aos afins em linha reta no art. 1.521-II, ou à afinidade, no art. 1.595, utiliza apropriadamente o vocábulo "vínculo", e não "parentesco", o que não se dá, entretanto, nos arts. 1.524 e 1.737. Contudo, ao limitar a aliança que se estabelece entre cada cônjuge e os parentes do outro, chama "parentes" aos "afins" (*O parentesco por afinidade...*), parecendo optar por abranger no parentesco o vínculo de afinidade.⁴²

O parentesco, se da primeira hipótese da noção acima – uma pessoa descende da outra –, diz-se em *linha reta*, seja qual for o número de pessoas intermédias (pai e filho; avô e neto; bisavô e bisneto; e assim por diante, seguindo ao infinito); se da

³⁸ "§ 1.589. *Las personas de las cuales una descende de la otra están emparentadas en línea recta. Las personas que no están emparentadas en línea recta, pero que descenden de la misma tercera persona, están emparentadas en línea colateral. El grado de parentesco se determina según el número de nacimientos que median.*" (Em tradução livre: "§ As pessoas que descendem uma das outras, estão aparentadas em linha reta. As pessoas que não estão aparentadas em linha reta, porém se descendem de uma mesma pessoa, estão aparentadas em linha colateral. O grau de parentesco se determina segundo o número de nascimentos que mediam").

³⁹ DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 361.

⁴⁰ MONTEIRO, W. de B. **Curso de direito civil: direito de família**. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1964, v. 2, p. 238.

⁴¹ GONÇALVES, L. da C. **Princípios de direito civil luso-brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1951, v. 3, p. 1.146.

⁴² Chamar parentes aos afins é velha tradição do direito luso-brasileiro. Neste sentido, v. M. A. Coelho da ROCHA (**Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1984, t. 1, § 61, p. 33); Clóvis BEVILAQUA (**Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1960, v. 2, obs. 1 ao art. 334, p. 231).

segunda hipótese – ambas descendem do mesmo tronco comum –, diz-se em *linha colateral*, limitado ao quarto grau (CC, art. 1.592), como é o caso de irmãos, tio e sobrinho ou primos. Se os irmãos procedem dos mesmos pais são chamados irmãos germanos. Os que procedem do mesmo pai e mães diferentes são irmãos consangüíneos, se da mesma mãe e pais diferentes são irmãos uterinos.⁴³ Funda-se, pois, na comunidade de geração, revestindo esta modalidade a de maior interesse jurídico, a filiação. A relevância jurídica principal do parentesco traduz-se precisamente na disciplina das relações paterno-materno-filiais.

Para além desta particular situação, o parentesco interessa na medida em que produz efeitos jurídicos, estabelece direitos, obrigações e proibições recíprocas entre os parentes. Na ordem civil, por exemplo, proíbe o casamento entre parentes muito próximos, como ascendentes e descendentes (CC, art. 1.521-I); chama à sucessão *ab intestato*, sem limite de grau na linha reta, mas contida ao quarto grau na linha colateral (CC, art. 1.839); estabelece preferência à tutoria do menor incapaz, seguindo certa ordem (CC, art. 1.731); estabelece o dever de prestar alimentos (CC, art. 1.654); legitima à declaração de anulação do casamento (CC, art. 1.552). Em todos estes casos os efeitos do parentesco não alcançam o mesmo grau, variando de uns para outros. Dessarte, o casamento é proibido entre si aos parentes de qualquer grau na linha reta e até o terceiro grau na linha colateral. Os efeitos, ainda, se dão não para todos os parentes, mas segundo a classe a que pertencem (consangüíneos, afins e adotivos). Assim, herdam os parentes consangüíneos e os adotivos a estes iguais, não, porém, os afins, que, também não têm direito a alimentos, à sucessão nem ao nome dos parentes do outro cônjuge.

Na ordem processual, são impedidos de depor "o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade" (CPC, art. 405, § 2º - I). No

⁴³ Anota Manuel ALBALADEJO que os irmãos *consangüíneos* e os *uterinos* são assim chamados em sentido estrito, pois que em sentido amplo também são irmãos consangüíneos todos os demais, posto que no todo ou em parte levam o mesmo sangue. (**Curso de derecho civil** ..., p. 11).

domínio penal, são circunstâncias que sempre agravam a pena ou qualificam o crime ter o agente cometido contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge e é elemento configurativo dos crimes contra a assistência familiar (abandono material, abandono intelectual).

Dos elementos até aqui expostos conclui-se que, ao longo da história da humanidade, existiram sucessiva e concomitantemente distintas formas de família e sistemas de parentesco. A família, diz Lewis H. Morgan, em 1877,

é o elemento ativo; nunca permanentemente estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado. Os sistemas de parentesco, pelo contrario, são passivos; só depois de longos intervalos, registram os progressos feitos pela família, e não sofrem uma modificação radical senão quando a família já se modificou radicalmente.⁴⁴

Sem pretender percorrer todo o itinerário histórico-evolutivo pelo qual transitou a família desde a aurora da humanidade até nossos dias, é necessário um sobrevôo panorâmico, ao menos, sobre as principais estações teóricas da organização familiar.⁴⁵

⁴⁴ L. H. Morgan. *Ancient society, or researches in the lines of human progress from savagery through barbarism to civilization*. (Em tradução livre do autor: A sociedade primitiva ou, investigação nas linhas do progresso humano desde a selvageria até a civilização através da barbárie). *Apud* Friedrich ENGELS (**A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997, p. 30).

⁴⁵ Segundo Eduardo de Oliveira LEITE, a pesquisa antropológica pode ser realizada a partir das teorias antigas as mais importantes: *evolucionismo* (Bachofen, Morgan, Engels, Durkheim. Westermarck: a sociedade humana experimentou processos de auto-transformação); *funcionalismo* (Malinowski: eleva a família à qualidade de instituição fundamental, que é explicada por meio de sua específica função no interior do sistema global de uma determinada cultura); *estruturalismo* (Lévy-Strauss: a família não é o resultado de tendências fisiológicas ou psicológicas, mas da organização social). (**Tratado de direito de família...**, p. 6-10).

1.2 DA FAMÍLIA ARCAICA À FAMÍLIA PÓS-MODERNA

1.2.1 A Sociedade Arcaica

A questão da origem da família, tema de intensas pesquisas sociológicas e etnoantropológicas iniciadas no Séc. XIX, ainda não foi esclarecida, pois as teorias formuladas teceram hipóteses carentes de certeza histórica, fundadas no estudo da organização de povos que contemporaneamente permanecem em estado primitivo de organização e em precários dados materiais diretos. Adverte Augusto César BELLUSCIO, que ambas as bases podem estar equivocadas; a primeira, porque não é possível determinar se os povos selvagens contemporâneos passam por um estágio de evolução comum a toda humanidade e a segunda, pela insuficiência dos referidos dados e sua confusão com os emergentes de períodos já históricos.⁴⁶ Investigar e estabelecer um quadro completo desta evolução em limites mínimos de segurança é tarefa extremamente difícil e complexa, porque grande parte da história da família, senão a mais decisiva, a original, está envolta em absoluto mistério. É bastante possível, então, que muitos aspectos que surgem destas pesquisas não se ajustem à realidade histórica, sendo apenas razoável supor a organização que teve a família no passado e estimar as diversas etapas de sua evolução.

Assinalam os estudos de Friedrich ENGELS (1820-1895),⁴⁷ que até a década de sessenta, não se poderia pensar em uma história da família, pois as ciências históricas ainda se achavam sob a influência dos Cinco Livros de Moisés: a forma patriarcal da família era admitida não só como a mais antiga, como também se identificava – não fosse a poligamia - com a família burguesa de hoje, como se não tivesse havido evolução alguma através dos tempos. Admitia-se, no máximo, que em

⁴⁶ BELLUSCIO, A. C. **Manual de derecho de familia**. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 12.

⁴⁷ ENGELS, F. **A origem da família**, ... p. 6-7.

períodos primitivos pudesse ter existido um de promiscuidade sexual. Além da monogamia, reconheciam-se simultaneamente a poligamia no Oriente e a poliandria na Índia e no Tibete. Estes fatos eram todos conhecidos, mas não estudados naquela época, e em alguns povos primitivos e em algumas tribos selvagens ainda existentes, a descendência contava-se, exclusivamente, pela linha materna e o casamento era proibido dentro de determinados grupos maiores, descritos por E. B. Tylor como "costumes exóticos."⁴⁸

Tributa Friedrich ENGELS⁴⁹ ao suíço Johnn Jakob Bachofen o pioneirismo na investigação da pré-história da família contemporânea. Sua obra, *O direito materno*,⁵⁰ em 1861, baseada em descrições diretas de numerosos trechos da literatura clássica antiga, em lendas e mitos, sustentou que primitivamente os seres humanos viveram em completa promiscuidade sexual (que chamou *heterismo*), o que excluía a certeza da paternidade e, em consequência, as mulheres, como mães e, portanto, únicos progenitores conhecidos da jovem geração, mantinham completo domínio sobre o grupo (*ginecocracia*). A passagem à monogamia, em que a mulher pertence a um só homem, incidia na transgressão de uma antiga lei religiosa, do direito imemorial que os homens tinham sobre as mulheres. O salto do "heterismo" à monogamia e do matriarcado ao patriarcado, segundo este autor, processa-se sob concepções religiosas, realizadas por divindades, negando, assim, que fora o desenvolvimento das condições reais de existência dos homens o que determinou as transformações históricas na situação social recíproca do homem e da mulher.

Carregada de misticismo, a teoria de Johnn Jakob Bachofen foi suplantada

⁴⁸ E. B. Tylor. *Researches into the early history of mankind and the development of civilization* (Em tradução livre do autor: Pesquisas sobre a história primitiva da humanidade e do desenvolvimento da civilização). Londres, 1865. *Apud* Friedrich ENGELS (**A origem da família**,..., cf. N. da R., n. 1, p. 7).

⁴⁹ ENGELS, F. **A origem da família**, ..., p. 7.

⁵⁰ Título da obra de John Jakob BACHOFEN a que se refere Friedrich ENGELS: *Das mutterrecht: eine untersuchunguber die gynaiokratie der weltnach ihrer religiosen und rechtlichen natur* (Em tradução livre do autor: Direito materno: uma investigação sobre a ginecocracia no mundo antigo, segundo sua natureza religiosa e de direito).

pelo trabalho do advogado e senador americano Lewis H. MORGAN (1818-1881) – o mais vibrante cultor do evolucionismo -, aparecido em 1871,⁵¹ que ignora qualquer conceituação teleológica da natureza e valoriza uma dimensão histórica da realidade natural e, portanto, da realidade humana. Coube-lhe o mérito de ter realçado a influência da sociedade sobre a forma e a estrutura da família. De acordo com este autor, o desenvolvimento do gênero humano se processa através de estágios sucessivos e unilineares; estado selvagem, barbárie, civilização. A tais estágios, correspondem as famílias consangüínea, punalua, sindiásmica (ou de casal, da qual deriva a moderna família monogâmica, modelo que se reflete na família reconstituída). Este método de sucessão de estágios, consiste em estabelecer que cada grau sucessivo da evolução é causado pela multiplicidade das proibições conjugais entre consangüíneos. Sendo assim, a um menor número de proibições corresponde, na escala conjugal, uma maior nível arcaico-primitivo. A mutabilidade da família eleva-a continuamente de um nível inferior a outro mais superior, como resultado do desenvolvimento da técnica e da economia. Reconhece o autor, que antes da etapa da civilização, na qual se impõe definitivamente o casamento monogâmico, o homem viveu em um estado selvagem e outro de barbárie. O primeiro foi caracterizado por um estágio de promiscuidade sexual, que evolui para os casamentos de grupos inteiros de homens e mulheres que se pertenciam reciprocamente, dando origem à família *consangüínea*, significando já um progresso sobre a promiscuidade inicial ao excluir-se do tráfego sexual as mães e os filhos. Esta forma de família, consangüínea, seguramente, não tem exemplos dignos na história, mas se reconhece que deva ter existido porque o sistema de parentesco consangüíneo encontrado entre os havaianos só se explica com esta forma.

Deste pensamento compartilha Eduardo de Oliveira LEITE. Partindo da constatação de que as relações de parentesco são sempre de dois tipos, ora derivadas do sangue (relação de consangüinidade), ora fundadas no casamento (relações de

⁵¹ L. H. Morgan. *Systems of consanguinity and affinity of the human family* (Em tradução livre do autor: Sistema de consangüinidade e afinidade da família humana). Washington, 1871, cf. N. da R., nº 2, p. 7, na obra de Friedrich ENGELS (*op. cit.*). O trabalho fundamental de Lewis H. MORGAN, *Ancient Society or, ...*, só aparece um 1877.

afinidade), não há dúvida da existência de tal forma de família como a mais primitiva que se conhece, embora de prova direta impossível. Contrariamente às relações de parentesco moderno, estabelecido pela descendência e pela afinidade, na família consangüínea formam-se dois grupos distintos de pessoa, um paterno e outro materno, estando os filhos ligados de tal forma a ambos os grupos, que a distinção entre o parentesco baseado nos laços de sangue e na afinidade nem sempre é possível. E conclui: "a família consangüínea reflete um primitivismo da sociedade que remete diretamente a uma condição anterior, caracterizada pela promiscuidade."⁵²

Deriva da família consangüínea a família *punaluana*, cuja essência repousa sobre a noção de casamento grupal. As determinantes do abandono progressivo do casamento entre irmãos e irmãs podem ser encontradas nos próprios pais. Assim como o primeiro momento evolutivo da organização familiar foi excluir os pais e filhos das relações sexuais recíprocas, o segundo teria sido excluir os irmãos, e assim sucessivamente, num processo natural de seleção, produzindo um considerável progresso na evolução do grupo familiar sobre o estágio preliminar anterior. Segundo Friedrich ENGELS,⁵³ compõe-se a família punaluana de todas as pessoas que, pelo casamento, formam a descendência reconhecida de uma determinada antepassada, fundadora da gens. Sendo incerta a paternidade nesta forma de família, é válida apenas a filiação materna. É neste momento da história da humanidade que surge a noção de matriarcado, de linhagem exclusivamente feminina; é o germe do princípio mais tarde caro aos romanos, segundo o qual *mater semper certa est*.

Na barbárie, o outro estado referido por Lewis H. Morgan, o casamento por grupos foi substituído por relações mais individualizadas, formando a família *sindiásmica*, baseada na exclusividade da relação da mulher com um só homem: da união por pares à união de um só casal, com a particularidade de que só às mulheres era exigida a fidelidade, permanecendo o homem na poligamia. Já se nota uma redução do círculo em cujo seio prevalece a comunidade conjugal, a última unidade do

⁵² LEITE, E. de O. **Tratado de direito de família...**, p. 23-25.

⁵³ ENGELS, F. **A origem da família...**, p. 93.

grupo. A exclusão progressiva, primeiro dos parentes próximos, depois dos parentes distantes, por fim das pessoas vinculadas por alianças, torna impossível na prática qualquer matrimônio por grupos. A família sindiásmica, unindo pessoas sem qualquer vínculo parental, criava uma raça mental e moral mais vigorosa, conduzia à fixação do domicílio, desenvolvia as técnicas da economia doméstica e os meios relativos à proteção da vida. A união de um só casal é o prenúncio da família patriarcal, que se verá mais adiante.

É fácil divisar, que no longo período selvagem, em que predominava a mais absoluta promiscuidade sexual entre todos os homens e todas as mulheres que compunham a tribo, só existia notoriedade da maternidade, no qual a mãe era o centro e origem da família e o parentesco uma corporação de parentes uterinos, que a tese evolucionista denomina de *teoria matriarcal*. Posteriormente, quando se logra o casamento monogâmico estável, opera-se a passagem da família matriarcal à família patriarcal. Sustentam esta teoria, Johnn Jakob Bachofen, Lewis H. Morgan, Friedrich Engels e Johnn Fergusson Mac Lennan.⁵⁴

⁵⁴ Recomenda Eduardo de Oliveira LEITE (**Tratado de direito de família ...**, nota 2, p. 5), como fundamentais à compreensão da família, enquanto fenômeno histórico, sociológico e antropológico, os estudos destes autores: BACHOFEN (1861), *Das mutterrecht: Eine untersuchung uber die gynaikokratie der alten weltnach ihrer religiosen und rechtlichen natur* (Em tradução livre do autor: *Direito materno: uma investigação sobre a ginecocracia no mundo antigo, segundo sua natureza religiosa e de direito*); MAC LENNAN (1865), *Primitive marriage* (Em tradução livre do autor: *O matrimônio primitivo*); Lewis MORGAN (1871), *Ancient Society or research in the barbarism to civilization* (Em tradução livre do autor: *A sociedade primitiva ou investigação nas linhas do progresso humano desde a selvageria até a civilização através da barbárie*); Friedrich ENGELS (1884), *Der ursprung der familie, des privateigentums und des Staates* (Em tradução livre do autor: *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*); A. WESTERMARCK (1891), *The history of human marriage* (Em tradução livre do autor: *A história do casamento humano*); Claude LÉVI-STRAUSS (1947), *Les structures elementaires de la parenté* (Em tradução livre do autor: *As estruturas elementares do parentesco*).

A leitura de **Casa grande & senzala**, de Gilberto FREYRE (40. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000), é fundamental para conhecer mais sobre a família brasileira. Veja-se, ainda, **Dialética da família**, obra organizada por Massimo CANEVACCI (2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982), com apresentação à edição brasileira de Olgária C. F. Mattos, que reúne um conjunto de textos de Morgan, Engels, Tönnies, Freud, Malinovski, Marcuse, Lévi-Strauss, Adorno, Horkheimer, Habermas, Mitchell, dentre outros, que abrange desde os escritos clássicos sobre a família até seu novo perfil determinado pelo impacto das transformações sócio-econômicas auspiciadas pelo capital monopolista.

De seu turno, Johnn Fergusson Mac Lennan,⁵⁵ sucessor de Bachofen, sem o veio poético e fantasioso de seu predecessor mas com o vigor de um árido jurisconsulto, em 1865, também sustentou que a forma primitiva de convivência humana era representada pelas comunidades selvagens e sem domicílio, as que viviam em promiscuidade sexual. Reconhecendo o autor, que o casamento ora se dava entre homens e mulheres de grupos distintos e ora no seio do próprio grupo, chamando o primeiro de exógamo e o segundo de endógamo, logo estabeleceu uma antítese bem definida entre grupos exógamos e endógamos como base de sua teoria. De onde vem a exogamia, pergunta. Provavelmente do costume entre os selvagens de matar as crianças do sexo feminino logo após o nascimento, criando um excedente masculino, daí admitindo-se a posse simultânea de uma mulher por vários homens (poliandria). Por isto, só era conhecida e contada a descendência baseada no direito materno, reconhecendo como o primeiro sistema de parentesco, o consangüíneo uterino. A atenuação deste estágio residia na proibição das relações sexuais com pessoas de sexo diferente da mesma comunidade, depois com um grupo de homens designados, mais tarde com um grupo de irmãos, finalmente, evoluindo a família até sua organização atual fundada na monogamia: um só homem e uma só mulher sustentam relações sexuais exclusivas e destas derivam a prole, completando-se o núcleo familiar.

O trabalho do polonês Bronislaw Malinowski,⁵⁶ (1884-1942) inaugurando o funcionalismo, encaminha a família à qualidade de instituição fundamental, isolando-a do ambiente histórico. Para esta teoria, a família é explicada por meio de sua específica função no interior do sistema global de uma determinada cultura, sem estabelecer a causa das diferenças ou das unidades globais de forma histórica e comparada. Descreve, pormenorizadamente, suas instituições, costumes, crenças, técnicas e relações interpessoais e estas com o grupo, revelando acentuada curiosidade pelas excentricidades do homem primitivo, merecendo severas críticas de Claude

⁵⁵ J. F. Mac Lennan. Private marriage. *Apud* Eduardo de Oliveira LEITE (**Tratado de direito de família**..., *passim*).

⁵⁶ B. Malinowski. *Sex and repression in savage society*. *Apud* Eduardo de Oliveira LEITE (*op. cit.*, nota 3, p. 6).

Lévi-Strauss.⁵⁷

No decorrer do desenvolvimento dos estudos antropológicos surge, na década de 1940, uma nova escola após o funcionalismo: o estruturalismo, cujo mais famoso expoente foi Claude LÉVI-STRAUSS.⁵⁸ Opõe-se esta teoria ao funcionalismo, extremamente apegado ao imediatamente observável, e ao evolucionismo, que admitia estágios necessários de desenvolvimento da sociedade. Para seu mentor, é básica para a compreensão da sociedade a idéia de *estrutura*, que é uma construção teórica em conformidade com a realidade observada, capaz de dar sentido aos aspectos empíricos de uma sociedade e explicar todos os fatos observados. Não é, entretanto, empiricamente observável. Raciocinando por comparação, a estrutura corresponde ao esqueleto da sociedade, sua espinha dorsal que, mesmo invisível, é o elemento que sustenta as diversas partes de um corpo, pondo-as em relação umas com as outras. É a estrutura social que integra as diversas relações sociais e estabelece a sua conexão

Na teoria de Claude Lévi-Strauss, por trás das variações apresentadas pelas sociedades, existe um substrato comum a todas elas, que ele chama de *estrutura elementar*, composta por três relações básicas: consangüinidade, aliança e filiação, ou seja, as relações entre irmãos, entre casais e entre pais e filhos, unidos por laços legais, direitos e obrigações econômicas e religiosas e por uma rede precisa de direitos, limites e proibições sexuais. Esta estrutura elementar mantém-se presente em todas as sociedades por uma lei geral, a proibição do *incesto*, sendo a *exogamia* (enquanto regra inversa, positiva) sua expressão socialmente ampliada. Esta regra faz cessar a natureza, em seu estado soberano, por decisiva intervenção da cultura, ou seja, com a solução do enigma do incesto, a família expressa a passagem do fato natural da *consangüinidade* para o fato cultural da *afinidade*, o que se verá determinadamente na

⁵⁷ Proclamou este autor: "dizer que uma sociedade funciona é um truísmo banal, mas dizer que numa sociedade tudo funciona é simplesmente um absurdo." *Apud* Eduardo de Oliveira LEITE (*op. cit.*, p. 7).

⁵⁸ LÉVI-STRAUSS, C. Nascido em Bruxelas, estudou em Paris, lecionou na Universidade de São Paulo entre 1934-1937, quando estudou e escreveu sobre os índios bororós, visitou o Brasil, novamente, em 1985. De sua vasta produção intelectual, destacam-se: *Tristes trópicos*, *As estruturas elementares do parentesco*, *Antropologia estrutural*, *O pensamento selvagem* e *Mythologiques*.

família reconstituída (por exemplo, a relação padrasto-enteado, pai e filho afins); é a norma social que vem substituir o acaso pela organização. Nisto o ponto central de seu pensamento, a troca, ou a regra da reciprocidade que preside os intercâmbios humanos nas sociedades arcaicas.

A funcionalidade desta regra está em "que os dados fundamentais e imediatos da realidade social sejam dicotomias e oposições, alternâncias e dualidades, pois trocas e reciprocidades não podem existir sem eles"⁵⁹ resultam que, no nível do instinto sexual, o homem primitivo criou uma primeira tentativa de organização social, dividindo seus parentes em dois grupos: os que são suscetíveis de lhes fornecer um cônjuge e os que são proibidos como cônjuge possível. Impondo-se o homem a exogamia, decorrente da proibição do incesto,⁶⁰ que é explicada pelo autor como um caso particular da regra da reciprocidade (no momento em que me proíbo uma mulher ela se torna disponível para outro homem; quando um homem renuncia a uma mulher, ela se torna disponível a mim), a sociedade começou a se organizar. Contudo, a moderna teoria do estruturalista francês não demonstrou a transposição destas características da sociedade arcaica ao mundo civilizado, parecendo aplicável somente àquelas, cuja estrutura social não foi alterada pela presença da moeda e da economia de mercado.

Com grande dose de certeza as pesquisas antropológicas antes brevemente resenhadas não conduzem a resultados incontestáveis, ainda que contribuam decididamente à apreensão de dados e fenômenos à compreensão da exegese da família.

⁵⁹ C. Lévi-Strauss. Les structures élémentaires de la parenté. *Apud* Eduardo de Oliveira LEITE (**Tratado de direito de família**..., p. 8).

⁶⁰ Tradicionalmente, autores pretendem encontrar uma origem biológica à proibição do incesto, contribuindo para isto os graus de parentesco vedados para contrair matrimônio, uma maior proximidade biológica entre os contraentes. Para estes autores, a proibição do incesto encontra razões eugênicas, por exemplo: Guillermo A. BORDA (**Tratado de derecho civil**: família. 9. ed. Buenos Aires: Perrot, 1993, p. 91-92). Outros autores invocam também como razões da proibição do incesto, questões de ordem moral e ética, por exemplo: Roberto DE RUGGIERO (**Instituições de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, v. 2, p. 64-65).

1.2.2 A Família Patriarcal

Esta forma de família instala-se na passagem do matriarcado – fruto do matrimônio por grupos, característico das famílias consangüínea e punaluana -, à monogamia moderna, com a redução da comunidade de matrimônios à sua molécula biatômica: um só homem e uma só mulher. Assinala Friedrich ENGELS,⁶¹ que se novos elementos não tivessem impulsionado a ordem social, não teria havido razão para que da família sindiásmica surgisse outra forma de família. Porém, a domesticação dos animais, a criação do gado, a elaboração dos metais, a arte do tecido, criaram relações sociais inteiramente novas. Com isto constituíram-se riquezas, convertidas em propriedade particular das famílias, mais tarde aumentadas, desferindo duro golpe nas sociedades fundadas no matrimônio sindiásmico – ao lado da verdadeira mãe havia agora o verdadeiro pai - e na *gens* baseada no matriarcado.

Com a divisão do trabalho na família, cabia ao homem procurar os alimentos, cabendo-lhe a propriedade dos instrumentos necessários para isto, que, em caso de separação, levava-os consigo, mas seus filhos não herdavam nada disto enquanto a descendência só se contava pela linha materna. À medida em que as riquezas iam aumentando, dava-se ao homem mais importância que à mulher na família, florescendo nele a idéia de valer-se desta vantagem para modificar a lei da herança, em proveito de seus filhos. E se valeu, verdadeiramente, como diz Friedrich ENGELS: "Bastou decidir simplesmente que, de futuro, os descendentes de um membro masculino permaneceriam na *gens*, mas os descendentes de um membro feminino sairiam dela, passando a *gens* do pai", em uma revolução "das mais profundas que a humanidade já conheceu".⁶²

Com a abolição da filiação feminina e o direito hereditário materno, surge o patriarcado, uma organização de indivíduos, livres ou não, submetida ao poder paterno

⁶¹ ENGELS, F. **A origem da família** ..., p. 56-66.

⁶² *Ibidem*, p. 59-60.

de seu chefe, cujos traços essenciais estão refletidos na família romana.⁶³ O patriarcado vem determinar o parentesco, a hereditariedade, a posição e o nome das crianças de uma família a partir do tronco paterno. A mudança foi duplamente vantajosa para os filhos homens, ao mesmo tempo em que se lhes transmitia a herança, transmitia-se-lhes o cargo exercido pelo pai, assinalando Eduardo de Oliveira LEITE que, neste momento, surgia com toda intensidade o germe da noção de pátrio poder.⁶⁴

O homem assumiu, também, a direção da casa e a mulher viu-se convertida em servidora e instrumento de reprodução. Esta condição da mulher, que ainda resiste em diversas sociedades, tem sido gradualmente suavizada, mas ainda não inteiramente suprimida.

Deve-se aos estudos desenvolvidos por Máxím Kovalévski a idéia fundamental de que a comunidade familiar patriarcal assinala o estágio de transição entre a família de direito materno – fruto do matrimônio por grupos - e a monogamia moderna. Isto parece definitivamente provado, pelo menos quanto aos povos civilizados no mundo antigo, os árias e os semitas.⁶⁵

1.2.3 A Família Monogâmica

O marco inicial da família monogâmica está fincado na família sindiásmica,

⁶³ Segundo Lewis H. Morgan, foram estas mesmas razões que levaram a família romana a colocar-se sob a autoridade do pai (*patria potestas*). Gozando de um direito absoluto sobre a mulher, os filhos e seus descendentes, os escravos e os servos, o pai era o núcleo familiar e usufruía um direito exclusivo de propriedade e sobre tudo o que ela produzia. O *pater familias* era um patriarca, e a família que se encontrava sob autoridade era patriarcal. *Apud* Eduardo de Oliveira LEITE (**Tratado de direito de família** ..., p. 39).

⁶⁴ LEITE, E. de O. **Tratado de direito de família**..., p. 39. Sobre o pátrio poder, v. do AUTOR (**Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 27-45).

⁶⁵ M. Kovalévski. Tableau des origines et de l'évolution de la famille et de la propriété. *Apud* Eduardo de Oliveira LEITE (**Tratado de direito de família**..., p. 41).

da união por pares à união de um só casal, precisado por Lewis H. Morgan no período da barbárie, diferenciando-se desta pela maior solidez dos laços conjugais, que já não podem ser rompidos por vontade de qualquer das partes. Apenas o homem pode repudiar a mulher e somente a ele se concede o direito à infidelidade conjugal. Baseia-se no predomínio do homem, na subordinação da mulher e na sua total fidelidade, na procriação dos filhos cuja paternidade seja incontestada porque os filhos, conforme o direito hereditário estabelecido pela patrilinearidade, um dia entrarão na posse dos bens do pai.

Entre os gregos encontra-se, com toda sua intensidade, a família monogâmica. As mulheres, que em período anterior ocupavam posição de maior consideração, já se submetiam ao predomínio do homem e enfrentavam a concorrência das escravas, geralmente transformadas em concubinas. Cada herói, narra Homero, mantém cativa uma jovem que vive em sua tenda e com ele dorme em seu leito. Os filhos destas escravas recebem pequena parte da herança paterna e são considerados homens livres. Da mulher legítima exige-se que guarde a mais perfeita castidade antes do casamento e a mais completa e rigorosa fidelidade conjugal, por meio da reclusão, pois, para o homem, é a mãe de seus filhos. A presença de escravas que pertencem de corpo e alma ao homem ao lado da monogamia imprime, desde sua origem, um caráter específico a esta: monogamia, só para a mulher e não para o homem.

Em época mais recente, reconhece-se em Esparta um matrimônio sindiásmico conformato pelo Estado às concepções ali dominantes, guardando vestígios do casamento por grupos. O homem podia romper as uniões estéreis, vários irmãos podiam ter uma mulher comum, o homem que preferisse a mulher de um amigo podia compartilhá-la com ele tanto como era decente oferecer sua mulher a outro homem; havia uma liberdade de costumes muito grande. Diversamente se passava em Atenas. As mulheres eram cativas e só lidavam com outras mulheres. Habitavam aposento separado da casa e se retiravam quando chegava algum estranho. Não saíam senão acompanhadas de uma escrava, submetidas até dentro de casa à extrema vigilância. Só o homem praticava exercícios e participava de discussões públicas; costumava ter escravas e dispunha de uma prostituição extensa.

Assim era a monogamia entre os gregos, o povo mais culto e desenvolvido da antiguidade. Os casamentos, de modo algum, baseavam-se em condições naturais, como fruto do amor sexual individual, mas em condições econômicas, particularmente no triunfo da propriedade individual sobre a comunidade espontânea primitiva. O casamento baseia-se na posição social dos contraentes, sendo de mera conveniência; um contrato não firmado pelas partes interessadas. Proclamavam que os únicos objetivos da monogamia era a preponderância do homem sobre a mulher e a procriação, que lhes desse herdeiros. Afora isto o casamento era uma pesada carga, um dever para com os deuses, o Estado e os antepassados; um dever que estavam obrigados a cumprir. Não é, assim, a monogamia uma reconciliação entre o homem e a mulher, como forma mais elevada de matrimônio, antes, uma forma de escravização de um sexo pelo outro, assinala Friedrich ENGELS.⁶⁶

A mulher romana, ao contrário, era mais considerada, mas não menos subordinada ao homem que a mulher grega. O romano acreditava garantir a fidelidade da sua mulher pelo *ius vitae et necis* que tinha sobre ela, que podia repudiar o homem à sua exclusiva vontade, tal como o homem. Também excluída dos negócios públicos, todavia podia circular livremente na rua, no teatro, mesmo em companhia dos homens, criando uma falsa imagem de maior liberdade. Em qualquer das formas de casamento romano (*confarreatio*, *coemptio*, *usus*) a mulher era colocada sob a autoridade do marido *in manus maritalis*, desligando-se de sua família paterna para integrar totalmente a família do marido e submeter-se ao *pater* famílias dele, na situação jurídica de filha (*in loco filiae*). O casamento *sine manu*, pelo qual a mulher assume certa posição de igualdade ao lado do marido, só se tornou forma comum de casamento ao tempo do Império.

O privilégio concedido ao homem de exercitar o sexo fora de casa provoca o aparecimento de duas figuras sociais constantes e características, até então desconhecidas, o adultério feminino e o marido enganado, como revela Friedrich

⁶⁶ ENGELS, F. **A origem da família...**, p. 70.

ENGELS.⁶⁷ O adultério feminino é não só proibido, mas reprimido rigorosamente, porque estabelece a incerteza da filiação paterna. A certeza da paternidade só pode ser sustentada por um convencimento moral, por imposição da lei. Para resolver esta perturbadora situação, o código das leis burguesas elaborado por Napoleão, em 1.804, dispôs em seu art. 312 que *L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari* (O filho concebido durante o casamento tem por pai o marido). "É este o resultado final de três mil anos de monogamia."⁶⁸

Embora costumeiramente as famílias grega e romana são apresentadas como exemplos típicos desta fase, o maior progresso, contudo, no desenvolvimento da família monogâmica é dado pela família dos antigos germanos. Destacam-se do exemplo germano dois aspectos que constituem a base da monogamia: o fato de cada homem contentar-se com uma só mulher, exceção feita aos chefes de tribo, e o destar viver em castidade, gozar da mais elevada consideração e exercer grande influência, até mesmo nos assuntos públicos. A predominância masculina revestiu-se de formas mais suaves e, por isto, foi possível o amor sexual individual moderno, até então desconhecido no mundo. Esta última forma só começa a vigorar, efetivamente, na segunda metade do Século XX.

Impondo a monogamia uma ordem sexual na sociedade, é fácil observar os benefícios que daí advém à prole e ao grupo social. Pensa-se logo na presunção da paternidade dos filhos havidos pela mulher (*pater is est quem justae nuptiae demonstrant*), facilitando o exercício do poder familiar, nas funções educacionais e religiosas e nos cuidados aos mais velhos. As funções econômicas resultaram transcendentais para afirmação e proteção do grupo familiar, convertendo-se em unidade de produção, para prover suas necessidades e negociar. Porém, a partir do Século XVIII, com o surgimento do industrialismo, a produção se desenvolve fora da unidade familiar e se massifica, a propriedade imobiliária cede lugar aos valores

⁶⁷ Ironiza Friedrich ENGELS, se os homens haviam conseguido vencer as mulheres, foram elas que se encarregaram, generosamente, de coroar os vencedores. (*Op. cit.*, p. 72-73).

⁶⁸ *Ibidem*, p. 73.

mobiliários. A família perde o traço que a caracterizava como núcleo de produção, transformando-se em organização de consumo. Perdendo sua força econômica, circunscreve-se ao âmbito biológico e espiritual onde se desenvolvem os vínculos da solidariedade e assistência recíprocas.

A modo de resumo, a evolução cronológica da família experimentou três formas principais de matrimônios, consangüíneo, sindiásmico e monogâmico, correspondentes aos três estágios fundamentais da evolução da humanidade mesma. Ao estado selvagem corresponde o casamento consangüíneo, ou por grupos; ao estado da barbárie corresponde o casamento sindiásmico; à civilização corresponde a monogamia. Tendo atravessado diferentes formas, progredindo na medida em que progride a sociedade e se modificando na medida em que se modifica a sociedade, a família é evidente produto do sistema social e reflexo do estado de cultura deste sistema.

1.2.4 A Família e Parentesco Romanos

Retornando a Numa Denis FUSTEL DE COULANGES,⁶⁹ havia em cada casa um altar e em torno dele a família se reunia toda manhã para dirigir ao fogo doméstico suas primeiras orações e toda noite para invocá-lo pela ultima vez. Durante o dia, junto a ele era compartilhado o repasto. Fora de casa, mas muito próximo a ela, havia um túmulo; é a segunda morada da família, onde repousam várias gerações de ancestrais, que permanecem agrupados nesta segunda existência e continuam formando uma família indissolúvel.⁷⁰

⁶⁹ FUSTEL DE COULANGES, N. D. **A cidade antiga**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 1999, p. 39-40.

⁷⁰ A união indissolúvel do grupo familiar romano se manteria por longo período e o ser vivente era só um representante ocasional de um ser constante e imortal: a família.

Em certos dias, determinados pela religião doméstica, a parte viva da família reúne-se à parte morta da família para oferecer aos ancestrais ali depositados, a quem chamam de seus deuses, o repasto fúnebre e, em troca das oferendas, solicitar-lhes sua proteção.

Decorre disto, afirma o autor acima referido, que o que uniu a família foi a religião do fogo doméstico e dos ancestrais, antes que a geração, uma vez que a irmã não é dentro dela o que é o irmão e as filhas casadas e os filhos emancipados deixam de fazer parte dela. Nem se assenta na afeição, visto inexistir este sentimento; embora o pai amasse sua filha não lhe podia legar seus bens. Acreditar-se que tal fundamento se encontra no pátrio poder constitui grave equívoco, por colocar a força na origem do direito, sendo efeito e não causa constitutiva da família. Uma família era, então, um grupo de pessoas a quem a religião permitia invocar o mesmo fogo doméstico e oferecer o repasto fúnebre aos mesmos ancestrais; mais uma associação religiosa que natural. Seguramente, diz aquele mesmo autor, se não foi a religião que criou a família, foi ela que lhe deu suas regras. Precisa, então, Numa Denis FUSTEL DE COULANGES, que:

A família não recebeu suas leis da cidade. Se fosse a cidade que tivesse estabelecido o direito privado, é provável que o houvesse feito completamente diferente daquilo que estudamos até este ponto. Teria regulado o direito de propriedade e o direito de sucessão segundo outros princípios, pois não constituía seu interesse a terra ser inalienável e o patrimônio indivisível. A lei que permite ao pai vender e até matar seu filho, a lei que encontramos tanto na Grécia quanto em Roma, não foi concebida pela cidade. A cidade teria, antes, dito ao pai: "a vida de tua mulher e de teu filho não te pertencem mais tanto quanto não te diz respeito a liberdade deles; eu os protegerei, mesmo de ti; não é tu que os julgarás, que os matarás se falharem nos seus deveres: eu serei o único juiz deles". Se a cidade não discursa assim, é aparentemente porque não pode fazê-lo. O direito privado existia antes dela. Quando ela começou a escrever as leis achou tal direito já estabelecido, vivo, enraizado nos usos, forte devido ao apoio universal. Ela o aceitou, não podendo fazer de outra maneira e não ousou modificá-lo a não ser muito tempo depois. O antigo direito não é obra de um legislador – é, ao contrário, imposto ao legislador. Foi no seio da família que ele nasceu. Nasceu aí espontaneamente, sendo totalmente formado dos antigos princípios que a constituíram. Proveio das crenças religiosas universalmente admitidas na era primitiva desses povos que exerciam o domínio sobre as inteligências e as vontades.⁷¹

⁷¹ FUSTEL DE COULANGES, *op. cit.*, p. 75.

Nesta família, independente de todo poder superior e na conformidade de seus deuses domésticos, a mulher só era considerada como um membro seu, quando a cerimônia do casamento a tivesse iniciado no culto doméstico, já que a geração se passava de varão a varão; o filho não será mais considerado se renunciar ao culto como não receberá a herança o legatário que não adotar o culto da família; o adotado, ao contrário, será um verdadeiro filho porque, sem ter o vínculo de sangue, dispõe de algo melhor, a comunhão do culto. Daí que os integrantes da antiga família romana não tinham entre si necessariamente um vínculo de sangue. Nesta ordem, o parentesco é regulado não segundo a geração, mas segundo a participação no culto doméstico e o caráter de família surgia da invocação do mesmo lar e das oferendas aos mesmos antepassados.

Quem unificava sob sua *auctoritas* todos os membros da família era o *pater familias* – exercido exclusivamente pelo varão –, que desfrutava em relação a eles de amplos poderes, tanto na ordem pessoal como na patrimonial. O poder do *pater* em Roma – coluna vertebral da família patriarcal – era a um só tempo o de um sacerdote e de um legislador (a lei era consequência necessária e direta da crença e ambas formavam uma só coisa: *jurisprudentia est rerum divinarum atque humanorum notitia*), de um juiz e de um senhorio da vida e das fazendas dos que integravam o culto doméstico, exercido de forma absoluta, sem limites e de duração prolongada, sem exemplo em outros povos.⁷²

Todos os componentes do grupo familiar estavam unidos pelo vínculo da *agnatio*, ou parentesco civil, eis que, nos primeiros tempos, irrelevante era o vínculo

⁷² Gaio (I, 55) afirma que, com semelhantes características, o pátrio poder - instituto genuíno e próprio do *civis romanis* - só existia entre os gálatas. V. a respeito, Jose ARIAS (**Manual de derecho romano**. 2. ed. Buenos Aires: Kraeft, 1949, p. 191); Mário Curtis GIORDANI (**Código civil à luz do direito romano: direito de família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996, p. 252); Cláudio DE CICCIO, apresenta uma visão histórica e sociológica do pátrio poder, suas origens e evolução, não só através da história do direito em geral, mas também da história do direito brasileiro. Trata-se de um estudo cronológico e também sob o ângulo das estruturas socioeconômicas e culturais, que condicionam suas alterações a partir da tradição romanista. (**Direito: tradição e modernidade**. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993). Ainda sobre o pátrio poder, ver por todos a clássica obra de José Virgílio Castelo Branco ROCHA (**O pátrio poder**. 2. ed. São Paulo: Universitária, 1978).

de sangue, a *cognatio*. Este só adquiriu relevância a partir de Constantino (306-337 dC), devido à influência da Igreja Católica, que debilitou a velha religião doméstica, tendo havido completa reformulação com Justiniano (527-565 dC), quando desapareceu a *agnatio* e a voz do sangue falou mais alto, restando suficiente para estabelecer o parentesco a *cognatio*, absolutamente independente das regras até então vigentes. Começa a ter um papel predominante o fato mesmo do nascimento independente da participação ou não nos ritos religiosos.

Este antigo direito não se manteve inalterado, pois não faz parte da natureza do direito ser absoluto e imutável. Logo a *gens* entra em confronto com um grupamento social maior, a *cidade*. Aos meados do Século V, cessam as regras da indivisão da propriedade e o direito da primogenitura, favorecendo a quebra da família ao permitir sua separação em diferentes ramos, cada um com uma parte da propriedade, seu domicílio, seus interesses próprios, sua independência. Nesta nova família, o *pater famílias* vai perdendo seus amplíssimos poderes, debilitados pela transferência de suas funções a outros entes, que transcendem à própria família. Este processo de transformação da família romana conclui-se na Idade Média, com a perda da soberania sobre o território que o grupo familiar ocupava e, de consequência, de seus atributos políticos e econômicos.

1.2.5 As Famílias Moderna e Pós-Moderna

Observa Roberto de RUGGIERO, que "Já no próprio direito romano as transformações foram profundas e variadas: a família do direito Justiniano não era a do direito clássico, mas a sua negação e destruição."⁷³ A família, agora, só reconhece o vínculo cognatício, que liga os parentes de sangue, encontra o ocaso do autoritarismo,

⁷³ RUGGIERO, R. de. *Instituições...*, p. 4.

deixa de ter funções políticas e é mais humana.

Muito embora, neste período, não se lograssem grandes estímulos da organização estatal para imprimir transformações na família, estas transformações se realizaram por força da cultura sob influência da doutrina da Igreja Católica, não só por meio de suas encíclicas, mas também dos temas conciliares tratados em um de seus maiores encontros, o Concílio de Trento (1545 e 1563), que sedimentou a idéia da família monogâmica e da absoluta igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, difundiu a consciência do amor, do respeito mútuo e da responsabilidade de cada um dos membros da família para com o outro.

A doutrina da Igreja parecia definitiva, milenarmente construída. Porém, no curso da revolução francesa e sob a influência da Escola do Direito Natural, mais preocupada em estudar as necessidades do homem do que a lei de Cristo, negou-se o caráter religioso do casamento e se pugnou pelo enfraquecimento da autoridade paterna, para submetê-lo a um regime liberal e igualitário. Há uma tendência individualista e laica, que domina e marca a última fase da Idade Média, numa prova evidente do surgimento de um mundo novo e o desaparecimento de uma época não mais passível de aceitação. Todo o movimento especulativo do Século XVIII é um movimento a favor da liberdade: o homem é livre por natureza, declaram os grandes pensadores do século (Rousseau, Hobbes, Spinoza). Enquanto o *ancien régime* negava esta liberdade, a Revolução, fazendo reconhecer um direito individual, conduz o indivíduo ao reconhecimento da liberdade individual. Estas idéias, básicas e simples, da igualdade e da liberdade individual, repercutiram inexoravelmente na estrutura e nos padrões da família do futuro; vai-se da família-tronco, que agrupa todos que descendem de um ancestral comum, à família-nuclear, constituída por um grupo familiar mais restrito, reunindo marido, mulher e filho ou filhos.⁷⁴

⁷⁴ Lembra Eduardo de Oliveira LEITE, que "No 'Contrato Social', Rousseau deixa clara a idéia desta nova família, 'a mais antiga de todas as sociedades', 'a única natural' e que só se mantém ligada enquanto 'os filhos precisam (dos pais) para subsistir. Os filhos isentos da obediência que deviam ao pai, os pais isentos dos cuidados que deviam aos filhos, recobrem todos igualmente a independência'. E, na medida que os membros da família rousseauiana são independentes, são

Entretanto, a concepção doutrinária do casamento canônico perdura do século I ao século XVI, cuja influência não se exaure cirurgicamente com o seu fim, mas se projeta nas principais normas de direito matrimonial pela legislação civil superveniente.⁷⁵ Tanto que em todo o período que medeia entre este século e o Século XX o casamento é caracterizado pela regulamentação simultânea da Igreja e do Estado. A secularização do casamento, considerado como um contrato civil, foi inaugurada pela Constituição francesa de 3 de setembro de 1791. No Brasil, o Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, reconhece unicamente o casamento civil e somente na metade do século XX, pela Lei 1.110, de 23 de maio de 1950, confere efeitos civis ao casamento religioso.

Os novos intentos culturais e os novos ideais de vida, em parte, foram acolhidos no Código de Napoleão (1804), que, ao lado do casamento contratual civil, admite o divórcio, assinalando uma radical reforma na história da legislação familiar. O legislador do *Code Civil*, claramente, inspirou-se nas regras do direito canônico; assim, o modelo era canônico, mas o espírito era diametralmente diverso, na opinião unânime dos juristas, o que explica o caráter tardio do direito de família. A propósito disto, discorre Luis DIEZ-PICAZO,⁷⁶ que o direito de família da codificação civil francesa, estava já, em seu momento inicial, "envejecido", e a nota que o caracterizava era sua "abstracción", da família e dos membros da família. Diz este mesmo autor, que "Há um homem jurídico que é um *pater familias* desprovido por completo de laços afetivos. [...] Ocorre assim provavelmente porque juridicamente o afeto não tem estado

iguais." A idéia de Rousseau, diz Eduardo de Oliveira LEITE, "rompe brutalmente com a idéia tradicionalmente mantida da hierarquia familiar" e "contesta qualquer possibilidade de obrigatoriedade na manutenção do vínculo familiar", o que vem ser decisivo "na criação da família moderna da legitimidade de um vínculo que retira, da espontaneidade e do afeto, as razões de ser de sua existência." (**Tratado de direito de família**..., p. 293).

⁷⁵ Afirma Orlando GOMES, que "o instituto do casamento, em sua função e finalidades, é influenciado, ainda, vigorosamente, pela concepção canônica". São de origem canônica muitas das disposições legais consagradas nos códigos: formalidades preliminares, impedimentos matrimoniais, invalidade do casamento. (**Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 67).

⁷⁶ (No original: "*Hay un homo jurídicus que es un pater familias desprovido por completo de lazos afectivos. [...] Ocorre así probablemente porque juridicamente el afecto no ha estado en la base de las relaciones familiares*".) DIEZ-PICAZO, L. **Familia y derecho**. Madrid: Civitas, 1984, p. 6.

na base das relações familiares". Por isto, a família não recepcionou logo, na fase primeira do individualismo – a razão humana era a única forma de conceber o mundo e suficiente ao sujeito para controlar seu próprio destino -, os valores da modernidade, nem produziu o descrédito do homem nas instituições anciãs, próprio da pós-modernidade. Ao contrário, preservou uma ordem cultural disciplinar e autoritária com uma organização hierarquizada.

Já na modernidade difunde-se a idéia de valorar os direitos da intimidade e da privacidade. Sua incindível conexão com a dignidade humana estimou que estes deveriam ser os últimos dos atributos da pessoa humana a necessitar de limitações, desta sorte consumando uma mudança do enfoque que da família se tinha até então, abandonando-se as concepções abstratas e estéreis que impediam o livre desenvolvimento da pessoa. Impunha-se descerrar o véu do núcleo familiar para desvendar em cada caso se se verificava efetivamente um vínculo de amor e autêntica solidariedade entre seus integrantes.

Na época moderna, um tipo de família adquire relevância: a família nuclear ou conjugal, composta pelos pais e seus filhos, cuja importância por ela alcançada é consequência da ideologia do indivíduo privado, isolado e autosuficiente. Nesta família, onde as tarefas produtivas agora são separadas do lar, é proeminente a divisão dos papéis do casal matrimonial. À mulher cabe a organização do consumo, os serviços domésticos e a atenção aos filhos. Ao homem cabe desempenhar as tarefas remuneradas fora do lar, como o único responsável pelo sustento econômico da família. De qualquer modo, a divisão sexual do trabalho, garantia uma dependência recíproca entre o casal, revelando, entretanto, uma indisfarçável relação de autoridade, em que o sujeito passivo era a mulher. Mais pertinente seria referir a uma divisão sexual do poder, porque a família nuclear se baseou em um modo particular de distribuição de poder: um *externo*, dos homens; outro *interno*, doméstico, das mulheres.

Esta estrutura familiar teve correspondente marco legislativo em nosso país. Veemente exemplo é o antigo art. 6º do Código Civil de 1916, anterior à redação que

lhe deu a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, conhecida como o Estatuto da Mulher Casada,⁷⁷ que tornava a mulher casada pessoa relativamente incapaz para certos atos da vida civil. Mesmo depois desta lei, remanesceram ao homem certas potestades, que lhe garantiam o predomínio familiar, como, dentre outras, a chefia e a representação da família, a administração dos bens comuns, o direito de fixar o domicílio. A mulher assume a condição de colaboradora do marido nos encargos da família, competindo-lhe velar pela direção material e moral dela. Tal organização jurídica familiar perdurou até 1988, ano da promulgação da nova Constituição Federal, que produziu mudanças de extrema oposição ao modelo precedente, denotando uma ruptura com a sociedade disciplinaria e coercitiva até então vigente. Estabeleceu a igualdade entre os cônjuges e entre os filhos de qualquer natureza, reconheceu como entidade familiar a união estável e a família monoparental e objetivou os critérios à dissolução do vínculo matrimonial.

Muitos dos valores que sustentaram a era moderna se esgotam ou se debilitam a partir da segunda metade do século XX, marcado por uma crise⁷⁸ geral da civilização, gerando um grande descontentamento e que atingiram o seu ponto máximo em três grandes conflitos, como observa Eduardo de Oliveira LEITE, dois de caráter bélico – as grandes guerras de 1914-1918 e 1939-1945 – e um de natureza ideológica – a revolução jovem da década de 1960,⁷⁹ provocando não só uma mudança de estilo, mas um profundo corte de natureza mais fundamental.

⁷⁷ Sobre as transformações jurídicas e sociais ao longo dos séculos e seus reflexos na ascensão social da mulher, na luta pela igualdade jurídica dos sexos, ver Orlando SOARES (**A evolução do status jurídico-social da mulher**. Rio de Janeiro: Rio, 1978).

⁷⁸ Sobre a crise da família, a Editora Paz e Terra reuniu em um volume (29, Série Ecumenismo e Humanismo) as palestras e as intervenções realizadas em um seminário organizado pelo Instituto Antonio Gramsci, em Roma, nos dias 14 e 15 de maio de 1964, pontuando dois temas de atualidade: *A crise da família e O futuro das relações entre os sexos*.

⁷⁹ (LEITE, E. de O. **Tratado de direito de família...**, p. 322). A revolta estudantil de maio de 1968, em Paris, Berlin ou Berkeley, como em todas as partes do globo, inclusive no Brasil (lutando contra a reforma universitária ou contra o golpe militar de 1964), não se limitava à mera contestação política, antes uma contestação cultural, revelando que os movimentos sociais desta década, libertários e libertadores, são porta-vozes de exigência de Felicidade e Liberdade, e que esta é única e indivisível, cf. Olgária C. F. Matos, *apud* LEITE, *op. cit.*, p. 334-335, nota 683).

A revolução dos jovens dos anos 60, travada nos campos da sexualidade e das idéias, por uma nova concepção de vida, contrária a convenções e urdida na veracidade dos sentimentos, contra o que consideraram a ortodoxia monotamente política, social e sexual de seus pais, permitiu ingressar em organizações mais flexíveis e abertas, depondo definitivamente a organização e os valores até então atribuídos à família e ao casamento. A desregulamentação de marcos estritos e o afrouxamento dos mecanismos de controle anunciam o fim da estrutura hierarquizada da sociedade. Repudiam-se as estruturas uniformes. Apagam-se as oposições rígidas, liberam-se os costumes, coexistem os contrários, prevalece a inclusão sobre a exclusão, negam-se as ideologias dominantes. Ressalta como valor essencial a realização pessoal, generalizando-se o processo de personalização do sujeito. O pós-modernismo aparece como a democratização do hedonismo.⁸⁰

Estas transformações relacionais esquematizaram os traços marcantes de uma nova família. A pós-modernidade fez cair em crise a família nuclear, verifica-se um aumento do número de divórcios e das uniões livres. Esta família, tipicamente patriarcal, tende a se manter invulnerável até fins do século XX. A segunda metade deste século, porém, verá triunfar sobre o modelo hierárquico o modelo associativo, de nítido corte igualitário. Não há mais a indiscutida supremacia do marido-pai, uma atividade puramente doméstica da esposa-mãe nem uma absoluta submissão dos filhos, que passam a ter maior participação na tomada das decisões familiares. Ao mesmo tempo em que o homem perde a primazia na divisão do produto social, a mulher emerge da reclusão do labor doméstico e alcança posições privilegiadas na vida profissional e intelectual. Como resultado, pulverizam-se na família nuclear as funções estereotipadas, a ordem preestabelecida experimenta uma justaposição das funções e o homem tem maior participação na esfera doméstica. Expande-se a idéia de que ao direito não compete intervir para atribuir funções, direitos e deveres a um gênero determinado, como faziam os artigos 233-239 e 240-255 do antigo Código Civil. Torna-se ilícito distribuir na lei regras particulares a cada um do casal, nem

⁸⁰ Filosofia que faz do prazer o fim último da vida.

aplicá-la de modo a discriminar um deles.⁸¹ A tudo isto veio corresponder o art. 226, § 5º da Constituição Federal: *Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.*

Não só, pois ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, III, como princípio fundante da República e nuclear a todo ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República especializou-o a todas as relações familiares, espalhadas entre os seus arts. 226 e 230. Nasce uma nova família, que continua sendo imprescindível como célula base da sociedade, mas que se funda em valores e princípios diversos daqueles do modelo liberal. Rompendo com o modelo da família fundada exclusivamente no casamento, inscreveu ao lado desta, com o mesmo *status*, a união livre e a monoparentalidade, todas igualmente entidades familiares. A família passa a ser sujeito de deveres e instrumento de realização existencial de seus membros. Desta sorte, o legislador constituinte de 1988 forneceu material instigante para a renovação da família, com a conseqüente superação do paradigma da família patriarcal,⁸² fundada na igualdade e na dignidade da pessoa de seus integrantes, em regime de co-gestão e não-discriminatória, eudemonista, pois já não é mais o patrimônio seu valor fundamental. Na contemporaneidade os novos arranjos familiares, independentemente da diversidade de sua gênese, cumprem a função que a sociedade destina à família, transmissão da cultura e integral formação de sujeitos.

Nestes tempos atuais, a família identifica-se por uma característica peculiar, a

⁸¹ Anota Paulo Luiz Netto Lôbo, que a materialização da igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher, nas relações conjugais e de união estável, apresenta-se sob dupla dimensão: igualdade de todos *perante a lei* e igualdade de todos *na lei*. Nesta dupla dimensão, diz este autor, o princípio da igualdade não apenas se revela como diretiva essencial da aplicação do direito mas igualmente da produção do direito. O aplicador não pode interpretar a lei de modo a gerar desigualdades entre os potenciais titulares dos direitos por ela assegurados, como não pode a lei criar direitos desiguais para os titulares segundo distinções que a Constituição (arts. 3º, IV e 5º *caput*) veda, a saber, em virtude do sexo, da crença, da origem, da raça, da cor. (Igualdade conjugal: direitos e deveres. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 221-236).

⁸² Sobre o fim do patriarcalismo, movimentos sociais, família e sexualidade na era da informação, ver Manuel CASTELLS (**A era da informação: economia, sociedade e cultura**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, [s.d.]. v. 2: o poder da identidade, p. 169-285).

maximização do afeto, pela perda de sua função política, que emergia da família patriarcal, marcante no Brasil Colônia e até nos albores do Século XX.⁸³ Desaparecendo suas funções políticas, religiosas e econômicas, para as quais era indispensável a origem biológica, relativizou esta função e recuperou a de ser um grupo unido por desejos e laços de afetividade, exaltando a excelência dos seus efeitos, a plena comunhão de vida. Base da sociedade, titular de uma tutela jurídica especial, funda-se na liberdade de constituição, convivência e dissolução, na igualdade de direitos e obrigações entre o casal e os filhos, biológicos ou não, e no respeito a seus direitos fundamentais como sujeitos em formação, despatrimonializando-se. A este fenômeno, Paulo Luiz Netto LÔBO batizou de repersonalização das relações familiares.⁸⁴ É a vitória da pessoa humana sobre as mais diversas formas de exclusão.

Sobressai na pós-modernidade o princípio da dignidade da pessoa humana,⁸⁵ fundante da organização política e social do país e também da família (CF, arts. 1º, III e 226, § 7º), à garantia do pleno desenvolvimento das pessoas que integram a comunidade familiar. Também o da liberdade, presente na de escolha da forma constitutiva, de continuidade e de dissolução da família, sem experimentar influências externas, seja de parentes, da sociedade ou do Estado enquanto legislador, ao livre planejamento familiar, à livre aquisição e administração do patrimônio, à definição dos valores morais, culturais e religiosos dos filhos e dos modelos educacionais destes. Ainda, o da igualdade, formal e material, à parificação dos direitos e deveres entre o casal e os filhos, com a expurgação da hierarquia e o sepultamento do patriarcado.

O direito civil como um todo e nele o de família e esta, em particular, sob a

⁸³ Sobre este marcante traço da formação do homem brasileiro, consultar as obras clássicas de Gilberto FREYRE (*Casa grande & senzala ...*) e de Darcy RIBEIRO (*O povo brasileiro*. São Paulo: Cia. das Letras, 1995).

⁸⁴ LÔBO, P. L. N. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.) *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 53-81.

⁸⁵ Para Carlos Alberto GHERSI são os chamados direitos de terceira geração, como resposta dos juristas às agressões sem limites ao ser humano, assegurando-lhe um mínimo direito à vida, à intimidade, à igualdade, à liberdade, à integridade: os direitos personalíssimos. (*Manual de posmodernidad jurídica y tercera via*. Buenos Aires: Gowa, 2001, p. 55-56).

inspiração destes princípios, não são mais os mesmos que foram legados pelo individualismo jurídico e pela ideologia liberal oitocentista,⁸⁶ confirmando a lição de Michelle PERROT de que "A história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas.",⁸⁷ o que corresponde revisitá-la a cada alça de sua sinuosidade. Estes princípios transformaram os paradigmas precedentes e neles encontra-se o fundamento de validade jurídica de todas as relações civis, que da Constituição Federal devem ser extraídos.⁸⁸

Neste contexto, é importante compreender as transformações havidas nas funções exercidas pela família na sociedade contemporânea.

1.3 A TRANSFORMAÇÃO DAS FUNÇÕES. O ESPAÇO PÚBLICO E O ESPAÇO PRIVADO

Na *grande família* as funções eram instrumentais: econômicas, enquanto unidade de produção de bens; religiosas, pela prática e transmissão do culto doméstico; políticas, como centro do poder. Na *família nuclear*, instituída pelo sangue e pelo parentesco, operada nos séculos XIX e XX, estas funções, eminentemente

⁸⁶ Sob a ótica de Cláudio DE CICCIO, o Código Civil brasileiro foi inteiramente influenciado pelo liberalismo-individualístico reinante à época de sua edição. (**Direito: tradição e modernidade** ..., p. 137-140).

⁸⁷ PERROT, M. O nó e o ninho. **Revista Veja 25 anos: Reflexões para o futuro**, São Paulo, p. 75, 1993.

⁸⁸ Sobre a constitucionalização do direito civil na doutrina brasileira, consultar: Gustavo TEPEDINO (Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1-22); Maria Celina Bodin de Moraes TEPEDINO (A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, a. 17, v. 65, p. 21 e ss., jul./set. 1993); Francisco AMARAL (Direito constitucional: a eficácia do Código Civil brasileiro após a Constituição Federal de 1988. In: **Repensando o Direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 309-323 (Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família). Na doutrina estrangeira, Pietro PERLINGIERI (**Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997); Joaquín Arce y FLÓREZ-VALDÉS (**El derecho civil constitucional**. Madrid: Civitas, 1991).

privadas, foram sendo transferidas para entidades externas ao grupo familiar: as econômicas, para as fábricas e empresas, as religiosas para os templos de diversas religiões e as políticas para o Estado.⁸⁹ Como instituição, cumpria excelentemente a finalidade de conservação e transmissão do patrimônio e o casamento⁹⁰ era um mecanismo de alianças, subordinando os interesses de seus integrantes ao interesse social pelas tarefas que cumpriam na família. Esta era uma entidade mediadora entre o indivíduo e a sociedade na qual aquele não obtinha uma identidade própria, mas a do *status* que a família ocupava na escala social.

Assim, nesta sociedade, o casamento não era o lugar do amor entre os cônjuges, senão o da procriação de gerações, nem os sentimentos estavam na base do sistema familiar. No sistema social mais moderno, que não se sustenta em uma pirâmide social legitimadora da base da família, é privilegiada uma ordem privada fundada na livre escolha e no amor, que legitimam as uniões. O casamento perde sua destinação transpessoal em favor da realização íntima do casal, concedendo a seus integrantes um espaço à liberdade e realização pessoais. Se na família moderna o essencial é manter a estabilidade do grupo, na família contemporânea observa-se uma forte tendência na satisfação dos interesses próprios e particulares de cada um de seus membros, como consequência de uma economia de mercado, baseada na busca do próprio interesse e benefício. Não é mais o indivíduo que existe para a família e o casamento, mas sim a família e o casamento que existem para o desenvolvimento pessoal do indivíduo, em busca de sua aspiração à felicidade.⁹¹ Pode-se repetir com

⁸⁹ Precisa João Batista VILLELA, que "Na literatura de língua alemã fala-se de *Funktionsverlust* e *Funktionsentlastung*, isto é, respectivamente *perda* e *liberação* de função, termos que acentuam a transferência de atribuições da família a outras instituições sociais, como o Estado, a Igreja, a escola e a empresa." (**Liberdade e família** ... , p. 12). A propósito, Philippe ARIÈS (**História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981).

⁹⁰ Sobre "A institucionalização do casamento", Diogo Leite de CAMPOS (A invenção do direito matrimonial. Separata de: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. 62, 1995).

⁹¹ A. Michel. Modèles sociologiques de la famille das les sociétés contemporaines, *apud* Luiz Edson FACHIN (Da função pública ao espaço privado: aspectos da "privatização" da família no projeto do "Estado mínimo". In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho *et al.* **Direito e neoliberalismo**. Elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: Edibej, 1996. p. 41).

João Baptista VILLELA, que o casamento foi "de certa maneira reinventado".⁹²

E, para isto, o indivíduo deve ser livre e singular, necessariamente autônomo para seu crescimento pessoal.

Nesta evolução, a família se democratiza pela instauração do princípio da igualdade entre os cônjuges, cabendo-lhes os mesmos direitos e os mesmos deveres pessoais, patrimoniais e em relação aos filhos. É de livre e exclusiva decisão do casal a organização de sua vida íntima, o planejamento familiar e a dissolução do vínculo matrimonial (CF, art. 226, §§ 6º e 7º), sem que a lei ou a justiça possam interferir neste espaço. Por isto o legislador de 2002 fez inscrever no novo Código Civil norma que veda a interferência de terceiros nesta comunhão de vida (art. 1.513).⁹³ Porém, quando estas ações, eminentemente privadas, são desfuncionalizadas pela família, afetando ou colocando em risco os adultos e os filhos, o público intervém para regular os efeitos sociais desta liberdade do espaço privado. A absoluta igualdade dos cônjuges no governo da família, ausente uma instância decisória endofamiliar acentua os riscos de uma crescente ingerência do Estado, adverte João Baptista VILLELA.⁹⁴

Já em fevereiro de 1988, na ante-sala do direito contemporâneo, Sérgio Gischkow PEREIRA, revelara a mesma preocupação ao observar multiplicar-se a atuação do Estado sobre a família e adverte cautela em sua mirada. Diz o autor:

⁹² VILLELA, J. B. La contrainte comme forme de violence dans l'organisations juridique de la famille, do autor, *in* (Liberdade e família. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, 13, 1980). Regularmente acusada no Século XX de ser uma instituição repressiva para seus membros e condenada ao desaparecimento, nas décadas de 60 e 70, a família soube adaptar-se para atender as novas aspirações dos indivíduos a ponto de se tornar o ambiente privilegiado de solidariedade interpessoal e de realização de si mesmo. A família foi reinventada como um espaço de referência para a construção da identidade íntima, onde cada um sente-se como uma pessoa original.

⁹³ Não obstante a justeza da norma, Euclides de OLIVEIRA e Giselda Maria Fernandes HIRONAKA, entendem-na desnecessária "diante de todo o conjunto de regras atinentes ao casamento e seus efeitos jurídicos com relação às partes, dando inteira segurança ao ente familiar. Por outro lado, se o preceito fosse necessário, então não poderia se restringir às pessoas de direito público ou privado, mas a todas as pessoas, sejam naturais ou jurídicas, sem tal incompreensível limitação". (Do casamento. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha [coord.]. **Direito de família e o novo Código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 11-12)

⁹⁴ VILLELA, J. B. **Liberdade e família** ..., p. 28.

O papel estatal surge na manutenção de creches, no crescimento da Previdência Social (auxílio-natalidade, auxílio-doença, salário-família etc.), no sistema de pensões, nas atividades de lazer organizado, no aumento da ingerência e poderes dos juízes sobre o grupo familiar, além de outras modalidades.

A tendência, p. ex., de igualdade entre os cônjuges atribuirá ao juiz função relevantíssima e intensa perante a família, pois o transformará no árbitro permanente das dissensões entre os casais.

O agir do Estado pode produzir benefícios à família, protegendo-a, amparando-a, ajudando-a em suas funções primárias, mantendo seu equilíbrio, trazendo-lhe meios de melhor alimentar e educar os filhos, e assim por adiante. Porém, se recomendamos precaução nesta tendência é porque a penetração e força do Estado não podem ser de molde a alienar as responsabilidades dos componentes da família, tolher-lhes liberdades básicas, coisificá-los ou robotizá-los, pondo em risco, por esta via, o próprio poder originário do povo. A população e a família precisam controlar e fiscalizar o Estado na proporção em que este amplia poderes e área de atuação. Comparativamente, nos países do Terceiro Mundo a ação do Estado pode ser decisiva na quebra de estruturas perpetuadoras da miséria, da fome, da desnutrição e do retardamento físico e mental do povo, sem que, com isto, este mesmo povo abdique de sua soberania e capacidade de reação sobre a cúpula.⁹⁵

Nesta mesma linha de pensamento, mas já no interior do Estado Democrático de Direito, manifesta-se João Baptista VILLELA: "As mudanças operadas nas estruturas familiares fragilizou-as de tal modo, como preço por torná-las aptas à realização íntima do grupo, que, a bem dizer, atualmente, ou o casal encontra sua verdade-comum no dia-a-dia da existência, ou se dissolve. Do que se conclui serem largos e perigosos os novos caminhos que a liberdade propõe".⁹⁶

O modelo de família atual, fundado na livre eleição do casal, no amor e no afeto, denota uma fragilização dos vínculos conjugais, pois, quando se instala o desamor, diminui a comunicação e desaparece o afeto, fracassam os projetos biográficos comuns e desmoronam as ilusões, mais facilmente chega o divórcio através de fórmulas cada vez mais e mais facilitadoras introduzidas pelo Estado-legislador. Este mesmo Estado, por outro lado, fortalece a solidariedade intrafamiliar mediante a afirmação constitucional da co-responsabilidade parental,⁹⁷ da proteção

⁹⁵ PEREIRA, S. G. **Tendências modernas do direito de família** ..., p. 30.

⁹⁶ VILLELA, J. B. **Liberdade e família** ..., p. 28.

⁹⁷ GRISARD FILHO, W. **Guarda compartilhada**..., p. 130-164.

integral ao menor.

Na organização do espaço íntimo é necessário considerar que os diferentes tipos de família presentes no momento histórico atual - a dimensão plural⁹⁸ da família é reconhecida por nossa Constituição Federal, no art. 226, §§ 3º e 4º - podem constituir seqüências do ciclo vital familiar de uma mesma pessoa, pois, como qualquer sistema vivo, a família também atravessa uma série de mudanças e adaptações. Uma mulher casada com filho que se divorcia e logo se casa novamente experimentou numa primeira fase de seu ciclo vital familiar uma família nuclear, depois, numa segunda, uma família monoparental e, mais tarde, numa terceira instância, uma família reconstituída. Se, desafortunadamente, este seu marido falece, volta à monoparentalidade. A esta trajetória Marie Thérèse MEULDERS-KLEIN denomina *chaîne complexe des transitions familiales*,⁹⁹ que expressa a dinamicidade e a longitudinalidade da família. Portanto, é extremamente problemático situar os lindes precisos e recíprocos do campo autoregulativo da família à ação do Estado, quer pela heterogeneidade de suas fontes, formais ou informais, quer por submeter-se permanentemente a pressões éticas, culturais, religiosas, políticas e econômicas.

A questão ganha relevo quando Pietro PERLINGIERI anota que "A própria distinção entre direito público e direito privado está em crise." E, sentencia: "Se, porém, em uma sociedade onde é precisa a distinção entre liberdade do particular e autoridade do Estado, é possível distinguir a esfera do interesse dos particulares daquela do interesse público, em uma sociedade como a atual, torna-se difícil individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente,

⁹⁸ Sobre o pluralismo do direito de família, Rui Geraldo Camargo VIANA (A família. In: ____; NERY, Rosa Maria de Andrade org.]. **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2000, p. 17-51). Discorrendo sobre as famílias do futuro, Alvin TOFFLER, após registrar a passagem da família pela da Primeira Onda, a família expandida, pela da Segunda Onda, que distribuiu os papéis de ganhador do pão, dona-de-casa e filho e os viu estremecer, chega à da Terceira Onda, baseada numa diversidade de formas de família e papéis individuais mais variados, abrindo novas opções pessoais. E brinda: "A civilização da Terceira Onda não tentará enfiar todo mundo, por bem ou por mal, numa única forma de família." (**A terceira onda** ..., p. 227).

⁹⁹ (Tradução livre do autor: "cadeia complexa de transições familiares".) MEULDERS-KLEIN, M. T. Les recompositions familiales et le droit au temps du démarriage. In: ____; THÉRY,

isolado do interesse dito público".¹⁰⁰

A indefinição das fronteiras entre o público e o privado estabelece verdadeiro paradoxo quando se verifica a tendência atual que aponta, por um lado, para privatização da união conjugal e, por outro, para a publicização das funções educativas. Também quando se constata por uma parte uma aparente publicização da família, sob a forma de regulamentações e intervenções do Estado e ao mesmo tempo e por outra parte, uma progressiva privatização dos comportamentos familiares, que consiste no fato de que a sociedade contemporânea tende a representar e a legitimar a família essencialmente como âmbito das relações expressivo-comunicativas, apenas aparentemente individualistas e subjetivas, livres de qualquer tipo de responsabilidade pública, sem vínculos sociais e morais de um mundo comum. Neste passo, não é temerário afirmar, que os conflitos de família são decorrentes de uma complexa rede de relações econômicas, políticas, religiosas e culturais donde emerge claramente a necessidade de sua proteção constitucional, "em maior grau que antes".¹⁰¹

O encerramento da intimidade familiar às paredes da casa, como no ideário burguês, guarda certa ambigüidade. Ao mesmo tempo em que a consagrou como espaço distinto do público, quando impotente para resolver os conflitos internos, nele busca socorro. Quer dizer, o controle da família não está exclusivamente além de seus umbrais, no espaço público, externo à família, antes, em seu próprio terreno, no espaço privado, interno à família; cúmplice e presa de seus próprios anseios.¹⁰²

Por derradeiro neste espaço, o transcurso do tempo e as alterações sociais

Irère (dir.). **Les recompositions familiales aujourd'hui**. Paris: Nathan, 1993, p. 321.

¹⁰⁰ PERLINGIERI, P. **Perfis...**, p. 53.

¹⁰¹ (FACHIN, L. E. **Da função pública ao espaço privado...**, p. 146). A propósito desta polaridade, as relações entre a família e a sociedade, bem como a descrição dos personagens e suas funções familiares na sociedade burguesa, ver Maria Ines BERGOGLIO (**La familia: entre lo publico y lo privado**. Córdoba: M. Lerner, 1986).

¹⁰² Entende, neste tema, Luiz Edson FACHIN, que "Diante das peculiaridades, chegaria a sustentar-se como ramo quase autônomo, nem público, nem privado. Mais que isso, no mesmo horizonte, haveria o Direito Público de Família e o Direito Privado de Família, semicircunferências, partes de um todo, distintas mas congruentes, separadas porém interagindo." (**Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 43).

havidas em seu itinerário, produziram profundos cortes na estrutura e nas funções da família, seja pela crescente privatização do Estado, quando atribui a entidades privadas funções autênticas suas, seja pela desinstitucionalização da família, quando a perda de suas funções públicas a fizeram chegar na informalidade. As transformações operadas revelam uma presença mínima do Estado e um aumento dos espaços de autoregulação da família. Porém, um Estado mínimo não significa desconsideração às pessoas, antes, respeito às suas capacidades individuais, como as faces de uma mesma moeda. Neste balanço, resume João Baptista VILLELA, "a regra de ouro pode estar em atribuir ao Estado a garantia e aos homens a construção da família."¹⁰³

1.4 O INTERCÂMBIO PARENTAL

As relações jurídicas em direito de família situam-se em três territórios distintos, mas que se interpenetram e se destacam teleologicamente. Ora regulam as relações *conjugais*, ora as *parentais* e ora as de natureza protetiva ou *assistenciais*. As relações parentais, que interessam ao presente sub-título, revestem-se de grande importância prática, na medida em que assinalam relevantes e constantes efeitos, estatuidos direitos e obrigações recíprocos entre os parentes, tanto na esfera pessoal como patrimonial, e fixando limites e proibições com fundamento em sua existência. Podem os parentes suceder uns aos outros, pedirem-se alimentos, mas não podem casar entre si quando em grau de grande proximidade. A importância da noção de parente ultrapassa as fronteiras do direito civil e em certas situações individuais desborda para outros ramos do direito, como o administrativo, o penal, o processual, o eleitoral.

Desde que os *standards* sociais limitam o conceito estrito de família ao casal e

¹⁰³ VILLELA, J. B. **Liberdade e família** ..., p. 40.

filhos é lógico que o direito tome em consideração, para determinados efeitos, os vínculos familiares existentes entre quem, fora daquele círculo estrito, tampouco podem ser considerados como estranhos.

Tendo em vista sua gênese ou fonte, então, o parentesco se distribui em diversas classes: o *consangüíneo* (matrimonial ou extramatrimonial), que vincula as pessoas que descendem umas das outras, sem cessar, ou de um tronco que lhes é comum, limitado ao quarto grau de distância entre as pessoas consideradas; o *afim* (também chamado político), que aproxima um cônjuge dos parentes do outro cônjuge, que cessa para os colaterais quando desaparece o ato que o fez nascer; e, o *adotivo*, que se estabelece entre o adotante e o adotado, com tratamento especial para as crianças e adolescentes (ECA, arts. 39-52).

Embora o Código Civil, nos artigos 1.591-1.606 discipline o parentesco, não o definiu como o fizeram, *ad exemplum*, os códigos da Argentina e de Portugal.¹⁰⁴ De uma maneira geral, pode-se dizer que é o vínculo jurídico que nasce em virtude dos laços de sangue, do matrimônio ou união livre ou da adoção, o que corresponde às três classes de parentesco acima referidas: por consangüinidade, por afinidade e por adoção. Assim se edifica a família, determinada pelas relações jurídicas, interdependentes e recíprocas, daí derivadas.

Deriva dos mais modernos estudos antropológicos, que o parentesco deve ser

¹⁰⁴ Código Civil Argentino: "345. O parentesco é o vínculo subsistente entre todos os indivíduos dos dois sexos, que descendem de um mesmo tronco. Para Augusto César BELLUSCIO, esta expressão vicia a noção:

"Deveria dizer 'existente' e não 'subsistente', corresponde a um só tipo de parentesco, o parentesco por consangüinidade. E nem assim é exata, pois os parentes consangüíneos não são somente os que descendem de um antecessor comum, mas também aquelas pessoas das quais uma descende da outra". (No original: "345. *El parentesco es el vínculo subsistente. Fuera de que debió decir 'existente' y no 'subsistente', corresponde a un solo tipo de parentesco, el parentesco por consanguinidad. Y ni aun así es exacta, pues los parientes consanguíneos no son sólo los que descienden de un antecesor común sino también aquellas personas de las cuales una desiente de la otra.* (Manual..., p. 399).] entre todos los individuos de los dos sexos, que descienden de un mismo tronco."

Código Civil Português: "Art. 1578º (Noção de parentesco) – Parentesco é o vínculo que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um progenitor comum."

concebido como um fenômeno estrutural, expressão que designa a forma pela qual os indivíduos se ligam no interior do grupo social.¹⁰⁵ Na sociedade arcaica, por exemplo, existe um mecanismo pelo qual se prescreve o matrimônio com certo tipo de parentes, distribuídos em duas categorias: os cônjuges possíveis e os cônjuges proibidos, a partir do qual Claude LEVI-STRAUSS sistematiza as estruturas elementares do parentesco.

A sociedade contemporânea caracteriza-se por apresentar uma estrutura complexa do parentesco, fundada no princípio da liberdade de eleição do cônjuge ou companheiro, embora esta liberdade ainda encontre um reduzido número de prescrições negativas.¹⁰⁶ Predomina, assim, como nota essencial, a indeterminação do cônjuge ou companheiro, que pode ser selecionado dentre uma extensa coletividade, com exclusão de poucos parentes próximos, que, enfim, se confundem naquela pela impossibilidade de segregá-los do todo social. O desenvolvimento ou a combinação destas estruturas, integram um único processo, cujo elemento central é o intercâmbio, razão e origem das abundantes regras matrimoniais.

A lição a extrair destas primeiras reflexões é permitir reconhecer uma mudança real nos modelos familiares; que a família desenvolveu-se, passou por etapas, revelou-se por diversos modos e distintas formas de realizar-se, como acontecimento constante através de eras e séculos, quer dizer, evoluiu, o que é próprio da índole humana e inerente ao decurso dos fenômenos sociais, da multiplicidade primitiva para chegar à composição reduzida atual, não só quantitativamente, senão também quanto à excelência dos direitos subjetivos familiares. Diante das opções disponíveis, resultantes deste incessante devenir do processo social, pode-se identificar uma nova e provocante estrutura familiar, originada da união de pessoas que têm um ou mais filhos de uniões anteriores: a família reconstituída, tal qual a família monogâmica, que

¹⁰⁵ LÉVI-STRAUSS, C. **Las estructuras elementales del parentesco**. Barcelona: Planeta Agostini, 1985, t. 1, p. 170-175.

¹⁰⁶ Em nosso direito, tais restrições estão reguladas nos incs. I a VII, do art. 1.521, do Código Civil. No antigo Código Civil, desdobravam-se entre os incs. I a XVI, do art. 183, chamados impedimentos dirimentes absolutos (I a VIII), relativos (IX a XII) e meramente impedientes (XII a XVI). Destes, apenas os dos incs. I a VI e VIII coincidem com os do novo Código Civil. Os demais, presentemente, constituem causas suspensivas do casamento.

não se funda sobre condições naturais, mas sociais. E, como esta, representa mais um momento evolutivo no ciclo das formas familiares e, de consequência, das relações interpessoais. Assim como, até recentemente, o modelo dominante era monogâmico do tipo patriarcal, com absoluta determinação de papéis e funções no âmbito familiar, tudo indica que o paradigma da família reconstituída será, pelos tempos vindouros, a nova forma de conjugalidade e parentalidade.

Este grupo familiar, emergente do novo matrimônio ou união do genitor no exercício da guarda de seus filhos havidos de uma união anterior, conforma um sistema familiar único, uma nova rede de sustento emocional e material, não isenta das mesmas preocupações e conflitos das famílias antigas, porém, num momento sócio-jurídico diverso. Nesta perspectiva, a família reconstituída constitui um expoente paradigmático da era pós-moderna.

O exame desta particular situação implica, necessariamente, uma reflexão renovada da família tradicional para compreender a dinâmica que, para além dela mesma, a família reconstituída, cada vez mais com maior presença na sociedade contemporânea, revela acerca das transformações dos laços familiares. Os pontos que se analisarão seguidamente, perseguem como objetivo final a realização de um aporte que contribua para o descobrimento e o reconhecimento institucional de tais núcleos familiares.

2 FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS

2.1 EVOLUÇÃO E ORIGENS. CONCEITO. DENOMINAÇÕES. CARACTERÍSTICAS

2.1.1 Evolução e Origens

A história das segundas famílias¹⁰⁷ não constitui fenômeno recente. Na China, a mulher viúva, além de não suceder à herança deixada por morte de seu marido, era castigada com 80 pancadas de bambu se não guardasse luto durante tempo determinado e era considerada adúltera se contraísse novas núpcias sem o consentimento dos pais. Se durante a vida de casada tivesse recebido do marido algum título honorífico e voltasse a casar depois da morte dele, era admoestada com 100 bordoadas e tinha seu novo casamento declarado nulo.

Na Índia, se o homem falecesse sem descendência masculina, era-lhe fechada a mansão celeste e seus parentes nela nunca seriam admitidos. Para evitar esta desgraça, era permitido ao homem repudiar sua esposa e buscar em outra sua descendência masculina. Permitidas ao homem as segundas núpcias, eram absolutamente vedadas à mulher, que, entretanto, podia contrair novas núpcias se o marido morresse sem deixar filho algum.

No Código de Hammurabi, o § 177 condiciona as segundas núpcias da mulher

¹⁰⁷ São aqui expressões sinônimas, segundas famílias, novas famílias, segundas núpcias, novas núpcias, segundos casamentos, novos casamentos, para, mais veementemente, discriminá-las das famílias originárias, formadas de primeiras núpcias, dada sua direção a todos os posteriores matrimônios do homem, da mulher, ou de ambos. O Código Civil consagrou a expressão *novas núpcias*, no art. 1.636 ("O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro"), já utilizada pelo art. 393 do velho Código, com a redação que lhe dera a Lei nº 4.121/62.

à autorização dos juízes, centrada na atenção aos filhos menores de uma viúva. Antes de conceder permissão ao novo casamento, os juízes farão um inventário dos bens do primeiro marido, que serão administrados pelo segundo marido e pela mulher no interesse dos herdeiros.¹⁰⁸ Semelhante restrição encontrava-se no art. 183, inc. XIII, do Código Civil de 1916, identificada como impedimento impediante ou proibitivo ao casamento e que no presente constitui causa suspensiva do casamento (Art. 1.523, inc. I). É esta uma circunstância que obsta a realização do casamento, mas pode deixar de ser aplicada por autoridade judicial, e, de qualquer modo, ainda que infringida, deixa de constituir motivo para a invalidação do ato.

Na Bíblia Sagrada, a Lei do Levirato (Deuteronômio, 25.5), considerando a viúva parte da herança do defunto, passava com o dote ao irmão do morto, que devia desposá-la, "a fim de que seu nome [do falecido] não se extinga em Israel", garantindo ao marido anterior uma descendência. O primeiro filho desta nova união era filho do finado e recebia o seu nome. Para suprir a esterilidade da primeira união, também entre os egípcios era obrigado o casamento do cunhado com a viúva.

Entre os romanos era indiferente casar-se novamente, mas, os costumes e a religião garantiam espontâneo respeito à memória do falecido. Tornando-se bínubas, eram menos consideradas que as viúvas, pois manifestavam despreço ao princípio da monogamia, em sua mais alta concepção. Semelhante desconsideração não atingia os homens, pois mantinha-se inalterado o culto doméstico.

Com o relaxamento dos costumes, as núpcias outrora indissolúveis passaram a constituir uniões passageiras. Preocupados em melhorar a vida doméstica, diminuir as dissoluções, elevar a dignidade do casamento, Julio César e Augusto elaboraram leis

¹⁰⁸ Código de Hammurabi (rei da Babilônia, 1728-1686 a.C.): "§ 177 Se uma viúva, cujos filhos são pequenos, decidiu [em acádio, literalmente, "colocou sua face para entrar..."] entrar na casa de um outro, não poderá entrar sem a permissão dos juízes. Quando ela for entrar na casa de um outro, os juízes examinarão a situação da casa de seu primeiro marido e confiarão a casa de seu primeiro marido ao seu segundo marido e à mulher e lhes farão redigir uma taboa. Eles guardarão a casa, criarão os filhos pequenos e não venderão os objetos. O comprador que comprar os objetos dos filhos de uma viúva perderá a sua prata; os bens voltarão ao seu proprietário." (BOUZON, E. **O Código de Hammurabi**. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1976, p. 79-80).

restritivas a novos casamentos. A *lex Papia Poppea* (a. 762 d. R.) autorizava novo casamento, se o anterior fosse dissolvido por morte, decorrido um ano. Reconhecendo Justiniano, que as novas núpcias desatendiam os interesses dos filhos da união anterior, além de impor o luto anuo inflingiu severas penas à mulher que, tendo filhos, voltasse a casar. Perde ela o direito a educar os filhos do primeiro marido, torna-se incapaz de exercer a tutela, perde todos os bens obtidos do primeiro casamento. Porém, passado o tempo do luto, pode a mulher casar-se novamente sem incorrer nas penas previstas contra ela.¹⁰⁹

O direito romano, embora não impedisse as novas núpcias, estabelecia uma série de restrições e proibições.

Durante o Cristianismo, dos primeiros escritos, denota-se que as segundas núpcias eram condenadas com maior rigor, ora tidas como odiosas e ilícitas, ora tachadas de verdadeira fornicção, ora qualificadas de adultério ou poligamia sucessiva, como expõe Antônio CHAVES.¹¹⁰ Assim concluíram os concílios: o segundo casamento dos divorciados é absolutamente proibido pela Igreja. Compreendendo o excesso, logo a Igreja tratou de não considerar as segundas núpcias, *vel quascunque nuptias (de tertiis et de quartis et de ultra pluribus nuptiis)* como um crime, mas apenas um mal. Em sua primeira epístola aos Coríntios, Paulo apóstolo recomenda "Aos solteiros e às viúvas [...] que lhes é bom se permanecessem assim, como eu. Mas, se não puderem guardar a continência, casem-se. É melhor casar do que abraçar-se."¹¹¹ Destas idéias compartilhavam Santo Ambrósio e São Clemente de Alexandria, dentre outros. Inspirados por estes ditos, os imperadores cristãos iniciaram nova orientação, eliminando as penas do celibato, resumidas por Justiniano em suas *Novellas*, antes referidas.

¹⁰⁹ Da *Novella* XXII, ver os capítulos 22.23 in Mário Curtis GIORDANI (**Código civil à luz do direito romano**: direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 30).

¹¹⁰ CHAVES, A. **Segundas núpcias**. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997, p. 29.

¹¹¹ BÍBLIA. Primeira epístola aos Coríntios. Paulo. Português. **Bíblia sagrada**. Trad. Centro Bíblico Católico. 35. ed. São Paulo: Ave Maria, 1982. 7, vers. 8-9, p. 1470.

O atual direito canônico reconhece validade às segundas e ulteriores núpcias, como se extrai dos cânones 1085, § 2, 1143-1146.

Na lei germânica, no monumental BGB, observa-se absoluta liberdade às segundas núpcias (arts. 1.348-1.352),¹¹² depois de um longo período de transição adversa, que se afigurava mais rigoroso do que o direito romano. Percorrendo itinerário semelhante, a lei francesa, que em momentos agravou as penas aos recasados, prudentemente levou a esta matéria a moderação que a caracteriza, recusando o caráter de penalidade às disposições relativas aos bínubos, cuidando de proteger a dignidade do segundo cônjuge supérstite e o interesse da prole do primeiro casamento, na precisa observação de Antônio CHAVES.¹¹³

A morte, muito mais que o divórcio, rompia prematuramente um grande número de casais. Em França, nos séculos XVII e XVIII, em razão da alta taxa de mortalidade, os novos casamentos representavam de 20 a 40% de todos as uniões e em mais de 20% dos casamentos encontra-se crianças de vários leitos e pode-se dizer que um quarto da população havia sido confiada durante a infância aos cuidados de um padrasto ou de uma madrasta, assinala André BURGUIÈRE.¹¹⁴ Até o começo do século XX, as famílias reconstituídas resultavam primariamente do recasamento seguido à morte de um dos cônjuges, enquanto contemporaneamente elas resultam do recasamento seguido ao divórcio. O decréscimo da mortalidade cedeu lugar ao incremento do divórcio, alterando a fonte essencial desta nova configuração familiar, o que implica na presença simultânea de progenitores e padrastos. Alguns dados estatísticos revelam que cada vez mais os filhos crescerão em lares com um dos genitores unido a um novo cônjuge ou companheiro.

¹¹² Cf. edição, que constitui apêndice ao **Tratado de Direito Civil**, (ENNECCERUS; KIPP; WOLFF. Barcelona: Bosch, 1955, p. 278-279).

¹¹³ CHAVES, A. **Segundas núpcias** ..., p. 35. No *Code Civil*, ver o artigo 228.

¹¹⁴ (BURGUIÈRE, A. Historia de la familia. In: GROSMAN, Cecília P.; ALCORTA, Irene Martinez. **Famílias ensambladas**. Buenos Aires: Universidad, 2000. p. 45). André BURGUIÈRE (De la famille en miettes à la famille recomposée. In: MEULDERES-KLEIN, Marie Thérèse; THERY, Irene. **Les recompositions familiales aujourd'hui**. Paris: Nathan, 1993. p. 23-31).

Calcula-se que nos Estados Unidos da América 60% de todos os primeiros matrimônios terminam em divórcio e que cerca de 75% de todos os divorciados casam-se de novo e, assim, 2 de cada 5 menores de 18 anos se convertem em enteados e enteadas. Igualmente se estima que meio milhão de adultos por ano se convertem em padrastos ou madrastas. Conjecturas demográficas estimam que nesta virada de século o número de crianças que se criam em famílias reconstituídas será superior aos que se criam em famílias de primeiras núpcias.¹¹⁵

Na Inglaterra, um em cada três casamentos constitui um novo matrimônio e um quarto das crianças cresce com um ou padrasto ou uma madrasta. Uma informação deste país revela que em 1991 da totalidade de crianças, que depois do divórcio não viviam com seus dois pais, a metade residia com sua mãe e o marido desta. Estima-se que, neste país, seis milhões de pessoas vivam em famílias reconstituídas. Na Alemanha, 40% das mães se casam com outro homem que não é o pai de seus filhos. Em França, o número de divórcios aumentou de 22,5% em 1980 para 38,3% em 1996. Em 1990, para cada quatro casamentos um era novo matrimônio. Estimativas globais revelam que neste país cerca de um milhão de crianças residia com um padrasto ou uma madrasta em cerca de 660.000 famílias reconstituídas. Na Itália, 70 a 80% de divorciados voltam a casar.¹¹⁶

No Brasil, segundo o Banco de Dados Agregados do IBGE, em 1993 casaram-se 746.930 pessoas e em 1998, 673.452, o que evidencia um decréscimo de interesse por esta forma de conjugalidade. Nestes mesmos anos, porém, verificou-se o aumento do número de casamentos de pessoas viúvas e divorciadas. Em 1993, casaram-se 11.242 viúvos, 5.356 viúvas, 34.380 divorciados e 17.484 divorciadas. Em 1998,

¹¹⁵ Estes dados foram recolhidos junto a Stepfamily Association of América, Inc. Disponível em: <<http://www.flyingsolo.com/view-article.asp?PID-1&FID-11&AID-233>> Acesso em: 28 jan. 2000.

¹¹⁶ Dados extraídos da obra de Cecília P. GROSMAN e Irene Martinez ALCORTA (**Famílias ensambladas** ..., p. 46-52). Advertem as autoras, entretanto, que estes dados são, na maior parte, estimações, porque nas estatísticas ainda permanecem invisíveis as famílias reconstituídas. Ainda não se pode determinar quantas crianças vivem com seus padrastos ou madrastas nem quantas crianças de diversas uniões convivem em uma família. Os censos, dizem, não se organizaram para obter tais informações.

registraram-se números maiores: 11.617 viúvos, 7.143 viúvas, 41.223 divorciados e 24.775 divorciadas. Ainda segundo esta fonte, em 1993 ocorreram 87.885 separações, sendo que 12.352 dos casais separados não tinham filhos; em 1998, separaram-se 90.778 casais, dos quais 13.994 também não tinham filhos. O número de divórcios encerrados em primeiro grau de jurisdição em 1993 foi de 94.896 e de 105.252 em 1998; daqueles, 24.074, e destes 25.680, não tinham filhos; nos demais feitos registrou-se presença de filhos, cujas idades variavam entre 1 a 7 anos. O que se verifica, então, é uma tendência reducionista de casamentos e, em sentido inverso, de um aumento do número de separações e divórcios, formando um elevado contingente de famílias monoparentais, que podem vir a se reconstituir.¹¹⁷

Ao mesmo tempo em que cresce o número de divórcios, decresce o número de famílias de primeiras núpcias pelo aumento das uniões de fato. Em toda Europa verifica-se este fenômeno. Na França, por exemplo, a taxa de nupcialidade dos homens divorciados caiu de 65% em 1975 para 39% em 1986 e a das mulheres baixou de 58% para 37%. No Brasil esta taxa também decresceu, de 734.045 casamentos em 1995 para 698.614 em 1998 e o número de separações aumentou de 88.116 para 90.778.¹¹⁸ Aparece, então, o divórcio, uma eventualidade cada vez mais freqüente no ciclo da vida familiar, dando lugar a segundos e ulteriores casamentos. Mas, não só os casamentos de segundas núpcias dão origem a famílias reconstituídas, porque também as conformam as uniões de fato, quando um ou ambos integrantes do novo casal têm filhos provenientes de um vínculo anterior.

Descabe, assim, ignorar a presença e a magnitude das famílias de novas núpcias no rol das distintas formas assumidas ao longo dos tempos, nem que a

¹¹⁷ Os dados apresentados foram extraídos das tabelas que compõem o censo das Estatísticas do Registro Civil e representam pequena amostra dos dados obtidos pelo IBGE, coletados até o final de 1998 e divulgados na mesma época de 1999, constantes da Síntese de Indicadores Sociais – 2000 (IBGE. Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica, nº 5. Rio de Janeiro: IBGE, 2001) e disponíveis em <www.sidra.ibge.gov.br/bda/regciv>, acessado em 12 nov. 2002.

¹¹⁸ Estes dados confirmam a assertiva: decréscimo de casamentos e conseqüente aumento de divórcios. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/tabelas/populacao_tabela03.htm> Acesso em: 21 fev. 2002.

freqüência e a precocidade dos divórcios dá lugar e origem a esta nova forma de conjugalidade, bem assim a dissolução do vínculo anterior por morte de um dos cônjuges, as diversas formas de separação, a união estável ou o concubinato.

2.1.2 Conceito

Família reconstituída é a estrutura familiar originada do casamento ou da união de fato de um casal, na qual um ou ambos de seus membros tem um ou vários filhos de um casamento ou união anterior. Numa formulação mais sintética, é a família na qual ao menos um dos adultos é um padrasto ou uma madrasta.¹¹⁹ Nesta categoria entram tanto as segundas núpcias de viúvos e de viúvas como de divorciados e divorciadas e as primeiras núpcias de mães solteiras e pais solteiros com filhos adotivos. Alude, assim, não só a reconstituição como ao estabelecimento de um novo núcleo familiar, no qual circulam crianças de uma relação precedente. Um segundo matrimônio implica a fusão de duas ou mais famílias com características e modos de relação diferentes. A possibilidade de que um grupo familiar reconstituído funcione com um baixo nível de conflitos dependerá da disponibilidade de que seus membros aceitem um modelo familiar distinto do anterior e que as relações entre seus membros sejam permeáveis. Os filhos deste tipo de união experimentam dificuldades com relação aos limites, o espaço e o tempo que se lhes dedica e a autoridade a que devem obedecer, porque implica passar de um modelo a outro (de um nuclear a outro binuclear), em que antigas pautas seguem vigentes junto a novas.

Esta conceituação contempla não só o núcleo integrado pelo genitor que tem a guarda dos filhos de uma relação anterior, mas também o conformado pelo genitor que não a tem, porque a lei, independentemente da convivência, considera parente por

¹¹⁹ VISHNER, E. B.; VISHNER, J. S. **Step-families**: a guide to working with stepparentes &

afinidade, em linha reta descendente de primeiro grau, o filho do cônjuge proveniente de uma união precedente (CC, art. 1.595, § 1º). E vai mais além, também compreende o núcleo familiar originado de uma união de fato, cujos integrantes cumprem as mesmas funções que as do novo cônjuge do pai ou da mãe. Para alguns demógrafos americanos, entretanto, só é padrasto ou madrasta o cônjuge do genitor guardião, mas não quem se uniu ao pai ou a mãe que não vive com seus filhos, limitando o conceito de família reconstituída. Assim, pensa-se a família em termos de "grupo doméstico", que compreenderia todos que vivem em um lar: o novo casal, os filhos de um ou de outro provenientes de uma união anterior e os filhos da nova união.¹²⁰

Bastante diversa é a noção da doutrina francesa, consideravelmente mais extensa. É todo o sistema familiar integrado pelo novo núcleo que se constitui articulado com os vários subsistemas familiares anteriores, compreendendo o lar do pai-guardião, do pai não-guardião e de parentes afins de cada um deles, tanto como os parentes do padrasto. A noção engloba o conjunto da rede que forma a constelação familiar, da qual os filhos da primeira união são parte permanente. Sublinha-se o ponto fundamental, diz Irène THÉRY: "enquanto o campo de estudos se amplia e torna-se mais vago [...], eles adquirem um novo centro de gravidade. A partir de então, não é mais a partir do novo casal que se define a família, mas a partir das crianças, elas mesmas, porque é o espaço de sua circulação que define a família recomposta."¹²¹ Nesta perspectiva, ignoram-se as fronteiras que separam os lares, conformando uma rede familiar significativa, dentro da qual se insere o novo casal como um de seus

stepchildren. Califórnia: Brunner/Mazel, 1979, p. 18.

¹²⁰ A. Cherlin e F. Furstenberg JR. Bruce family *apud* Cecília P. GROSMAN e Irene Martinez ALCORTE (**Famílias ensambladas...**, p. 36).

¹²¹ THÉRY, I. Introductions générale: le temps des reconpositions familiale. In: MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse; THERY, Irène. **Les recompositions familiales...**, p.13-14: "[...] enquanto o campo de estudo se amplia e se torna mais flexível [...], ele adquire um novo centro de gravidade. De agora em diante, não é mais a partir do novo casal que se define a família, mas sim, a partir das próprias crianças, uma vez que é o espaço onde elas circulam que define a família recomposta". (No original: "[...]:*cependant que le champ d'étude s'élargit et devient plus flou [...], il acquiert un nouveau centre de gravité. Désormais, ce n'est plus à partir du nouveau couple que l'on définit la famille, mais à partir des enfants eux-mêmes, puisque c'est l'espace de leur circulation que définit la famille recomposée*".)

componentes, circulando os filhos pelos diversos espaços domésticos.

Tal como se tem uma compreensão restrita e outra ampla da família tradicional, originária ou intacta, também pode-se atribuir duas significações à família reconstituída. Numa acepção mais restrita, o lugar onde convivem o novo casal, seus filhos e os filhos nascidos de laços anteriores. Na outra, mais ampla, o conjunto das várias unidades domésticas, por onde circulariam todos os filhos, no sentido dos autores franceses, ou seja, a rede familiar que relaciona os diferentes lares formados depois da separação do casal original.

2.1.3 Denominações

Usualmente adota-se a expressão *família* para designar a família intacta, nuclear, pai-mãe-filhos. Porém, quando um dos adultos não é o pai biológico de ao menos uma das crianças eis uma situação que suscita incorporar claramente uma denominação comum, expressada em novos termos, que promova identificá-la nos distintos âmbitos da vida cotidiana, institucional e científica. Continuar a chamar estas famílias só famílias, supõe uma conduta social de ocultamento e não discrimina as diferenças relacionadas com a especificidade dos novos vínculos tanto no social e afetivo, como no jurídico.

A língua inglesa dispõe de um termo usual para nominar e reconhecer esta nova forma de organização familiar: *stepfamily* ou *blended family*,¹²² designando na linguagem comum a família na qual um dos adultos, ao menos, é um padrasto, o que

¹²² "Step - (Relationship) combining form being of the state relationship to someone through the previous marriage of their husband or wife, ou through their mother or father marrying again – stepfather – stepmother – stepchildren" (Em tradução livre do autor: "estado que deriva de relação com alguém através de casamento anterior do cônjuge ou do recasamento de pai ou mãe"). "Blend – to mix or combine together" (Em tradução livre do autor: "mistura ou combinação"). (**International Dictionary of English**. Inglaterra: Cambridge University, 1995, p. 1420, 134).

não encontra correspondente, de ordinário, no léxico nacional. Os primeiros estudos sobre as famílias reconstituídas surgiram das pesquisas em ciências mentais, que fornecem distintas denominações como *família reconstituída*,¹²³ *família recomposta* (*famille recomposée*, para a doutrina francesa), *família transformada*, *família rearmada*, *família agregada*, *família agrupada*, *família combinada* ou *mista*, *família extensa*, *família ensamblada* (para a doutrina dos países de língua espanhola). As diversas designações evidenciam a dificuldade de encontrar um nome próprio, que conceitue este grupo humano já demograficamente significativo, acompanhando o aumento do número de divórcios nas últimas décadas.

À mingua de um termo específico e comum para denominar os novos vínculos, alguns terapeutas e psicólogos a definiam por comparação (segundas ou posteriores núpcias) ou por negação (não intactas, não biológicas), indicando com ambas opções a desvalorização da nova família. Deste modo, sem uma peculiar denominação, só contribui à sua própria invisibilidade estatística e social.

Para preencher este vazio, que impede a imediata apreensão do objeto do conhecimento, pois o que não é nominado não possui verdadeiramente existência reconhecida e assinala sua pouca importância social, alude-se a expressões como segundas famílias, novas famílias, segundas núpcias, novas núpcias, segundos casamentos, novos casamentos, recasamentos, mais próprias da linguagem jurídica.

Optou-se neste trabalho por eleger, dentre as variáveis propostas, a denominação *famílias reconstituídas* enquanto ser a expressão *constituir* a mais corrente na doutrina (constituir uma família, constituir o estado de casado), no sentido de ser a base de uma nova família, pela dissolução da precedente. Não o de conciliar, como denota o verbo compor, do qual deriva a denominação família recomposta,

¹²³ Denominação utilizada por Adriana WAGNER e Jorge Castellá SARRIERA (Características do relacionamento dos adolescentes em famílias originais e reconstituídas. In: FERES-CARNEIRO, Terezinha [org.]. **Casal e família**: entre a tradição e a transformação. Rio de Janeiro: Nau, 1999. p. 15-30). Também é utilizada por Elizabeth CARTER (Famílias reconstituídas: a criação de um novo paradigma. In: ANDOLFI, Maurizio; ÂNGELO, Cláudio; SACCU, Carmine [org.]. **O casal em crise**. São Paulo: Summus, 1995. p. 192-198).

menos próprio. O prefixo *re* da denominação eleita, embora possa sugerir a repetição da família anterior, significa antes uma mudança de estado, o que, evidentemente, não é o mesmo que estabelecer outra vez a situação prévia, na medida em que novos membros a ela se integram, com desapareço ao cônjuge ou companheiro anterior.

Nesse passo, não há como se deixar de redesignar estes novos membros, para melhor qualificá-los no interior destas famílias.

2.1.4 Padrastos, madrastas, enteados: novas designações

Com o aumento da incidência de divórcios e novos casamentos, a família reconstituída conforma uma extensa rede de relações, integrando o novo núcleo a outros precedentes. Na família tradicional, os inúmeros laços de parentesco são bem definidos, pai e mãe, irmãos, avós, tios, primos. Na família reconstituída, porém, surgem novos laços de parentesco, multiplicando as pessoas que exercem as mesmas funções: dois pais, duas mães, meio-irmãos, novos avós, tios, primos, aumentando as dificuldades iniciais de entendimento destas relações. E esta dificuldade torna-se maior quando inexitem nomes de batismo para grande maioria destes relacionamentos.

É preciso, então, designar os integrantes dos vínculos que se formam entre um dos membros do casal e os filhos do outro, pois é esta relação que constitui o eixo central das famílias reconstituídas. De ordinário, o novo marido da mãe chama-se padrasto, a nova mulher do pai chama-se madrasta e ao filho do cônjuge chama-se enteado ou enteada.¹²⁴ No imaginário social mais antigo, padrastos e madrastas só existiam quando alguém morria, exprimindo a relação de parentesco firmada entre os

¹²⁴ Os papéis do padrasto e da madrasta e a qualidade do cuidado parental depois do divórcio são explorados pelo psicanalista Edward TEYBER (**Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**. São Paulo: Nobel, 1995) e a terapeuta familiar Donna SMITH (**Madrastas mito & realidade**: como desempenhar este difícil papel. Porto Alegre: L&PM, 1995).

filhos de uma viúva e a pessoa com quem contraísse novo casamento ou a mulher que casava com viúvo, em relação aos filhos deste, havidos de casamento anterior.¹²⁵ Hoje também assim se denominam as relações que se verificam entre um cônjuge e os filhos do outro, depois de um divórcio. Decorre daí, sem qualquer distinção de sua origem, um parentesco por afinidade entre os integrantes destas famílias, na dicção do art. 1.595, do Código Civil.

As figuras do padrasto e da madrasta, desde os contos infantis (Cinderela, Branca de Neve), sempre representaram seres indesejáveis, egoístas, frios, vilões e cruéis, porque não possuiriam nem o amor filial nem o instinto materno, que reservariam ao filho próprio. Por outro lado, suscitam desconfiança e temor enquanto o viúvo ou a viúva e o divorciado não fizer inventário e der partilha aos herdeiros, colocando em perigo os bens dos filhos do primeiro casamento. Por sua vez, os enteados são encarados muitas vezes como membros de uma família de segunda classe. A percepção negativa destas figuras, explica a desqualificação de suas denominações, estigmatizando-as, como uma extensão do estigma do divórcio. Por isto as famílias reconstituídas têm a imerecida fama de problemáticas, de não serem tão boas como as famílias originárias, intactas e nucleares.

No cotidiano, observa-se enorme resistência em nomeá-las. Geralmente, as expressões padrasto, madrasta e enteados ou enteadas são relativizadas. Por vezes são "o marido de minha mãe", "a esposa de meu pai", "o filho de meu marido", "a filha de minha esposa", quando não são designados, simplesmente, pelo nome próprio, que nada revela quanto à relação existente, mas evita uma usurpação e um atentado à identidade parental. Tal não se verifica quando o vínculo se estabelece na primeira infância e a reconstituição familiar se dá por falecimento ou ausência de um dos

¹²⁵ DE PLÁCIDO E SILVA. O. J. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. 3, p. 1111 e 972, respectivamente. Antônio HOUAISS refere à forma figurativa empregada à mulher em relação aos filhos anteriores do homem com quem passa a constituir sociedade conjugal: mulher má, incapaz de sentimentos afetuosos e amigáveis, aquilo de que provêm vexames e dissabores em vez de proteção e carinho; do latim popular *matrasta* 'mulher do pai', derivado de *mater*, *tris*, *mãe*; nada, porém, em relação ao homem e os filhos da mulher com quem passa a constituir sociedade conjugal, do latim *patraster* e *patrater*, *tri* 'padrasto ou sogro'. (**Dicionário Houaiss de língua portuguesa**.)

genitores, ou seja, quando o padrasto ou a madrasta assume a função parental em sua inteireza, dedicando cuidados, responsabilidade e afeto, mais que por um nexo institucionalizado.

Não se trata, então, de simples questão terminológica, no caso, carregada de desprestígio e negatividade, mas de situar uma pessoa no novo entorno familiar e social. Percorrendo a literatura sobre o tema, encontram-se expressões como "pais sociológicos", "pais políticos", "pais de acolhida", "padrasto ou madrasta de fato" (*beau-parent de fait*) ou "quase-padrasto ou madrasta" (*quasi beau-parent*).¹²⁶ Como ainda não existe um nome específico para designar a figura da nova mulher do pai ou do novo marido da mãe e decorrendo da lei o parentesco por afinidade, o que se estabelece entre um dos cônjuges e os parentes do outro, é natural e lógico que derivem deste as novas denominações de *pai afim* para padrasto, *mãe afim* para madrasta e *filho* ou *filha afim* para enteado ou enteada.¹²⁷

2.1.5 Características

Toda família funciona como um sistema mediante convenções, regras que determinam o modo de interagir de seus membros entre si e com o meio social em que se inserem, de acordo com as diversas etapas do ciclo da vida familiar. Conforme têm-se demonstrado no decorrer deste estudo, a família está em constante e radical

Rio de Janeiro: Objetiva, 2001).

¹²⁶ M. T. MEULDEURS-KLEIN. Les dilemmes du droit face aux recompositions familiales, *apud* Cecília P. GROSMAN; Irene Martinez ALCORTA (**Famílias ensambladas** ..., p. 43).

¹²⁷ Acolhe-se, nesta hipótese, proposta formulada por Cecília P. GROSMANN e Irene Martinez ALCORTA, que simbolizam sem tradições sombrias estes laços familiares cada vez mais freqüentes na sociedade atual (Vínculo entre un conyuge y los hijos del otro en la familia ensamblada. Roles, responsabilidad del padre o madre afim (padrasto/madrastra) y los derechos del niño. **Jurisprudência Argentina**, Buenos Aires, v. 3, p. 874-887, 1995).

A partir deste ponto do presente trabalho, serão usadas unicamente estas novas

transformação. Não obstante isto, a estrutura deste sistema familiar garante a seus membros uma proteção psico-social, seja como uma unidade coesa, oferecendo continuidade e sentido de posse, seja como uma estrutura diferenciada, possibilitando o pleno desenvolvimento individual e a formação da identidade própria de cada integrante.

Logo depois de uma separação, cada pai ou mãe biológica forma uma mini família com seu filho, que conformam uma história comum com regras que conservam da família anterior. Estas estrutura e história fazem com que o começo e o desenvolvimento de uma família reconstituída seja muito diferente que o de uma família biológica. Novas núpcias, novos filhos, novas relações, padrastos, madrastas, enteados, enteadas, meio-irmãos.

Estas famílias caracterizam-se pela ambigüidade. Em seu processo de constituição, implica reconhecer uma estrutura complexa conformada por uma multiplicidade de vínculos e nexos, na qual alguns de seus membros pertencem a sistemas familiares originados em uniões precedentes. As crianças podem passar a ter novos irmãos, que, sem ser irmãos, o são em seu funcionamento cotidiano. Padrastos e madrastas cumprem suas funções muitas vezes sobrepondo-as as dos pais biológicos. Aparecem novos tios e avós, provenientes de outras famílias. A rede social se expande e surgem crises e conflitos de autoridade e lealdades, o que exige o estabelecimento de um conjunto de pautas para uma interação estável no tempo e flexível em sua formulação. Sendo imprecisas as interações, pois não se tem claro quais são os laços ou a autoridade, o novo grupo familiar tem uma gigantesca tarefa a cumprir, qual seja a de construir sua própria identidade, pois os seus integrantes organizam-se sob condições individuais, sociais e culturais diferentes.

Assim, cada membro da nova família traz consigo uma história própria construída no sistema familiar precedente, circunstância que exige tempo para realizar seu próprio ajuste mediante a reformulação de expectativas e necessidades em relação

à nova situação. Os filhos das uniões anteriores submetem-se a códigos, regras e estilos de parentalidade diversos, que dificultam a consolidação dos novos vínculos. Cada integrante do novo casal chega nesta nova família depois da perda de uma relação familiar primária. Surgem novas regras que precisam ajustar-se às anteriores, originando diversos triângulos conflitivos: o marido ou companheiro, sua nova esposa ou companheira e a ex-esposa ou companheira; o marido ou companheiro, a nova esposa ou companheira e os filhos desta, do marido ou companheiro, os próprios do novo casal ou da ex-esposa ou companheira. Isto evidencia a complexidade da vida cotidiana destas famílias.

Do ponto de vista sócio-cultural, as famílias reconstituídas se formam sob um clima ideológico desfavorável ao pretender-se que funcionem como a família intacta, vista como modelo adequado para a integral formação de adultos sãos. Decorre disto, que as outras formas de família são consideradas por boa parte da sociedade como atípicas. Nestas famílias, os ciclos vitais, individuais, maritais e familiares são incongruentes. Por exemplo, um casal começa sua relação, entretanto o filho de um deles é um adolescente ou uma pessoa sem filhos se vê, repentinamente, responsável por um menor púbere. Esta incongruência significa para estas famílias ter que conciliar necessidades muito diferentes. Muitas vezes o padrasto ou a madrasta assume um papel parental antes mesmo que se estabeleça um vínculo emocional.

Os pais biológicos crescem em seu papel parental ao mesmo tempo em que seus filhos crescem, com os quais convive desde a concepção, experiência não vivida pelo novo parceiro ou parceira do pai ou da mãe. Quanto maior o enteado ou a enteada a expectativa da "paternidade instantânea" é menos realista e qualquer papel que assumam no futuro, seja o parental ou o de, simplesmente, o outro adulto da casa, leva tempo para desenvolver-se. Apesar disto, o mito do amor instantâneo é implícito na nova família, para indicar que todos os filhos que vivem com os pais em famílias reconstituídas devem ser igualmente queridos a fim de evitar ciúmes, rivalidades e exclusões. Entretanto, e talvez, é possível que as famílias reconstituídas não possam responder a esta exigência social, porque o vínculo biológico é mais forte na sedimentação do afeto. Mas o inverso também pode acontecer, o nexos psico-social ser

mais forte e verdadeiro que o biológico,¹²⁸ situação que da mesma forma provoca conflitos de lealdades.

É indubitável que as relações entre pais e filhos precedem as do novo casal, porque os vínculos com os filhos são mais intensos e estreitos. Em geral, quem tem filhos de uniões anteriores e se une a outrem viveu, primeiramente, em um lar monoparental, o que dificulta o ingresso de outra pessoa nestas relações.

Sempre haverá um pai ou uma mãe presente ou na lembrança de cada filho, cuja existência como tais se mantém, apesar da ruptura do casal conjugal. A nova família deverá conviver com a presença, real ou virtual, de um ex-esposo ou de uma ex-esposa. Mesmo aquele pai ou aquela mãe, que nunca visita seu filho ou que está morto, é parte de sua história, e este necessita manter um vínculo ou lembranças deles. Um padrasto ou uma madrasta pode não tolerar que o enteado ou a enteada veja fotos, cartas, atenda ao telefone ou receba a visita do pai ou da mãe biológico. Quando os membros da nova família são ambos divorciados, impõe-se conciliar as suas necessidades com as da coparentalidade com um ex-parceiro e muitas vezes implica contactos e negociações para compartilhar dois lares, com escalas de valores e hábitos de vida diferentes, limitando a liberdade de decisão sobre os filhos do outro cônjuge ou companheiro.

A pessoa que se divorciou tendo filhos, não só tem um ex-cônjuge como

¹²⁸ Diz Julie Cristine DELINSKI: A paternidade já não se limita à verificação dos laços biológicos; passa a ser não só ato físico, torna-se algo mais: a paternidade se revela e se sustenta nos laços de afeto. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.

Para Luiz Edson FACHIN, "a verdadeira paternidade não pode se circunscrever na busca de uma precisa informação biológica; mais do que isto, exige uma concreta relação paterno-filial, pai e filho que se tratam como tal, donde emerge a verdade sócio-afetiva", (**Da paternidade**: relação biológica e afetivas. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 65) que se constrói e se revela num querer.

Nesta linha de pensamento, Eduardo de Oliveira LEITE (**Temas de direito de família**. São Paulo: RT, 1994, p. 101). Sobre o redimensionamento da família e das relações paterno-filiais, ontem um agrupamento de base econômica, hoje um lugar de afetividade, consultar as obras de José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA, Francisco José Ferreira MUNIZ e João Batista VILELLA, referidos na nota 6 deste trabalho. Ainda sobre o tema, consultar Silvana Maria CARBONERA (O papel do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson [coord.]. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988. p. 273-313).

também uma ex-família política, da qual não se separa de todo já que seguem sendo parentes de seus filhos. Ao entrar em uma nova família, encontrará uma nova família política. Assim as famílias se multiplicam, surgem novos avós, tios, primos, todos por afinidade. E ao multiplicar-se o número de membros, multiplicam-se as possibilidades de conflitos pessoais e institucionais.

Importa destacar nas famílias reconstituídas os estereótipos estigmatizantes do padrasto e da madrasta, figuras cruéis e indesejáveis, um perigo potencial para o equilíbrio psicológico de enteados e enteadas. Desde os contos infantis, sempre se transmitiu uma percepção negativa do novo cônjuge ou companheiro do progenitor como fonte da conduta antisocial do menor, evidenciada por diversas investigações empíricas.¹²⁹ Embora não revelem diferenças extravagantes entre os enteados e enteadas e os filhos de outras famílias, concluem por afirmar que os filhos de famílias reconstituídas apresentam maiores problemas e dificuldades que os das famílias intactas.¹³⁰

Por possuírem um estatuto ambíguo, inscrevem-se as famílias reconstituídas, por um lado, nas conseqüências do divórcio, que estigmatizam as novas famílias, e, por outro, revalorizam-se na medida em que reintegram os divorciados no caminho da normalidade conjugal. Se o divórcio e o novo casamento se apresentam como situações patogênicas para os filhos, avalia-se a nova família como um mal menor. É em razão disto que Cecília P. GROSMAN e Silvia MESTERMAM afirmam: "Se a criança não pode viver com seus dois pais biológicos, é melhor que conviva em um lar

¹²⁹ Observam Judith S. WALLERSTEIN e Joan B. KELLY, que "Para aproximadamente um quarto das crianças, principalmente as que estavam com dez anos ou mais na época do recasamento, suas necessidades divergiam das necessidades dos pais recasados. O recasamento que trouxe contentamento e maior maturidade para a mãe e o padrasto não melhorou da mesma forma a vida das crianças. E embora elas possam ter-se beneficiado de modo importante pela maior estabilidade econômica da família recasada, suas necessidades psicológicas eram as vezes periféricas ou antitéticas ao novo relacionamento conjugal, e as crianças era explicitamente excluídas do prazer e de outros benefícios trazidos por ele." (**Sobrevivendo à separação**. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 330).

¹³⁰ GROSMAN, C. P.; MESTERMAN, S. Organización y estructura de la familia ensamblada. Sus aspectos psico-sociales y el ordenamiento legal. **Derecho de familia - Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudência**, Buenos Aires, v. 2, p. 35, 1989.

recomposto e não em uma família de um só dos pais".¹³¹ E em igual sentido observa Françoise DOLTO: "A situação triangular é sempre preferível para a criança. É melhor, para as crianças de ambos os sexos, que a mãe volte a formar um casal, sobretudo se, por seu lado, o pai viver sozinho. Da mesma forma, é melhor para as crianças de ambos os sexos que o pai tenha uma parceira, mas principalmente para o menino, quando a mãe vice sozinha."¹³²

Decorre do que foi visto, que não é só a multiplicidade de vínculos que desestimam as famílias reconstituídas, senão a prevenção por razões de ordem moral, social ou cultural, originando um fragilizado suporte institucional por ausência de normas de orientação. Mas não é verdadeiro dizer que o direito ignora por completo as famílias reconstituídas, a ponto de dizer-se existir um vazio jurídico; existe, no entanto, seja no domínio dos arranjos da filiação, das relações pessoais, seja nas questões patrimoniais, um tipo de inadequação do sistema jurídico brasileiro às expectativas contemporâneas. Já dizia Edgard Moura BITTENCOURT, no prefácio à 1ª edição da obra de Antônio Chaves, em 1963, que:

As consequências jurídicas das segundas núpcias são aparentemente simples, restringindo-se, segundo a lei, aos impedimentos matrimoniais, ao pátrio poder e guarda de filhos do primeiro leito e às exceções patrimoniais do Direito de Família e no das Sucessões. [...] Igualmente descabe instalar esses problemas no rol das raridades forenses, pois, reiteradamente, se apresentam fatos e teses a provocarem o pronunciamento dos tribunais. Não apenas ao segundo casamento, porque em verdade as regras se estendem a um terceiro ou mais matrimônios.¹³³

E é o próprio Antônio CHAVES que adverte faltar "à matéria um tratamento uniforme, como o que lhe deram os Códigos Civis português, arts. 1.233-1.239,

¹³¹ (No original: "*Si el niño no puede vivir con sus dos padres biológicos, es mejor que conviva en un hogar recompuesto y no en una familia de un solo padre.*") *Ibidem*, loc. cit.

¹³² DOLTO, F. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 46.

¹³³ BITTENCOURT, E. M. Segundas núpcias. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, a. 61, n. 206, f. 730-732, p. 431-432, 1964.

italiano, arts. 340 e segs., peruano, arts. 85 e segs." ¹³⁴

Pode-se enunciar, em síntese, que as famílias reconstituídas, embora possuam as mesmas características de qualquer família, como a socialização dos filhos, a afetividade, a mútua assistência moral e material, a proteção, possuem outras especiais, que as distingue das famílias originais: é uma estrutura complexa, formada por múltiplos vínculos e nexos; existe ambigüidade nas regras; consequência desta são os conflitos originados na oposição entre as atitudes manifestas e os desejos encobertos, produto da falta de clareza nos lugares e direitos de seus integrantes; a interdependência requer combinar-se com os subsistemas anteriores e, por conseguinte, é necessário articular-se os direitos e deveres dos integrantes do novo núcleo com os direitos e deveres dos integrantes daqueles subsistemas. Igualmente devem harmonizar-se alguns direitos do cônjuge atual e do ex-cônjuge, notadamente a autoridade parental e os alimentos, além de outras obrigações que afetam os filhos, temas particularmente destacados nos capítulos 5 e 6 deste trabalho.

2.2 AS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS NA EVOLUÇÃO DAS PESQUISAS

A convivência sob um mesmo teto de um homem e uma mulher, sob matrimônio ou união estável, com um ou mais filhos provenientes de uniões anteriores, não forma uma família nuclear no senso clássico do termo porque um deles não é o pai biológico de, ao menos, uma das crianças. Esta conformação familiar tornou-se comum com a facilitação, a freqüência e a precocidade dos divórcios, suscitando interrogações e necessidade de melhor conhecê-la.

Os estudos iniciais a respeito das famílias reconstituídas desenvolveram-se fundamentalmente no campo da psicologia e da psiquiatria, da sociologia e da história,

¹³⁴ CHAVES, A. *Segundas núpcias* ..., p. 11.

da antropologia e da demografia na década de 50, nos países de língua inglesa, e ainda são muito limitados no campo do direito. Com efeito, as famílias reconstituídas não são somente famílias diferentes, que estão à margem dos estudos na diversidade das famílias contemporâneas, apenas sobre elas vacilam representações mais estabelecidas.

Tomando-se como ponto de partida as investigações desenvolvidas nos Estados Unidos, país que com maior intensidade pesquisou o tema, distingue-se três grandes etapas destes estudos. Em uma primeira, mais antiga, situada entre os anos 50 e 60, os investigadores sociais limitaram-se a avaliar comparativamente as famílias originadas em um primeiro casamento e as provenientes de casamentos posteriores, uma vez dissolvido o vínculo prévio. Uma só questão interessava: comparar o valor dos primeiros casamentos e dos segundos, em termos de estabilidade, sucesso, adaptação, educação e socialização dos filhos e bem estar familiar.

Por oposição à segunda forma de casamento a família clássica, de uma primeira e única união, foi considerada a norma de referência, a forma ideal de formação familiar, o modelo dominante, que assegura satisfação pessoal e uma adequada socialização dos filhos. A partir desta idéia, as outras formas de família são consideradas como estruturas específicas, entidades anormais, desviadas e conflitivas, fonte de estresse, causa de frustrações e múltiplas dificuldades para seus integrantes. A família clássica seria a única apta para a plena formação de seus descendentes, enquanto que as reconstituídas, conceituadas como falsas famílias, constituiriam problemática de difícil solução. Estudos de campo revelaram nefastos efeitos dos segundos casamentos sobre os filhos. Ser um filho afim configuraria uma situação traumática, talvez patogênica, propiciadora de perturbações comportamentais, dificuldades afetivas, instabilidade psicológica, fracassos escolares e até a potencialização delinqüencial.

Na década de 70, com a banalização do divórcio, inicia-se uma segunda etapa das investigações. Nesta fase, abandona-se o estudo comparativo e se busca descrever e analisar estas novas famílias em sua especificidade estrutural e como vivem seus integrantes, sem varolá-las nem discriminá-las em relação ao modelo nuclear.

Reconhece-se tratar de nova forma de agrupamento social, que deve ser estudada em seu contexto e problemática próprias. De outra forma, as dificuldades próprias das famílias reconstituídas não se encontram num estado oposto ao que é normal, mas em um estado que varia de família para família, sob condições psico-sociais e culturais diversas. A complexidade destas famílias está mais na ausência de normas e regras às quais se referir na vida cotidiana, que provocam um estado de isolamento social e jurídico.

A terceira etapa inicia-se na década de 80. Sob a denominação de *blendes family* é um novo objeto de pesquisa. Um objeto consideravelmente extenso, porque importa agregar novos membros aos próprios da família clássica, formando uma constelação familiar da qual os filhos do primeiro casamento são parte integrante e permanente. E, na medida em que o campo de pesquisa amplia, torna-se mais vago, compreendendo o lar do genitor guardião, o lar do genitor não-guardião e de parentes afins de cada um deles, tanto quanto os parentes do pai afim. A família reconstituída, assim, é pensada como integrante de um sistema mais amplo no qual ela é inscrita. Nesta perspectiva as categorias filho-filho afim, pai-pai afim, mãe-mãe afim não são posições excludentes nem oponentes das figuras nucleares tradicionais, mas complementares a elas, que haverão de colaborar com os integrantes primários no crescimento de todos os envolvidos.

Nestes estudos, mais recentes, não aparece uma única concepção ideológica sobre as novas famílias. Pode-se observar, ao menos, dois modelos principais: um, tradicionalista, aspira criar uma família de substituição, onde o novo marido da mãe assumiria o papel do pai; outro, objetiva o reconhecimento da especificidade do núcleo familiar com a inserção de um novo membro, o marido ou o companheiro da mãe ou do pai. Entretanto, a maioria destes estudos privilegia a ideologia da família nuclear, ignorando as imensas particularidades das relações pai afim, mãe afim e filhos afins.

Durante estas etapas, o direito permaneceu distante desta nova dinâmica social, como se sua estrutura não resultara afetada pelas mudanças operadas. Brindou-a, apenas, com restrições de ordem patrimonial e permaneceu vazio quanto a regras

orientadoras que contribuam à legitimação das funções que cumprem e favorecem o bom funcionamento e estabilidade familiar.

2.3 A RELEVÂNCIA SOCIAL DAS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS

Quando se fala destas famílias, não se está evocando uma configuração estranha ou enigmática à sociedade, conhecida desde os romanos, mas nomeando aquelas que se originam de novas uniões, após a viuvez, divórcio ou separação, nos casos em que um ou os dois cônjuges têm filhos de um ou mais casamentos anteriores.

Estas famílias compõem grupos familiares onde circulam e convivem crianças e adolescentes de distintos casamentos ou uniões livres, conformando uma rede de sustentação emocional e material, não isenta de antagonismos e conflitos.

O número de famílias reconstituídas se eleva constantemente, reflexo direto do aumento da taxa de divórcios, que traz como consequência a formação de novas uniões. Basta levantar alguns dados estatísticos para perceber-se que, cada vez menos, uma criança permanece até a idade adulta junto a ambos os pais biológicos e, em contrapartida, cada vez mais esta criança se criará com um dos pais e um novo cônjuge ou companheiro. Não seria exagero dizer, como visto alhures, que nos próximos anos, a família dirigida por um só dos progenitores e a família reconstituída serão as famílias padrão em muitos lugares do mundo.

Nos Estados Unidos estima-se que duas de cada cinco crianças e adolescentes vivem atualmente em famílias reconstituídas ou com um só dos progenitores. Na Europa observa-se, igualmente, um importante crescimento destas famílias, cujo número se duplicou desde a década de 60, particularmente em países como a França, Alemanha, Países Baixos e Suécia. A América Latina, e em particular no Brasil, não constitui exceção. Apesar de não existirem estatísticas oficiais sobre o número de famílias reconstituídas, do crescimento do número de divórcios deduz-se o incremento

das segundas e ulteriores núpcias.

Por isto, na área das ciências psico-sociais observa-se o interesse em indagar sobre os problemas e os conflitos específicos destas configurações familiares, contudo, estas famílias permanecem ainda invisíveis no campo do direito. Praticamente não existem trabalhos doutrinários nesta matéria a despeito desta realidade familiar vir aumentando sensivelmente no corpo social.

Não obstante sua diferenciação básica da família nuclear, constituída pelos pais biológicos e seus filhos, sob a denominação de famílias reconstituídas se encerram realidades sociológicas, que geram distintas necessidades, comportamentos, crenças e expectativas em seus integrantes. Não se pode entender como iguais, por exemplo, um núcleo formado pela mãe, seus filhos e o homem a quem se uniu e outro composto por uma mulher casada com um homem que não tenha trato freqüente com seus filhos do primeiro casamento. Neste sentido pode-se imaginar uma multiplicidade de combinações familiares, que necessitam de regramentos distintos. A grande variedade das possíveis origens destas famílias e o acúmulo de vínculos interindividuais que nelas se formam, fazem que este tipo de estrutura familiar complexa seja uma importante fonte de material de estudo para as ciências psico-sociais.

É levando-se em conta as observações precedentes, que é preciso abordar a questão do direito.

3 AS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS E O DIREITO

Se não é em ódio às segundas núpcias¹³⁵ é, ao menos, com desconfiança que o direito tradicionalmente delas se ocupa. Exemplo disto é que o viúvo ou a viúva, o divorciado ou a divorciada estão obrigados a fazer inventário dos bens de seu falecido cônjuge, sob pena de suspensão do novo casamento, mediante oposição ordinária (CC, arts. 1.523, incs. I e III e 1.524).¹³⁶ Na legislação civil precedente, o cônjuge com filhos que casava novamente sem antes fazer o inventário do casal, perdia o direito ao usufruto dos bens dos mesmos filhos.¹³⁷ Resultava, porém, mais grave para a mulher, que perdia o pátrio poder quanto aos filhos do leito anterior, se não procedesse a respeito dos filhos e dos bens na conformidade do direito civil. Assim dispunha o art. 94 do Decreto 181, de 24.01.1890: "Todavia, se o cônjuge falecido for o marido, e a mulher não for bínuba, esta lhe sucederá nos seus direitos sobre a pessoa e os bens dos filhos menores, enquanto se conservar viúva. Se, porém, for bínuba, ou estiver separada do marido por culpa sua, não será admitida a administrar os bens deles, nem como tutora ou curadora".¹³⁸

Semelhante proibição é encontrada, *ad exemplum*, no art. 130 do Código Civil equatoriano e no art. 124 do Código Civil chileno, como pressuposto às segundas núpcias válidas. Se o viúvo ou a viúva com filhos de precedente matrimônio sob seu poder quiser casar, deverá proceder a inventário solene e dar partilha aos herdeiros dos bens de seu falecido cônjuge.

¹³⁵ BEVILAQUA, C. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. 12. ed. atual. Rio de Janeiro: F. Alves, 1960, v. 2, p. 296.

¹³⁶ Já era assim no Código de 1916, arts. 183, incs. XIII e 190.

¹³⁷ Sobre os direitos da mãe bínuba, v. J. Rodrigues VALLE (Direitos da mãe bínuba. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 135, p. 465-474, jan. 1942).

¹³⁸ No original: "Todavia, si o cônjuge fallecido for o marido, e a mulher não for binuba, esta lhe succederá nos seus direitos sobre a pessoa e os bens dos filhos menores, enquanto se conservar viúva. Si, porem, for binuba, ou estiver separada do marido por culpa sua, não será

A regra do art. 94 do Decreto 181/1890 foi trasladada para o Código Cível de 1916 (art. 393), com a diferença de que, enviuvando das novas núpcias, readquiria o pátrio poder; entretanto, a lei não lhe retirava o direito de ter os filhos em sua companhia, entendendo a doutrina da época existirem duas razões para isto, a incapacidade da mulher casada, em que recai a viúva pelo novo casamento e os possíveis conflitos de interesses entre duas famílias.

É de se assinalar, que somente em 1962 a Lei nº 4.121, conhecida como o Estatuto da Mulher Casada, alterou dita disposição, não mais perdendo a mulher o pátrio poder quanto aos filhos do leito anterior, regra que foi confirmada pelo art. 27, da Lei nº 6.515, de 26.12.77, e reafirmada, com insignificante alteração redacional, pelo art. 1.579 do Código Civil de 2002:

Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.

Neste mesmo sentido dispõem o Código Civil argentino no art. 271 e o Código Civil português no art. 1.905º.

Quando os cônjuges contraem matrimônio estabelecem um vínculo de afinidade com os respectivos parentes consangüíneos. Porém, não induz parentesco algum para os parentes consangüíneos de um dos cônjuges em relação aos parentes consangüíneos do outro cônjuge, resultante da máxima: afinidade não gera afinidade. O parentesco por afinidade perpetua-se na linha reta ascendente ou descendente, mas cessa em relação aos irmãos com a dissolução do casamento ou da união estável. Solução diversa é oferecida pelo art. 297º do Código Civil peruano, para o qual "a afinidade em linha reta e a colateral até segundo grau, não acaba com a dissolução do matrimônio que a produziu".¹³⁹ Efeito proeminente da afinidade é o impedimento

admittida a administrar os bens delles, nem como tutora ou curadora."

¹³⁹ No original: "*La afinidad en línea recta y la colateral hasta el segundo grado, no acaba*

matrimonial. Uma tal relação constitui fundamento de suspeição do juiz (CPC, art. 134, incs. IV e V). Há obrigação alimentar entre parentes, independentemente da origem, se consangüíneos, afins ou adotivos, até entre sogros, sogras, genros e noras como expressamente dispõem os arts. 258 do Código Civil paraguaio e 119, inc. 2º do Código Civil uruguaio. Para estes, diz Maria Inês Varela de MOTTA, finaliza quando tenha falecido aquele dos cônjuges que produzia a afinidade, porém mantém-se se existem filhos nascidos de sua união com o outro.¹⁴⁰ Mas não há direito sucessório entre afins nem ao uso do nome.

À mulher impõe-se um período forçado de "viuvez" de até 10 (dez) meses, prazo máximo de uma gestação, para evitar a incerteza da geração e se possa atribuir ao primeiro marido o filho que dele tiver depois da novamente casada. A consequência do casamento da viúva, antes do tempo fixado pela lei, é tornar obrigatório do regime de separação de bens no casamento (CC, arts. 1.523, inc. II e 1.641, inc. I). A incerteza é vencida pelo sistema de presunções que o Código estabelece (CC, art. 1.598), que, entretanto, pode ser destruída por prova científica em contrário. Isto permite reafirmar, que as famílias reconstituídas, ou de novas uniões, enfrentam uma hostilidade história na ordem jurídica, principalmente quando se trata de novo casamento de viúva com filhos do casamento anterior.

Da experiência cotidiana, colhe-se que existe um grande desconhecimento das normas jurídicas a respeito das famílias reconstituídas, a partir da inquietação sobre existir ou não algum vínculo de parentesco entre o novo cônjuge ou companheiro e os filhos próprios. Até mesmo se seriam verdadeiramente pais afins ou mães afins os que se casam ou se unem a um viúvo ou uma viúva com filhos de uma relação anterior, tal como entendem alguns demógrafos americanos. Decorre disto que não seriam pais afins ou mães afins se o pai ou a mãe biológica dos filhos do novo marido ou da nova mulher ainda vivessem. E, não seriam igualmente quanto aos filhos não conviventes,

por la disolución del matrimonio que la produjo".

¹⁴⁰ MOTTA, M. I. V. Las familias originadas en ulteriores nupcias – su estatuto jurídico. *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, Montevideo, n. 11, p. 89, ago. 1996.

ou seja, daqueles sob a guarda do ex-cônjuge do novo marido ou da nova mulher.¹⁴¹

Nesta ordem de idéias surgem mitos e crenças segundo os papéis que ocupam as pessoas nas famílias reconstituídas. Competiria à mulher unida a um homem que não vive com seus filhos o exercício de quaisquer dos atributos do poder familiar em relação a estes filhos? Pode dirigir-lhes a criação e a educação, bem assim exigir-lhes respeito e obediência e a prestação de serviços próprios de sua idade e condição? Pode esta mulher assistir e representar os filhos de seu novo marido, nomear-lhes tutor ou reclamá-los de quem ilegalmente os detenha? Mesmo existindo um laço mais estreito, estima esta mulher que o papel que exerce e o lugar específico que ocupa no novo sistema familiar carece de alguma normativa que os legitime, não apenas como efeito de compromissos de caráter moral, da integração familiar e da convivência.

A questão alimentar suscita outras inquietações. Para algumas mulheres é natural e implícito da nova relação que seus cônjuges sustentem a seus filhos de uma união anterior, decorrendo tal responsabilidade da mera decisão de constituir uma nova família. Outras, entretanto, não desejam que seus novos maridos cumpram com este dever. No senso comum, o dever alimentar aos filhos afins não deve subsistir à dissolução da família reconstituída. Mas deve persistir a obrigação destes para com o pai ou mãe afim quando necessitar.

No exercício da responsabilidade parental também dissentem as opiniões. De uma parte, os pais e mães afins podem opinar em todas as questões relativas aos filhos e filhas afins, mas a decisão deve ser compartilhada. De outra parte, é aceitável a opinião, mas a decisão não pode usurpar a parentalidade do pai ou da mãe biológicos.

O direito de visitas e o direito sucessório também entram na pauta das interrogações. Apesar da dissolução do vínculo conjugal por morte ou divórcio, julga-se razoável que o pai e a mãe afim continuem a visitar e a comunicar-se com seus filhos e filhas afins, menos prejudicial a estes pelo luto originado na ruptura do casal,

¹⁴¹ Como tradicionalmente a guarda de filhos menores é confiada à mãe, a nova esposa do pai não seria verdadeiramente mãe afim dos filhos de seu marido ou companheiro.

bem assim de seus meio-irmãos. Considera-se justo e importante que a mãe afim continue a criação dos filhos de seu ex-cônjuge, se resultar benéfico para eles. O dissenso sobre estas questões, por oposição da família biológica, resultará em demanda judicial, que o juiz, com a máxima discricionariedade e no interesse superior do menor, decidirá. Quanto ao direito de reciprocamente herdarem pais e filhos afins também avultam idéias conflitantes, quando não o ignoram.

Destas vivências resulta uma diversidade de aspirações sobre uma reforma legal. Uns estimam que a inexistência de normatividade a respeito gera problemas e dificuldades para os integrantes das famílias reconstituídas, cuja superação encontraria respostas em uma disciplinação peculiar tal como o sistema atual brinda as uniões estáveis. Outros, a contrário, entendem desnecessário um estatuto legal próprio. Para outros mais, os direitos não devem ser concedidos senão mediante uma demanda própria de parte do interessado, desestimando um direito imposto. Se para uns existe uma demanda social pelo estabelecimento de alguma normatividade que ordene os direitos e deveres entre pai e mãe afim e filhos afins, para outros esta não deveria ser diferente da normativa geral aplicada ao casamento, à união estável e às relações paterno-filiais em si, pois que redundaria para o direito reconhecer uma família de primeira e outra de segunda classe.¹⁴²

Na literatura sobre o tema, argumenta-se, que a tentativa de tipificar e considerar as famílias reconstituídas à margem do direito ou diferente da normativa própria da lei para todo o direito de família, não passa tanto por tipificar ou gerar um novo direito, senão por querer introduzir como elementos catalizadores ou reguladores específicos dentro de sua consideração, outros de caráter pessoal que são próprios de toda conduta humana e que podem apontar à consideração do necessário para sua prevenção, da análise das condutas determinantes ou concorrentes das partes na formação destas famílias. Por isto, deve se sujeitar para o direito às suas normas

¹⁴² Iguais designações já vitimaram o casamento e a união estável. Sobre a equiparação ou isonomia entre estas entidades, oferece Francisco José CAHALI a opinião de vários autores. (**União estável e alimentos entre companheiros**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 13-18).

próprias sem mais diferenciações ante ele mesmo que as próprias de seus integrantes, sendo-lhes aplicáveis as regras gerais existentes para os casos análogos. Se assim for, são desnecessárias as disposições legais a respeito das uniões estáveis.

Entretanto, a família, como grupo social, desde o modelo arcaico, requer pautas de conduta que definam e compatibilizem as regras entre seus integrantes, sem as quais não se pode conceber seu funcionamento. De uma maneira mais crescente, as famílias reconstituídas vivem seu cotidiano essencialmente no espaço privado e à margem da lei, com pautas institucionais somente a alguns de seus integrantes. Por inexistir normas externas, são seus próprios integrantes que as criam. Para isto exige-se o intercâmbio e a concordância de todos os membros da família, como meio de legitimar as regras que não são institucionalizadas. A falta de legitimação enraíza o medo e com ele as rivalidades, os interesses extremados e as chantagens afetivas. Ao direito cabe legitimar as eleições individuais ou grupais, afirmar certas responsabilidades originadas nas funções familiares, instituir determinadas regras para impedir descumprimentos das funções conjugais e parentais.

As concordâncias interpessoais podem deixar desguarnecidos os direitos de seus membros, principalmente das crianças e dos adolescentes, que não podem defender por si sós seus interesses pessoais. Então, estas famílias reclamam do corpo social uma atitude mais comprometida, que estimule e valorize comportamentos responsáveis de seus integrantes adultos, criando o lugar e espaço próprios ao pai ou mãe afim no âmbito familiar. Neste sentido, a lei não pode permanecer alheia, fixando certas regras mínimas que afirmem o compromisso e as obrigações dos que vivem em companhia de menores e assumem cotidianamente seus cuidados, sejam ou não seus pais biológicos. A finalidade da lei seria fixar pautas claras de funcionamento, onde, porém, o espaço do "não direito" e o poder da autonomia da vontade devem ser mais amplos, em razão da variedade existencial. A demanda social exige, à estabilidade de seu conjunto, a criação de referências institucionais, que ordenem os direitos e os deveres de pais e mães afins com os filhos afins durante a união e depois de sua ruptura.

Se bem que a adaptação às circunstâncias concretas do cotidiano constitui um problema psico-social, que se resolve mediante a negociação de regras, implícitas ou explícitas, no seio de cada família, a lei pode conferir um marco de legitimidade no exercício das funções parentais nas novas famílias, um modelo que supere a idéia da exclusividade destas funções, permitindo o exercício interdependente e complementar entre os pais biológicos e os afins dentro de limites precisos. São exemplos destes caminhos legais, a guarda de fato e a guarda judicial.

3.1 GUARDA DE FATO

O pai e a mãe afim, que convive com o filho afim é um guardador de fato. A guarda de fato, que o Código Civil não contempla, é aquela que se estabelece por decisão própria de uma pessoa, que toma a criança a seu cargo sem qualquer atribuição legal (reconhecida aos pais e aos tutores) ou judicial, não tendo sobre ela nenhum direito de autoridade, porém todas as obrigações inerentes à guarda desmembrada do poder familiar, como assistência e educação, e sobre a qual inexistente controle nem avaliação tanto sobre o guardião como sobre a criança. Entretanto, o vínculo jurídico que assim se estabelece não será desfeito senão por decisão judicial em benefício da criança. Edgar de Moura BITTENCOURT refere não serem poucas as manifestações jurisprudenciais reconhecendo o direito de guarda originada do fato.¹⁴³

Ao guardador de fato, no caso, o pai ou a mãe afim, se lhe reconhece a faculdade de atuar frente à impossibilidade do pai biológico fazê-lo (ausência ou enfermidade), instando as ações civis e penais para resguardar e proteger a pessoa sob sua guarda contra quem a tenha lesionado física ou psiquicamente. Evidencia-se, assim, a necessidade de uma regulamentação expressa sobre a guarda de fato, aplicável

¹⁴³ BITTENCOURT, E. M. **Guarda de filhos**. São Paulo: Universitária de Direito, 1984, p.

quando o guardador fosse o pai ou a mãe afim.

3.2 GUARDA JUDICIAL

Em um sentido mais eficaz, pode-se admitir a guarda judicial ao pai ou à mãe afim, guarda esta que compreenderia não só a guarda física, ou seja, a da proximidade cotidiana, cuidado e educação, mas também o direito de vigilância, correção e fiscalização para fazer efetivos os deveres assumidos e os direitos ao respeito e à colaboração da criança na exata medida do indispensável ao exercício das funções . A guarda conferida por sentença ao pai ou à mãe afim, não seria outra coisa, em definitivo, que a conversão da guarda de fato em uma judicial, agora sob controle do judiciário. Embora de alcance limitado, mas suficiente para possibilitar o pleno exercício da autoridade parental do pai ou da mãe afim, sua integração à nova família, indispensável à criação e educação da criança.

A guarda judicial não pretende substituir o pai biológico nem obstaculizar a ampla e normal comunicação com o genitor não convivente, a quem, por lei, cabe visitar e ter em sua companhia os filhos menores, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Por isto se disse limitada, na medida em que preserva a relação paterno-filial. Este sistema, requer, por certo, regulamentação, para precisar as diversas situações que possam produzir-se. Possivelmente funcione com menores dificuldades em caso de falecimento ou ausência do pai biológico não convivente. E cessará por acordo das partes, quando revelar-se prejudicial à criança e, naturalmente, quando sobrevier a ruptura do vínculo que lhe deu origem.

Nesta perspectiva, cabe analisar a relação parental que se estabelece entre o cônjuge do genitor e os filhos deste, afirmando uma filiação por afinidade, sua

responsabilidade parental e alimentar, revelando a necessidade de uma postura jurídica, que faça emergir e garanta às famílias reconstituídas sua inclusão no ordenamento positivado. A ausência de reconhecimento destas relações pelo sistema jurídico provoca um enorme vazio entre a realidade destas famílias e o direito legislado, fonte de ambigüidades e conflitos.

Sem dúvida, a nova família origina uma estrutura complexa, que requer um paradigma distinto de funcionamento. Quer isto dizer, que o direito tem uma importante função a cumprir, criar um lugar e espaço próprios ao pai ou mãe afim no âmbito familiar. Neste passo, o direito deve imaginar uma regulamentação apropriada, que afirme a posição dos integrantes das famílias reconstituídas, dando-lhes legitimidade para colaborar no cuidado do filho afim e dar-lhe o reconhecimento necessário na ordem interna e social e atenuar as ambigüidades originadas pela falta de guias institucionalizadas.

Por esta razão, pareceu importante iniciar o exame dos aspectos jurídicos relativos as famílias reconstituídas com a análise do vínculo de parentesco que une os integrantes destas configurações. Seguindo-se ao itinerário do sistema de alianças entre as famílias intactas, analisa-se especificamente a relação entre um cônjuge e os filhos do outro, provenientes de uma união anterior, pois que tal relação é o nexo veemente que define esta forma de família.

4 O PARENTESCO NAS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS

4.1 NOÇÕES GERAIS

As relações jurídicas em direito de família situam-se em três territórios distintos, que se interpenetram e se destacam teleologicamente: o tratado do matrimônio, que abarca desde os pressupostos de sua celebração à sua dissolução, as relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges; o tratado da filiação, que compreende as suas diversas classes e as relações entre pais e filhos; e o tratado das instituições tutelares dos menores e dos incapazes.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Esta divisão, dizem Jose Luis LACRUZ BERDEJO *et all*, é relativamente moderna: "O sistema romano da Instituta estudava uma parte do Direito de Família ao tratar das pessoas, considerando consecutivamente o pátrio poder, o matrimônio – contemplado no sistema de GAYO e também no de JUSTINIANO, como um meio de adquirir o pátrio poder -, a adoção e a tutela. O dote, e em geral, o pouco que o Direito Romano dispõe acerca do regime econômico matrimonial, se encontra no capítulo destinado às doações e distribuído por diversos títulos ao tratar das ações. Os Códigos francês e italiano de 1865, aprovaram o sistema romano, que passou igualmente ao nosso Código de 89, no qual o matrimônio e o Direito matrimonial pessoal, e sucessivamente a filiação, o pátrio poder e a tutela, se estudam no livro primeiro, 'das pessoas', enquanto que as questões econômicas do matrimônio se relegam ao livro quarto, sob o título 'Do contrato sobre bens em ocasião do matrimônio'. Anteriormente, SAVIGNY havia colocado o estudo unitário do Direito de Família depois do Direito patrimonial e antes do Direito sucessório. A idéia com respeito ao estudo unitário, se perpetuou nos Códigos modernos (a partir do BGB até o Código Civil português de 1966), apesar de que no Código suíço e o italiano de 1942 situam o Direito familiar na parte inicial do conjunto, imediatamente depois de tratado das pessoas". (**Derecho de familia**. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1990, v. 1, p.15-16). (No original: "*El sistema romano de la Instituta estudiaba una parte del Derecho de familia al tratar de las personas, considerando consecutivamente la patria potestad, el matrimonio – contemplado en el plan de GAYO y luego en el de JUSTINIANO como um médio de adquirir la patria potestad -, la adopción y la tutela. La dote y, em general, lo poco que el Derecho romano dispone acerca del régimen económico matrimonial, se halla em el capítulo destinado a las donaciones y distribuído por diversos títulos al tratar de las acciones. Los Códigos francés e italiano de 1865 aceptaron el plan romano, que pasó igualmente a nuestro Código del 89, em el cual el matrimonio y el Derecho matrimonial personal, y sucesivamente la filiación, la patria potestad y la tutela, se estudian em el libro primero, 'de las personas', mientras que las cuestiones económicas del matrimonio se relegan al libro 4º, bajo el título 'Del contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio'. Anteriormente, SAVIGNY había colocado el estudio unitario del Derecho de familia tras el Derecho patrimonial y antes del Derecho sucesorio. La Idea, en cuanto al estudio unitário, se ha perpetuado en los Códigos modernos (a partir del BGB., y hasta el Cc. portugués de 1966), si bien en Código suizo y el italiano de 1942 sitúan al Derecho familiar en la parte inicial del conjunto, inmediatamente después del tratado de las personas"*.)

Estas relações estão presentes em todos os modelos de família albergados pelo art. 226 da Constituição Federal e já se apresentavam na noção de direito de família oferecida por Clóvis BEVILAQUA: "O complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dêle resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela."¹⁴⁵ Atualmente, concorde-se ou não com esta noção, por designar família somente a que se forma a partir do casamento regulado pelo Estado, interessa observar que está a se referir aos institutos do casamento, do parentesco e da assistência, a que a doutrina costuma designar direito matrimonial, direito parental e direito assistencial.

A divisão do tema de família nestes territórios tem importância não somente para fins didáticos, mas porque distingue as diversas relações que se formam por seus conteúdos e efeitos, inclusive no espaço interno destas relações. Neste caso, por exemplo, exige autorização de ambos os pais para o casamento dos filhos menores de 18 e maiores de 16 anos e a dispensa para os filhos maiores de 18 anos, obriga o regime da separação de bens no casamento de pessoa maior de 60 anos de idade e faculta a sua escolha para a de idade inferior, regula os alimentos entre parentes e, diversamente, entre os ex-cônjuges.

4.1.1 O Parentesco por Consangüinidade

O parentesco, nas lições mais correntes, é a relação que vincula entre si as pessoas, que descendem umas das outras ou todas de um só tronco comum, fundado,

¹⁴⁵ (BEVILAQUA, C. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado** ..., p. 6). Anota Francisco PONTES DE MIRANDA, que "Rigorosamente, o Direito tutelar, quer no tocante ao pátrio poder, quer no tocante à tutela e à curatela, não devia achar-se no Direito de Família, salvo quando tratasse de efeito imediato da relação parental." (**Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1939, p. 45).

pois, na comunidade de gerações, desaparecendo do direito moderno a relação estabelecida apenas pelo lado masculino, que os romanos denominavam *agnatio*.¹⁴⁶ Assim, são parentes entre si as pessoas que se ligam por um vínculo de sangue, denominado por *consangüinidade* ou *natural*, formando uma linha, que é a série de pessoas provindas por filiação de um ancestral comum. A linha pode ser reta ou vertical ou colateral ou transversal. Na linha reta, as pessoas descendem direta e sucessivamente umas das outras, como bisavô, avô, pai, filho, neto, bisneto, estabelecendo, assim, uma cadeia *ad infinitum* de geradores e gerados. Distingue-se nesta linha o parentesco ascendente (linha superior) e o parentesco descendente (linha inferior), conforme se sobe de uma determinada pessoa em direção àquela de quem proveio (pai, avô, bisavô) ou se desce desde esta pessoa até àquela que dele proveio (filho, neto, bisneto). A linha será paterna ou materna quando se toma como marco referencial o pai ou a mãe. Importa esta divisão ao direito sucessório, quanto ao modo de partilhar a herança, por linhas ou estirpe. As pessoas encontradas na linha paterna são, em regra, diversas das da linha materna. Porém, se se casam dois primos os avós serão os mesmos para estes cônjuges e para os seus filhos serão, simultaneamente, parentes paternos e maternos.

A linha colateral ou transversal é formada por pessoas que se vêm obliquamente ao tronco comum, não descendendo, portanto, umas das outras. Diversamente da linha reta, nesta há limitação do parentesco.¹⁴⁷ Sua representação gráfica é constituída por um ângulo, em cujo vértice posta-se o ascendente comum e nas linhas que o formam os descendentes. Cada um dos descendentes, ao casar,

¹⁴⁶ Conforme já se examinou anteriormente, o parentesco pelo sangue, com relação à família materna ou paterna, chamava-se *cognatio* e não produzia efeitos civis. Era um parentesco natural.

¹⁴⁷ O art. 1.592, do Código Civil, em relação ao diploma anterior (art. 331), reduziu do sexto para o quarto grau este parentesco para uniformizar o sistema, pois, ao cuidar da defesa dos direitos da personalidade, legítima, dentre outros, os parentes colaterais até o quarto grau (art. 12, parágrafo único *in fine*) e nele também limita o direito sucessório destes parentes (art. 1.839), o que aqui não constitui novidade como observa Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, pois o art. 1.612 do antigo Código, com a redação do Decreto-Lei nº 9.461, de 15.07.46, já limitava o direito sucessório do colateral ao quarto grau. De qualquer sorte, estabeleceu-se uma uniformidade para todos os fins, sem qualquer distinção. (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. 91-92).

assumirá o vértice de uma nova descendência, será o tronco comum de uma nova relação de parentesco. Na linha colateral o parentesco pode ser bilateral ou unilateral, principalmente entre irmãos, que podem ser germanos ou bilaterais se nascidos do mesmo pai e da mesma mãe, consangüíneos se nascidos do mesmo pai mas de mães diversas e uterinos, se nascidos da mesma mãe porém de pais distintos. Revela-se importante esta distinção, na medida em que, como dispõe o art. 1.841, do Código Civil, "Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar."

A colateralidade será igual, quando entre o tronco comum e os parentes considerados a distância é a mesma, como os irmãos. Será desigual em caso contrário, como tios e sobrinhos, que ocupam na escala parental posições desniveladas. A linha colateral será duplicada, quando os ascendentes das pessoas consideradas são parentes entre si, quando dois irmãos casam-se com duas irmãs, seus filhos são parentes colaterais em linha duplicada.

As linhas são constituídas por gerações, pessoas nascidas das diversas relações conjugais. Cada geração forma um grau. Assim, a proximidade ou a remotividade entre as pessoas conta-se pelo número de gerações ou de graus que as separam. Na linha reta, tanto na vertente ascendente como na descendente, contam-se os graus pelo número de gerações. No primeiro caso, do filho ao pai, um grau; do filho ao avô, dois graus; do filho ao bisavô, três graus. No segundo, do pai ao filho, um grau; do pai ao neto, dois graus; do pai ao bisneto, três graus. Na linha colateral, os graus de parentesco também contam-se pelo número de gerações, subindo de um dos parentes até o ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente. Assim, na linha colateral inexistente parentesco de primeiro grau, que seria o ascendente comum. Com a exclusão deste, os irmãos são parentes de segundo grau e os primos de quarto grau; tios e sobrinhos são parentes em terceiro grau. Para além do quarto grau de distância é juridicamente irrelevante o parentesco nesta linha, tanto como para fins sucessórios.

O parentesco consangüíneo será matrimonial ou legítimo se oriundo do casamento e extramatrimonial ou ilegítimo se oriundo de uma união livre, de relações

sexuais eventuais ou concubinárias, pois, como ensina João Baptista Villela, nada obsta didaticamente que se fale em filiação matrimonial e não-matrimonial, por serem termos axiologicamente indiferentes e não discriminatórios, uma vez que a Constituição de 1988 reconhece como entidade familiar, sob a proteção do Estado, o agrupamento de fato entre homem e mulher (art. 226, § 3º).¹⁴⁸ Considerando esta lição, classifica-se a filiação ilegítima em natural, quando inexiste impedimento ao casamento dos pais, e espúria, podendo esta ser adulterina unilateral, quando um dos pais é casado com terceiro - unilateralidade paterna (a *patre*) ou materna (a *matre*) - ou adulterina bilateral, quando ambos os pais são casados com terceiros; ou, incestuosa, havendo entre os pais impedimento derivado de relação de parentesco entre eles.

O vínculo do parentesco pode ser duplo ou simples, segundo seja estabelecido por parte da mãe e do pai ou de um só deles.

4.1.2 O Parentesco por Afinidade

A *afinidade* é outra espécie de parentesco, também chamado de parentesco político. Nasce do laço marital válido. É o vínculo que se estabelece entre um dos cônjuges ou companheiros e os parentes do outro, tanto na linha reta como na colateral, analogamente ao parentesco por consangüinidade, mas limitado na lei. Na linha reta estende-se entre os ascendentes e os descendentes,¹⁴⁹ sem limitação de grau, porém, na linha colateral esbarra nos irmãos do cônjuge ou companheiro.¹⁵⁰ Contando-

¹⁴⁸ J. B. Villela *apud* Maria Helena DINIZ (**Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 361-362).

¹⁴⁹ Tratando dos impedimentos matrimoniais, expõe Caio Mário da Silva PEREIRA que o parentesco por afinidade deve limitar-se ao primeiro grau, tal como manifesta Lafayette Rodrigues Pereira [*Direitos de família*, p. 46], já que afinidade não gera afinidade. Pontes de Miranda, entretanto, diz, não limita o impedimento decorrente da afinidade ao primeiro grau, que alude à sua extensão *in infinitum*. (**Instituições de direito civil**. 13. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5, p. 65).

¹⁵⁰ Apesar da disciplina legal (CC, art. 1.595 e seus parágrafos) não discriminar *cônjuge* ou

se por linhas e graus¹⁵¹ de maneira idêntica ao parentesco consanguíneo, sogros e genros são parentes por afinidade em linha reta de primeiro grau e cunhados são parentes por afinidade em linha colateral de segundo grau. Assim também, pais e mães afins (padrastos e madrastas) são parentes por afinidade em linha reta de primeiro grau de seus filhos afins (enteados); mas o cônjuge de primeiras núpcias falecido não tem parentesco algum com o filho do segundo casal do outro cônjuge. Nascendo somente de um casamento válido, o casamento putativo não gera afinidade, pois seus efeitos limitam-se ao cônjuge de boa fé e à prole, não alcançando terceiros. Sendo, porém, a afinidade um vínculo estritamente pessoal, decorre que os afins de um cônjuge não são afins entre si; o afim de um cônjuge, por força de uma primeira união, não é afim da pessoa com que aquele contraiu novas núpcias; os parentes de um cônjuge e os do outro não ficam sendo afins entre si.

Observa Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, que "parentesco e afinidade são vínculos que não se confundem, a despeito de ser utilizada terminologia que muitas vezes os considera no mesmo contexto, como a expressão 'parentesco por afinidade'",¹⁵² utilizada pelo legislador no § 1º, do art. 1.595, embora o *caput* refira-se mais apropriadamente à expressão "vínculo". Neste sentido, afirma Arnaldo WALD que a afinidade não é parentesco, senão um vínculo que não tem a mesma intensidade

companheiro na formação do vínculo da afinidade, afirma Maria Helena DINIZ, que entre companheiros "não há parentesco, nem afinidade." (**Curso de direito civil brasileiro** ..., p. 370). No mesmo sentido é a lição de Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, que, entretanto, compreende nada impedir "a previsão legal a respeito de determinados efeitos jurídicos, como por exemplo a existência de impedimentos matrimoniais entre eles [os afins de companheiros] no campo do Direito de Família, ou a presença de motivos para determinadas restrições no campo processual – servir como testemunha – e no campo eleitoral – área da inelegibilidade -, entre outras." (**Das relações de parentesco**..., p. 100, n. 39).

¹⁵¹ Conforme estudo comparativo entre os dispositivos do antigo Código Civil brasileiro e os correspondentes institutos e princípios jurídicos do direito romano, procedido por Mário Curtis GIORDANI, a afinidade não tem graus (D.38.10.4.5), *Código civil à luz do direito romano – direito de família*, p. 13. Esta observação é confirmada por Orlando GOMES; "Conquanto não seja a afinidade idônea à *computatio* por *linhas* e *graus*, tal como é no parentesco, conta-se do mesmo modo, admitindo-se sua existência em *linha reta* sem limite de grau e em *linha colateral*, no segundo grau. Os parentes consanguíneos do marido são afins da mulher e *vice-versa*, em *iguais linha e grau*. A consanguinidade é, em suma, a base de cálculo." (**Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 319).

¹⁵² GAMA, G. C. N. da. **Das relações de parentesco** ..., p. 87-88.

que o parentesco e se estabelece entre sogro e genro, cunhados etc.¹⁵³ É, ainda, Guilherme Calmon Nogueira da GAMA que anota a tentativa, frustrada, de no Senado Federal desfazer-se o equívoco, por emenda do Senador José Fragelli, subsidiada por proposta subscrita pelo Professor João Baptista Villela, e rejeitada pelo relator Josaphat Marinho, entendendo este que "o vínculo do 'parentesco' abrange a 'afinidade'".¹⁵⁴

Apesar da advertência, o legislador civil de 2002, ao limitar a aliança que se estabelece entre cada cônjuge e os parentes do outro, chamando "parentes" aos "afins" (CC, art. 1.595, § 1º), pareceu optar por abranger na noção de parentesco o vínculo da afinidade, sem considerar as diferenças existentes entre estes dois institutos.¹⁵⁵

Na linha reta a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável que o fez nascer. A permanência deste vínculo ocorre para todos os efeitos legais. Desta maneira, o sogro (pai afim) não pode casar com a nora (filha afim), nem o genro (filho afim) com a sogra (mãe afim); o ato é nulo, por infringência de impedimento dirimente absoluto, além de constituir o incesto. Desaparecendo o vínculo na linha colateral, podem estes parentes casar, como é o caso dos chamados cunhados. Além dos impedimentos matrimoniais, os afins não têm direito a alimentos, à sucessão ou ao nome dos parentes do outro cônjuge.

4.1.3 O Parentesco por Adoção

Afora o parentesco consanguíneo e o afim, admite-se o por *adoção*, nomeado

¹⁵³ WALD, A. **Curso de direito civil brasileiro**: o novo direito de família. 14. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36.

¹⁵⁴ GAMA, G. C. N. da. **Das relações de parentesco...**, p. 87-88, n. 15 e 16.

¹⁵⁵ CAMPOS, D. L. de. **Lições de direito da família e das sucessões**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 18-19.

pelo legislador de 2002 de *parentesco civil*¹⁵⁶ (CC, art. 1.593), por oposição ao parentesco natural, do tipo consangüíneo, mas vale o mesmo que este. É o que se estabelece entre adotante e adotado, por sentença judicial, independentemente, pois, dos laços de sangue, estendendo-se aos parentes de um e de outro. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, que se desliga de qualquer vínculo com seus parentes consangüíneos, ressalvados os impedimentos matrimoniais em dupla ordem, em relação à família biológica e à família adotiva. Assim, pai e filho adotivos são parentes civis em virtude da lei (CC, art. 1.626). A estes são atribuídos os mesmos direitos e obrigações oriundos da filiação biológica, por força do princípio da isonomia constitucional (CF, art. 227, § 7º).

Os efeitos do parentesco são sentidos em todos os ramos do direito, particularmente no direito de família e no das sucessões. Em linhas mais gerais, é decisivo em matéria de sucessão legítima, acarreta os impedimentos matrimoniais, é causa fundamental de certos direitos e deveres, é relevante no campo dos alimentos. Questão tormentosa esta, entendendo recorrentemente a doutrina que só são devidos entre parentes, não entre afins (CC, art. 1.694), apesar da equiparação dos afins aos parentes (CC, art. 1.595, § 1º).¹⁵⁷

Neste particular, assinala Antônio CHAVES a acentuada diferença entre o direito brasileiro e o direito franco-italiano, que admite a prestação alimentar entre parentes afins, o que chegou a ser cogitado por Clóvis Bevilacqua em seu projeto, recuando ele próprio do intento por ter-lhe parecido excessiva a extensão aos afins. Funda-se a orientação do codificador francês, diz o autor, "num alto sentido moral, na solidariedade que deve vincular os membros de uma família, independentemente dos laços de sangue [...] fiel à jurisprudência romana, compreendendo entre os afins,

¹⁵⁶ Esta expressão já era utilizada por Clóvis BEVILAQUA em seu **Código civil dos Estados Unidos do Brasil** ..., p. 232.

¹⁵⁷ Neste sentido o julgado pelo STF, 3ª T., RMS 957-0/BA, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 09.08.1993, DJU 23.08.1993, p. 16.575: Não há dever de alimentos entre os parentes por afinidade, como, por exemplo, entre o sogro e a nora. In Orlando GOMES (**Direito de família** ..., p. 320).

mediante interpretação benigna da lei, também o sogro, a sogra, o genro e a nora."¹⁵⁸

Por outro lado, o chamado parentesco espiritual (*cognatio spiritualis*), proveniente do direito canônico, que se estabelece entre padrinhos e afilhados ou com os genitores destes, os compadres e as comadres, oriundo do batismo ou da crisma, não produz efeitos civis.

Este recorrido, que não é exaustivo sobre o tema, permite concluir a importância do parentesco, determinar o lugar das pessoas no contexto familiar, seus direitos, suas obrigações, proibições e compromissos. Interessa agora o particular exame do vínculo de parentesco que se forma entre um cônjuge e os filhos do outro, nascidos de uma união precedente, pois, como dito anteriormente, este é o nexo específico que define a família reconstituída. Não fosse isto, seria desnecessário o estudo específico do parentesco nestas famílias, que, embora de segundas núpcias, realizam as mesmas alianças que as de primeiras núpcias.

4.2 O PARENTESCO ENTRE UM CÔNJUGE E OS FILHOS DO OUTRO

Do estudo procedido na parte inicial deste trabalho, resultou claro que, desde a família arcaica até à família pós-moderna, o parentesco revela-se como um fato social fundado em certas necessidades, cambiantes, da sociedade. Quando se modificam as necessidades de uma determinada cultura, elevando-se continuamente de um nível inferior para outro mais superior, modifica-se o sistema de parentesco; não só, também o casamento e a vida doméstica.

Demonstraram os sociólogos e os antropólogos, que nas famílias primitivas nem sempre o parentesco está relacionado com o vínculo biológico, uma vez admitida

¹⁵⁸ (CHAVES, A. **Segundas núpcias** ..., p. 111-112). Este autor remete aos julgados *in* RT 144/353 e 172/161.

a promiscuidade sexual neste período. Tenha-se como exemplo a família punaluana, cuja essência repousa sobre a noção do casamento grupal. De sorte que muitos homens podiam ser pais de uma criança, o que transferia aos irmãos da mãe as funções paternas; pai só é necessário para o ato da procriação. Diferentemente, domina na sociedade atual o sistema unitário da família nuclear, pai-mãe-filho. Neste modelo, pai-mãe e filho são parentes consangüíneos, porque se vinculam geneticamente. No paradigma da família reconstituída, porém, já não é vínculo de sangue que determina o parentesco, mas o casamento ou a união de um dos genitores.

Deriva deste casamento ou união o parentesco por afinidade, que une um dos cônjuges ou companheiros aos parentes consangüíneos do outro. Portanto, não é o vínculo de sangue que estabelece este parentesco, mas a união conjugal, determinando que genro e nora e sogro e sogra, reciprocamente, vinculem-se no mesmo grau que filho e filha e pai e mãe, isto é, em primeiro grau por afinidade. Da mesma maneira, quando um dos cônjuges tem filhos de uma união precedente, gera o parentesco por afinidade em primeiro grau entre estes e o novo cônjuge do genitor.

Muito embora alguns autores¹⁵⁹ não atribuam à afinidade um verdadeiro parentesco, que não ultrapassaria à menção de "membros da família" pela aliança estabelecida entre marido e esposa, esta noção estreita não vence o conteúdo sócio-afetivo das relações familiares, pelo que ao parentesco entre um dos cônjuges e os filhos do outro tributa-se um vínculo familiar pleno, pois tão natural (o afeto e os estados psíquicos daí derivados, as emoções, a assistência) quanto o vínculo sangüíneo.

No direito brasileiro, cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. Na linha reta, o parentesco assim formado vincula uma pessoa aos ascendentes e descendentes de seu cônjuge ou companheiro, ilimitadamente.¹⁶⁰ Na linha colateral, porém, cinge-se aos irmãos do cônjuge ou

¹⁵⁹ *Ad exemplum*, Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, Arnaldo WALD e Diogo Leite de CAMPOS, cf. notas 153, 154 e 155.

¹⁶⁰ Esclarece Orlando GOMES, que alguém pode "ser afim de outrem em linha reta sob

companheiro. Isto significa que um dos cônjuges terá um parentesco por afinidade em linha reta de segundo grau, ascendente ou descendente, com avós ou netos do outro cônjuge, e assim sucessivamente. E, na linha colateral, na mesma distância, com os irmãos do cônjuge, e termina aí. Esta relação de parentesco por afinidade também se estabelece entre um dos cônjuges e os filhos do outro, sejam matrimoniais, extramatrimoniais ou adotivos. O nexu familiar existe não só por força da lei, mas reafirmado pelos laços psicológicos construídos pelo afeto.

4.2.1 A Extensão do Vínculo Entre Pais e Filhos Afins

Dispondo o art. 1.595 do Código Civil, que "Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade", resta claro que inexistente parentesco algum entre os parentes consangüíneos de um cônjuge com os parentes do outro, pois afinidade não gera afinidade, como em direito romano se dizia: *affinitas affinitatem non parit*. O novo casamento ou a nova união de um dos genitores, entretanto, estabelece o parentesco por afinidade, em linha reta de primeiro grau, entre os filhos deste de um vínculo anterior e o novo cônjuge, denominados neste trabalho, respectivamente, *filhos afins* e *pais afins*.¹⁶¹ Pouco importa a precedência ou não de matrimônio, pois no sistema atual a afinidade tanto decorre do casamento como do

tríplice ponto de vista: 1º) em virtude do casamento por ele contraído, o *marido* será afim em primeiro grau com a filha e a mãe da mulher a que se uniu; 2º) em virtude do casamento contraído pelos *filhos*, será afim, em primeiro grau com as esposas destes; 3º) em virtude do casamento contraído por seu pai, será afim em primeiro grau com a mulher a quem ele se uniu. No primeiro caso, a filha de sua mulher será sua *enteada* e a mãe sua *sogra*. No segundo, será *sogra* da mulher de cada filho. No terceiro, *enteado* da mulher de seu pai. [...] Na *linha reta* ocupa a pessoa a posição de *sogra*, ou *sogra*, e de *genro*, ou *nora*, conforme seja encarada em sentido ascendente ou descendente. Os pais do outro cônjuge são os *sogros* deste, o qual, por sua vez, é *genro*, ou *nora*. Afinidade existe ainda com o *avô* e o *neto* porque, nessa linha, não há limitação de grau." (**Direito de família** ..., p. 319).

¹⁶¹ No novo Código Civil são utilizadas as expressões, estigmatizantes, *padrastos* e *madrastas*, ao tratar das causas que autorizam a deserção (art. 1.962, inc. III).

companheirismo.¹⁶² Esclarecedor a respeito é o parágrafo único do art. 1.636 do Código Civil: pai ou mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável não perde os direitos ao poder familiar quanto aos filhos do relacionamento anterior.

Assim, não pode haver divergência interpretativa acaso tenha o filho de um dos cônjuges nascido de uma união livre embora não desfeito o vínculo matrimonial ou tenha nascido de um dos novos cônjuges com terceiro, que se denominariam adulterinos em ambas as relações. Haverá, em qualquer caso, o parentesco por afinidade entre o novo cônjuge e o filho extramatrimonial de seu esposo ou esposa. De sorte que o parentesco por afinidade alcança todos os filhos dos novos cônjuges ou companheiros, independentemente da origem, e qualquer discriminação que se pretenda fazer a respeito atenta o princípio da equiparação das filiações estabelecido pelo art. 227, § 6º, da Constituição Federal.

Entretanto, dissolvido o casamento ou a união estável o parentesco por afinidade não se estende aos filhos do ex-cônjuge ou companheiro nascidos de uma subsequente relação. Rompido o vínculo da afinidade entre o homem e a mulher, inexistente possibilidade de incorporar-se novos parentes afins. Por outro lado, levando-se em conta que a separação, judicial ou de fato, não extingue o vínculo da afinidade entre esposos ou companheiros, que só desaparece com a dissolução do casamento ou da união estável que o originou, deve-se interpretar como afins os filhos havidos por estes depois de decretada a separação.

4.2.2 Os Filhos Nascidos de Diferentes Uniões

Os filhos nascidos nas famílias reconstituídas são irmãos unilaterais dos filhos

¹⁶² A contrário, o Código Civil argentino dispõe que a proximidade do parentesco por afinidade se circunscreve aos filhos do cônjuge se eles provêm de um matrimônio precedente (art. 363).

nascidos de uniões anteriores. Se nascem do mesmo pai, porém de mães diferentes, são chamados consangüíneos. Se nascem da mesma mãe, mas de pais diversos, são chamados uterinos. Entre si são chamados meio irmãos. Não obstante o princípio constitucional da isonomia entre todos os filhos, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, estas denominações são lembradas pela frequência de sua utilização.

4.2.3 Os Filhos Próprios de Cada Cônjuge ou Companheiro

Já que a afinidade não gera afinidade, não há parentesco algum entre os filhos próprios de cada um dos esposos de uma relação precedente. São comumente chamados irmãos, simbolizando a existência de um laço afetivo entre eles, na medida em que vivem no mesmo lar e integram um mesmo grupo familiar. Na literatura inexistente uma denominação própria para estas pessoas, que, na linha adotada por este trabalho, passam a ser chamados *irmãos afins*.

4.2.4 A Durabilidade do Vínculo da Afinidade

A doutrina considera que a afinidade é um vínculo perpétuo, seguindo nesta matéria o direito canônico, cujo cânone 1.092 estabelece que a afinidade "em linha reta torna nulo o matrimônio em qualquer grau." Na reforma procedida em 1983, sob o Pontificado de João Paulo II, foi suprimido o impedimento de afinidade na linha colateral, porque muitas vezes o matrimônio entre afins é uma solução ótima para a prole porventura havida do primeiro matrimônio. Neste sentido discorre Francisco Cavalcante PONTES DE MIRANDA: "[...] a afinidade proibida é a afinidade em linha

reta, não somente no 1º grau como no nosso Direito do Império, nem até ao 2º grau, como dispunha o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, mas *in infinitum* e perpetuamente."¹⁶³ Outra coisa ocorria no direito romano e no direito francês antigo, situação traduzida neste pela máxima recolhida por Loysel: "morta minha filha, morto meu genro".¹⁶⁴ Para Caio Mário da Silva PEREIRA e Lafayette Rodrigues PEREIRA a dirimência decorrente do parentesco por afinidade encontra limite no 1º grau,¹⁶⁵ mas, reconhece o primeiro destes autores, "Entre os povos civilizados, não há discrepância quanto à proibição de casamento entre parentes na linha reta (Clóvis Bevilacqua), mais por inspiração moral do que biológica. É, aliás, um traço marcante nos povos de cultura ocidental serem exógamos.",¹⁶⁶ na constituição da família.

No ordenamento jurídico nacional a perpetuidade do parentesco por afinidade encontra-se claramente expressada no § 2º, do art. 1.595, projetando os direitos e as obrigações daí decorrentes para além da dissolução do casamento ou da união estável. Nesta compreensão, incluem-se, sem limitação de grau, todos os ascendentes e os descendentes do cônjuge, o que implica na interdição para contrair matrimônio: não podem casar os afins em linha reta, como prescreve o inciso II, do art. 1.521. Desta maneira, o sogro e a sogra correspondem ao pai e a mãe biológicos e o genro e a nora correspondem ao filho e a filha biológicos. Igualmente, o novo cônjuge corresponde ao genitor dos filhos de uma união anterior, inscrevendo-se na mesma interdição.

¹⁶³ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Direito de família** ..., p. 89-90.

¹⁶⁴ BELLUSCIO, A. C. **Manual de derecho de familia** ..., p. 399-400. No original: "*mort ma fille, mort mon gendre*".

¹⁶⁵ Respectivamente, Caio Mário da Silva PEREIRA (**Instituições**..., p. 65) e Lafayette Rodrigues PEREIRA (**Direitos de família**. Rio de Janeiro: Maia, 1918, p. 46).

¹⁶⁶ PEREIRA, C. M. da S. **Instituições**..., p. 65.

4.3 OS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

A toda pessoa é reconhecido o direito de contrair matrimônio com quem eleger, fundado este direito no princípio da liberdade individual, não porém com certas pessoas, expressamente excluídas pela lei, tanto por razões de ordem eugênica como por considerações de moralidade pública. Desde as sociedades primitivas apontam-se ditas proibições, tomadas pelo direito romano e desenvolvidas pelo direito canônico, que construiu a teoria dos impedimentos matrimoniais presente hoje em todos os ordenamentos modernos. Decorre do parentesco consangüíneo como do afim. A idéia central da teoria dos impedimentos matrimoniais, ensina Caio Mário da Silva PEREIRA, está em que estes exigem requisitos especiais que não se confundem com os pressupostos necessários dos atos comuns da vida civil e que, por isto, sua noção não é a mesma de incapacidade. Esclarece: "Casos há em que se observa sua coincidência; outros em que o impedimento é específico. Às vezes aquele é *geral* (*ex. gr.*, uma pessoa casada não pode casar com nenhuma outra); outras vezes, é *especial* (*ex. gr.*, o adotado não pode casar com o filho superveniente ao adotante)." E arremata, "*impedimento matrimonial é a ausência de requisitos para o casamento.*"¹⁶⁷ É, assim, a proibição de casar especial e particular de uma pessoa em relação a outras determinadas por lei.

No direito brasileiro o elenco das situações impeditivas à celebração do matrimônio válido vem exposto nos diversos incisos do art. 1.521: não podem casar os ascendentes com os descendente, seja o parentesco natural ou civil; os afins em linha reta; o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; os irmãos unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau, inclusive; o adotado com o filho do adotante; as pessoas casadas; o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Agrupadas em um só dispositivo as situações nas quais incida relações de

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 63.

parentesco com grande proximidade, vínculo anterior ou crime, deixa de subsistir a clássica distinção doutrinária entre impedimentos dirimentes absolutos e relativos e os meramente impedientes, pois as demais que integravam o rol do vetusto art. 183 passaram a constituir causas suspensivas do casamento. Por não terem estas caráter de definitividade e versarem questões patrimoniais, podem ser dispensadas pelo juiz a requerimento dos interessados, atendidas as exigências do parágrafo único do art. 1.523.

No que diz respeito ao impedimento decorrente do parentesco, o legislador de 2002 corrigiu, antes, adequou-o ao tratamento igualitário da filiação exsurgente do texto constitucional, eliminando as referências à sua legitimidade ou ilegitimidade. Mas não o fez, no entanto, em relação aos adotivos, dispensando-lhes tratamento específico e discriminatório, embora sejam simplesmente filhos. De outra parte, não estabeleceu impedimento algum aos incapazes de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento. Não houve omissão. É que a manifestação de vontade, para os atos em geral, demanda agente capaz e vontade livre e aquele que não tiver o necessário discernimento não pode casar. Sendo ato personalíssimo, o representante legal do incapaz não pode manifestar a vontade em nome de seu pupilo.

A afinidade, em linha reta e em todos os graus, como visto, estabelece a proibição do matrimônio. Dissolvido o vínculo que a criou, não podem casar o sogro com a nora ou a sogra com o genro. Em virtude disto, não podem contrair núpcias o pai afim com a filha afim ou a mãe afim com o filho afim. Além das motivações eugênicas ou de ordem pública, fundamenta a proibição o relacionamento afetivo que nasce ao estabelecer-se o vínculo matrimonial. Não fosse a proibição, o casamento com o filho do cônjuge engendraria, havendo filhos comuns da relação dissolvida, a possibilidade de casar-se com o meio irmão do próprio filho.

Embora se entenda que, dissolvido o casamento ou a união estável, a afinidade não se estenda aos filhos do ex-cônjuge ou companheiro nascidos de uma subsequente união, considera-se mantido o impedimento pelas mesmas razões de ordem familiar já expostas. Exemplifique-se: José casa-se com Maria, quem tem uma filha de um

vínculo anterior chamada Vera. Da união, nasce Pedro (meio irmão de Vera). Dissolvendo-se o matrimônio de José e Maria, José não pode casar com Vera, porque o vínculo da afinidade em linha reta não se dissolve jamais. Admitindo-se o contrário, Maria se converteria em sogra de seu ex-esposo. Vera, a segunda esposa de José, seria duplamente meia irmã de Pedro, filho de seu marido e de sua própria mãe. Sendo Pedro e Vera irmãos, José seria cunhado de seu filho Pedro.

Estas mudanças de posições e sobreposição de papéis, que se fazem presentes em todas as uniões entre o ex-cônjuge e o filho do outro, gerariam confusão e desordem familiar, razões sociais para se estender o impedimento matrimonial a estas uniões. Com maior razão mantém-se o impedimento quando apenas separados os cônjuges ou companheiros ou seja o filho do outro extramatrimonial, nascido antes ou depois de dissolvido o vínculo.

A diferença do Brasil, que equipara a união estável ao casamento, surtindo todos os efeitos deste, inclusive os impedimentos matrimoniais, há países em que a união de fato, embora duradoura, segura e estável, não é reconhecida pela legislação e, de conseqüência, não produz efeito algum, não criando nenhum laço jurídico entre um dos conviventes e os filhos do outro, que não estariam impedidos de casar. Por outro lado, à semelhança do sistema nacional, encontram-se os da Colômbia e do Panamá. Nestes países a união permanente, singular e estável entre conviventes gera efeitos de matrimônio civil, estabelecendo um vínculo de parentesco afim entre um deles e os filhos do outro. Ao criar este vínculo faz nascer o impedimento para contrair matrimônio. Neste aspecto são diversas as orientações.

4.4 OS IMPEDIMENTOS NA LEGISLAÇÃO COMPARADA

Apontam Cecília P. GROSMAN e Irene Martinez ALCORTA,¹⁶⁸ que na legislação comparada predominam duas orientações a respeito: uma, não se cria nenhum laço de parentesco entre um cônjuge e os filhos do outro (Inglaterra, normas da *common law*, Quebec, 1995) e, portanto, inexistente impedimento algum; outra, existe e perdura o vínculo em que pese a dissolução do matrimônio, que, de forma expressa ou implícita, proíbe o casamento entre os unidos por este vínculo (Código de Família do Panamá, 1995, art. 33; Código Civil suíço, arts. 21 e 100, inc. 2; Código Civil italiano, arts. 78 e 87¹⁶⁹; Código Civil peruano, art. 243, inc. 3; Código de Família da Costa Rica, art. 14.2¹⁷⁰; Código Civil de Portugal, art. 1585 e 1602¹⁷¹; Código Civil

¹⁶⁸ GROSMAN, C. P.; ALCORTA, I. M. (**Famílias ensambladas** ..., p. 155-156).

¹⁶⁹ CC italiano: "78. Afinidade. A afinidade é o vínculo de um cônjuge com o parente do outro cônjuge. Na linha e no grau em que alguém é parente de um dos cônjuges ele tem afinidade com o outro cônjuge. A afinidade não cessa pela morte, ainda que sem prole, do cônjuge de quem deriva, salvo se por algum efeito especialmente determinado. Cessa se o matrimônio é declarado nulo, salvo o efeito do artigo 87. Parentela, afinidade, adoção e filiação. Não podem contrair matrimônio entre si [...]; 4) aqueles afins em linha reta; a proibição subsiste ainda no caso em que a afinidade deriva do matrimônio declarado nulo ou dissolvido ou pelo qual foi pronunciada a cessação do efeito civil; 5) aqueles afins em linha colateral ou de segundo grau; [...]". No original: "78. Affinità. – L'affinità è il vincolo tra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge. Nella linea e nel grado in cui taluno è parente d'uno dei coniuge, egli è affine dell'altro coniuge. L'affinità non cessa per la morte, anche senza prole, del coniuge da cui deriva, salvo che per alcuni effetti specialmente determinati. Cessa se il matrimonio è dichiarato nullo, salvi gli effetti di cui all'articolo 87. Parentela, affinità, adozione e affiliazione. Non possono contrarre matrimonio fra loro: [...]; 4) gli affini in linea retta; il divieto sussiste anche nel caso in cui l'affinità deriva dal matrimonio dichiarato nullo o sciolto o per il quale è stata pronunciata la cessazione degli effetti civili; 5) gli affini in linea collaterale in secondo grado; [...]".

¹⁷⁰ CFam. costarriquenho: "Artículo 14.- IMPEDIMENTOS DIRIMENTES. MATRIMONIOS IMPOSIBLES. Es legalmente imposible el matrimonio: [...] 2) Entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad. El impedimento no desaparece con la disolución Del matrimonio que dio origen al parentesco por afinidad". (Em tradução livre do autor: "Artigo 14. IMPEDIMENTOS DIRIMENTOS. MATRIMÔNIOS IMPOSSÍVEIS. É legalmente impossível o matrimônio: [...] 2) Entre ascendentes e descendentes por consangüinidade ou afinidade. O impedimento não desaparece com a dissolução do matrimônio que deu origem ao parentesco por afinidade".)

¹⁷¹ CC português: "Art. 1585º (Elementos e cessação da afinidade) – A afinidade determina-se pelos mesmos graus e linhas que definem o parentesco e não cessa pela dissolução do mesmo. Art. 1602º (Impedimentos dirimentes relativos) – São também dirimentes, obstando o casamento entre si das pessoas a quem respeitam, os impedimentos seguintes: [...] a) a afinidade na linha reta."

paraguaio, arts. 254 e 140¹⁷² ; BGB da Alemanha, de 1998, art. 1590).

Dizem estas autoras, que o Código Civil francês não estabelece de forma expressa um parentesco de afinidade entre um cônjuge e os filhos do outro, porém existe o impedimento para contrair matrimônio, que pode ser dispensado somente no caso de viuvez (semelhantemente às causas suspensivas do art. 1.523), permanecendo na hipótese de divórcio e alcança qualquer tipo de filiação. Assinalam, ainda, existir uma terceira orientação, prevista no Código de Família de El Salvador (art. 15) e nos códigos civis da Espanha (art. 46¹⁷³) e da Guatemala (art. 198 e 89), pela qual o parentesco por afinidade se extingue com a dissolução do casamento. Na Guatemala, destacam, dissocia-se a existência do vínculo do impedimento para contrair matrimônio; isto é, extingue-se a afinidade com a dissolução do casamento, mas persiste o impedimento para contrair núpcias entre um cônjuge e o filho do outro.

O laço de parentesco por afinidade que se cria entre um cônjuge e os filhos do outro nascidos de uma precedente relação, assinala um dos aspectos mais relevantes das famílias reconstituídas, o exercício da autoridade parental, pela diversidade dos problemas que se apresentam ligados aos direitos da criança. No capítulo seguinte, sublinha-se o papel relevante que podem cumprir o pai ou a mãe afim no processo de socialização dos filhos do seu cônjuge.

¹⁷² CC paraguaio – "Art. 254 – *El parentesco por afinidad en línea recta no se extingue por la disolución del matrimonio que lo origino*". (Em tradução livre do autor: "Art. 254. O parentesco por afinidade em linha reta não se extingue pela dissolução do matrimônio que o originou".)

¹⁷³ CC espanhol: "Art. 46. *No pueden contraer matrimonio: [...] 2º. Los que estén ligados con vínculo matrimonial. Art. 47. Tampoco pueden contraer matrimonio entre si: 1º. Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.*". (Em tradução livre do autor: "Art. 46. Não podem contrair matrimônio: [...] 2º. Os que estejam ligados com vínculo matrimonial. Art. 47. Tampouco podem contrair matrimônio entre si: 1º. Os parentes em linha reta por consangüinidade ou adoção".)

5 A AUTORIDADE PARENTAL NAS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS

5.1 RESPONSABILIDADE, ATRIBUIÇÕES, AUTORIDADE. AMBIGÜIDADE E CONFLITOS

Nas famílias de primeiras núpcias, os atributos do poder familiar, como guarda, sustento e educação dos filhos, são comportamentos sociais bem definidos e conhecidos. Nas famílias reconstituídas, ao contrário, onde circulam e convivem crianças e adolescentes de diversos matrimônios, o que define seu funcionamento, não existem regras institucionalizadas que orientem as condutas de pais afins e mães afins em relação a seus filhos afins. Um exemplo confirma esta realidade. O novo marido da mãe, ou a nova esposa do pai, não sabe se se comporta como "um pai", "um amigo" ou "o outro adulto da casa". Esta ambigüidade constitui a dificuldade mais importante das famílias reconstituídas para obter a plena satisfação de seus integrantes.

Conseqüência desta ambigüidade, os conflitos que nascem das expectativas de cada um dos novos cônjuges acerca das atitudes do outro em relação aos filhos da união precedente. Exemplos: a nova esposa do pai que pretenda atuar como "mãe" dos filhos de seu marido, educando-os, e estes não lhe reconhecem autoridade para fazê-lo; ou, o novo marido da mãe que pretenda manter-se à margem desta tarefa, quando a mãe aspira que seu novo cônjuge compartilhe esta função. Esta opção é absolutamente irreal porque a convivência dia-a-dia gera situações que exigem alguma intervenção a respeito das crianças que coabitam com o adulto. Ou, ainda, o cônjuge ou companheiro da mãe ou do pai não deseja compartilhar as funções parentais, mas quer ajudar e ter o direito de opinar, o que corresponde ao exercício indireto da parentalidade. Esta opção apresenta a desvantagem de não aparecer o pai ou mãe afim comprometido com a criação das crianças, impedindo o fortalecimento dos laços vinculares. Estes conflitos só podem ser resolvidos mediante consenso, porque a lei não pode criar nem impor afetos. Mas a lei pode avalizar comportamentos e responsabilidades livremente assumidas.

Circula na sociedade a idéia generalizada de que somente o laço de sangue possibilita o pleno exercício da parentalidade. Por isto, não fundado o nexó entre um cônjuge e os filhos do outro no vínculo sanguíneo, atribui-se ao pai ou a mãe afim uma incapacidade para os cuidados do filho afim. Decorre disto, que não teriam direitos a atuar. Contudo, anota João Baptista VILLELA, as transformações por que passou a família, de unidade de caráter econômico, social e religioso, para se afirmar como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade,¹⁷⁴ passando-se a reivindicar uma parentalidade psicológica e social.¹⁷⁵ Nesta perspectiva, a função parental pode bem ser cumprida pelos pais afins. Os laços de sangue, por si sós, não garantem os melhores interesses da criança.

Nas famílias reconstituídas o lugar do pai ou mãe afim tem variado segundo a sua origem. Se fundada em razão da morte de um dos genitores, o pai ou mãe afim cumprem um papel de substituição, *in loco parentis*.¹⁷⁶ Se fundada decorrentemente de uma situação de divórcio, na qual o casal parental está presente, as expectativas das funções do pai ou mãe afim se modificam. Diante de um pai ou mãe presentes, o novo

¹⁷⁴ VILLELA, J. B. Desbiologização da paternidade. Separata de: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, a. 27, n. 21, p. 413, maio 1979.

¹⁷⁵ Neste sentido, Joseph GOLDSTEIN (jurista), Anna FREUD (psicanalista) e Albert J. SOLNIT (psiquiatra) (**No interesse da criança?** São Paulo: Martins Fontes, 1987). Nesta obra os autores defendem o critério de que unicamente a função parental assumida nos cuidados diários da criança pode definir o "pai psicológico", verdadeiro pai da criança. Para os autores, qualquer adulto pode converter-se em um "pai psicológico", dependendo da qualidade da interação. Esta função pode ser cumprida pelo pai biológico, pelo pai adotivo ou por outro adulto. Assim, o pai ou o pai afim são equivalentes e os laços de filiação, vistos como "os direitos do sangue", já não são considerados necessariamente e em todos os casos correspondentes aos melhores interesses da criança.

¹⁷⁶ As cortes de muitos estados americanos desenvolveram esta doutrina, que em latim significa *no lugar do pai*, aplicada quando voluntariamente o pai afim solicita uma participação ativa nos cuidados da criança, porque, de acordo com a *common law*, o pai afim usualmente não tem responsabilidade financeira direta quanto à saúde, instrução ou bem estar da criança. O que está *in loco parentis* recebe o mesmo tratamento do pai biológico, não, porém, quanto à sucessão. Cf. Margareth M. MAHONEY (A legal definition of the stepfamily: the example of incest regulation. **BYU Journal of Public Law**, Brigham Young University, p. 21 e segs., jan. 1993).

A expressão *in loco parentis*, também presente na experiência e no debate no Canadá, emerge das relações entre os filhos e aqueles que assumem o lugar dos pais, como diante de uma família reconstituída. Nesta compreensão, diz Luiz Edson FACHIN, pratica-se "uma 'adoção de fato'. O 'pai jurídico' tem o seu lugar ocupado pelo 'pai de fato'." (**Da paternidade ...**, p. 123-124).

marido da mãe ou a nova esposa do pai não substituem o genitor ausente, principalmente se ambos têm efetiva participação na criação e educação de seus filhos; dá-se a lógica da perenidade, onde se mantém o laço parental original na reconstituição da família. A contrário, diante de um pai ou mãe ausentes, desinteressados das funções parentais, pode dar-se uma lógica de substituição das funções por encontrar-se vago o lugar. Nesta hipótese há menos que conciliar.

Quando, porém, ambos os pais biológicos são ativos na criação e educação de seus filhos, as funções do pai ou mãe afim serão de complementariedade, exigindo maior conciliação entre eles, cujo conteúdo não se define em termos absolutos. Não será possível estabelecer de forma clara e precisa quais as atividades concretas que têm direito a realizar, mas é certo que serão ações ligadas à vida cotidiana e ao funcionamento doméstico. Complementariedade não significa mera acessoriedade, mas integração da função, suprimindo o paradigma da exclusividade do exercício parental. É precisamente este modelo que favorece os conflitos e impede o crescimento do grupo familiar como um todo.

Portanto, esta função adicional, não de substituição, pode ser compartilhada com outras pessoas – geralmente com avós, tias, babás, professoras, pais e mães afins -, quer dizer, não é exclusiva, e resulta positiva para o desenvolvimento dos filhos na medida em que o exercício parental do pai ou mãe afim enriquece ou compensa as carências vinculares. Em qualquer caso, o pai ou mãe afim terão influência na socialização dos filhos de seu cônjuge ou companheiro, preparando-os para a vida de relação, o que implica diversos cuidados, sustento, educação, saúde, transmissão de normas e valores, modelos de conduta. Estes cuidados, embora ativos os pais biológicos, não permite descartar a cooperação de fato de quem vive com o pai ou a mãe biológicos. A só coabitação com o pai ou mãe afim propicia a participação na função formativa da criança e do adolescente, ainda quando não conscientemente decidida.

A convivência sob um mesmo teto exige uma organização familiar comprometida com o bem estar comum. Para tanto é necessária a imposição de uma

ordem de hábitos e atividades, decidida e coordenada pelo genitor biológico e pelo pai ou mãe afim, aos quais os filhos afins não podem ficar alheios. Para isto, é necessário conferir ao pai ou mãe afim certa autoridade no âmbito doméstico, que nasce daquela convivência e da responsabilidade de todo adulto sobre menor a seu encargo.

A questão econômica também interfere no exercício das funções parentais do cônjuge em relação aos filhos do outro. Revelam Cecília P. GROSMAN e Irene Martinez ALCORTA, que em camadas sócio-econômicas mais baixas o nível de envolvimento do pai ou mãe afim é mais intenso e se amplia com a fragilidade da comunicação entre o genitor e os filhos. Por outro lado, tratando-se de pais afins de posição mais elevada, cultural e economicamente, o genitor não guardião preserva em maior medida sua função educativa e o novo casal só funciona como casal parental em relação a seus próprios filhos. Nestas famílias, muitas vezes, os filhos de um e de outro não convivem sob o mesmo teto, as saídas de férias são organizadas de maneira diferente, como se fossem territórios separados. Os laços familiares, para evitar desencontros, são separados, criando diversos núcleos familiares e não funcionam como uma unidade.¹⁷⁷ Deste modo, fica reduzido o exercício das funções parentais e aparecem vários sistemas de autoridade parental: um, da mãe em relação a seus filhos próprios; outro, do pai em relação a seus filhos próprios; um outro, do pai e da mãe em relação aos filhos comuns.

Originada de uma família monoparental, de longos anos, com filhos adolescentes, é difícil que o novo cônjuge ou companheiro da mãe exerça uma autoridade sem conflitos. Quer isto dizer que a idade é um fator relevante na aceitação do cônjuge ou companheiro do genitor. Será maior nas idades mais baixas, será menor nas idades mais altas, gerando grandes dificuldades para admitir um poder disciplinário do pai ou mãe afim. Também incide sobre o exercício da parentalidade a história precedente do pai ou mãe afim; se solteiro, divorciado ou viúvo sem filhos, sem nenhuma experiência parental, assumem plenamente esta responsabilidade, se com alguma experiência parental anterior, atuam em um plano complementar e

cooperativo, realizando distintos aspectos da função educativa.

5.2 A LEGISLAÇÃO COMPARADA

O pai ou mãe afim é uma pessoa que o direito positivo ignora; é óbvio que esta situação não mais pode durar, quando as famílias reconstituídas estão em constante aumento. No direito estrangeiro, tanto nos países que formam a grande família do sistema romano-germânico da Europa Continental, como os direitos suíço, alemão ou belga, como nos que integram o sistema da *common law*¹⁷⁸, o direito inglês ou americano, a situação legal do pai ou mãe afim era definida em termos absolutos: "ou bem é um terceiro sem direito algum, ou procede de pai ou mãe através da adoção, com todos os direitos e deveres. Quer dizer, se articulava uma alternativa extrema baseada na lógica do 'tudo ou nada'."¹⁷⁹

Verifica-se, mais recentemente, uma tendência na doutrina e na legislação estrangeira, e que se afasta desta disjuntiva radical, de prover a relação entre um cônjuge ou companheiro e os filhos do outro de um estatuto peculiar, em razão do crescente aumento das famílias reconstituídas, sem descuidar dos direitos e deveres dos pais.¹⁸⁰ Segundo Jehanne SOSSON,¹⁸¹ que se segue nesta resenha, no direito

¹⁷⁷ GROSMAN. C. P.; ALCORTA, I. M. **Familias ensambladas** ..., p. 169-170.

¹⁷⁸ Sobre *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, consultar a obra, sob este título, de René DAVID (São Paulo: Martins Fontes, 1998). Especificamente sobre o direito dos Estados Unidos da América, consultar a obra de Guido Fernando Silva SOARES (**Common law**: introdução ao direitos dos EUA. São Paulo: RT, 1999).

¹⁷⁹ (No original: "*o bien es un tercero sin derecho alguno, o deviene en padre o madre a través de la adopción, con todos los derechos y deberes. Es decir, se articulaba una alternativa extremista basada en la lógica del 'todo o nada'.*") J. Sosson. *Réflexions de droit comparé sur les secondes familles*, *apud* Cecília P. GROSMAN e Irene Martinez ALCORTA (**Familias ensambladas** ..., p. 179).

¹⁸⁰ O relatório apresentado por Irene THERY no colóquio "Quel droit pour quelles familles?", realizado em Paris, Carrousel du Louvre, em 4 de maio de 2000, desaconselha a criação de um estatuto especial para os pais afins, considerando que existe uma pluralidade de tipos, mas de um

inglês o *Children Act* de 1989 tem reafirmado a importância do laço biológico, que une o filho a seus pais, insistindo no seu caráter indelével e inalterável: "se é pai ou mãe para sempre, sejam quais forem as contingências da vida e do casal [...] Mas, ao mesmo tempo, toda pessoa que cuida da criança (*who is caring for a child*) pode fazer o que for razoável para salvaguardar e promover o bem-estar da criança".¹⁸² O pai ou mãe afim (*stepfather, stepmother*, na língua inglesa), que entram nesta categoria especial, ainda quando a convivência seja parcial, tem a possibilidade de adotar legitimamente decisões urgentes, como, por exemplo, consentir em uma operação cirúrgica em caso de acidente.

Ao pai ou mãe afim é facultado solicitar ao tribunal o compartilhamento da responsabilidade parental com o pai da criança, que avaliará a demanda em função dos melhores interesses do menor, emitindo uma *residence order*, que autoriza o genitor guardador e o pai ou mãe afim a tomar todas as decisões a respeito do menor. Entretanto, dita ordem não priva o genitor não guardador de seus direitos sobre o filho e de com ele comunicar-se. Uma *residence order* já foi deferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Em demanda em que o companheiro da mãe solicitou a guarda dos filhos desta, a Corte entendeu que "A solução mais conveniente para os menores será deferir sua guarda ao companheiro de sua mãe, que a exercerá conjuntamente com esta", ressaltando que "Os direitos do pai em nada serão afetados porque, não tendo sido destituído ou suspenso do pátrio poder, a qualquer momento poderá pleitear a

estatuto do terceiro, flexível e com uma geometria variável, respeitando o lugar de cada um e que permita ao pai afim encontrar o lugar que lhe cabe. Disponível em: <<http://www.justice.gouv.fr/manif/famill05.htm>> Acesso em 9 mar. 2002.

¹⁸¹ SOSSON, J. Le statut juridique des familles recomposées en Europe: quelques aspects de droit compare. In: MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse; THÉRY, Irène. **Les recompositions familiales aujourd'hui**. Paris: Nathan, 1993. p. 299-311.

¹⁸² (No original: "*on est parent pour toujours, quels que soient les aléas de la vie et du couple...Mais, dans le même temps, toute personne qui 'prend soin de l'enfant' (who is caring for a child) peut faire 'ce qui est raisonnable pour sauvegarder et promouvoir le bien-être de l'enfant'.*"). Seção 3 (5) do *Children Act* 1989, que entrou em vigor em 14 de outubro de 1991, cf. Jehanne SOSSON (*op. cit.*, p. 302, nota 6). Sobre a dificuldade de determinar o que é "razoável" ou não, a autora (no mesmo loc., nota 7) remete à obra de S. CRETNEY e J. MASSON (**Principles of family law**. Londres: Sweet & Maxwell, 1990, p. 514).

medida judicial que julgar conveniente."¹⁸³ Por via destas ordens, organiza-se uma responsabilidade compartilhada. Os juízes podem também emitir uma *residence order* diante de um pedido de adoção do pai ou mãe afim. De acordo, ainda, com o *Children Act* considera-se "família" em relação ao menor a toda pessoa que com ele convive e tem a seu respeito uma responsabilidade parental.

Na legislação americana, embora as limitações significativas das relações entre pais afins e filhos afins estejam determinadas pela doutrina do *in loco parentis*, existe um número elevado de leis que acordam finalidades específicas, colocando as famílias reconstituídas a par das famílias biológicas, isto é, equivalendo as relações entre pais e filhos (*parent-child*) e pais afins e filhos afins (*stepparent-stepchild*). Contudo, esta equivalência de tratamento aparece nas leis que governam as questões relativas às crianças. Na maioria dos estados, os pais afins, que estão sob a doutrina do *in loco parentis*, estão sujeitos às mesmas limitações que os pais biológicos. Nos estados que estabeleceram deveres estatutários de ajuda aos filhos afins, estes são muito menos significativos que os dos pais biológicos e adotivos. O mais notável, as obrigações do pai afim não sobrevivem ao término da união que criou a família reconstituída. Esta limitação está em contraste com a regra universal vigente nas famílias biológicas, cujas obrigações continuam, ao menos, até à maioridade dos filhos. Anota, por exemplo, David L. Chambers, citado por Margaret M. Mahoney, que as leis de ajuda e apoio às famílias reconstituídas não esgotaram as variáveis possíveis, que poderiam impor obrigações pós-divórcio por um período de tempo menor que o dos deveres do pai biológico.¹⁸⁴

No direito suíço as prerrogativas do pai ou da mãe afim têm como fundamento o dever de assistência entre os esposos e que se estende aos filhos de um primeiro leito de um deles. Ao pai ou mãe afim cabe apoiar o cônjuge de maneira apropriada no

¹⁸³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. n. 8.428-1. Rel. Des. João Del Nero. 26 maio 1981. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 70, v. 552, p. 70-71, out. 1981.

¹⁸⁴ D. L. Chambers. Stepparents, biologic parents and the law's perception of 'family' after divorce, in *Divorce reform at the crossroads* apud Margaret M. MAHONEY (A legal definition of the stepfamily ...).

exercício da autoridade parental sobre os filhos nascidos de outra união. Trata-se de uma assistência consultiva, pois a decisão final pertence exclusivamente ao titular da autoridade parental. O pai biológico detentor da guarda dos filhos de uma união anterior, é representado por seu cônjuge quando as circunstâncias o exigirem, quando estiver impedido de atuar e fora necessário fazê-lo, quando se tratar de atos usuais concernentes ao filho (assinar boletins escolares) ou quando se deva atuar sem demora (intervenção médica urgente). Registram Cecília P. GROSMAN e Irene Martinez ALCORTA, que na doutrina deste país os pais afins que convivem com os menores devem ser vistos como *pais de criação*, guardadores a quem se confia o cuidado do menor e, como tais, têm o poder de representar ao pai ou a mãe no exercício da autoridade parental na medida necessária para levar a cabo suas funções. Também têm o direito de ser consultados antes de adotar qualquer decisão.¹⁸⁵

No direito alemão, o pai ou mãe afim (*stiefeltern*) tem, a pedido do cônjuge, o direito de atuar juntamente com o outro no cuidado do filho, sempre e quando dita atuação for razoável. Os esposos podem, com tal finalidade, assinar acordos, estabelecendo competência de co-decisão da vida diária do filho. Somente se considera este direito de um dos pais afins, quando este for casado com o genitor do menor. Portanto, não é suficiente quando apenas convivem, em comunhão ilegítima de vida. Este direito de co-decisão denomina-se "pequeno direito de guarda" e é derivado do genitor guardião, que pode, a qualquer tempo, revogar sua concordância. Desta maneira, a posição jurídica do pai ou mãe afim é comparável ao substabelecimento de mandato.¹⁸⁶

Em alguns países, se bem inexistam normas específicas referentes ao pai ou mãe afim, é possível aplicar-lhes as disposições relativas à guarda por terceiros. Na França, por exemplo, a figura da delegação da autoridade parental possibilita, por acordo dos interessados, delegar total ou parcialmente as funções parentais a respeito

¹⁸⁵ GROSMAN, C. P.; ALCORTA, I. M. **Famílias ensambladas** ..., p. 181.

¹⁸⁶ SCHLÜTER, W. **Código civil alemão**: direito de família. BGB – Familienrecht. 9. ed. rev. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 413-414.

de um menor de 16 anos, a um particular digno de confiança do genitor, sempre que resulte benéfico para o menor. Para o legislador italiano, nada impede que se possa confiar o filho a um parente até o 4º grau ou que se produza uma colaboração familiar para seu cuidado, através da figura do *affidamento* (lei de 4 de maio de 1983), mas de caráter circunstancial. Assim também é na Espanha. A doutrina considera possível a delegação da autoridade parental a terceiros com a finalidade de ajuda e a realização de algumas tarefas de guarda e representação, que não implica, entretanto, em substituição, conservando o genitor a titularidade e o exercício da função parental. O Código de Família de El Salvador contém disposição assemelhada, ou seja, a delegação da autoridade parental. Apesar de ser dever dos pais cuidar de seus filhos, ambos ou quem exerça o cotidiano destes cuidados, tem o direito de confia-los a pessoa de sua confiança, sem que por isto desatenda seus deveres paternos.

Resulta desta brevíssima resenha, mas suficiente para identificar, que, salvo em alguns países que reconhecem de alguma maneira o lugar do cônjuge ou companheiro do genitor, a maior parte dos ordenamentos registra um vazio legal, preenchido com distintas figuras, onde, definitivamente, o pai ou mãe afim é tratado como um simples terceiro, detentor de um quadro mínimo de direitos e responsabilidades. O que pode fazer a lei a respeito?

Toda família, como dito acima, funciona como um sistema mediante convenções, regras que determinam o modo de interagir de seus membros entre si e com o meio social em que se inserem, de acordo com as diversas etapas do ciclo vital familiar.

Assim, cada grupo familiar estabelece suas próprias estratégias para lograr as recíprocas adaptações, orientando suas expectativas, porém, nos limites das normas de direito de família, de interpretação restritiva. A lei, entretanto, não outorga maior reconhecimento do pai ou mãe afim mediante a afirmação de certos direitos e responsabilidades, que atuem como orientadores de condutas com o objetivo de minimizar os conflitos e facilitar a estabilidade do sistema familiar reconstituído. É importante que a lei, e o discurso judiciário, reconheça a realidade de uma

convivência, que gera relações de cotidianidade, fonte de direitos e responsabilidades em relação à socialização, à assistência material e emocional, à educação dos filhos que vivem nestas famílias. Flexível, na medida da multiplicidade de vínculos e nexos que cria.

Face à realidade das famílias reconstituídas, muitas são as opções no plano jurídico: construir um sistema particular para estas famílias ou ordenar as regras existentes. Afastar-se da disjuntiva radical da lógica do "tudo ou nada" para organizar, de um modo ou de outro, uma participação mais relevante do pai ou mãe afim no exercício da autoridade parental, cumpre preencher o vazio legal que ocasiona numerosos conflitos na vida cotidiana.¹⁸⁷ Por isto, cabe ao direito reconhecer as obrigações e as proibições dos pais afins, seja considerando-os colaboradores dos genitores, como no modelo suíço, seja conferindo-lhes o poder de cumprir todos os atos usuais relativos à vigilância e educação dos filhos próprios do outro, como no paradigma inglês. Ou, como sugere Hugues Fulchiron, uma terceira alternativa, outorgar ao pai ou mãe afim iguais direitos que aos pais. Neste caso, haveria uma concorrência de poderes e a autoridade parental seria compartilhada.¹⁸⁸ Acredita este mesmo autor que "entre muito direito e nenhum direito, o mais razoável seria, talvez, reconhecer às novas famílias, um tipo de direito, ao invés de um não-direito".¹⁸⁹

Deste espectro de opções, não se exclui a possibilidade de o pai ou mãe afim assumir a responsabilidade parental mediante pactos familiares, estabelecendo com os pais do menor o rol dos direitos e deveres de cada um, podendo ser ou não submetidos

¹⁸⁷ Na França, um informe apresentado por Irène THÉRY ao Ministério da Justiça, destinado a modificar a legislação nacional, assegura ao pai ou mãe afim um lugar que implica a existência de certas obrigações e proibições que devem ser reconhecidas pelo direito. O documento conclui que é necessário organizar uma participação do pai ou mãe afim no exercício da autoridade parental, tendo em conta a diversidade de situações. (GROSMAN; ALCORTA. **Famílias ensambladas...**, p. 183).

¹⁸⁸ H. Fulchiron. L'autorité parentale parentale dans les "secondes familles" *apud* Cecília P. GROSMAN e Irene Martinez ALCORTA (**Famílias ensambladas...**, p. 184).

¹⁸⁹ No original: "*Entre trop de droit et pas de droit, le plus sage serait peut-être de reconnaître aux familles nouvelles une sorte de droit au non droit*". H. FULCHIRON (La transmission des biens dans les familles recomposées: entre trop de droit et pas de droits. In: MEUDLDERS-KLEIN, Marie-Thérèse; THÉRY, Irène. **Les recompositions familiales**p. 298).

à homologação judicial, porque a responsabilidade parental não deriva necessariamente do vínculo de sangue, como se verifica na guarda e na tutela.¹⁹⁰ Como não se exclui a possibilidade de a lei estender aos pais afins os mesmos direitos pessoais dos pais biológicos, no caso de ausência, morte ou incapacidade destes, que seriam exercidos compartilhadamente com o genitor e, em caso de divergência, deve privilegiar a opinião deste. Na doutrina a respeito, as proposições de reforma legal assumem posições extremadas, desde a mais singela até a mais radical. São exemplos, de um lado, o reconhecimento legal da autoridade e função parental somente diante da ausência temporária ou impossibilidade dos genitores, de maneira subsidiária e condicionada à convivência doméstica e sempre que resultar benéfico ao menor. Lado outro, projeta-se criar um estatuto legal dos pais afins, colocando sob a autoridade do cônjuge ou companheiro do pai ou da mãe os filhos destes, que devem àqueles obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O conteúdo das relações entre um cônjuge e os filhos do outro, deve resultar claro desde a lei para orientar as expectativas dos integrantes destas famílias mediante normas que se constituam referências institucionais, estabelecer os respectivos comportamentos, ajudar a minimizar os conflitos e favorecer a estabilidade familiar, transformando as figuras dos pais afins, silenciadas pela própria lei, em figuras positivamente integrantes da família. O fundamento jurídico de um modelo legitimador das funções parentais que cumprem o pai ou a mãe afim decorre do vínculo de parentesco por afinidade, que une legalmente um cônjuge aos parentes do outro.

¹⁹⁰ Ver a síntese dos principais efeitos destes institutos em Marco Aurélio S. VIANA (**Da guarda, da tutela e da adoção**: no Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 50, 68).

5.3 A DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO COM O NOVO CÔNJUGE

A dissolução do vínculo conjugal é uma etapa no ciclo da vida familiar, que também atinge as famílias reconstituídas. Isto acontece, por um lado, quando os novos esposos irrompem nas segundas núpcias cheios de expectativas e boas intenções, com projetos messiânicos e reivindicatórios, como "um elefante em uma cristaleria", ocasionando um grande desastre, devido à impaciência para obter lealdades e afetos forçados ou por impor novas e absolutas regras, mal negociadas. Por outro lado, quando a morte alcança um dos parceiros. Advinda a dissolução do vínculo com o novo cônjuge ou companheiro, surgem delicadas questões de guarda, visita e de comunicação entre pais afins e filhos afins.

Sendo a dissolução da família reconstituída por morte do genitor, que vivia com seus filhos de uma união anterior, cabe analisar, em tema de guarda, o melhor interesse das crianças que coabitavam com o casal. A mãe ou pai afim pode ter cumprido com extremo zelo sua função parental, dedicando-se cotidianamente à educação dos filhos afins.¹⁹¹ Neste sentido, quando a criança tenha vivido muitos anos com o pai ou mãe afim e, ainda, tenham nascido filhos da nova união,¹⁹² meio irmãos dos precedentes, modificar a guarda significaria enfraquecer a solidariedade entre os irmãos e provocar uma cisão muito profunda na família, já alquebrada. A conveniência de não separar os irmãos se sustenta na idéia de manter unido o que resta da família.¹⁹³

Significaria, também, separar as crianças de seu grupo familiar convivente, o

¹⁹¹ A função de realização da comunidade afetiva, passou a ser determinante a partir do final do Século XX. Na maioria dos casos, anota Paulo Luiz Netto LÔBO, a filiação deriva da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade. (Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 3, p. 35-41, jul./set. 2000).

¹⁹² A melhor evidência da estabilidade das famílias reconstituídas é quando a nova família tem filhos. Esta situação favorece a interação familiar, constituindo os filhos comuns uma ponte de consangüinidade entre os subsistemas familiares.

¹⁹³ GRISARD FILHO, W. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 69.

que resultaria negativo, ainda mais se o contato com o genitor não guardião for pouco freqüente.¹⁹⁴ A atribuição da guarda ao genitor sobrevivente apenas em virtude do vínculo biológico, sem qualquer convivência ou outro vínculo com a criança, ignorando os laços afetivos que se formaram ao longo do tempo, pode ser uma solução desaconselhável.¹⁹⁵ Aqui, vigora o mesmo critério determinante da guarda que orienta a decisão a respeito em qualquer forma de entidade familiar que se desfaz: o melhor interesse da criança.

O melhor interesse da criança é um conceito jurídico indeterminado, acolhido por tratados e convenções humanizantes e repetidamente referido pela doutrina e pelas decisões dos tribunais. Sua origem, conforme Tânia da Silva PEREIRA, se prende ao instituto do *parens patriae*, utilizado na Inglaterra como uma prerrogativa do Rei e da Coroa a fim de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria.¹⁹⁶ A idéia de uma proteção especial à criança percorre os documentos internacionais, desde a Declaração de Genebra de 1924. É destacada na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 e assenta na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, estabelecendo que *a criança gozará de proteção especial [...] de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável*

¹⁹⁴ Sob este fundamento o TJDF, no julgamento da Ap. Cv. nº 33596/94 – Ac. nº 74909 – 4ª TCv – Rel. Des. João Mariosa, decidiu pela guarda por terceiro: "Defere-se a guarda de menor ao tio-avô se este de há muito o vem criando e prestando-lhe toda sorte de assistência, ante o total abandono por parte do pai e a falta de condições econômicas da mãe." (DJU III, 8 mar. 1995, p. 2429).

No mesmo sentido, atribuindo a guarda a terceiro, por completa omissão dos pais biológicos, o acórdão no Proc. do Conselho da Magistratura do TJRJ, nº 145/90, sendo Rel. o Des. Pestana de Aguiar, p. 29.09.90. (Bonijuris, verbete 7370, 1990).

¹⁹⁵ Neste sentido já decidiu o TJSC no julgamento do Ag. de Inst. nº 99.91520-7 – Ac. da 4ª CCiv – Rel. Des. Francisco Borges: "O fato único de ser o pai biológico, sem qualquer convivência ou outro vínculo com a criança, não lhe confere o direito absoluto de obter a busca e apreensão de filha menor, em tenra idade, que se encontra, desde o nascimento sob a guarda da avó materna, que lhe presta assistência e carinho necessários, diante do óbito da mãe, durante o parto." (DJSC, 24 jul. 1996, p. 4).

¹⁹⁶ PEREIRA, T. da S. **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1). Sobre o princípio do melhor interesse da criança e sua repercussão nas relações familiares, consultar Heloisa Helena BARBOZA (O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: **A família na travessia do milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, 2000, p. 201-213).

e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. A doutrina jurídica da proteção integral da criança passou a vigorar no Brasil com a Constituição Federal de 1988, consolidada em seu art. 227, como um dever não só da família e do Estado, mas de toda a sociedade.¹⁹⁷

Com este propósito, a lei menorista¹⁹⁸ consagra à criança e ao adolescente, pessoas em desenvolvimento, o gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, em condições de plena liberdade e dignidade, na mesma linha de orientação do documento internacional acima.

O conceito do *melhor interesse da criança*, como critério máximo na determinação da guarda, dado o seu estreito contacto com a realidade, não é suscetível de uma definição em abstrato, que valha para todos os casos. Mas, então, que interesse é este, indaga Marta Marília TONIN.¹⁹⁹ E responde, o verdadeiro sentido da expressão, em seu nascedouro, não pertence ao direito, vai além de seus limites, pois não é uma regra jurídica. O direito não tem a última verdade sobre ele, mas deve dar a última palavra, dizendo o juiz a derradeira *ratio*.

Este paradigma, portanto, só adquire eficácia quando referido ao interesse particular de cada criança em cada caso singular. "Convém, pois, não considerar o interesse do menor como um fim em si, mas como um instrumento operacional, cuja utilização é confiada ao juiz";²⁰⁰ daí o largo arbítrio de que dispõem os tribunais para estabelecer o que julgar mais acertado em proveito dos menores. E a jurisprudência²⁰¹

¹⁹⁷ CF/88: "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, *com absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." (o grifo não é do original)

¹⁹⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

¹⁹⁹ TONIN, M. M. **O princípio do melhor interesse da criança e os limites do direito**: uma análise da jurisprudência brasileira. Curitiba, 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

²⁰⁰ H. Fulchiron. *Autorité parentale et parents désunis* *apud* Eduardo de Oliveira LEITE (**Famílias monoparentais**. São Paulo: RT, 1997, p. 196).

²⁰¹ O desenvolvimento do princípio na jurisprudência brasileira foi, exaustivamente,

tem precisado algumas tendências à definição do princípio: o desenvolvimento físico e mental da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social, a idade e o sexo da criança, a irmandade, o apego ou a indiferença manifesta em relação a um de seus pais, as condições que cercam seus pais, sejam materiais (profissão, renda mensal, escolaridade, aptidão ao exercício da parentalidade) ou morais (afetividade, amizades, ambiência familiar). Estes são alguns dos elementos que podem servir de caminho ao juiz, que lhe permitem descobrir o que lhe pareça ser *o melhor interesse da criança*.²⁰²

Retornando ao que significaria modificar a guarda, naqueles casos, conservando o pai ou a mãe afim a guarda do menor, assumirá todas as faculdades e responsabilidades próprias da função, correspondendo ao genitor sobrevivente os atributos do poder familiar, inclusive o de comunicar-se convenientemente com seu filho e o de fiscalizar sua manutenção e educação. Em caso de divergência, o juiz atribuirá a guarda a quem revelar melhores condições para exercê-la, inclusive a terceiros que revelem compatibilidade com a natureza da medida, levando em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade entre os sujeitos da relação que se irá estabelecer.

demonstrado na tese de Marta Marília TONIN (*op. cit.*), analisando mais de 370 acórdãos ao tempo do Código de Menores e sob a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente.

²⁰² (LEITE, E. de O. **Famílias monoparentais** ..., p. 197). No direito anglo-saxão, diz Luiz Edson FACHIN, quando se decide sobre guarda, o tribunal dá a mais alta prioridade ao *the best interests of child*, dependente de muitos fatores, incluindo: "o amor e os laços afetivos entre o pai ou titular da guarda e a criança; a habitualidade do pai ou titular da guarda de dar à criança amor e orientação; a habilidade do pai ou titular da guarda de prover a criança com comida, abrigo, vestuário e assistência médica (os chamados alimentos necessários); qualquer padrão de vida estabelecido; a saúde do pai ou titular da guarda; o lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos; a preferência a criança, se a criança tem idade suficiente para ter opinião; e a habilidade do pai de encorajar contato e comunicação saudável entre a criança e o outro pai (LEONARD, Robin; ELIAS, Stephen R. **Family law dictionary**. Berkeley: Nolo Press, 1990, p. 20-21)". (**Da paternidade**: relação biológica e afetiva ..., p. 98).

Estes fatores foram considerados pelo TJRJ, no julgamento dos Emb. Infr. na Ap. Cv. nº 178/92, pelo IIGrCCs, sendo Rel. o Des. Pestana de Aguiar: "É de peso maior do que o da própria maternidade o interesse psicossocial de menor que, desde seu nascimento, convive diuturnamente com os avós. A mudança de residência, de hábitos, colégio e companhias diárias, para somente atender à possibilidade atual da mãe ter a guarda de sua filha, enseja o risco de sofrer a menor, com 9 anos de idade, traumas irreversíveis." (DOERJ, 17 jun. 1993, p. 203).

Iguais perplexidades podem se instalar em casos de separação ou divórcio. Por vezes seria aconselhável outorgar a guarda ao pai ou mãe afim ou ao companheiro do genitor, que tenha convivido com as crianças em uma extremada relação de afinidade e afetividade, principalmente na hipótese em que ambos os genitores tenham se desinteressado de seus filhos. Quando os genitores não podem cumprir suas funções por perda ou suspensão do poder familiar o pai ou mãe afim pode obter uma ordem judicial para o exercício da guarda, sempre no interesse do menor.

Neste momento, indaga-se: o pai afim, após a dissolução da relação com sua esposa ou companheira, fará jus ao direito de visita aos filhos desta? Nas palavras de Eduardo de Oliveira LEITE²⁰³ *visita* é um expediente jurídico de caráter compensatório que procura minorar os efeitos da ruptura dos laços entre pais e filhos. Mas não só entre pais e filhos biológica ou juridicamente considerados, porque, como afirma Luiz Edson FACHIN,²⁰⁴ o liame biológico que liga um pai a um filho é apenas um dado da relação de paternidade e, se é apenas um dado, pode-se exigir algo a mais do que os laços de sangue. Trata-se, então, de uma paternidade sócio-afetiva, que se capta juridicamente na expressão da posse de estado de filho, advinda de uma relação fática, surgida no decorrer dos tempos entre filho afim e pai afim, onde restou um vínculo de afeição evidenciado por atos típicos da paternidade natural, quer em público ou na intimidade do lar. Em outras palavras, a verdade sociológica da filiação se constrói, "não se explica apenas na descendência genética, que deveria pressupor aquela e serem coincidentes."²⁰⁵

De forma explícita o novo Código Civil não brinda a noção de posse de estado de filiação (*nomem*, pelo apelido de família; *tractatus*, tratamento de pai e filho; *fama*, aparência social) à determinação da paternidade, como também não o fazia o art. 363 do antigo diploma civil, consideradas *numerus clausus* as hipóteses ali elencadas. No

²⁰³ LEITE, E. de O. **Famílias monoparentais** ..., p. 221.

²⁰⁴ FACHIN, L. E. A tríple [jurídica, biológica e sócio-afetiva] paternidade dos filhos imaginários. In: ALVIM, Teresa Arruda [coord.]. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, São Paulo: RT, v. 2, p. 170-185, 1995.

²⁰⁵ FACHIN, L. E. **A tríple paternidade**..., p. 178.

entanto, considera tal possibilidade, atribuindo valor subsidiário ao que denomina "veementes presunções resultantes de fatos já certos" (CC, art. 1.605-II), não se podendo recusar sua importância complementar. Importância considerada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no pedido de colocação de menor em família substituta, como é o caso da guarda, devendo-se levar em conta *a relação de afinidade ou de afetividade*.

Estes princípios levam à conclusão de que é possível o estabelecimento de um direito de visita do pai afim em relação ao filho da mulher com quem tenha convivido e com ele tenha desenvolvido um estreito vínculo afetivo, demonstrado que o rompimento abrupto do contato implicaria em transtornos à formação da personalidade da criança. Esta questão tende a uma solução legislativa. Com vistas à preservação da prevalência dos interesses dos filhos, tramita na Câmara dos Deputados projeto de lei, que assegura aos avós e outros parentes, inclusive os afins, o direito de visitá-los.²⁰⁶

É a qualidade dos vínculos que unem a criança e o adolescente com o grupo familiar em que vive e em função desta análise se merituará a conveniência de uma mudança de guarda ou sua permanência no lugar em que vive satisfatoriamente. O exame desta situação implica a valorização de outros elementos diferentes dos usualmente debatidos nos litígios de guarda entre pais biológicos: o meio familiar em que o menor desenvolveu sua vida e a eventualidade dos laços criados com novos irmãos. As leis e a jurisprudência americanas têm oscilado entre extremadas posições; ou bem se considera que os pais são as únicas pessoas que têm no campo do direito a qualidade para criar e educar seus filhos, ou não se confere nenhuma preferência aos pais, pois se sustenta que o interesse da criança é o único parâmetro a se aplicar. Em não poucos pronunciamentos judiciais, para conferir a guarda ao pai ou a mãe afim, têm aplicado a doutrina de que é conveniente que os irmãos permaneçam unidos e cresçam juntos. Assim, julgaram desejável manter no lar os filhos próprios do esposo falecido ou divorciado, nos casos em que haviam nascidos filhos do novo casamento,

²⁰⁶ Projeto de Lei nº 6.920/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, que, nesta matéria, acrescenta parágrafos ao art. 1.589.

isto é, meio-irmãos.²⁰⁷ Em qualquer caso, o genitor não guardião terá direito a uma adequada comunicação com o filho e a supervisionar sua manutenção e educação.

No Brasil, como no Uruguai e na Alemanha, por exemplo, não se prevê um direito próprio de comunicação a favor do pai ou mãe afim depois da dissolução do vínculo. Na Argentina, este direito surge de forma expressa na lei, que o estabelece em favor de todos os parentes que se devem reciprocamente alimentos.²⁰⁸ Apesar e acima disto, resulta inegável o direito de pais afins e filhos afins preservarem os laços afetivos que se criaram pela força de um vínculo parental psicológico e social, na expressão de Joseph Goldstein, Anna Freud e Albert J. Solnit, como bem jurídico a ser protegido.²⁰⁹ Tratando-se, contudo, de um parentesco legalmente estabelecido, de caráter perpétuo, não se lhes pode negar o direito à convivência familiar e comunitária nem o de se visitarem e estarem em companhia uns dos outros, o que corresponde um direito subjetivo.²¹⁰

As dificuldades que derivam da falta de orientação, ou determinação, legal às relações entre pais afins e filhos afins quando interrompida a convivência são facilmente superadas, efetuando-se uma remissão analógica aos casos de separação,

²⁰⁷ GROSMAN, C. P.; ALCORTA, I. M. **Famílias ensambladas** ..., p. 200.

²⁰⁸ CC argentino: "Art. 376 bis. Los padres, tutores o curadores de menores e incapaces o a quienes tengan a su cuidado personas mayores de edad enfermas o imposibilitadas deberán permitir la visita de los parientes que conforme a las disposiciones del presente capítulo, se deban reciprocamente alimentos. Si se dedujere oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados el juez resolverá en trámite sumario lo que corresponda, estableciendo en su caso el régimen de visitas más conveniente de acuerdo a las circunstancias del caso." (Em tradução livre do autor: "Os pais, tutores ou curadores de menores e incapazes ou aqueles que tenham a seus cuidados pessoas maiores de idade enfermas ou impossibilitadas, devem permitir a visita dos parentes que, conforme as disposições do presente capítulo, devem-se reciprocamente alimentos. Se se alegarem oposições fundadas em possíveis prejuízos à saúde moral ou física dos interessados, o juiz resolverá em trâmite sumário o que corresponda, estabelecendo, no caso, o regime de visitas mais conveniente de acordo com as circunstâncias").

²⁰⁹ Em processo de desquite e manutenção de relações com o filho do casal, decidiu o STF em Recurso Extraordinário: "[...] Preocupação do juiz, nesta ordenação, será propiciar a manutenção das relações dos pais com os filhos. É preciso fixar regras que não permitam que se desfaça a relação afetiva entre pai e filho, entre mãe e filho. [...]". Rec. Ext. nº 60.265/RJ, **RTJ** 44/43-49, abr. 1968.

²¹⁰ Sobre a incidência no âmbito do direito de família da categoria do direito subjetivo, ver José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ (**Curso de direito de família** ..., p.26-34).

divórcio e nulidade. Além do mais, o tema da adequada comunicação entre pais e filhos, sem qualquer discriminação, tem raiz constitucional, inserido na doutrina da proteção integral do menor consagrada em seu art. 227. Uma suficiente e fluida relação de convivência vem claramente recomendada na Convenção sobre os Direitos da Criança: Os Estados respeitarão o direito da criança que está separada de um ou de ambos os pais a manter relações pessoais e contato direto com ambos os pais de modo regular. Propender judicialmente a manter o direito de adequada comunicação é cumprir com o dever constitucional de proteger integralmente a criança. Só desta maneira são exercidos plenamente e em igualdade de condições os direitos de educação, correção, vigilância e assistência.

Tem-se observado no cotidiano do foro, entretanto, a alta frequência de casos em que os genitores se manifestam contrários a que os filhos se comuniquem adequadamente com seus pais, que, ao serem envolvidos no conflito conjugal têm agravados os próprios, que a só desintegração da família lhes acarreta. A comunicação entre pais e filhos tende a suavizar o impacto que ocasiona a interrupção da convivência ou otimizar a relação paterno/materno-filial. As obstruções conspiram contra este fim. Os mais inventivos obstáculos e proibições são criados, seja por imaturidade, vingança, ressentimentos, obtenção de maiores vantagens financeiras e patrimoniais, entorpecendo o entendimento de que os filhos necessitam de ambos os pais e que, se não demonstrado prejuízo à formação da criança, deverão ser desestimados pelo juiz, concluindo existir uma relação de conteúdo afetivo e formativo valiosos para a criança. Uma sistemática e injustificada obstaculização, quando o genitor guardião impede ou dificulta a comunicação, ofende o direito da criança, que ocupa o centro da relação jurídica formada pela tríade pai-mãe-filho, e deve motivar a revisão, pois o fato constitui eloquente demonstração de inidoneidade para o cumprimento de suas fragmentadas funções.

Na legislação comparada, o direito de comunicação dos pais afins depois da separação ou dissolução da união, segue parâmetros distintos. Assim, na Holanda, os pais afins devem demonstrar a existência de uma vida familiar com a criança para ter o direito de comunicar-se com ela. Na Bélgica, exige-se que o pai ou mãe afim tenha um

laço particular de afeto com a criança. No Canadá, na província de Quebec, ao pai ou mãe afim se reconhece um direito de acesso fundado no interesse da criança.²¹¹

Observa-se, assim, uma tendência legislativa universal em ampliar o rol dos sujeitos desta relação, aí incluídos os pais e filhos afins. Nesta ordem de idéias inscreve-se no direito espanhol, resultante da reforma de 1981, o direito de visita, e conseqüente comunicação, a outros parentes e agregados (art. 161). O direito francês, em caso de dissolução da família reconstituída, permite acordar um direito de comunicação ao pai ou à mãe afim em relação ao filho de seu cônjuge ou companheiro, bem como dos avós, e, em atenção a circunstâncias excepcionais, o estende a outras pessoas, parentes ou não (art. 371). O *Norwegian Act on Parents and Children*, estabelece o direito de visita a favor de outras pessoas que estão muito apegadas ao menor.²¹² Embora o direito brasileiro não disponha de forma expressa de semelhante recurso, em todas as situações, seja entre pais e filhos, pais afins e filhos afins, avós e netos, avós afins e netos afins, tios e sobrinhos, parentes ou não, é dever de toda a família priorizar absolutamente os melhores interesses da criança.²¹³ O reconhecimento deste princípio implica, considerando a natureza (internacional e constitucional) da fonte formal que o estabelece, sua irradiação por todo o ordenamento jurídico nacional, orientando as decisões judiciais. Antecipando-se à positivação do princípio, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão assinado pelo Ministro Eloy da Rocha, assentou que o que prepondera, sempre, é o interesse dos filhos, e não a pretensão do pai ou da mãe.²¹⁴ Hoje, então, não se pode ter dúvida quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus

²¹¹ Cf. Cecília P. GROSMAN e Irene Martinez ALCORTA (**Familias ensambladas** ..., p. 203-204).

²¹² BASSET, L. N. M. de. **Derecho de visitas**: régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos. Buenos Aires: Hammurabi, 1997, p. 71.

²¹³ CF/88: Art. 227. "É dever da **família**, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, **discriminação**, exploração, violência, crueldade e opressão." (os destaques não são do original)

²¹⁴ Rec. Ext. nº 60.265-RJ. **RTJ** 44/43-49, abr. 1968.

membros, devendo a comunidade familiar ser preservada como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana e, particularmente, da criança e do adolescente. Convém, aqui, lembrar o conteúdo do art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento."²¹⁵

A dissolução do vínculo com o novo cônjuge inaugura outra espécie de preocupação: deve o pai ou mãe afim alimentos ao filho de seu cônjuge ou companheiro? A resposta a esta questão será objeto do próximo capítulo.

²¹⁵ Neste passo, registre-se trecho do voto do Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no julgamento do REsp nº 4.987-RJ: "Na apuração deste caso [trata-se de uma ação negatória de paternidade], o enfoque deve ser o do melhor interesse da criança, critério consagrado no direito comparado e revelado nas expressões *the best interest of child* do direito norte-americano e no *kindeswohl* do direito germânico. A Constituição Federal brasileira, invocando princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 1º), assegura à criança à dignidade e ao respeito." STJ – 4ª T., por maioria. 4 jun. 1991. DJU de 28.10.91, **RSTJ** 26/378.

6 OS ALIMENTOS NAS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS

A obrigação alimentar é "uma relação que a lei aplica como sendo de pleno direito a certas relações de família, donde resulta para uma pessoa a obrigação de assegurar a subsistência de uma outra na necessidade".²¹⁶ A reconstituição de uma família em torno de uma criança, a chegada de um pai ou de uma mãe afim, modificam inegavelmente as relações de família. A questão proposta, de se saber se o filho afim pode encontrar na pessoa do cônjuge ou companheiro do genitor um novo devedor alimentar, é uma destas inegáveis modificações ao modelo tradicional da família intacta. A princípio, a resposta é negativa. O pai ou mãe afim não estão obrigados a custear as despesas de sustento e manutenção de filhos que não são seus e que vivem em seu lar. Porém, a comunidade de vida complica singularmente as relações alimentares de maneira que o pai ou mãe afim jamais será poupado. A coabitação, por si só, não faz nascer uma vocação alimentar entre os membros de um mesmo lar, pois o legislador limitou as pessoas reciprocamente obrigadas a isto. De uma maneira geral, somente uma relação de parentesco ou de aliança instaura entre os interessados um direito aos alimentos.

Eis a questão: o novo casamento ou a nova união do genitor impõe a seu cônjuge ou companheiro obrigações de sustento e manutenção dos filhos havidos por aquele em uma união precedente? A solução é diversa tanto no direito brasileiro como no de outros países.

²¹⁶ J. Carbonnier. Droit civil, t. 2, La famille, 14. ed., 1991, *apud* Dorothée BOURGAULT- COUDEVYLLE e Fabienne DELECOURT. Les familles recomposées: aspects personnels, aspects alimentaires. In: MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse; THÉRY, Irène. **Les recompositions familiales aujourd'hui**. Paris: Nathan, 1993, p. 266: " uma relação de obrigação que a lei atribui de pleno direito a certas relações de família, e da qual resulta para uma pessoa, obrigações de assegurar a subsistência (alimentos, em sentido amplo) de uma outra pessoa em necessidade". (No original: "*un rapport d'obligation que la loi attache de plein droit à certains rapports de famille, et d'où résulte pour une personne l'obligations d'assurer la subsistance (aliments, au sens large) d'une autre personne dans le besoin*".)

6.1 A QUESTÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Alimentos, no plural, significam nutrição, vestuário, habitação, saúde, lazer, educação e instrução. São prestações para abranger e satisfazer todas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por suas próprias forças. A doutrina a respeito reconhece, com certa hesitação, que o devedor de alimentos não pode ser constrangido a pagar dívidas do credor de alimentos, mas deve cobrir as contraídas com a alimentação propriamente dita. Já com relação aos gastos com a última enfermidade do credor, que diz respeito à sobrevivência, e não apenas com a subsistência, incluem-se na verba alimentar. Na devida proporção, também se incluem as despesas com o enxoval nupcial, como se reconhece que o devedor de alimentos deve pagar as despesas de funeral e enterramento do credor. Transportadas estas questões ao judiciário e que repousam, sobretudo, em costumes, geram enormes perplexidades, e com maior intensidade nas situações advindas na constância ou na ruptura de uma família reconstituída.

Obrigação originária do Estado, que avocou a si a proteção da família e em especial da criança, reparte com os particulares o custo do que é necessário para a vida, através da "teia parental".²¹⁷ Nesta trama parental encontram-se as pessoas reciprocamente obrigadas à prestação de alimentos, os ascendentes e os descendentes, em qualquer grau, e os colaterais de 2º grau. Daí que todas estas pessoas são, potencialmente, sujeitos ativos e passivos da relação alimentária, pois, ao direito de exigir alimentos corresponde o dever de presta-los.²¹⁸ Por vezes, esta ordem sucessiva

²¹⁷ Expressão cunhada por Luiz Edson FACHIN (**Elementos críticos...**, p. 266), que se aproxima da noção extensa de família reconstituída utilizada pela doutrina francesa, "constelação familiar", como refere Irène THÉRY (Introduction générale: les temps des compositions familiales. In: MEUDERS-KLEIN, Marie-Thérèse; _____ [org.]. **Les recompositions familiales aujourd'hui**. Paris: Nathan, 1993. p. 16).

²¹⁸ Escreve M. Frédéric Mourlon, que "A dívida alimentar existe sempre com reciprocidade, de modo que toda pessoa que, em razão do parentesco, ou da afinidade, tem o direito a alimentos, por sua vez, conforme o caso, se obriga a fornecer-los ao seu devedor." Répétitions écrites sur le Code Napoléon, T.I, 9ª ed. Paris, 1873 *apud* Lourenço Mário PRUNES (**Ações de alimentos**. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978, p. 58-59).

determinada pelo legislador, que prefere os mais próximos em grau, pode ser subvertida, chamando-se à responsabilidade outras pessoas e fazendo, então, recair a obrigação nas mais remotas. É o caso particular dos avós, quando o pai não dispõe de meios para suprir as necessidades do filho, sem prejuízo do próprio sustento. Portanto, não obstante a ordem legal, nada impede "a que, não podendo um parente fornecer toda a quantia necessária, sejam chamados dois ou mais [tanto que é divisível], obedecendo-se, todavia, aos graus da ordem legal."²¹⁹

Entretanto, não procederá a ação de alimentos contra o ascendente de um grau sem a prova de que o mais próximo não possa satisfazê-la. Mas a exclusão dos mais remotos pelos mais próximos, entre os ascendentes, não impede que possam aqueles ser chamados para *complementar* a pensão. Este entendimento está pacificado na doutrina e na jurisprudência, que entendem ser cabível a ação contra os avós pelos netos quando os genitores comprovadamente estão incapacitados de prover os alimentos.²²⁰

O Código Civil, no Livro próprio da Família, não define a obrigação alimentar. Limita-se a indicar o que por ela é coberto, o necessário para viver e educar-se (CC, art. 1.694). Entretanto fixou o seu alcance ao dispor sobre o legado: "O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor." (CC, art. 1.920). Disposição similar àquela é encontrada nos códigos civis e de família latino-americanos, *verbi gratia*, Código de Família da Costa Rica (art. 164²²¹), Código de Família de Cuba (art. 121²²²), Código

²¹⁹ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseler, 2000, v. 9, p. 267.

²²⁰ Sobre o tema, *ad exemplum*, os seguintes acórdãos in **Revista dos Tribunais**, v. 354/278; v. 418/180; v. 537/105, 121; v. 620/80; v. 632/103; v. 722/150; v. 747/385.

²²¹ "Art. 164. Se entiende por alimentos lo que provea sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y otros, [...]" (Em tradução livre do autor: "Entende-se por alimentos o que proveja sustento, habitação, vestuário, assistência médica, educação, diversão, transporte e outros [...]").

²²² "Art. 121. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para satisfacer las necesidades de sustento, habitación y vestido, y en el caso de los menores de edad, también los requerimientos para su educación, recreación y desarrollo." (Em tradução livre do autor: "Entende-se

Civil do Peru (art. 439²²³), Código Civil do Paraguai (art. 256²²⁴). Entre os europeus, com semelhante previsão, o Código Civil português (art. 2003²²⁵) e o Código Civil espanhol (art. 142²²⁶). Verifica-se na legislação comparada, que a essência da obrigação alimentar é a mesma, que se funda no princípio da solidariedade familiar ou, ainda, no direito natural. Sob este mesmo princípio, decidindo sobre alimentos decorrentes de união estável rompida antes da Lei nº 8.971/94, o Superior Tribunal de Justiça determinou a obrigação de prestar alimentos ao companheiro necessitado, "uma vez que o dever de solidariedade não decorre exclusivamente do casamento, mas também da realidade do laço familiar."²²⁷ Os laços que unem os membros de uma

por alimentos tudo o que é indispensável para satisfazer as necessidades de sustento, habitação e vestuário, e no caso dos menores de idade, também os exigidos para sua educação, recreação e desenvolvimento".)

²²³ "Art. 439°. *Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica segun la posición social de la familia. Los alimentos comprenden también la educación del alimentista y su instrucción profesional cuando es menor de edad.*" (Em tradução livre do autor: "Entende-se por alimentos tudo o que é indispensável para o sustento, habitação, vestuário e assistência médica segundo a posição social da família. Os alimentos compreendem também a educação do alimentário e sua instrução profissional enquanto menor de idade".)

²²⁴ "Art. 256. *La obligación de prestar alimentos que nace del parentesco comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, así como lo indispensable para la asistencia em las enfermedades. Tratándose de personas en edad de recibir educación, incluirá lo necesario para estos gastos.*" (Em tradução livre do autor: "A obrigação de prestar alimentos que nasce do parentesco compreende o necessário para a subsistência, habitação e vestuário, assim como o indispensável para a assistência nas enfermidades. Tratando-se de pessoa em idade de receber educação, incluirá o necessário para estes gastos".)

²²⁵ "Art. 2003. 1. Por alimentos entende-se tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário. 2. Os alimentos compreendem também a instrução e educação do alimentado no caso de este ser menor."

²²⁶ "Art. 142. *Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después, cuando no aya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, em cuanto no estén cubiertos de outro modo.*" (Em tradução livre do autor: "Entende-se por alimentos tudo o que é indispensável para o sustento, habitação, vestuário e assistência médica. Os alimentos compreendem também a educação e instrução do alimentário enquanto seja menor de idade e inclusive depois, quando não tenha terminado sua formação por causa que não lhe seja imputável. Entre os alimentos se incluirão os gastos de gravidez e parto, se não estão cobertos de outro modo".)

²²⁷ Recurso Especial nº 184807/SP (1998/0058351-3), 4ª T, unân., Rel. Min. Barros Monteiro, j. 07.06.2001, p. DJU 24.09.2001. O direito dos companheiros a alimentos foi regulamentado, num primeiro momento, pelo artigo 1º, da Lei nº 8.971, de 29.12.94, substituído pelo disposto no artigo 7º, da Lei nº 9.278, de 10.05.96, que dispõe: "Dissolvida a união estável por

determinada família criam entre eles um vínculo pessoal e social tão forte, que lhes impõe esta obrigação, convertida em pressuposto básico da obrigação alimentar.

Para Clóvis BEVILAQUA a obrigação alimentar "É uma relação familiar, que se funda no vínculo de parentesco (*jure sanguinis*)";²²⁸ é o que se deve, legitimamente, "por direito de sangue", como acentuam Francisco Cavalcante PONTES DE MIRANDA, Marco Aurélio S. Viana e Yussef Said CAHALI,²²⁹ identificando-se com o direito espanhol, para o qual estão reciprocamente obrigados a dar-se alimentos os cônjuges, os ascendentes e os descendentes e os irmãos, em toda extensão da noção: sustento, habitação, vestuário, assistência médica, educação e instrução (CC., art. 143). Para estes autores, uma vez que não existe entre os afins uma tal relação, inexistente, de consequência, obrigação alimentar."²³⁰ Anota, entretanto, o autor do Código Civil brasileiro de 1916, ao comentar o art. 397 do antigo diploma legal, que não era este o sistema do *Projeto primitivo* e do *revisto*, que estendiam a obrigação alimentar aos afins em linha reta, na direção do art. 206, do Código Civil francês²³¹ e do art. 434, do Código Civil italiano,²³² como consignava o *Esboço* de Augusto Teixeira de

rescisão, a assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos."

²²⁸ BEVILAQUA, C. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil** ..., p. 301.

²²⁹ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**..., p. 256; Marco Aurélio S. VIANA (**Curso de direito civil** ..., p. 202); Yussef Said CAHALI (**Dos alimentos**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 725).

²³⁰ BEVILAQUA, C. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil** ..., p. 303; Francisco Cavalcante PONTES DE MIRANDA (**Tratado de direito privado** ..., p. 262; Yussef Said CAHALI (**Dos alimentos** ..., p. 725). Assim também entendem Luiz Edson FACHIN (**Elementos críticos**..., p. 272); Maria Helena DINIZ (**Curso de direito civil**..., p. 459) e Sílvia RODRIGUES (**Direito civil** ..., p. 423).

²³¹ CC francês, art. 206, na redação da lei de 09.10.1919: "*Les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leur beau-père et belle-mère, mais cette obligation cesse lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés.*" (Em tradução livre do autor: "Os genros e noras devem igualmente, e nas mesmas circunstâncias, alimentos ao seu sogro e sogra, mas esta obrigação cessa quando o cônjuge que produzir a afinidade e os filhos havidos de sua união com o outro cônjuge, são falecidos").

²³² CC italiano: "Art. 434. *Cessazione dell'obbligo tra affini – L'obbligazione alimentare del suocero e della suocera e quella del genero e della nuora cessano: 1) quando la persona Che há diritto agli alimenti è passata a nuove nozze; 2) quando il coniuge, da cui deriva l'affinità, e i figli nati dalla sua unione con l'altro coniuge e i loro discendenti sono morti.*" (Em tradução livre do autor: "Art. 434. Cessação da obrigação entre afins – A obrigação alimentar do sogro e da sogra e aquela do

Freitas.²³³ Este, também, é o critério do Código Civil argentino (art. 368²³⁴), do qual se afastou o Código Civil brasileiro. Daí que, de longa data, os tribunais brasileiros reiteradamente excluem o direito de alimentos entre afins: "A afinidade não origina parentesco, mas apenas aliança, que não é poderosa a criar direito a alimentos."²³⁵

Mas já se admitiu, pelo voto do Ministro Edson Vidigal, no julgamento do Recurso Especial nº 36365, de Minas Gerais, que "sogra é parente, sim, por afinidade em primeiro grau em linha reta"²³⁶ e já se concedeu ao padrasto, ou "pai de criação", o direito de pleitear indenização por morte de enteado decorrente de acidente ferroviário.²³⁷ Em outro julgamento, o Superior Tribunal de Justiça, deferiu pensão temporária, decorrente da Lei nº 8.112/90, a enteado maior de 21 anos. Por outro lado, tem-se decidido, em ações criminais por atentado ao pudor, que "A teor do art. 344 do Cód. Civil, pelo parentesco padrastal, o marido alia-se aos enteados, sem indagação da condição de orfanidade paterna dos filhos do outro cônjuge; donde vir ao caso a regra do art. 225, § 1º, inc. II, do Código Penal."²³⁸ Vale reconhecer que um qualquer

genro e da nora cessa: 1) quando a pessoa que tem direito aos alimentos contrai novas núpcias; 2) quando o cônjuge, de quem deriva a afinidade, e o filho havido de sua união com o outro cônjuge e os seus descendentes são falecidos").

²³³ (BEVILAQUA, C. *Código civil*..., p. 303). Era este o texto do art. 1.607, do Esboço de Augusto TEIXEIRA DE FREITAS: "Quanto ao parentesco legítimo por afinidade (arts. 141, 142 e 159 a 165), a prestação de alimentos incumbe somente aos seguintes parentes: 1º. Na falta de ascendentes, e dos descendentes legítimos ou legitimados (art. 1.572), ou de naturais reconhecidos (art. 1.588), ao sogro, e à sogra. 2º. Na falta de ascendentes, e dos descendentes acima designados, e do sogro e sogra, ao genro, e à nora."

²³⁴ CC argentino: "Art. 368. *Entre los parientes por afinidad unicamente se deben alimentos aquellos que están vinculados en primer grado.*" (Em tradução livre do autor: Entre os parentes por afinidade unicamente se devem alimentos aqueles que estão vinculados em primeiro grau [sogra e sogra, genro e nora])

²³⁵ **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 112/375, jul. 1947. No mesmo sentido, **RF**, v. 90/385, abr. 1942; **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 144/353, jul. 1943; v. 703/193, maio 1994.

²³⁶ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 36365-MG. Rel. Min. Edson Vidigal. 18 ago. 1993. **DJU**, 20 set. 1993, p. 19192.

²³⁷ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 67578-RJ. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. 12 set. 1995. **DJU**, 16 out. 1996, p. 34672.

²³⁸ Respectivamente, (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. ROMS-DF nº 10261. Rel. Min. Felix Fischer. 16 mar. 2000. **DJU**, 10 abr. 2000, p. 101; RHC n. 2596-AL. Rel. Min. José Dantas. 17 mar. 1993. **DJU**, 5 abr. 1993, p. 5846).

vínculo existe.

Em ação de indenização proposta por genro contra sogro, para haver deste as prestações alimentares que ofereceu a parente afim, cunhado do autor, incapaz de dirigir sua pessoa e administrar seus bens, o Tribunal da Alçada Civil de São Paulo entendeu que o autor da ação não tem direito a ver-se ressarcido pelo que prestou, pois o fez fundado no dever de solidariedade, que informa os laços de conveniência social; e os prestou por liberalidade, suprimindo eventual omissão de quem devia supri-los. Assim concluiu assentado em que "A afinidade [no caso o cunhado] não obriga a alimentos, que advêm *jure sanguinis*".²³⁹ Embora necessários à subsistência de parte, que não logrou suprimento pelos escalonados em lei, não se reconheceu tratar-se de alimentos, porém, de alimentos tratou-se para repelir a pretensão ressarcitória, na esteira pacífica da doutrina e da jurisprudência dos tribunais: os alimentos, uma vez prestados, são irrepetíveis.²⁴⁰

Se o filho casado pede alimentos ao pai, estes serão para o filho e por extensão à sua mulher, que é parente afim de seu sogro, por incidíveis as necessidades do marido e da mulher. A este respeito, J. M. Carvalho Santos, referido por Lourenço Mário PRUNES, estabelece este raciocínio: "se é verdade, que o filho ou irmão, embora casados, são obrigados a prestar alimentos, claro está que, se casados no regime de comunhão universal, indiretamente aqueles parentes afins também prestam alimentos".²⁴¹ No julgamento do Recurso Extraordinário nº 4.753-PR, o Ministro Relator, Anibal Freire, colhe lição contrária expendida por Luiz da Cunha Gonçalves: "No direito franco-italiano reconhece-se o direito aos alimentos também aos parentes por afinidade, sogro, genro e nora. Não admitia, porém, o nosso legislador esta extensão da obrigação alimentar, porque a baseou somente na consangüinidade.

²³⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Civil. Apelação Cível nº 104.560, Ituverava, Rel. Des. César de Moraes. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 58, v. 402, p. 209, abr. 1969.

²⁴⁰ CAHALI, Y. S. **Dos alimentos** ..., p. 132; Maria Helena DINIZ (**Curso de direito civil brasileiro** ..., p. 473); Rolf MADALENO (Alimentos e sua restituição judicial. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 62, p. 303-314, nov. 1994).

²⁴¹ J. M. Carvalho Santos. Código Civil brasileiro interpretado, vol. VI, 5ª ed., *apud* Lourenço Mário PRUNES (**Ações de alimentos** ..., p. 119).

Assim, sendo pedidos alimentos por filha e genro, foi julgado que só aquela os podia exigir e que este deveria pedi-los aos seus próprios pais ou ascendentes."²⁴²

Remarcam, assim, a doutrina e a jurisprudência, boa ou má, que perante o direito brasileiro não se reconhece a possibilidade de existir obrigação alimentar entre pessoas ligadas pelo vínculo da afinidade. Porém, há vínculo legitimamente determinado por lei, para o qual o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consangüinidade ou outra origem, sem exceção, o que confirma a idéia da plena equiparação do parentesco por afinidade ao consangüíneo. E não poderia ser diferente, uma vez redimensionadas as relações familiares no sentido da concreção dos valores e princípios voltados à proteção da pessoa humana. Assim, as relações familiares são funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe, sem qualquer discriminação. Tanto que, na nova sistemática, equipara-se o cônjuge aos parentes, no direito de pedir alimentos (CC, art. 1.694), estabelecendo um tratamento idêntico da pensão, independentemente de qualquer vínculo biológico entre eles.²⁴³ Quer isto dizer, se existe obrigação alimentar entre consortes de uma comunidade de vida com maior razão existirá a mesma obrigação entre parentes por afinidade, vinculados ou aliados (vínculo ou aliança, dizem os dicionaristas, é o que liga, une, agrupa) por expressa disposição legal. O vínculo da afinidade que o casamento cria é de uma tal intensidade, que não o destrói nem o divórcio ou a morte de um dos cônjuges.

Nesta perspectiva, oportuna e atual a lição de Roberto de RUGGIERO, presente o direito italiano ao tempo de seus comentários: "As pessoas, entre as quais a lei distribui reciprocamente a obrigação de alimentos, são as que estão ligadas por vínculos familiares mais estreitos: o vínculo do casamento, que liga os esposos um ao outro; o vínculo de sangue, quer acompanhado da relação de parentesco legítimo, quer simplesmente de filiação natural; o que imita a relação de sangue, ou seja, o vínculo

²⁴² BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Rec. Extr. Nº 4.753-PR, Rel. Min. Aníbal Freire, RF 90/385-387.

²⁴³ O *caput* do art. 1.694 retrata uma nova estrutura do instituto, reunindo as diversas hipóteses de ocorrência da obrigação alimentar. Quando o legislador, aí, refere a parentes, diz dos consangüíneos, acrescentando a estes os afins e os por adoção (arts. 1.591 a 1.595).

civil da adoção; e o vínculo de afinidade."²⁴⁴

6.2 A QUESTÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Também no direito de outros países as necessidades assistenciais da família reconstituída tomam especial relevância quando um ou ambos os cônjuges tem filhos de uma união anterior e cujo sustento requer uma cooperação do genitor e do pai ou mãe afim para satisfazê-lo.

No direito argentino,²⁴⁵ como acima anotado, os parentes por afinidade que se devem alimentos são unicamente aqueles que estão vinculados em primeiro grau, ainda quando não convivem com o núcleo reconstituído. Esta amplitude, de tendência antidiscriminatória, recolhe na doutrina e no discurso judiciário interpretação restritiva, embora o mencionado artigo 368 não estabeleça uma ordem de prevalência entre os parentes consangüíneos e afins: a obrigação alimentar entre parentes afins é subsidiária, quer dizer, que só pode ser reclamada à falta de parentes consangüíneos quando não disponham de recursos ou estes sejam insuficientes. Segundo este critério, o dever de solidariedade familiar privilegia o vínculo filial sobre o da paternidade psico-afetiva. Entretanto, quando com o pai afim coabitam os filhos de seu cônjuge, ordinariamente aquele contribui à manutenção destes, incluída nos gastos comuns do novo núcleo. Se, por outro lado, compartilha a guarda dos filhos afins, está obrigado a ministrar-lhes alimentos, sem prejuízo de, por via incidental ou ordinária, pleitear dos primeiros obrigados que o liberem das quotas alimentarias futuras.

Com a dissolução do casal conjugal, por morte ou divórcio, cessa,

²⁴⁴ DE RUGGIERO, R. **Instituições de direito civil**. 3. ed. rev. ampl. adapt. São Paulo: Saraiva, 1972, v. 2, p. 37.

²⁴⁵ Cf. Cecília P. GROSMAN e Irene Martinez ALCORTA (**Famílias ensambladas** ..., p. 261-266).

naturalmente, a convivência com os filhos do outro. Porém, perdurando o parentesco por afinidade em linha reta, tal qual no direito brasileiro (CC, art. 1.595, § 2º), subsiste o dever alimentar do pai ou mãe afim, na hipótese de inexistirem parentes biológicos em condições de satisfazê-lo. Limitado, porém, ao indispensável à subsistência do beneficiário. Tendo o pai ou mãe afim assumido durante a convivência o sustento, a manutenção e a educação do filho do outro e a dissolução resultar em grave prejuízo, continuará a mantê-lo nas mesmas condições que fazia durante a vida em comum, até que se obtenha os recursos necessários do parente consanguíneo primeiro obrigado.

Dissolvido o casamento por nulidade não subsiste a obrigação alimentar fundada na afinidade, em razão de que já não há parentesco algum, pois a sentença declarou a falta de validade do ato matrimonial que lhe dava origem. Tampouco se mantém o vínculo do parentesco em caso de casamento putativo, isto é, quando presente a boa fé de um ou de ambos os cônjuges; sem a fonte que gera a afinidade, impossível sustentar-se dito parentesco.

No caso de falecimento do genitor convivente, tendo convivido pai ou mãe afim e filhos afins, antes de decidir sobre a responsabilidade alimentar, impõe-se definir a respeito da guarda e, em função desta, determinar-se a responsabilidade assistencial.

Nasce do critério legal de que a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável que a estabeleceu interessante questão. Um genitor com filhos se casa. Estabelece-se o parentesco por afinidade entre seus filhos e o novo cônjuge ou companheiro e, portanto, a obrigação alimentar deste. Se este casamento ou esta união se dissolve e o cônjuge ou companheiro se une outra vez com outro genitor com filhos, estabelece-se novo parentesco por afinidade entre os filhos deste e o novo cônjuge e, igualmente, nova obrigação alimentar, que se agrega à primeira. Quer dizer, sendo parente por afinidade dos filhos de qualquer natureza do primeiro e do segundo cônjuge, acumular-se-iam para o pai ou mãe afim sucessivos deveres alimentares. Neste caso, solução mais razoável é a encontrada pela jurisprudência brasileira mais recente, que vem se firmando no sentido de que, demonstrados novos

encargos familiares, como particularmente a superveniência de prole, pode a pensão ser revista.²⁴⁶

Na maioria das legislações da Europa, segundo estudo comparativo procedido por Jehanne SOSSON,²⁴⁷ notadamente na Bélgica, na Alemanha, na Suíça e na França, o pai afim não tem a obrigação alimentar *direta* em relação ao filho de seu cônjuge. Nestes países, a obrigação alimentar legal decorre do casamento ou do parentesco consanguíneo. Mas, em certas legislações, o pai afim poderá ser considerado como *indiretamente* obrigado a contribuir na manutenção de seus filhos afins, pela aplicação das disposições relativas aos direitos e deveres entre os esposos.

Esta interpretação ampla prevaleceu no direito belga, compreendendo nos encargos do casamento²⁴⁸ a manutenção não só dos esposos, mas também dos filhos que aqueles posam ter tido de uma união precedente. Mas, como já se reconheceu na jurisprudência brasileira, a Corte de Cassação belga²⁴⁹ aceitou que as contribuições alimentares dadas por um pai divorciado aos filhos havidos de seu primeiro casamento, vivendo com sua mãe, fossem diminuídas porque este pai havia contraído casamento com uma mulher, que tinha filhos de um primeiro casamento e dos quais tinha a guarda. A corte deliberou que era preciso levar em conta o aumento de encargos familiares deste homem e notadamente os custos que acarreta para ele a presença em sua casa dos dois filhos de sua segunda esposa. Além do mais, na

²⁴⁶ "Revisão de alimentos – Art. 401 do Código Civil – Encargos com a formação de nova família. Ação procedente – Recurso não provido. O art. 401 do Código Civil permite seja alterado o pensionamento, quando sobrevém mudança de fortuna. A constituição de nova família, aumentando os encargos do alimentante, pode autorizar a revisão dos alimentos." (BRASÍLIA. Tribunal de Justiça. AC n. 1998.07.007562-3 (11922.036). Rel. Des. Romão C. Oliveira. DJU 06.09.00. **Repertório IOB de Jurisprudência**, v. 3, bol. 13/2000, verb. n. 16947, p. 268).

"Alimentos – Redução – Superveniência de prole. A superveniência de prole é fator de agravamento de encargos que justifica a redução de pensão por um cônjuge ao outro." (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Ap. 803/90. Rel. Des. Paulo Roberto. **COAD/ADV**, 57.624).

²⁴⁷ SOSSON, J. Le statut juridique des familles recomposées en Europe: quelques aspects de droit comparé. In: MEULDERES-KLEIN, Marie Thérèse; THÉRY, Irène. **Les recompositions familiales aujourd'hui** ..., p. 299-312.

²⁴⁸ CC belga, art. 221, cf. Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 304.

²⁴⁹ Cass. (1^a ch.), 21.04.1983, cf. Jehanne SOSSON, *op. cit.*, *loc. cit.*

Bélgica, o pai afim casado cujo cônjuge (no caso, a mãe das crianças) morre, deve legalmente nutrir e manter os filhos afins menores de idade após o falecimento, em contrapartida às vantagens que ele recebe na sucessão do cônjuge falecido.²⁵⁰

No direito suíço, o pai afim casado deve "ajudar seu parceiro no cumprimento de suas obrigações alimentares".²⁵¹ Ele não deve, de modo direto, alimentos a seus filhos afins, mas deve fornecer uma contribuição que permita cobrir igualitariamente as necessidades de todos os membros da comunidade doméstica, compreendendo aí os filhos de seu cônjuge. Este dever é subsidiário ao dever dos pais.

O direito alemão, embora não reconheça uma obrigação alimentar legal, vale dizer, direta, do pai afim em relação aos filhos de seu cônjuge, os tribunais, em atenção aos melhores interesses das crianças, têm admitido existir uma espécie de contrato tácito que o obriga a prestar alimentos, quando haja convivência sob o mesmo teto.²⁵² Assim também é na França. Se bem que o filho afim não tem direito a alimentos, os aportes do pai afim à sua manutenção embutem-se na contribuição dos esposos às despesas familiares (CC francês, art. 214). Segundo alguns autores, as dívidas contraídas às despesas domésticas e educação dos filhos incluiriam aos filhos próprios de cada um que convivem no mesmo lar. Resulta disto, que os credores poderiam dirigir-se ao pai afim para cobrar as dívidas assumidas em benefício destas crianças.²⁵³

Por outro lado, algumas legislações, colocam diretamente ao pai afim uma obrigação alimentar durante a vida em comum, o que supõe uma coabitação. É o caso do art. 395, do Código Civil holandês, que prevê ao pai afim manter os filhos menores de seu cônjuge, legítimos ou naturais.²⁵⁴

²⁵⁰ CC belga, art. 203, § 2º, cf. *ibidem*, *loc. cit.*

²⁵¹ CC suíço, art. 278, al. 2, cf. *ibidem*, *loc. cit.*

²⁵² GROSMAN, C. P.; ALCORTA, I. M. (**Famílias ensambladas** ..., p. 269).

²⁵³ H. Fulchiron. Quel droit aujourd'hui et demain? *apud* Cecília P. GROSMAN e Irene Martinez ALCORTA, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁵⁴ SOSSON, J. **Le statut juridique...**, p. 305.

No direito inglês, o pai afim casado é obrigado a fornecer alimentos aos filhos que ele aceita como "fazendo parte da família" (*child of the family*), fundada pois na integração familiar, noção que reenvia à vida cotidiana com a criança e que, por isto mesmo, pode estender-se para além da dissolução da união. Até há pouco tempo, a responsabilidade financeira sobre uma criança podia ser repartida entre o genitor e o pai afim. Podia-se legitimamente escolher suportar os encargos da família com a qual vivia do que com a família precedente. Mas, desde 1º de abril de 1993, o *Child Support Act* de 1991, editado para evitar a inadimplência das pensões alimentares pelos genitores não guardiões, prevê que todo genitor deve, prioritariamente, fornecer alimentos aos filhos de uma primeira união com os quais ele não coabita. Consequência disto, o pai afim deve satisfazer por primeiro as necessidades dos filhos de sua primeira união; os filhos havidos da segunda união ou os afins vêm em ordem subsidiária. A idéia subjacente é que, quanto aos filhos afins, eles têm um genitor não guardião que deve, também prioritariamente, intervir a seu favor. Estas novas disposições foram vivamente criticadas no Reino Unido, porque elas levam a substituir a pobreza da primeira para a segunda família.²⁵⁵

No direito americano, usualmente, o pai afim não tem responsabilidade financeira direta quanto à saúde, instrução ou bem estar a criança. Porém, quando desenvolve uma participação ativa nos cuidados da criança e se estima ocupar o lugar do genitor ausente, aplica-se a doutrina do *in loco parentis*. No entanto, esta responsabilidade é assumida voluntariamente, o que significa dizer da sua inexigibilidade, cessando pela só vontade do alimentante. Em alguns estados, entretanto, a continuidade desta obrigação é imposta se o cônjuge ou companheiro do genitor assumiu de fato esta obrigação e as crianças continuam a conviver com ele, ainda sem um estatuto orientador. Autores destacam que tribunais de muitos estados têm receio em declarar pais afins na situação de *in loco parentis*, temendo que estas decisões podem afasta-los das desejadas estreitas relações que devem manter com seus

²⁵⁵ B. Dimmock. Left hand, right hand, cock-up or conspiracy? Some reflections on stepfamilies and legislation *apud* Jehanne SOSSON (*Le statut juridique...*, p. 305-306).

filhos afins. Por isto, poucas jurisdições estabelecem obrigações alimentares aos pais afins. E, por conta disto, procede-se a uma revisão legislativa e doutrinária, que permite prestar uma maior atenção às obrigações alimentares dos pais afins, especialmente durante o casamento. Esta postura, dizem Cecília P. GROSMAN e Irene Martinez ALCORTA, tem sua origem nestes fatos: as crianças de pais divorciados não têm adequada manutenção, um número crescente de crianças vive com suas mães ou pais afins, existe a preocupação dos estados para conter o rápido crescimento dos custos sociais de bem estar.²⁵⁶

Com este propósito, a American Bar Association (similar à Ordem dos Advogados do Brasil) manifestou-se por um modelo que considera aspectos como as obrigações alimentares, autoridade disciplinaria, guarda e comunicação dos pais afins em relação aos filhos afins. O modelo estabelece que eles devem assumir a obrigação durante o matrimônio, se a criança não é adequadamente mantida por seus genitores, tanto pelo que tem a guarda como pelo que exerce a visitação. A definição em cada caso fica ao arbítrio do tribunal. Outro modelo, mais flexível, face às peculiaridades de cada família, propõe que os tribunais, para fixar a obrigação dos pais afins, devem considerar a duração do matrimônio, a capacidade de ingressos do genitor guardador e do pai afim e as necessidades do filho afim.²⁵⁷

A hesitação da doutrina e a omissão da lei demonstram a dificuldade em se encontrar um ponto de equilíbrio a respeito das obrigações alimentares do cônjuge ou companheiro em relação aos filhos do outro; o que é legitimamente devido aos filhos do primeiro casamento e aos filhos que vivem em uma família reconstituída, pois conceder mais a uns é, em via oposta, conceder menos a outros. Impor ao pai afim uma obrigação direta em relação a seus filhos afins pode empobrecer seus filhos de uma união precedente, penalizando-os. Inversamente, priorizar os filhos do primeiro casamento, sem considerar o novo lar, compreendendo os filhos afins, pode tampouco parecer satisfatório. Não seria justo não ter o filho afim um crédito direto em relação

²⁵⁶ GROSMAN; ALCORTA. *Familias ensambladas* ..., p. 271-273.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 273-274.

ao pai afim, principalmente se o cônjuge guardião não tem recursos próprios para a manutenção de seus filhos (por exemplo, se uma mãe para de trabalhar para se dedicar a um segundo lar) e se o genitor é incapaz de suprir as necessidades do filho. Nestas hipóteses, o ponto de equilíbrio é encontrado no princípio da não discriminação da criança, independentemente de qualquer condição sua ou de seus pais.²⁵⁸

Este debate permeia a legislação e as decisões dos tribunais, que recusam deixar o filho afim desprotegido, notadamente se o pai afim, acolhendo a criança em seu lar, dando-lhe afeto e compartilhando com ele a vida cotidiana, engaja-o plenamente no fornecimento de alimentos. Nestes casos, os tribunais temperam a total ausência de uma obrigação legal, reconhecendo tratar-se de uma obrigação natural, pela transformação desta em uma obrigação civil. Uma pessoa que fornece voluntariamente alimentos a outra, sem que a isto seja coagido por lei, cumpre uma obrigação natural, que se caracteriza pela *soluti retentio* do credor, negando-se ao devedor a *condictio indebiti*. Por sua vez, a obrigação civil se constitui, além da duplicidade de sujeitos (credor e devedor) e do objeto, pela existência de um vínculo jurídico.

Nesta matéria, não se pode negar a existência de um vínculo entre o marido ou a esposa do genitor e os filhos deste, estabelecido legalmente pela afinidade, que os une, denomine-se parentesco ou aliança. Como não se pode afastar a característica geral da irrepetibilidade do que foi pago sem qualquer obrigação, como precisa o art. 882 do Código Civil, particularmente em matéria de alimentos, por dever legal ou por um impulso de solidariedade humana. Presente esta realidade do engajamento afetivo entre pais afins e filhos afins, a aceitação do filho do outro em seu lar, o interesse em participar da manutenção da criança, fornecendo-lhe alojamento e nutrição, opera-se a transformação da obrigação natural em obrigação civil, cuja execução, então, pode ser reclamada na justiça.

²⁵⁸ O princípio de iguais direitos assistenciais entre os filhos de qualquer natureza decorre do art. 2º da Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14.09.90, e promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21.11.90.

Esta transformação é especialmente interessante quando a família reconstituída, por sua vez, se desfaz. Em semelhante caso, dizem Dorothée Bourgault-Coudevylle e Fabienne Delocourt,²⁵⁹ a afeição se atenua e a obrigação voluntariamente assumida parecerá, repentinamente, menos "natural" e não poderia o pai ou mãe afim ser coagido a continuar tomando parte na manutenção da criança. Segundo uma jurisprudência constante, que referem, o art. 207, alínea 2, não concerne a obrigação de manutenção.

Assim também acontece no direito holandês, sueco e suíço. Com o divórcio cessa a obrigação legal de manutenção do filho do cônjuge. Tanto no direito inglês como no germânico existem normas que possibilitam a demanda por alimentos contra o pai ou mãe afim, nos casos em que tenha assumido dita responsabilidade durante a vida em comum. Alguns autores, porém, consideram que nestas situações o juiz deve determinar uma quota por um lapso certo de tempo para evitar que uma abrupta interrupção deixe em desamparo a criança que se criou no mesmo lar. Na Bélgica, os tribunais socorrem-se da teoria que transforma a obrigação natural em obrigação civil para condenar o ex cônjuge a continuar mantendo o filho afim em razão de tê-lo feito voluntariamente durante a vida em comum. Em Quebec persiste a obrigação alimentar do pai afim após o divórcio se a criança foi tratada pelo ex cônjuge do genitor *in loco parentis*.²⁶⁰

Constata-se, em todo caso que, uma vez mais, a problemática das famílias reconstituídas, recoloca em causa algumas construções jurídicas que tradicionalmente fundamentam as relações interpessoais no seio da família de primeiras núpcias. No caso dos alimentos, por exemplo, o casamento e o parentesco consanguíneo, critérios que não se adaptarão às novas famílias se são exclusivos. Outros fatores determinantes de inquietações nestas novas famílias, como a questão sucessória, a adoção unilateral e

²⁵⁹ BOURGAULT-COUDEVYLLE, Dorothée; DELOCOURT, Fabienne. Les familles recomposées: aspects personnels, aspects alimentaires. In: MEULDERS-KLEIN, Marie Thérèse; THÉRY, Irène. **Les recompositions...**, p. 277.

²⁶⁰ GROSMAN; ALCORTA. **Familias ensambladas ...**, p. 275-276.

a atribuição de nome, serão examinados no próximo capítulo.

7 O DIREITO SUCESSÓRIO, A ADOÇÃO DO FILHO DO CÔNJUGE E A ATRIBUIÇÃO DE NOME NAS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS

7.1 O DIREITO SUCESSÓRIO ENTRE PAIS E FILHOS AFINS

Na pauta das intrincadas relações que se estabelecem entre pais e filhos afins avultam idéias conflitantes, ambigüidades e imprecisões, que estão a reclamar um marco legislativo à estabilidade deste conjunto, ordenando-lhe os respectivos direitos e deveres, não só durante, mas, também, depois da ruptura da nova união. Uma destas intrigantes relações, que militam em desfavor das famílias reconstituídas, como visto no Cap. 3, mostra-se na proteção dos direitos patrimoniais dos filhos do primeiro matrimônio contra qualquer tentativa de desvio de bens por parte do pai ou mãe afim, dominando a idéia de que o segundo casamento constitui um fator de divisão. Tal preocupação manifesta-se como causa suspensiva do casamento, em defesa dos filhos afins: “o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros.”²⁶¹ Os bens que possui o genitor falecido, antes das novas núpcias, devem ser partilhados a seus filhos e que sobre eles não tenham direito algum os filhos de seu cônjuge.

Assim, na formulação legal não existe direito hereditário entre pai ou mãe afim e filho afim,²⁶² que, entretanto, pode suceder por via testamentária²⁶³ e nos limites

²⁶¹ (CC, art. 1.523, inc. I). Segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, “basta que se dêm os bens à partilha para que se resguarde, quanto a eles, a situação dos filhos do primeiro leito, razão por que não é necessário que se aguarde o julgamento da partilha para que o viúvo possa contrair segundas núpcias com a adoção do regime da comunhão universal de bens.” Recurso Extraordinário nº 96.804-1/MG, 2ª T., Rel. Min. Djaci Falcão, julg. 22.04.983, publ. DJU 16.09.83. Existem, entretanto, decisões em sentido contrário, porém, de datas precedentes. Neste sentido, a amostra crítica que é feita por Antônio CHAVES (**Segundas núpcias** ..., p. 183-186).

²⁶² Resume Ricardo Rodrigues GAMA o pensamento da doutrina: “na sucessão legítima, o parentesco por afinidade não dá direito ao recebimento da herança.” (**Direito das sucessões**. Bauru: Edipro, 1996, p. 112).

²⁶³ **Súmula 477 do STF**: “É válida a disposição testamentária em favor do filho adulterino

da porção disponível do testador, se existem herdeiros necessários (descendentes, ascendentes, cônjuge). Desejando melhorar a situação do filho afim, pode, ainda, o pai ou a mãe afim beneficiá-lo com a doação de bens de seu patrimônio, tendo em conta, igualmente, as restrições concretas da lei.²⁶⁴ Não manifestada em vida estas intenções, independentemente do grau de afeto – muitas vezes tão forte como o derivado do nexo biológico - que nutre pelos filhos do cônjuge, frustra-se-lhe a vontade, vindo a recolher a herança outro parente.

Deste modo, o direito hereditário ignora a realidade das famílias reconstituídas, nas quais, dadas certas circunstâncias ou por suas especificidades, como quando não há filhos próprios ou tenha havido uma convivência de larga duração, caberia presumir a vontade de beneficiar o filho do cônjuge ou vice-versa, como coube ao filho adulterino, ao tempo da Lei nº 883, de 1949, uma quota hereditária a título de *amparo social*.²⁶⁵ Todavia, em direito hereditário, a idéia segundo a qual existe uma verdadeira solidariedade entre os filhos que vivem no seio de uma família reconstituída está longe de ser admitida pelo legislador.

Tenha-se presente, entretanto, que, atualmente, os filhos, havidos ou não da relação de casamento, herdam em condições de igualdade, porque proibidas todas as distinções relativas à filiação, seja ela resultante da consangüinidade ou tenha outra origem. Por isto, não há negar tratar-se de uma inquestionável filiação a filiação por afinidade, pois que une o filho de um dos cônjuges ao pai ou mãe afim pelo sangue de seu genitor. O princípio constitucional, que passou a dominar o direito civil e fez ceder

do testador com sua concubina". A matéria está hoje superada em virtude do disposto na Constituição Federal (art. 226, § 6º).

²⁶⁴ O art. 1.807 do Código Civil argentino, proíbe, de forma expressa, a doação de um cônjuge aos filhos do outro: "*No pueden hacer donaciones: 1º Los esposos el uno al otro durante el matrimonio, ni uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, o las personas de quien éste sea heredero presunto al tiempo de la donación.*" (Em tradução livre do autor: "Não podem fazer doações: 1º. Os esposos entre si durante o casamento, nem um dos cônjuges aos filhos que o outro cônjuge tenha de outro casamento, ou às pessoas de quem este seja suposto herdeiro ao tempo da doação").

²⁶⁵ WALD, A. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

inúmeras regras codificadas, determinou que “Os filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Na legislação comparada não se reconhece, em geral, um direito hereditário entre um cônjuge e os filhos do outro, como lógica decorrência de que em muitos países não se reconhece um vínculo de parentesco entre eles. É fato que em alguns estados americanos (Alaska, Idaho, Minnesota), exclui-se expressamente da noção de filho o filho afim e da noção de pai o pai afim, o que impede a transmissão da herança. Esta limitação, no entanto, é superada nos estados de Maryland, Connecticut e South Caroline, que incluem os filhos afins na cadeia sucessória, uma vez ausentes outros parentes, para evitar que os bens sejam declarados vacantes e sigam ao Estado. Sob certas condições, na Califórnia, os filhos afins são herdeiros, desde que as relações tenham se iniciado na menoridade do filho fim e se prolongado para além da maioridade. Em alguns estatutos americanos, o direito hereditário invoca a doutrina do *in loco parentis*, outorgando significação jurídica ao fato de um adulto ter assumido voluntariamente as responsabilidades parentais.²⁶⁶

O princípio da ampla liberdade de testar, das origens do direito romano, que se apresenta como corolário do direito de propriedade, é adotado pelo direito inglês. Desconhecendo a quota reservatória, cada pessoa, então, pode livremente dispor de seu patrimônio para depois de sua morte. Se não há testamento, o filho afim não tem direito algum na sucessão de seu pai afim. Assinala Stephen M. CRETNEY, que neste país se tem julgado razoável priorizar na ordem de vocação hereditária o filho afim em relação aos parentes mais distantes e ao Estado.²⁶⁷

Da leitura de Hugues FULCHIRON²⁶⁸ a respeito deste tema, nota-se que o

²⁶⁶ Dados extraídos da obra de Margareth M. MAHONEY: *Stepfamilies in the law of intestate succession and wills*, Rev. University of California, Ed. Davis, vol. 22, p. 917 e resenhados por Cecília P. GROSMAN e Irene Martínez ALCORTA (**Familias ensambladas ...**, p. 335-336).

²⁶⁷ *Apud* Cecília P. GROSMAN e Irene Martínez ALCORTA (*op. cit.*, p. 337).

²⁶⁸ FULCHIRON, Hugues. La transmission des biens dans les familles recomposées: entre trop de droit e pas de droit. In: MEULDERS-KLEIN, M.-T.; THÉRY, I. (dir.). **Les recompositions**

antigo direito francês, profundamente ligado ao princípio da conservação dos bens na família, segundo a consideração de que os homens passam, a família e seu fundamento material permanecem, manifesta toda hostilidade às famílias reconstituídas, nutrida por um discurso moral e teológico. A Igreja, tanto por um ideal de castidade como pela indissolubilidade do vínculo, não escondia seu desagrado por estas famílias, toleradas em consideração à fraqueza humana. O direito, a toda evidência, não desconhecia as famílias reconstituídas, mas as tratou de modo particular. De uma parte, considerou-as essencialmente sob o ângulo material e, de outra, em termos de conflitos. Neste caso, o legislador tomou a defesa dos “enteados”, como protegeu a viúva (mesmo contra a vontade dela) contra os intrusos da segunda família. Anota o autor, que esta visão clássica da família reconstituída não tem mais lugar atualmente, mudando a maneira pela qual se coloca o problema da transmissão dos bens.

Há muitos pais e mães afins que, não tendo filhos, desejariam deixar seus bens aos filhos de seu cônjuge ou companheiro. Recentemente, os bens seriam deixados aos sobrinhos ou aos primos. Hoje em dia, destaca Hughes FULCHIRON, os interessados se dirigem cada vez mais com maior frequência a um notário para lhes orientar no sentido de dividir eqüitativamente seus bens entre os filhos da nova constelação familiar: irmãos e irmãs, meio-irmãos e meio-irmãs, “quase” irmãos e irmãs. Isto se dá pela vontade de conferir um tratamento igualitário, que nasce quando as crianças de uma família reconstituída se criam juntas em um mesmo lar com seu pai ou mãe afim: para afeição igual, direitos iguais.²⁶⁹ Convém, então, levar em conta a nova realidade das famílias reconstituídas, ou seja, abordá-las não mais em termos de oposição de interesses entre as diferentes famílias primárias, mas de comunidade de interesses no interior da nova família.

Nesta perspectiva, diz ainda este autor,

familiales aujourd’hui ..., p.281-298.

²⁶⁹ FULCHIRON, H. **La transmission des biens...**, p. 284.

[...] parece que as famílias reconstituídas têm, às vezes, muito direito e nenhum direito. Muito direito, porque a preocupação de assegurar a proteção dos filhos do primeiro leito, conduziu o legislador a sustentar um sistema que garantisse a conservação dos bens nas diferentes famílias. Nenhum direito, porque esta vontade de separação dos patrimônios impede *ipso facto* de se satisfazer os votos daqueles que desejam uma partilha de seus bens na nova família.²⁷⁰

Como ultrapassar esta antiga lógica para atender as novas demandas?

Diante das realidades que recobrem as famílias reconstituídas, diante das novas demandas que delas emanam, são várias as opções possíveis no plano jurídico: construir um estatuto sucessório peculiar para estas famílias ou reordenar as regras existentes.

Durante muito tempo, os herdeiros eram unicamente aqueles unidos pelos vínculos de sangue. Mas, depois que o novo Código Civil inscreveu o cônjuge na galeria dos herdeiros necessários, em concorrência com os descendentes, e que tornou lícita a deixa testamentária ao filho do concubino, quando também o for do testador, por que não estender tais efeitos aos filhos do cônjuge ou companheiro? Resultaria a desnecessidade de o pai ou mãe afim fazer um testamento ou uma doação para transmitir seus bens, ou parte deles, aos filhos afins. Restaria indagar, então, em que lugar no rol do art. 1.829? Ao lado dos filhos, mesmo sem lhes reconhecer a qualidade de reservatários, para permitir ao *de cujus* transmitir seus bens a outros, especialmente a seus próprios filhos, antes dos ascendentes e do cônjuge ou companheiro, antes dos irmãos e dos primos?

Uma tal solução, complexa, pode ser desproporcional em relação à demanda de direito que se pretende responder. Fazer dos filhos afins herdeiros, seja qual for o seu lugar na ordem de vocação hereditária, mostra-se incompatível com o fundamento da sucessão *ab intestato*: as afeições presumidas do autor da herança e a solidariedade

²⁷⁰ *Ibidem*, loc. cit. (No original: "[...] il semble que les familles recomposées aient à la fois trop de droit et pas de droit. Trop de droit, car le souci d'assurer la protection des enfants du premier lit a conduit le législateur à mettre en place un système qui garantisse la conservation des biens les différentes familles. Pas de droit, car cette volonté de séparation des patrimoines empêche ipso facto de satisfaire les vœux de ceux qui souhaitent un partage de leurs biens dans la famille nouvelle".)

entre os membros da família. De uma parte, a afeição que levou o pai ou mãe afim a criar o vínculo da afinidade, não se funda, necessariamente, sobre os filhos do cônjuge ou companheiro. De outra parte, a solidariedade nasce da convivência; sem esta não há sentido para aquela para que daí se possa extrair consequências legais.

Quando, entretanto, estas afeições e solidariedade são ignoradas pelo direito positivo ou interditam uma repartição de bens igual entre os filhos que se considera todos como *seus* filhos, a vontade de beneficia-los imaginou diferentes e audaciosas composições. A propósito e a modo de exemplo, colhe-se o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo,²⁷¹ que inadmitiu pacto antenupcial celebrado por viúvos, ambos com filhos de leitos anteriores, dispondo em cláusula expressa que tais filhos seriam, indiferentemente, herdeiros necessários de qualquer dos cônjuges no segundo casamento. Ao óbito do marido, habilitaram-se no inventário seus filhos do primeiro leito e os filhos de sua esposa. Estes foram impugnados e excluídos da sucessão, ao argumento de que “Não se pode levar tão longe a liberdade de pactuar, a ponto de envolver interesses fundamentais de terceiros não pactuantes e de subverter normas legais atinentes aos herdeiros necessários e à sucessão.”

O voto vencido, entretanto, acolhe a pretensão dos filhos afins, invocando lição de Clóvis Bevilacqua quando ensina que apesar de não permitir o Código Civil os pactos sucessórios, nem os testamentos conjuntivos, é lícito aos nubentes estabelecer cláusulas relativamente à sua sucessão, “uma vez não prejudiquem os herdeiros necessários nem a mutabilidade essencial das disposições ‘mortis causa’, respeitando-se a vontade do pactuante, de ter como seus próprios herdeiros, também os filhos de sua esposa, vontade paterna perfeitamente compreensível e louvável. A dissidência considerou, ainda, tratar-se de um único bem imóvel, adquirido pelos pactuantes após o casamento.

Na construção de um direito sucessório entre pais e filhos afins, a reorganização das regras existentes implicaria em aumentar a porção disponível para

²⁷¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ap. Cível n. 102.397. Rel. Des. Costa Manso. 30 ago. 1960. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 50, v. 306, p. 247-249, abr. 1961.

que possa ser melhorada a posição do filho afim ou em criar uma quota disponível especial para estes. Da mesma maneira, poderia estabelecer que os aqüestos das segundas núpcias – como considerado pelo voto minoritário acima - seriam herdados pelos filhos próprios e pelos afins, brindando a igualdade das filiações. Uma reforma mínima nesta matéria seria suficiente para trazer uma resposta às demandas da nova realidade que constituem as famílias reconstituídas. Neste passo, a intervenção do legislador não seria indispensável, bastando que os tribunais operacionalizem a regra constitucional insculpida no art. 227, § 6º, sem qualquer hermenêutica restritiva.

Face às deficiências do direito positivo e à complexa realidade das famílias reconstituídas para solver o problema da transmissão de bens entre pais afins e filhos afins, com significativa freqüência recorrem aqueles à via da adoção, com o objetivo de dar o reconhecimento necessário na ordem interna e social da família e atenuar as ambigüidades.

7.2 A ADOÇÃO DO FILHO DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO

Na falta de poder sempre transmitir legitimamente seus bens a seus filhos afins, graças à pouca cooperação do sistema legal com esta intenção, pois a relação entre um cônjuge ou companheiro e os filhos do outro tem sido praticamente ignorada e são limitados os direitos que se criam entre eles, aqueles recorrem à adoção destes, não só para beneficia-los materialmente, mas para mais concretamente desempenhar o rol parental, juntamente com o genitor biológico com quem convive o menor, e outorgar entidade jurídica ao laço que aproxima um cônjuge aos filhos do outro. É natural que o novo casal aspire a que todos os filhos, os próprios de cada um e os comuns, gozem de iguais direitos pessoais e patrimoniais e ostentem, como se verá adiante, os mesmos apelidos..

É freqüente, então, que os filhos próprios de um cônjuge, matrimoniais ou

extramatrimoniais, e mesmo adotivos, sejam adotados pelo outro. Nesta adoção, denominada unilateral, a biparentalidade fática que se estabelece entre o cônjuge ou concubino da mãe e o pai biológico da criança (parentesco por afinidade) pode tornar-se de direito, diante da possibilidade de ser concedida a adoção na forma preconizada no parágrafo único do art. 1.626 do Código Civil: "Se um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes", permitindo que a substituição ocorra na linha paterna ou na linha materna, unilateralmente. Desta maneira, outorga-se entidade judicial ao laço que se cria entre um cônjuge e os filhos do outro, legitimando as funções, se o menor se encontra de fato integrado ao novo lar e a adoção contribui para o seu bem estar. Jurisdicionaliza-se uma filiação socioafetiva.

A adoção do filho do cônjuge ou companheiro reflete uma verdadeira mudança transacional da vida familiar, onde o menor adotado tenha nascido de uma família nuclear ou biparental, com pai e mãe biológicos, passando a uma família monoparental ao ficar sob a guarda de um deles a partir da separação ou do divórcio de seus pais ou da morte de um ou outro. Com o casamento ou a convivência do genitor com quem vive, o menor se integra em uma família reconstituída, para logo retornar a uma família nuclear ou biparental com sua adoção pelo novo cônjuge ou companheiro de seu genitor.

Nesta hipótese excepcional de adoção, de filho do cônjuge ou concubino, ao tempo em que não são abrogados os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e seus respectivos parentes, porque não desaparece o poder familiar do pai ou da mãe consangüíneos, vincula, simultaneamente, o adotado ao pai ou mãe adotante e, também, a seus respectivos parentes, ampliando a rede de relações por diversos sistemas familiares precedentes. É este caráter híbrido da adoção unilateral que determina duplo impedimento matrimonial ao perfilhado, um em relação à sua família de sangue, outro em relação à sua família adotiva.

Nesta dimensão, restando possível a manutenção dos vínculos com o genitor

biológico, abre exceção legal não só à regra geral da total e absoluta ruptura dos vínculos do parentesco consanguíneo, mas também da que faz depender toda adoção da prévia destituição do poder familiar dos pais. Casados ou concubinados os adotantes, a adoção unilateral excepciona a adoção conjunta enquanto é realizada por um só dos cônjuges ou concubinos.

A doutrina a respeito identifica três formas possíveis em que pode ocorrer esta adoção. Uma, quando o adotando foi reconhecido apenas por um dos genitores, que (só ele, portanto) expressamente consentirá na adoção por seu cônjuge ou companheiro. Outra, quando o adotando foi reconhecido por ambos os genitores. Nesta hipótese, além do consentimento de um deles, o cônjuge ou o companheiro do adotante, condiciona-se a adoção à destituição do poder familiar do outro genitor. E uma terceira, quando tenha falecido o pai ou a mãe biológicos.²⁷²

Acudir a esta forma de adoção pode ser benéfico para a criança, quando o pai que não tem a guarda do filho tenha dele se desinteressado ou falecido, porém é inconveniente quando há um pai ou uma mãe vivo e presente, porque é possível que durante o ciclo vital da criança ocorram mudanças na guarda. Ocorreria o absurdo de uma criança adotada por um pai afim estar sob a guarda de seu pai biológico, com todos os direitos para o adotante derivados do vínculo da adoção.

A adoção unilateral, que cria um vínculo de filiação entre o filho e o cônjuge ou companheiro de seu pai ou de sua mãe, integra plenamente o filho na nova família, que recolhe, então, os bens de seu pai ou mãe adotivo segundo as mesmas regras que se aplicam a qualquer outro filho, mas, ao mesmo tempo, destrói todos os vínculos

²⁷² GRISARD FILHO, W. Será verdadeiramente plena a adoção unilateral? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 11, p. 31-45, out./dez. 2001.

No plano psicossocial, observa este autor o pensamento de Maria Josefina Becker, para quem a adoção unilateral é indicada somente nos casos em que não haja vínculos de qualquer natureza com a filiação natural anterior ou com parentes, como avós, tios, etc., na linha admitida pela Lei francesa 93-22, como informa Catalina Elsa Arias de Ronchietto: a adoção plena só é possível para o caso de filho com um único progenitor determinado. Sobre este mesmo tema consultar o trabalho das psicólogas Leila Maria Torraca de BRITO e Solange DIUANA (Adoção por cônjuge – reais vantagens, quando? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 13, p. 42-52, abr./jun. 2002).

com a família de origem. De consequência, perde seus direitos sucessórios nesta família. Este dramático efeito da adoção plena do filho do cônjuge, foi evitado pelo art. 345-I, do Código Civil francês, na redação que lhe deu a lei de 8 de janeiro de 1993, ao dispor que “A adoção plena do filho do companheiro não é permitida a não ser quando esta criança não tenha outra filiação legalmente estabelecida que não em relação a este companheiro”.²⁷³

A adoção simples, por outro lado, ao mesmo tempo em que cria vínculos unicamente com o adotante,²⁷⁴ aspecto sumamente restritivo do instituto, não rompe os vínculos com a família de origem, permitindo não só a transmissão de bens ao adotado no caso de precedente morte do pai ou da mãe afim, mas também, e ainda, que suceda na sua família primária. A questão, entretanto, é a seguinte: pode um menor ser adotado simplesmente? A resposta há que ser positiva se tal solução atende aos melhores interesses do menor, mormente em face do art. 227, § 6º, da Constituição Federal. Sendo o pai afim casado com a mãe do menor, a adoção não pode ser conjunta, porque a mãe não pode adotar seu próprio filho, com quem já tem estabelecido um vínculo de filiação, por consangüinidade, para substituí-lo por outro de igual caráter porém adotivo. Neste suposto, tem-se admitido possível, isto sim, a adoção simples, sem exclusão do poder familiar da genitora, em caráter excepcional.²⁷⁵

²⁷³ FULCHIRON, H. La transmission des biens dans les familles recomposées: entre trop de droit e pas de droits, pp. 294-295. In: MEULDERS-KLEIN, M. T. e THÉRY, I. **Les reconstitutions...**, pp. 281-298.

²⁷⁴ A propósito, observam Marta N. STILERMAN e Silvia E. SEPLIARSKY, que carece de sentido que possa haver filhos de uma mesma pessoa que não sejam irmãos, podendo chegar-se ao absurdo de que em uma família reconstituída os filhos comuns sejam meio-irmãos dos filhos de ambos os genitores, entretanto – embora adotados pelo cônjuge do genitor biológico – não seriam irmãos entre si, inclusive quando se sentem tais e convivem no mesmo lar. (**Adopción**: integración familiar. Buenos Aires: Universidad, 1999, p. 205).

²⁷⁵ Neste sentido decidiu o TJSP no julgamento da apelação cível nº 10.871-0, por sua Câmara Especial, em 15.03.90, da qual foi relator o Desembargador Marino Falcão, com esta ementa: “ADOÇÃO PLENA – Enteadado – Pedido unilateral do padrasto – Impossibilidade – Adotando que não se encontra em situação irregular – Medida só deferida a casais – Possibilidade de adoção simples sem exclusão do pátrio poder da genitora. Não se pode acolher pedido de adoção plena de enteadado formulado pelo padrasto. É que, vivendo sob os cuidados da mãe e do requerente, tal menor não se encontra na situação irregular descrita no Código de Menores. Por outro lado, tal medida só poderá ser deferida a casais, e não a um cônjuge separadamente. Nestas circunstâncias, tem-se admitido possível a adoção simples, sem exclusão do pátrio poder da genitora, em caráter excepcional”. RT 653/88-89.

Embora menor o adotado, a adoção será simples, havendo outros vínculos sanguíneos que seja mister preservar, subsistindo no interesse do menor, com plenitude, seus direitos alimentares e hereditários.

Se bem parece ser a adoção simples a mais aconselhável nestes casos, alguma dúvida pode despertar a circunstância de que neste tipo de adoção só se estabelece um nexo entre o adotante e o adotado, sem criar nenhum vínculo com a família daquele. Esta consequência afetaria a intenção de integrar o menor na nova família, pois, a contrário, o filho adotado pelo cônjuge ou companheiro do genitor biológico se encontraria em posição diferente da dos filhos comuns nascidos da nova união. Assim, os avós e os tios destes últimos não teriam vinculação alguma com o filho adotado pelo neto e pelo sobrinho. Resultaria, então, conveniente regular a adoção do filho do cônjuge ou companheiro de maneira tal que permita ao menor manter um nexo com sua família biológica e possibilite, ao mesmo tempo, formar parte da família inteira do adotante.

Atribuída à adoção de menor a irrevogabilidade, a adoção simples pode mostrar-se conveniente na hipótese da ruptura da nova família e subsequente reconstituição, permitindo ser o filho novamente adotado pelo novo cônjuge ou companheiro do genitor biológico, porquanto revogável. Neste suposto seria de admitir-se uma adoção semi-plena, revogável com a só dissolução da família reconstituída. É evidente que rompida a nova família, provavelmente algum ou alguns de seus integrantes julguem inconveniente manter o vínculo adotivo, seja o adotante, o genitor biológico, os irmãos afins ou mesmo o adotado. Porém, o intento esbarra na irrevogabilidade do ato, pois não basta a mudança de afetos para autorizar a revogação. Por outro lado, o efeito da desvinculação entre adotante e adotado pode ser nocivo a este. Resta claro que a adoção unilateral, como recurso de integração do menor nas famílias reconstituídas, apresenta graves desvantagens, pois a sorte dos filhos e a efetividade de seus direitos dependem da estabilidade conjugal.

Quer-se dizer que a transferência patrimonial de pais afins a filhos afins, por esta via, pode não ser possível, tanto na prática como em direito, se não se adotar um

estatuto próprio à sucessão dos filhos afins ou nem se reorganizar as regras existentes, para inclui-los no rol dos herdeiros. É que, por um lado, pode o próprio filho afim não desejar ser excluído da sucessão na sua família de origem e os filhos comuns da nova família inadmitir partilhar com seus meio-irmãos num plano de equilíbrio, alquebrando o que restou da família reconstituída, se não avaliam o interesse familiar e os benefícios que a integração significa para a vida afetiva do núcleo. Por outro lado, e de um modo mais geral, acompanhando o pensamento de Dorothée BOURGAULT-COUDEVYLLE e Fabienne DELECOURT, o recurso à adoção unilateral nega a originalidade mesma das famílias reconstituídas,²⁷⁶ na medida em que esta se converte em uma família nuclear.²⁷⁷ Por isto resulta necessária uma regulação específica, que reconheça a realidade destas famílias e lhes atribua algum tipo de direito ao invés do não-direito, eliminando discriminações restritivas contrárias aos interesses do menor.

A adoção do filho do cônjuge, perseguindo a unificação familiar, propicia aos filhos da união precedente ostentar os apelidos do adotante, sufragando a idéia de que todos os filhos, os próprios de cada um, os do cônjuge ou os comuns, portem o mesmo patronímico. A propósito, se não houve adoção?

7.3 A ATRIBUIÇÃO DE NOME AOS FILHOS AFINS

Uma das finalidades dos que adotam para absolutamente integrar um menor no novo grupo familiar é que o adotado ostente os apelidos do adotante, não só

²⁷⁶ BOURGAULT-COUDEVYLLE, Dorothée.; DELECOURT, Fabianne. Les familles recomposées: aspects personnels, aspects alimentaires. In: MEULDERS-KLEIN, M. T.; THÉRY, I. **Les recompositions...**, p. 257-279.

²⁷⁷ Não se deve confundir a família originada na adoção unilateral com a família reconstituída, que inclui um parentesco por afinidade. São dois institutos distintos, com efeitos próprios e diversos. Naquela o adulto quer ser o pai do menor, que é filho de seu cônjuge ou companheiro e quer reconhecer-lhe idênticos direitos e obrigações que a um filho biológico próprio; suposto completamente diferente ao parentesco por afinidade em primeiro grau.

simbolizando a unidade do núcleo, mas também para unificar o patronímico da família. É que, a adoção, atribuindo situação de filho, confere ao adotado o sobrenome do adotante, como consequência do princípio da isonomia.

Na legislação francesa, a regra geral é que na adoção simples se confere o acréscimo do nome do adotante ao adotado. Entretanto, o tribunal pode, a pedido do adotante, que o adotado só porte o nome do adotante. Se o adotado tiver mais de 13 anos, seu consentimento pessoal à substituição do patronímico é necessário.²⁷⁸ Esta “dação de nome” não cria nenhum laço de filiação e acarreta, como especial consequência, a de unificar em um mesmo apelido de família a todos os integrantes, evitando que os filhos do primeiro e do segundo casamento tenham apelidos diferentes.

Tratando-se, porém, de parentesco por afinidade, o que se estabelece entre um cônjuge ou companheiro e o filho do outro (pai afim e filho afim), por força de lei, a questão contempla singularidade. Certo é que o nome²⁷⁹ civil da pessoa natural, enquanto signo da identidade social, capaz de distingui-la das outras, sendo singular e única, é exigência objetiva do convívio humano, pois é referência indispensável à segurança das relações jurídicas. Por isto, merece a proteção legal, como um bem de sua personalidade. E nele, o nome, tomada a expressão em seu sentido amplo, guarda particular relevo o patronímico, porque situa o indivíduo em um determinado grupo

²⁷⁸ CC francês, art. 363, conforme leis n°s 66-500, de 11 julho de 1966 e 93-22, de 8 de janeiro de 1993: “*L’adoption simple confère le nom de l’adoptant à l’adopté en l’ajoutant au nom de ce dernier. Le tribunal peut, toutefois, à la demande de l’adoptant, décider que l’adopté ne portera que le nom de l’adoptant. Cette demande peut également être formée postérieurement à l’adoption. Si l’adopté est âgé de plus de treize ans, son consentement personnel à substitution de patronyme est nécessaire.*” (Em tradução livre: “A adoção simples confere o nome do adotante ao adotado, acrescentando-o ao nome deste último. O tribunal pode, todavia, a pedido do adotante, decidir que o adotado usará somente o nome do adotante. Este pedido pode igualmente ser requerido após a adoção. Se o adotado tem mais de treze anos, seu consentimento pessoal para a substituição do patronímico é necessário”).

²⁷⁹ Anota Wilson de Souza Campos BATALHA, que o antigo Código Civil não regula especificamente o direito ao nome, embora alguns dispositivos lhe façam alusão, v. g. art. 240, como o fizeram os códigos civis alemão, italiano e suíço. Porém, é expressamente protegido pela lei que regula os direitos autorais. Embora inexista uma norma geral de proteção ao nome, tal proteção decorre dos elementos inerentes à personalidade. **Comentários à lei dos Registros Públicos**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 1, p. 173-175.

familiar.²⁸⁰ Esta é a *ratio* do princípio, que é de ordem pública: a estabilidade do nome e, sobretudo, do patronímico, ou apelido de família, cuja alteração só se permite em casos excepcionais. Outra é a orientação da *Common Law*, de absoluta liberdade, para a qual o nome é um assunto privado dos indivíduos.²⁸¹

Hipótese desta excepcionalidade é relatada por Antônio CHAVES,²⁸² sem manifestar concordância com a decisão prolatada pelo tribunal. Narra este autor, que certa viúva, mãe de um menor, filho de seu primeiro marido, autorizada por seu segundo marido, veio a juízo requerer fosse permitido acrescentar ao patronímico deste filho o sobrenome do padrasto, conservando o nome paterno. A pretensão foi repelida pelo juiz, entendendo não ser tão ampla a liberdade de modificação de sobrenome. Este entedimento, entretanto, foi contrariado pelo tribunal, que reconheceu não existir na lei nada que impedisse o deferimento de uma medida de tão profundo sentido humano, que só poderia trazer vantagens de ordem moral ao menor.²⁸³ Em outro julgamento, porém, decidiu em sentido contrário o mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 157.141-1/8, da qual foi relator o Desembargador Antônio Cezar Peluso, entendendo desta feita não configurar circunstância especial, nem motivo relevante, o fundamento de gratidão por aquele que tivera a posse e a guarda jurídica de menor, para o acréscimo de apelido daquele terceiro.²⁸⁴

²⁸⁰ SERPA LOPES, M. M. de. **Tratado dos registros públicos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, v. 1, p. 168. Sobre este tema, ver Spencer VAMPRÉ. **Do nome civil**. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1935.

²⁸¹ GROSMAN, C. P.; ALCORTA, I. M. **Famílias ensambladas...**, p. 235.

²⁸² CHAVES, A. **Segundas núpcias** ..., p. 110-111.

²⁸³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Registro Civil – Nome – Menor registrado com o patronímico paterno – Acréscimo pretendido do sobrenome do padrasto – Admissibilidade – Apelação provida. O prenome é imutável. Mas o nome, a quem também se diz sobrenome não o é. No primeiro ano da maioridade, o indivíduo pode mudá-lo, mesmo sem justificação. Ap. Cível n. 93.149. Rel. Des. Sylvio Barbosa. **RT**, São Paulo, v. 294, a. 49, p. 203, jul. 1960.

²⁸⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Assento de nascimento. Nome. Patronímico alheio. Adoção, apenas como homenagem a quem, como padrasto, criou e educou o interessado. Inadmissibilidade. Inexistência de motivo relevante. Se o interessado nunca usou como signo de identidade social, nem tem outro motivo relevante, não pode ver-lhe acrescido ao nome, no assento de nascimento, o patronímico de quem o criou e educou, ainda como padrasto. Ap. Cível n. 157.141-1/8.

Opondo-se a este entendimento, na hipótese de a pessoa ter sido criada desde tenra idade pelo pai afim, reconhece o Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de determinar-se a alteração de patronímico de filhos afins. Em julgamento presidido pelo Ministro Barros Monteiro, do voto vencedor, subscrito pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, destaca-se neste aspecto o tópico seguinte: “[...] são dois os valores em colisão: de um lado, o interesse público de imutabilidade do nome pelo qual a pessoa se relaciona na vida civil; de outro, o direito da pessoa de portar o nome que não a exponha a constrangimentos e corresponda à sua realidade familiar. Para atender a este, que me parece prevalente, a doutrina e a jurisprudência têm liberalizado a interpretação do princípio da imutabilidade, já fragilizado pela própria lei [...]”, em face, portanto, de relevantes motivos sociais e familiares e mais compreensivos da realidade e dos valores humanos, para onde sinaliza a Constituição Federal de 1988. Registra o voto divergente, da lavra do Ministro Ari Pargendler, que a exceção do art. 57 da Lei dos Registros Públicos exige motivação que vá além da conveniência da parte na mudança do nome, é preciso que seja necessário.²⁸⁵

Com efeito, a Lei 6.015/73 não autoriza a modificação do patronímico, mas também não a proíbe, admitindo-a mesmo em situações determinadas, como na adoção plena e no caso das mulheres com o casamento e com a união estável. Por que também não se admitir nos casos de parentesco por afinidade? Face à matéria de que se trata, é de se admitir não a interpretação restritiva, mas, sim, a de elastério, para que melhor justiça se faça e no interesse do menor. E, neste sentido, a jurisprudência brasileira já se manifestou, assentando que o acréscimo ao sobrenome do apelido padraço não

Rel Des. Antônio Cezar Peluso. **RT**, São Paulo, v. 694, a. 82, p. 71-73, ago. 1993.

²⁸⁵ É esta a ementa deste julgamento: “NOME. Alteração. Patronímico do padraço. O nome pode ser alterado mesmo depois de esgotado o prazo de um ano, contado da maioridade, desde que presente razão suficiente para excepcionar a regra temporal prevista no art. 56 da Lei 6.015/73, assim reconhecido em sentença (art. 57). Caracteriza essa hipótese o fato de a pessoa ter sido criada desde tenra idade pelo padraço, querendo por isso se apresentar com o mesmo nome usado pela mãe e pelo marido dela.” REsp nº220.059-SP (1999/0055273-3), 2ª S., por maioria, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 22.11.00, p. DJ de 12.02.01, p. 92 e RSTJ, vol. 145, p. 255. A mesma motivação levou o TJRJ a deferir alteração de nome para acrescentar-lhe o patronímico de quem criou como filho e dele teve posse e guarda enquanto menor, em cujo seio familiar foi criada e educado. (TJRJ, 3ª C., Apelação Cível nº 484/87, rel. Des. Paulo Pinto, j. 11.08.87. RT 629, a. 77, mar. 88, p. 197).

afronta a lei.²⁸⁶ Merece transcrição trecho de acórdão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, colacionado por Wilson de Souza da Campos BATALHA: “Há norma de que o prenome é imutável...Doutrina e Jurisprudência, no entanto, têm dado ao preceito uma aplicação elástica, de modo que não sofra somente as exceções previstas na mesma lei (...), mas também outras, conforme a peculiaridade do caso”²⁸⁷

Este entendimento é confirmado por Rubens LIMONGI FRANÇA e Walter CENEVIVA: a regra da imutabilidade do prenome e do patronímico paterno não é absoluta, havendo vários casos em que a mudança é não só possível como obrigatória.²⁸⁸ A jurisprudência tem sido fértil neste sentido, plasmando-se nos acórdãos de uma maneira compreensiva ao admitir se acrescente ao patronímico, mediante alteração do assento de nascimento, o patronímico do padrasto, podendo ser assim resenhada: “a lei não proíbe a adição de sobrenome.”²⁸⁹

Na legislação estrangeira, a atribuição de nome do pai afim ao filho afim é autorizada sob certas peculiaridades. Na Holanda, por exemplo, desde que o menor tenha sido criado no grupo familiar pelo menos nos três anos que precederem ao pedido de substituição do nome, com o qual deve concordar se contar com mais de doze anos. Sua negativa pode ser desconsiderada quando está em jogo sua saúde moral e física. A opinião do genitor não guardador não é tomada para definição do pleito.

Na Suíça, a reconstituição da família não é fundamento suficiente à substituição do nome, porém, a Corte Federal, no interesse do menor, pode autorizar a alteração, a fim de evitar que os filhos de divorciados acolhidos em uma comunidade familiar formada por seu pai ou mãe biológico e o novo cônjuge ou companheiro, sofram

²⁸⁶ Confira-se na **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 297, a. 49, p. 304, 384, jul. 1960; a. 56, p. 178, out. 1967.

²⁸⁷ BATALHA, W. de S. C. **Comentários à lei dos Registros Públicos** ..., p. 190.

²⁸⁸ LIMONGI FRANÇA, R. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 1037. Walter CENEVIVA. **Lei dos Registros Públicos comentada**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 134.

²⁸⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação. Cível nº 147.090. Rel. Des. Francis Davis. RT 384, a. 56, out. 67, p. 178.

desvantagens em todo o entorno familiar, ao não levar o mesmo nome dos componentes do núcleo atual. A lei alemã admite a alteração do apelido do menor pelo pai afim quando existem razões importantes. A decisão a respeito deve levar em conta o interesse do menor. Na Inglaterra é admissível que o filho porte o nome do cônjuge ou companheiro de seu genitor durante a guarda judicial (*residence order*), havendo consenso de ambos os pais e obtenha a devida autorização judicial.²⁹⁰

É natural que os filhos do cônjuge de um vínculo anterior levem os apelidos do novo cônjuge ou companheiro, como elemento de unificação da nova família, tanto na ordem interna como frente à sociedade. Pode sugerir-se a adoção como solução a mais apropriada, porém, renunciar o patronímico de origem implica negar o vínculo filial e pode constituir atentado ao direito à identidade do filho. Por isto, também neste aspecto, a família reconstituída, integrada por filhos de vínculos precedentes, merece emergir da invisibilidade jurídica por meio de uma regulação especial, que atue como elemento de coesão e ajude a gerar vínculos mais estreitos e comprometidos.

Nesta regulação, são pressupostos mínimos e necessários tratar-se de criança ou adolescente, que conviva com o genitor e seu cônjuge ou companheiro e, se maior de 12 anos, preste seu consentimento, não tendo paternidade determinada ou já falecida. Em todos os casos, conservaria seu nome de origem e só se acrescentaria o do cônjuge ou companheiro do genitor. Uma vez alcançada a maioridade ou dissolvida a nova união, possibilite ao filho afim recuperar o patronímico de origem.

Para que o Direito tenha respostas adequadas às distintas demandas das famílias reconstituídas, implica considerar, com absoluta prioridade, os melhores interesses do menor.

²⁹⁰ A legislação comparada teve por fonte, *passim*, a obra coletiva de Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN e Irène THÉRY e a de Cecília P. GROSMAN e Irene Martinez ALCORTA, amplamente citadas neste trabalho.

CONCLUSÕES

É fato por todos conhecido que dia a dia aumenta o número de rupturas conjugais e cresce a formação de novos núcleos familiares nos quais convivem ou circulam e se socializam filhos de distintas uniões, constituindo uma rede de sustento material e emocional, não isenta de antagonismos e conflitos. É também sabido que o Direito pouco tem se preocupado por estas novas configurações familiares, vestígio da histórica aversão às segundas e ulteriores núpcias. Esta hostilidade primeiro obedeceu a razões patrimoniais, mais tarde julgou-se as novas famílias como perniciosas à boa formação das crianças e dos adolescentes. Só a estabilidade familiar e a família intacta aparecia como adequada para a tarefa formativa. Porém, a realidade tem demonstrado que casais se separam sem perder vigência a família como centro de afeto, cooperação e solidariedade; alguns continuam com a função familiar em lares monoparentais e muitos constituem novos núcleos. Assim, não é exagerado sustentar, que, no futuro, a família encabeçada por um só genitor e a família oriunda de novas núpcias serão as famílias tipo em muitos lugares da terra.

Desde uma perspectiva histórico-evolutiva, define-se estes novos grupos por famílias reconstituídas, a estrutura familiar originada no casamento ou união de fato, na qual um ou ambos de seus integrantes tem filhos de uma relação antecedente. Deste modo, o casal, os filhos procedentes de tais primeiros vínculos e os que lhe sobrevierem conformam um sistema familiar único.

Os estudos acerca destas famílias partiram fundamentalmente do campo da saúde mental, a sociologia, a antropologia e a sociodemografia. Se bem existam trabalhos pioneiros, é a partir da década de 70, que os investigadores começam a descobrir e a explicar tais estruturas familiares. A facilitação e o aumento da taxa de divórcios tem despertado interesse no estudo das características destas famílias, suas dificuldades comportamentais e a forma que a lei e a justiça podem contribuir para melhorar sua dinâmica, articulando os vários subsistemas familiares. Nestas áreas

observa-se o interesse em indagar os particulares problemas e conflitos desta configuração familiar, que, entretanto, permanecem invisíveis no campo do direito.

A posição mais antiga predominou na década de 50 e baseou sua fundamentação em uma avaliação comparativa com a família originada no primeiro casamento em relação a valores como estabilidade, êxito, socialização dos filhos e bem estar familiar. Neste período, a família nuclear básica é a forma única de referência a partir da qual as outras formas de família aparecem como atípicas ou desviadas e não como estruturas específicas. Consideradas como falsas famílias, constituem fonte de perturbações, frustrações e de múltiplas dificuldades.

Já na década de 70, busca-se reconhecer a especificidade estrutural destas novas famílias, que recebem a denominação de reconstituídas, e analisar a vida de seus integrantes, não mais em função de uma escala de valores a respeito da qual a família intacta se encontra em posição superior. Desde esta perspectiva, por exemplo, as dificuldades dos filhos nascidos de uniões anteriores são vistas como próprias de um sistema particular em interação com seu novo contexto social e cultural.

No período que se iniciou na década de 80, o objeto estudado se estende no tempo e no espaço. A situação presente é examinada com a história passada e a família reconstituída é um momento dentro de um processo, uma das formas que pode adotar a complexa cadeia de transições familiares. Estas famílias são mais extensas, compreendendo o lar do genitor guardião, o do outro genitor e o dos parentes de cada um destes grupos, por onde circulam várias crianças. Nesta concepção, as categorias pai-padrasto, mãe-madrasta e filho-enteado não são lugares excludentes, mas complementares.

Não obstante sua diferenciação básica da família nuclear, constituída pelos pais biológicos e seus filhos, na família reconstituída encerram-se diferentes realidades sociológicas, comportamentos e expectativas em seus integrantes. As diferentes combinações, por exemplo, o núcleo formado pela mãe, seus filhos e o homem a quem se uniu ou o formado por uma mulher casada com um pai não guardião que não mantém nenhum convívio com seus filhos nascidos de um casamento anterior,

reclamam regras distintas.

Neste trabalho procurou-se estudar a problemática que o tema oferece, sua caracterização e sua relevância social, as novas designações de seus integrantes, o parentesco que se estabelece entre um cônjuge ou companheiro e os filhos do outro - o que determina um parentesco por afinidade em primeiro grau - e o exercício da autoridade parental, como eixo relevante que define seu funcionamento, os conflitos que aí se instauram, o dever de alimentos, o direito sucessório, a adoção de integração como forma de minimizar as ambigüidades das regras vigentes e o direito ao uso do nome do cônjuge ou companheiro do genitor.

Toda família funciona como um sistema mediante pautas transacionais, regras que determinam os modos como se relacionam seus integrantes entre si e com o meio social em que vivem, em permanente transformação de acordo com o cumprimento de etapas do ciclo vital familiar. No processo de construção de uma família reconstituída, implica reconhecer uma estrutura complexa conformada por múltiplos vínculos e nexos, caracterizando-se pela ambigüidade, pois que as interações se constituem em um campo de imprecisões, onde os espaços, a autoridade e as lealdades começam um movimento de acomodação à nova situação. Os filhos passam a ter novos irmãos, que sem ser irmãos o são, juntam-se novos tios e avós provenientes de outras famílias, padrastos e madrastas cumprem papéis que, muitas vezes, se sobrepõem com os dos pais biológicos. A rede social se estende, fazendo surgir conflitos e, neste passo, a tarefa de organização não é simples, concorrendo condições pessoais e sócio-culturais específicas.

Do ponto de vista individual, cada membro ingressa na nova família com sua própria história, proveniente de sua situação familiar anterior, circunstância que incide no tempo que cada um necessita para realizar seu próprio ajuste de expectativas em relação ao novo grupo. A duplicidade de regras e lealdades, a presença de códigos diversos e estilos de parentalidade diferentes, são componentes que dificultam a consolidação de vínculos. É necessário ter em conta que a nova família apresenta, com frequência, problemas não resolvidos dos vínculos que lhe precederam e não se

isenta de novos, que precisam acomodar-se aos anteriores. Estas situações podem originar triângulos conflitivos como o formado pelo marido, sua ex-mulher e a nova esposa; como entre o marido, a esposa e os filhos desta ou entre os filhos do marido, os próprios do casal e os filhos da mulher. Estes exemplos evidenciam a complexidade da vida cotidiana destas famílias, já que não existem guias institucionais que as orientem.

Do ponto de vista sócio-cultural, constituem-se as famílias reconstituídas sob um clima ideológico de intensa adesão a certos estereótipos estabelecidos pela sociedade, de serem tão funcionais como as famílias nucleares intactas, pois é por meio desta exigência que se mede seu êxito ou seu fracasso. O mito do amor instantâneo entre um cônjuge e o filho do outro é uma condição implícita da nova família, indicando que todos os filhos devem ser igualmente queridos a fim de evitar rivalidades e discriminações. No entanto, é possível que não possam responder a esta exigência social porque pesa o laço biológico na sedimentação do vínculo afetivo. O fenômeno pós-moderno das famílias reconstituídas obriga a revisar as designações estereotipadas que apresentam as expressões “padrasto” e “madrasta”, pessoas cruéis e indesejáveis, e “enteados”, que denotam uma percepção negativa. Neste sentido, parece mais apropriado redesigná-los de “pai afim”, “mãe afim” e “filho afim”, em decorrência do parentesco por afinidade que une estas pessoas.

Caracterizada por um estatuto ambíguo, as famílias reconstituídas inscrevem-se, por um lado, nas conseqüências patológicas do divórcio, que levam à estigmatização das novas famílias e, por outro lado, estas se revalorizam porque integra os divorciados no caminho da normalidade conjugal.

O ordenamento jurídico estabelece um vínculo de parentesco, por afinidade, que une um dos cônjuges aos filhos do outro, mas não fixa pautas que orientem a interação destes sujeitos. A lei pode conferir um marco de legitimidade à composição de regras, respeitando a maternidade e a paternidade biológicas e, ao mesmo tempo, determinando as faculdades e os deveres de quem cumpre as funções de cuidado e formação no novo núcleo familiar, superando a idéia de exclusividade destas funções,

que tolere o emprego de faculdades concorrentes dos pais biológicos e dos pais afins que convivem com os filhos de seu cônjuge. O enfoque biologista, como a máxima garantia do desenvolvimento da criança, cede lugar à parentalidade psicológica e social. Nesta nova perspectiva centra-se a atenção nos cuidados cotidianos da criança. Portanto, a função parental pode bem ser cumprida por qualquer adulto, desde que garanta o interesse superior do menor.

Recomenda-se denominar família reconstituída a que se origina de uma nova união depois da separação, divórcio ou viuvez, quando um ou ambos os cônjuges tem filhos de um vínculo anterior. Esta categoria sociológica tem como finalidade enquadrar o objeto do estudo e promover sua visibilidade no âmbito social e institucional.

Considerando o incremento das famílias reconstituídas, põe-se de evidência que cada vez mais em maior medida uma criança crescerá em um lar formado por um dos genitores e um novo cônjuge ou companheiro. Interessa, pois, dar um espaço próprio no mundo legal e social à relação entre um cônjuge e os filhos do outro.

A falta de normas adequadas contribui à duplicidade de regras existentes nestas famílias e incide seriamente na estabilidade dos novos núcleos. Portanto, sem prejuízo das pautas de convivência que cada núcleo familiar defina de acordo com seus específicos funcionamentos, o ordenamento legal deve consolidar os princípios de solidariedade, cooperação e responsabilidade no seio destas famílias, estabelecendo direitos e deveres entre um cônjuge e os filhos do outro. É importante que desde a lei se reconheça a realidade de uma convivência que gera relações de cotidianidade, fonte de responsabilidade em relação à socialização de filhos menores.

Sob este enfoque, é proposto o reconhecimento de um estatuto mínimo, que expresse a possibilidade de realizar atos usuais ou intervenientes para a proteção do menor, participação na vida cotidiana e o estabelecimento de regras de convivência. Neste aspecto sugere-se a guarda de fato do filho do cônjuge ou companheiro, estabelecendo a possibilidade de solicitar a guarda judicial, limitada aos aspectos pessoais, para melhor cooperar na criação do menor, em conformidade com o genitor

convivente, sem alterar o estado de família e a posição dos genitores. Desta maneira os pais afins afirmariam a função de fato que exercem, como co-educadores de seus filhos afins e como figuras adultas que merecem consideração e respeito. Com isto se afiançaria seu lugar dentro do novo lar. O dever de alimentos com caráter subsidiário, para o caso de não haver parentes consangüíneos ou estes não tenham recursos suficientes. O direito de ampla comunicação com os filhos do cônjuge nos casos de ruptura da união ou falecimento. Neste caso, outorgar a possibilidade do pai ou mãe afim exercitar a guarda dos filhos do outro, preferentemente ao genitor não convivente, se satisfaz a doutrina do melhor interesse do menor, sem prejuízo da preservação dos direitos e deveres do genitor. A inclusão em uma nova ordem sucessória e a possibilidade de atribuição de nome do pai ou mãe afim.

Dos capítulos anteriores, estima-se que já é tempo de reconhecer e dar legitimidade no marco institucional às famílias reconstituídas. Neste passo, o direito tem importante papel a cumprir na dinâmica destas famílias. Criar um espaço próprio aos pais e mães afins, que lhes permita expressar seus sentimentos, acordar as faculdades para colaborar no cuidado dos filhos afins e dar o reconhecimento necessário na ordem interna e social, para que possam cumprir com as responsabilidade que nascem da convivência e da vida cotidiana.

A realidade da presença das famílias reconstituídas junto às tradicionais, justifica que a lei as contemple sem prejuízos, imposições ou omissões, para afirmar e reconhecer diversos direitos e deveres entre um cônjuge e os filhos do outro, constituindo e estimulando os compromissos e as responsabilidades de quem diariamente coopera nos cuidados de menores que crescem e se educam no seio destas famílias, para não excluí-las da proteção do Estado.

REFERÊNCIAS

- 1 ALBALADEJO, M. **Curso de derecho civil**. 8. ed. Barcelona: Bosch, 1997. v. 4: derecho de familia.
- 2 AMARAL, F. Direito constitucional: a eficácia do Código Civil brasileiro após a Constituição Federal de 1988. In: **Repensando o direito de família**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 309-323. (Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família).
- 3 ANDOLFI, M.; ÂNGELO, C.; SACCU, C. **O casal em crise** [orgs.]. Trad. Silvana Finzi Foá. São Paulo: Sumus, 1995.
- 4 ARIAS, J. **Manual de derecho romano**. 2. ed. Buenos Aires: Kraeft, 1949.
- 5 ÁRIES, P. **História social da criança e da família**. 2. ed. Trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981.
- 6 AZEVEDO, A. V. de. **Do concubinato ao casamento de fato**. Belém: Cejup, 1986.
- 7 BARBOZA, H. H. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: **A família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000. p. 201-213. (Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família).
- 8 BASSET, L. N. M. de. **Derecho de visitas**. Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos. Reimp. Buenos Aires: Hammurabi, 1997.
- 9 BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à lei dos Registros Públicos**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 1.
- 10 BELLUSCIO, A. C. **Manual de derecho de familia**. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998. t. 1-2.
- 11 BERGOGLIO, M. I. **La familia**: entre lo publico y lo privado. Córdoba: Marcos Lerner, 1986.
- 12 BEVILAQUA, C. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 12. ed. atual. por Achilles Bevilaqua. Rio de Janeiro: F. Alves, 1960. v. 2.
- 13 _____. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- 14 BÍBLIA. Primeira epístola aos Coríntios. Paulo. Português. **Bíblia sagrada**. Trad. Centro Bíblico Católico. 35. ed. São Paulo: Ave Maria, 1982.
- 15 BITTAR, C. A. **O direito de família e a Constituição de 1988** [coord.]. São Paulo: Saraiva, 1989.
- 16 BITTENCOURT, E. M. **Guarda de filhos**. São Paulo: Universitária do Direito,

1984.

17 _____. Segundas núpcias. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, a. 61, n. 206, fasc. 730-731-732, abr./maio/jun. 1964.

18 BORDA, G. **Tratado de derecho civil**: familia. 9. ed. ampl. atual. Buenos Aires: Perrot, 1993.

19 BOURGAULT-COUDEVYLLE, Dorothée; DELOCOURT, Fabienne. Les familles recomposées: aspects personnels, aspects alimentaires. In: MEULDERS-KLEIN, Marie Thérèse; THÉRY, Irène. **Les recompositions familiales aujourd'hui**. Paris: Nathan, 1993. p. 257-279.

20 BOUZON. E. **O Código de Hammurabi**. 2. ed. Trad. de E. Bouzon. Rio de Janeiro: Vozes, 1976.

21 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o (novo) Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de janeiro de 2002.

22 _____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **DOU**, Brasília, 5 jan. 1916.

23 _____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 de julho de 1990.

24 BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Impenhorabilidade do bem de família. Lei n. 8.009/90. Recurso Especial n. 169239-SP (1998/0022662-1). Relator: Min. Barros Monteiro. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 19 mar. 2001.

25 _____. _____. Locação. Retomada para uso de sogra. Recurso Especial n. 36365-MG (1993/0017889-0). Relator Min. Edson Vidigal. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 20 set. 1993.

26 _____. _____. Pensão. Lei n. 8.112/90. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 10261-DF (1998/0075665-5). Relator Min. Felix Fischer. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 10 abr. 2000.

27 _____. _____. Responsabilidade civil. Estrada de Ferro. Legitimidade ativa. Recurso Especial n. 67578-RJ (1995/0028236-4). Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 16 out. 1995.

28 _____. _____. Impenhorabilidade do bem de família. Lei n. 8.009/90. Recurso Especial n. 205.170-SP (1999/0017119-5). Relator: Min. Gilson Dipp. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 7 fev. 2000; RT 777/235.

29 _____. _____. Negatória de paternidade. REsp n. 4.987-RJ (1990/0008966-2). **RSTJ**.

30 _____. _____. Nome. Alteração. Patronímico do padrasto. O nome pode ser alterado mesmo depois de esgotado o prazo de um ano, contado da maioridade, desde que presente razão suficiente para excepcionar a regra temporal prevista no art. 56 da Lei 6.015/73, assim reconhecido em sentença (art. 57). Caracteriza essa hipótese o fato de a pessoa ter sido criada desde tenra idade pelo padrasto, querendo por isso se

apresentar com o mesmo nome usado pela mãe e pelo marido dela. REsp nº220.059-SP (1999/0055273-3). Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. 22 nov. 2000. **DJ** 12 fev. 2001, p. 92; **RSTJ**, v. 145, p. 255.

31 BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Desquite e manutenção de relações com o filho do casal. Recurso Extraordinário n. 60.265-RJ. Relator Min. Eloy da Rocha. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, n. 44, v. 1, p. 43-49, abr. 1968.

32 _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 184807/SP (1998/0058351-3). Rel. Min. Barros Monteiro. 7 jun. 2001. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 24 set. 2001.

33 _____. _____. Revisão de Alimentos. Formação de nova família. Apelação Cível n. 1998.07.007562-3 (11922.036). Rel. Des. Romão C. Oliveira. DJU, 6 set. 2000. **Repertório IOB de Jurisprudência**, v. 3, bol. 13/2000, verbete n. 16947.

34 _____. _____. Atentado violento ao pudor. Lei n. 2848/40. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 2596-AL (1993/0005458-9). Relator Min. José Dantas. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 5 abr. 1993.

35 _____. _____. Impenhorabilidade do bem de família. Lei n. 8.009/90. Recurso Especial n. 159.851-SP (1997/0092092-5). Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 22 jun. 1998; LEXJTACSP 174/615.

36 _____. _____. Impenhorabilidade do bem de família. Lei n. 8.009/90. Recurso Especial n. 57606-MG (1994/0037157-8). Relator: Min. Fontes de Alencar. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 15 maio 1995; RSTJ 81/306.

37 BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Guarda de menor. Proteção ao interesse da criança. Apelação Cível n. 33596/94. Relator Des. João Mariosa. **Diário da Justiça da União III**, Brasília, 8 mar. 1995.

38 _____. Tribunal de Justiça. AC n. 1998.07.007562-3 (11922.036). Rel. Des. Romão C. Oliveira. DJU 06.09.00. **Repertório IOB de Jurisprudência**, v. 3, bol. 13/2000, verb. n. 16947, p. 268.

39 _____. Supremo Tribunal Federal. Rec. Extr. n. 4.753-PR. Rel. Min. Aníbal Freire. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 90, p. 385-387.

40 _____. Supremo Tribunal Federal. Rec. Extr. n. 96.804-1/MG. Rel. Min. Djaci Falcão. 22 abr. 1983. **DJU**, Brasília, 16 set. 1983.

41 BRITO, Leila Maria Torraca de; DIUANA, Solange DIUANA. Adoção por cônjuge – reais vantagens, quando? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 13, p. 42-52, abr./jun. 2002.

42 BURGUIÈRE, A. De la famille en miettes à la famille recomposée. In: MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse; THÉRY, Irère [dir.]. **Les recompositions familiales aujourd'hui**. Paris: Nathan, 1993. p. 23-31.

43 _____. Historia de la familia. In: GROSMAN, Cecília P.; ALCORTA, Irene Martinez. **Famílias ensambladas**. Buenos Aires: Universidad, 2000. p. 45

44 CAHALI, F. J. **União estável e alimentos entre companheiros**. São Paulo:

Saraiva, 1996.

45 CAHALI, Y. S. **Dos alimentos**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

46 CAMPOS, D. L. de. **A invenção do direito matrimonial: I - a institucionalização do casamento**. reimp. Separata de: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. 62, 1995.

47 _____. **Lições de direito da família e das sucessões**. Coimbra: Almedina, 1990.

48 CANEVACCI, M. **Dialética da família** [org.]. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

49 CARBONERA, Silvana Maria. O papel do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson [coord.]. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988. p. 273-313.

50 CARBONNIER, J. **Derecho civil**. Barcelona: Bosch, 1961. t. 1, v. 2.

51 CARTER, Elizabeth. Famílias reconstituídas: a criação de um novo paradigma. In: ANDOLFI, Maurizio; ÂNGELO, Cláudio; SACCU, Carmine [org.]. **O casal em crise**. São Paulo: Summus, 1995. p. 192-198.

52 CASTELLS, M. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, [s.d.]. v. 2: o poder da identidade.

53 CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos comentada**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1982.

54 CHAVES, A. **Segundas núpcias**. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

55 CICU, A. **El derecho de familia**. Buenos Aires: Ediar, 1947.

56 CÓDICE CIVILE. L. Franchi; V. Feroci; S. Ferrari [orgs.]. Milão: Ulrico Foepli, 1983.

57 CÓDICE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA E DEI MINORI. Sabina AnnaRita Galluzzo. Milão: Il Sole 24 Ore S.p.A., 2000.

58 CÓDIGO CIVIL ALEMAN (BGB). Enneccerus, L.; Kipp, T.; Wolff, M. Tratado de derecho civil – Apéndice trad. castelhana Carlos Melon Infante. Barcelona: Bosch, 1955.

59 CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. Roberto Ernesto Greco (sup.). 40. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

60 CÓDIGO CIVIL CHILENO. Santiago: Manuel Montt, 1995.

61 CÓDIGO CIVIL EQUATORIANO. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1986.

62 CÓDIGO CIVIL ESPANHOL. 6. ed. atual. Madrid: Civitas, 1981.

63 CÓDIGO CIVIL PARAGUAIO. Asunción: Intercontinental, 1998.

64 CÓDIGO CIVIL PERUANO. Lima: Ciências Econômicas, 1983.

65 CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS. Abílio Neto. 21. ed. Lisboa: Ediforum, 1997.

- 66 CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. Trad. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. 11. ed. São Paulo: Loyola, 1998.
- 67 CÓDIGO DE FAMILIA DE COSTA RICA. Diego Benavides Santos (coment.). San Jose, Costa Rica: Jurirexto, 2000.
- 68 CÓDIGO NAPOLEÃO. Trad. Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1962.
- 69 COELHO DE SOUZA, I. M. C.; DIAS, M. B. Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 8, p. 62-69, jan./mar. 2001.
- 70 CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L.; FERREIRA MUNIZ, F. J. **Curso de direito de família**. 4. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2001.
- 71 CRETNEY, S.; MASSON, J. **Principles of family law**. Londres: Sweet & Maxwell, 1990.
- 72 DAVID, R. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- 73 DE CICCIO, C. **Direito: tradição e modernidade**. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993.
- 74 DE PLACIDO E SILVA, O. J. **Vocabulário jurídico**. São Paulo: Forense, 1963. v. 3: J-P.
- 75 DE RUGGIERO, R. **Instituições de direito civil**. Trad. por: Ary dos Santos. 3. ed. rev. adapt. aos novos códigos civis italiano e português por Antônio Chaves e Fábio Maria de Mattia. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 2: Direito de família, direitos reais e posse.
- 76 DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, a. 94, n. 2, p. 249-270, avril/juin 1995.
- 77 DELINSKI, J. C. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.
- 78 DIAS, M. B. **União homossexual**. O preconceito & a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- 79 DÍAZ DE GUIJARO, E. **Tratado de derecho de familia**. Buenos Aires: Tea, 1953.
- 80 DIEZ-PICAZO, L. **Familia y derecho**. Madrid: Civitas, 1984.
- 81 DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.
- 82 DOLTO, F. **Quando os pais se separam**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- 83 ENECCERUS; KIPP; WOLF. **Tratado de derecho civil**. Trad. Carlos Melon Infante. Barcelona: Bosch, 1995.
- 84 ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do estado: trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan**. Trad. Leandro Konder. 14. ed. Rio

de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

85 FACHIN, L. E. A tríplce paternidade dos filhos imaginários. In: ALVIM, Teresa Arruda [coord.]. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**. São Paulo: RT, 1995. v. 2. p. 170-185.

86 _____. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

87 _____. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

88 _____. Da função pública ao espaço privado: aspectos da "privatização" da família no projeto do "Estado mínimo". In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho *et al.* **Direito e neoliberalismo**. Elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: Edibej, 1996. p. 139-164.

89 FELIX, M.; CUNHA, F. **A crise da família e o futuro das relações entre os sexos**. Trad. Giseh Vianna Konder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1971. (Série Ecumenismo e Humanismo, v. 29).

90 FERES-CARNEIRO, T. [org.]. **Casal e família**: entre a tradição e a transformação. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

91 FLÓRES-VALDÉS, J. A.y. **El derecho civil constitucional**. (reimp.). Madrid: Civitas, 1991.

92 FREYRE, G. **Casa grande & senzala**: introdução à história da sociedade patriarcal brasileira – 1. 40. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

93 FULCHIRON, H. La transmission des biens dans les familles recomposées: entre trop de droit et pas de droits. In: MEUDLDERS-KLEIN, Marie-Thérèse; THÉRY, Irène [dir.]. **Les recompositions familiales aujourd'hui**. Paris: Nathan, 1993. p. 281-298.

94 FUSTEL DE COULANGES. N. D. **A cidade antiga**. Estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 2. ed. Trad. e notas de Edson Bini da 21ª ed. francesa da Librairie Hachette et Cie. Paris, 1910. São Paulo: Edipro, 1999.

95 GAMA, G. C. N. da. **A família no direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

96 _____. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha [coord.]. **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 200. p. 81-109.

97 GAMA, Ricardo Rodrigues. **Direito das sucessões**. Bauru: Edipro, 1996.

98 GHERSI, C. A. **Manual de posmodernidad jurídica y tercera via**. Buenos Aires: Gowa, 2001.

99 GIORDANI, M. C. **Código civil à luz do direito romano**: direito de família. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996.

100 GOLDSTEIN, J.; FREUD, A.; SOLNIT, A. J. **No interesse da criança?** Trad. Luiz Cláudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

- 101 GOMES, O. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- 102 _____. **O novo direito de família**. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- 103 GONÇALVES, L. da C. **Princípios de direito civil luso-brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1951. v. 3: direito de família – direito das sucessões.
- 104 GRISARD FILHO, W. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.
- 105 _____. Será verdadeiramente plena a adoção unilateral? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 11, p. 31-45, out./dez. 2001.
- 106 GROSMAN, C. P ; MESTERMAN, S. Organización y estructura de la familia ensamblada. Sus aspectos psico-sociales y el ordenamiento legal. **Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina Jurisprudência**, Buenos Aires, v. 2, p. 29-51, 1989.
- 107 GROSMAN, C. P; ALCORTA, I. M. **Famílias ensambladas**. Buenos Aires: Universidad, 2000.
- 108 _____. Vinculo entre un conyuge y los hijos del outro en la familia ensamblada. Roles, responsabilidad del padre o madre afim (padrastro/madrastra) y los derechos del niño. **Jurisprudência Argentina**, Buenos Aires, v. 3, p. 874-887, 1995.
- 109 HOUAISS, A. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- 110 IBGE. Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica, nº 5. Rio de Janeiro: IBGE, 2001. Disponível em: <www.sidra.ibge.gov.br/bda/regciv>, Acesso em: 12 nov. 2002.
- 111 INSTITUTAS DO IMPERADOR JUSTINIANO. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2000.
- 112 INTERNATIONAL DICTIONARY OF ENGLISH. Inglaterra: Cambridge, 1995.
- 113 INTERNET. Disponível em: <<http://sidra.ibge.gov.br/cgi-bin/prtabl/rccsec>> Acesso em: 14 dez. 2000.
- 114 _____. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/brasil_em_síntese/tabelas/população_tabela03.htm> Acesso em: 21 fev. 2002.
- 115 KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. Derecho y homosexualidad en el derecho comparado. **Derecho de família – Revista Interdisciplinaria de Doctrina e Jurisprudencia**, Buenos Aires, v. 13, p. 185-241, 1999.
- 116 LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.* **Derecho de familia**. 3. ed. (reimpressão atualizada). Barcelona: Bosch, 1990. v. 1.
- 117 LEITE, E. de O. **Famílias monoparentais**. A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: RT, 1997.

- 118 _____. **Tratado de direito de família**. Curitiba: Juruá, 1991. v. 1: origem e evolução do casamento.
- 119 _____. **Temas de direito de família**. São Paulo: RT, 1994.
- 120 LEONARD, Robin; ELIAS, Stephen R. **Family law dictionary**. Berkeley: Nolo Press, 1990.
- 121 LÉVY-STRAUSS, C. **Las estructuras elementales del parentesco**. Barcelona: Planeta-Agostini, 1985.
- 122 LÔBO, P. L. N. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 40-55, jan./mar. 2002.
- 123 _____. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 3, p. 35-41, jul./set. 2000.
- 124 _____. Igualdade conjugal: direitos e deveres. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 221-236.
- 125 _____. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.) **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 53-81.
- 126 LIMONGI FRANÇA, R. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- 127 MADALENO, R. Alimentos e sua restituição judicial. **Ajuris – Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 62, p. 303-314, nov. 1994.
- 128 MAHONEY, M. M. A legal definition of the stepfamily: the example of incest regulation. **BYU Journal of Public Law. Brigham Young University**, jan. 1993.
- 129 MARQUES NETO, A. R. *et al.* **Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**. Curitiba: EDIBEL, 1996.
- 130 MEDINA, G. **Uniones de hecho homosexuales**. Buenos Aires: Rubinzal-Culsoni, 2001.
- 131 MEULDERS-KLEIN, M. T. Les recompositions familiales et le droit au temps du démarriage. In: MEULDERS-KLEIN, Marie Thérèse; THERY, Irène [dir.]. **Les recompositions familiales aujourd’hui**. Paris: Nathan, 1993. p. 313-333.
- 132 MONTEIRO, W. de B. **Curso de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. v. 2: direito família.
- 133 MOTTA, M. I. V. Las familias originadas en ulteriores nupcias. **Revista Uruguay de Derecho de Familia**, Montevideo, n. 11, p. 87-93, ago. 1996.
- 134 OLIVEIRA, Euclides; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. Do casamento. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha [coord.]. **Direito de família e o novo Código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 9-33.

- 135 OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001.
- 136 OSÓRIO, L. C. **Família hoje**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.
- 137 PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil**. 13. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 5.
- 138 PEREIRA, L. R. **Direitos de família**. Rio de Janeiro: Virgílio Maia & Comp., 1918.
- 139 PEREIRA, R. da C. [coord.]. **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- 140 PEREIRA, S. G. Tendências modernas do direito de família. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 628, p. 19-39, fev. 1988.
- 141 PEREIRA, T. da S. **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- 142 PERLINGIERI, P. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- 143 PERROT, M. O nó e o ninho. **VEJA 25 anos - Reflexões para o futuro**. São Paulo, 1993, p. 75-81.
- 144 PESTANA DE AGUIAR. Atribuição de guarda a terceiro, por completa omissão dos pais biológicos. Acórdão no Proc. do Conselho da Magistratura do TJRJ, nº 145/90, sendo Rel. o Des. Pestana de Aguiar, p. 29.09.90. **Bonijuris**, verbete 7370, 1990.
- 145 PONTES DE MIRANDA, F. C. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1939.
- 146 _____. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. v. 9
- 147 PRUNES, L. M. **Ações de alimentos**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978.
- 148 RÉBORA, J. C. **Instituciones de la familia**. Buenos Aires: Kraeft, 1945-1947.
- 149 **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 54, v. 354, p. 278, abr. 1965.
- 150 _____, a. 58, v. 402, p. 209, abr. 1969.
- 151 _____, a. 59, v. 418, p. 180, ago. 1970.
- 152 _____, a. 69, v. 537, p. 105, jul. 1980.
- 153 _____, a. 76, v. 620, p. 80, jun. 1987.
- 154 _____, a. 77, v. 632, p. 103, jun. 1988.
- 155 _____, a. 83, v. 703, p. 193, maio 1994.
- 156 _____, a. 84, v. 354, p. 278, abr. 1995.
- 157 _____, a. 84, v. 722, p. 150, dez. 1995.

- 158 _____, a. 87, v. 747, p. 385, jan. 1998.
- 159 _____, a. 32, v. 144, p. 353, jul. 1943.
- 160 _____, a. 49, v. 297, p. 304, 384, jul. 1960.
- 161 _____, a. 56, p. 178, out. 1967.
- 162 **Revista Forense**, Rio de Janeiro, a. 44, v. 112, p. 375, jul. 1947.
- 163 _____, a. 39, v. 90, p. 385, abr. 1942.
- 164 **Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, v. 1: p. 1-286, n. 44, p. 43-49, abr. 1968.
- 165 RIBEIRO, D. **O povo brasileiro**. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.
- 166 RIO DE JANEIRO. Superior Tribunal de Justiça. Alimentos. Superveniência de prole. Apelação Cível n. 803/90. Rel. Des. Paulo Roberto. **COAD/ADV**, 57.624.
- 167 _____. _____. Menor. Guarda de menor. Prevalência do interesse da criança. Proc. Conselho Superior da Magistratura n. 145/90. 25 jul. 1990. Relator Des. Pestana de Aguiar. 20 set. 1990. **Bonijuris**, verbete 7370.
- 168 _____. Tribunal de Justiça. Guarda de menor. Guarda e responsabilidade de neto com os avós. Apelação Cível n. 178/92. Relator Des. Pestana de Aguiar. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, 17 jun. 1993.
- 169 _____. _____. Deferimento de alteração de nome para acrescentar-lhe o patronímico de quem criou como filho e dele teve posse e guarda enquanto menor, em cujo seio familiar foi criada e educado. Ap. Cível n. 484/87. Rel. Des. Paulo Pinto. 11 ago. 1987. **RT**, São Paulo, v. 629, a. 77, p. 197, mar. 1988.
- 170 ROCHA, J. V. C. B. **O pátrio poder**. 2. ed. São Paulo: Universitária, 1978.
- 171 ROCHA, M. A. C. da. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- 172 RODRIGES, S. **Direito civil**. 27. ed. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6: direito de família.
- 173 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Busca e apreensão de menor. Agravo de Instrumento n. 99.91520-7. Relator Des. Francisco Borges. **Diário da Justiça de Santa Catarina**, 24 jul. 1996.
- 174 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Guarda de filho menor. Apelação Cível n. 8.428-1. Relator Des. João Del Nero. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 70, v. 552, p. 70-71, out. 1981.
- 175 _____. _____. Inadmitiu pacto antenupcial celebrado por viúvos. Ap. Cível n. 102.397. Rel. Des. Costa Manso. 30 ago. 1960. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 50, v. 306, p. 247-249, abr. 1961.
- 176 _____. Tribunal de Justiça. Adoção Plena – Enteadado – Pedido unilateral do padrasto – Impossibilidade – Adotando que não se encontra em situação irregular – Medida só deferida a casais – Possibilidade de adoção simples sem exclusão do pátrio poder da genitora. Não se pode acolher pedido de adoção plena de enteadado formulado

pelo padrasto. Apel. civ. n. 10.871-0. Rel.: Des. Marino Falcão. 15 mar. 1990. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 653, p. 88-89.

177 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Registro Civil – Nome – Menor registrado com o patronímico paterno – Acréscimo pretendido do sobrenome do padrasto – Admissibilidade – Apelação provida. O prenome é imutável. Mas o nome, a quem também se diz sobrenome não o é. No primeiro ano da maioridade, o indivíduo pode mudá-lo, mesmo sem justificação. Ap. Cível n. 93.149. Rel. Des. Sylvio Barbosa. **RT**, São Paulo, v. 294, a. 49, p. 203, jul. 1960.

178 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Assento de nascimento. Nome. Patronímico alheio. Adoção, apenas como homenagem a quem, como padrasto, criou e educou o interessado. Inadmissibilidade. Inexistência de motivo relevante. Se o interessado nunca usou como signo de identidade social, nem tem outro motivo relevante, não pode ver-lhe acrescido ao nome, no assento de nascimento, o patronímico de quem o criou e educou, ainda como padrasto. Ap. Cível n. 157.141-1/8. Rel. Des. Antônio Cezar Peluso. **RT**, São Paulo, v. 694, a. 82, p. 71-73, ago. 1993.

179 _____. Tribunal de Alçada Civil. Ap. Cív. n. 104.560 – Ituverava. Rel. Des. César de Moraes. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 58, v. 402, p. 209, abr. 1969.

180 SCHLÜTER, W. **Código civil alemão: direito de família**. BGB – Familienrecht. 9. ed. rev. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Fabris, 2002.

181 SERPA LOPES, M. M. de. **Tratado dos registros públicos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. 1.

182 SILVA PEREIRA, C. M. da. **Instituições de direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 5.

183 SILVEIRA RAMOS, C. L. **Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

184 SMITH, D. **Madrastas mito & realidade: como desempenhar este difícil papel**. Trad. Rosana Eichenberg. Porto Alegre: L&PM, 1995.

185 SOARES, G. F; S. **Common law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: RT, 1999.

186 SOARES, O. **A evolução do status jurídico-social da mulher**. Rio de Janeiro: Rio, 1978.

187 SOSSON, J. Le statut juridique des familles recomposées en Europe: quelques aspects de droit compare. In: MEULDERES-KLEIN, M. T.; THÉRY, I. **Lês compositions familiales aujourd'hui**. Paris: Nathan, 1993. p. 299-312.

188 SPOTA, A. G. **Tratado de derecho civil: derecho de familia**. Buenos Aires: Depalma, 1988.

189 **Stepfamily Association of América, Inc.** Disponível em: <<http://www.flyingsolo.com/view-article.asp?PID-1&FID-11&AID-233>> Acesso em: 28 jan. 2000.

- 190 STILERMAN, Marta N.; SEPLIARSKY, e Silvia E. **Adopción**: integración familiar. Buenos Aires: Universidad, 1999.
- 191 TEIXEIRA DE FREITAS, A. **Código Civil**. Esboço. Brasília: Ministério da Justiça, 1983.
- 192 TEPEDINO, G. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1-22.
- 193 TEPEDINO, M. C. B. de. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, a. 17, v. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.
- 194 TEYBER, E. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**. Trad. Carmem Youssef. São Paulo: Nobel, 1995.
- 195 THÉRY, I. Les grandes lignes du rapport "couple, filiation et parenté aujourd'hui. In: Colloque "**Quel droit, pour quelles familles?**". Disponível em: <<http://www.justice.gouv.fr/manif/famill05.htm>>. Acesso em 9 de mar. de 2002.
- 196 _____. Introductions générale: les temps des reconpositions familiale. In: MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse; THERY, Irène. **Les recompositions familiales aujourd'hui**. Paris: Nathan, 1993. p. 5-21.
- 197 TOFFLER, A. **A terceira onda**. 22. ed. Trad. João Távora. Rio de Janeiro: Record, 1997.
- 198 TONIN, M. M. **O princípio do melhor interesse da criança e os limites do direito**: uma análise da jurisprudência brasileira. Curitiba, 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
- 199 VALLE, J. R. Direitos da mãe bínuba. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 31, v. 135, p. 465-474, jan. 1942.
- 200 VIANA, R. G. C. A família. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Roma Maria de Andrade [org.]. **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 17-51.
- 201 VIANA, M. A. S. **Curso de direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. v. 2: direito de família.
- 202 _____. **Da guarda, da tutela e da adoção**. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- 203 VILLELA, J. B. Desbiologização da paternidade. Separata de: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais**, Belo Horizonte, a. 27, n. 21, p. 401-419, maio 1979.
- 204 _____. Liberdade e família. **Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 9-41, 1980. (Série Monografias).
- 205 _____. **Repensando o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. (Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte-MG, set./1999).

- 206 VISHNER, E. B.; VISHNER, J. S. **Step-families**: a guide to working with stepparents & stepchildren. Califórnia: Brunner/Mazel, 1979.
- 207 WAGNER, Adriana; SARRIERA, Jorge Castellá. Características do relacionamento dos adolescentes em famílias originais e reconstituídas. In: FERES-CARNEIRO, Terezinha [org.]. **Casal e família**: entre a tradição e a transformação. Rio de Janeiro: Nau, 1999. p. 15-30.
- 208 WALD, A. **O novo direito de família**. 13. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.
- 209 _____. _____. 14. ed. rev. atual. ampl. cf. o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.
- 210 _____. **Curso de direito civil brasileiro**: o novo direito de família. 14 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.
- 211 WALLERSTEIN, J. S.; KELLY, J. B. **Sobrevivendo à separação**. Trad. Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- 212 ZANNONI, E. A.; BOSSERT, G. A. **Manual de derecho de familia**. Buenos Aires: Astrea, 1996.

BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA

- 1 ALVIM, T. A . [coord.]. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**. São Paulo: RT, 1995. v. 2.
- 2 ARNAUD, A-J. **O direito entre modernidade e globalização**. Trad. Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- 3 BAINHAM, A. **Direitos humanos, crianças e divórcio na Inglaterra**. Trad. Gisela Groeninga. Curitiba: Juruá, 2001.
- 4 BARRETTO, M. F. **Direito de visita dos avós: uma evolução no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1989.
- 5 BÉNABENT, A. **Droit civil: la famille**. 9. ed. Paris: Litec, 1998.
- 6 BESTARD, J. **Parentesco y modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.
- 7 BIRCHAL, A. de S. **Tutelas urgentes de família no Código de Processo Civil**. Sistematização e exegese. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- 8 BITTAR, C. A. [coord.]. **O direito de família e a constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- 9 BOSSERT, G. A. **Régimen jurídico de los alimentos**. 3. reimp. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- 10 ____; ZANNONI, E. A. **Manual de derecho de familia**. 4. ed. atual. ampl. Buenos Aires: Astrea, 1996.
- 11 BRITO, Leila Maria Torraca de; DIUANA, Solange DIUANA. Adoção por cônjuge – reais vantagens, quando? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 13, p. 42-52, abr./jun. 2002.
- 12 BRUN, G. **Pais, filhos & cia. ilimitada**. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- 13 CAIMMI, L. A.; DESINOME, G. P. **Los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta**. 2. ed. atual. Buenos Aires: Depalma, 1997.
- 14 CARRIL, J. J. L. del. **Derecho de familia**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984.
- 15 CHAVES, A. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.
- 16 CICCIO, C. de. **Direito: tradição e modernidade**. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993.
- 17 CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1, 1999, Belo Horizonte. **Repensando o direito de família. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM-OAB/MG, 1999, 528 p.

- 18 _____, 2, 2000, Belo Horizonte. **A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família.** Belo Horizonte: IBDFAN-OAB/MG, 2000, 578 p.
- 19 CRUZ, F. C. da. **Casamento à luz do direito canônico.** Belo Horizonte: Palpite, 1998.
- 20 D'ANTONIO, D. H. **Derecho de menores.** 4. ed. atual. ampl. Buenos Aires: Astrea, 1994.
- 21 FACHIN, L. E. [coord.]. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- 22 FACHIN, R. A. G. **Em busca da família do novo milênio.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- 23 FELIX, M.; CUNHA, F. [dir.]. **A crise da família e o futuro das relações entre os sexos.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1971. (Série Ecumenismo e humanismo, v. 29).
- 24 FERREIRA, P. **Tratado das heranças e dos testamentos.** São Paulo: Saraiva, 1983.
- 25 FLAQUER, L. **El destino de la familia.** Barcelona: Ariel, 1998.
- 26 GALPERÍN, C. Z. de. **Modalidades de funcionamiento familiar.** Buenos Aires: Belgrano, 1996.
- 27 GORVEIN, N. S. **Hijos del divorcio.** Cuando los incumplimientos generan maltrato. Córdoba: Marcos Lerner, 1996.
- 28 GROSMAN, C. P. [dir.]. **Los derechos del niño en la familia.** Buenos Aires: Universidade, 1998.
- 29 HART, A. D. **Ajudando os filhos a sobreviverem ao divórcio.** Trad. Neyd Siqueira. São Paulo: Mundo Cristão, 1998.
- 30 HUMM, S. R. *et al.* **Child, parent & state.** Law and policy reader. Philadelphia: Temple University, 1994.
- 31 HURSTEL, F. **As novas fronteiras da paternidade.** Trad. Emma Elisa Carneiro de castro. Campinas: Papirus, 1999.
- 32 INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMILIA [coord.]. **Direito de família & interdisciplinaridade.** Curitiba: Juruá, 2001.
- 33 ITURRASPE, J. M.; D'ANTONIO, D. H.; NOVELLINO, N. J. **Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores.** Buenos Aires: Rubinzal-Culsoni, 1998.
- 34 JEMOLO, A. C. **El matrimonio.** Trad. para o castelhano, Santiago Sentis Meleno e Marino Ayerba Redin. Buenos Aires: Europa-America-EJEA, 1954.
- 35 JOHNASON, L.; ROSENFELD, G. **Divórcio: e os filhos?** Seus filhos podem sobreviver aos efeitos do divórcio. Trad. Maria Beatriz Monteiro. São Paulo: Maltese-Norma, 1993.
- 36 LACAN, J. **Os complexos familiares.** Trad. Marco Antonio Coutinho Jorge e

Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

37 LAGASTRA NETO, C. **Direito de família**. A família brasileira no final do Século XX. São Paulo: Malheiros, 2000.

38 LAURIA, F. G. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

39 LEITE, H. M. D. [coord.]. **O novo Código Civil**: do direito de família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

40 LIMA, P. de; VARELA, A. **Código civil anotado**. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 5.

41 ____; _____. **Código civil anotado**. 2. ed. rev. actual. Coimbra: Coimbra, 1992. v. 4.

42 MALDONADO, M. T. **Casamento**. Término e reconstrução. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

43 MARTINS-COSTA, J. [org.]. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

44 MASDEU, L. Z. **Guarda y custodia de los hijos**. Barcelona: Bosch, 1996.

45 MASSINI, C. I. **La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.

46 MEDINA, G. **Uniones de hecho homosexuales**. Buenos Aires: Rubinzal-Culsoni, 2001.

47 MIZRAHI, M. L. **Familia, matrimonio y divorcio**. Buenos Aires: Astrea, 1998.

48 MOTTA, M. I. V. de. **Obligacion familiar de alimentos**. 2. ed. Montevideo: Fundación Cultural Universitaria, 1996.

49 MUNIZ, F. J. F. **Textos de direito civil**. Curitiba: Juruá, 1998.

50 NOVELLINO, N. J. **Los alimentos y su cobro judicial**. Rosário, Santa Fé: Nova Tesis, 2002.

51 OLIVEIRA E SILVA, T. **Filiação**. Constituição e extinção do respectivo vínculo. Coimbra: Almedina, 1989.

52 OLIVEIRA, G. de. **Temas de direito de familia**. Coimbra: Coimbra, 1999.

53 OLIVEIRA, J. F. B. de. **Guarda, visitação e busca e apreensão de filho**. Rio de Janeiro: Destaque, [s.d.].

54 PEREIRA, C. M. da S. **Direito civil**: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

55 PEREIRA, R. da C. [coord.]. **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

56 PEREIRA, T. da S. **Direito da criança e do adolescente**. Uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

57 PIMENTEL, S.; DI GIORGI, B.; PIOVESAN, F. **A figura/personagem mulher**

em processos de família. Porto Alegre: Fabris, 1993.

58 PINTO, T. A. A. [coord.]. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família.** São Paulo: RT, 1993. v. 1.

59 PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado.** Campinas: Bookseller, 2000. t. 7-9.

60 ROCHA, J. V. C. B. **O pátrio poder.** 2. ed. ref. adapt. à Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. São Paulo: Leud. 1978.

61 ROCHA, M. T. de C. **A igualdade dos cônjuges no direito brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

62 SOTTOMAYOR, M. C. **Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio.** Coimbra: Almedina, 1997.

63 TEIXEIRA, S. de F. **Direitos de família e do menor.** 3. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

64 THE AMERICAN BAR ASSOCIATION. **A guide to family law.** New York: Times Books, 1996.

65 THÉRY, I. **Le démariage. Justice et vie privée.** ed. rev. e cor. Paris: Odile Jacob, 1996.

66 TREJOS, G. **Derecho de familia costarricense.** San Jose, Costa Rica: Juricentro, 1999.

67 VAITSMAN, J. **Flexíveis e plurais.** Identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

68 VAMPRÉ, Spencer. **Do nome civil.** Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1935.

69 VIANA, J. de S.; GALVÃO, F. **Lei de proteção da família.** Rio de Janeiro: Jacintho, 1942.

70 VIANA, M. A. S. **Da união estável.** São Paulo: Saraiva, 1999.

71 VILLAR, A. H. **El delito de impedimento u obstrucción de contacto de hijos menores con padres no convivientes.** Buenos Aires: Némesis, 1997.

72 WALLERSTEIN, J. S.; BLAKESLEE, S. **Sonhos e realidade no divórcio.** Marido, mulher e filhos dez anos depois. Trad. Elizabeth Larrabure Costa Correa. São Paulo: Saraiva, 1991.

73 WAMBIER, T. A. A.; LAZZARINI, A. A. [coord.]. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família.** São Paulo: RT, 1996. v. 3.

74 ____; LEITE, E. de O. [coord.]. **Repertório de doutrina sobre direito de família.** São Paulo: RT, 1999. v. 4.

75 WOLKMER, A. C. [org.]. **Fundamentos de história do direito.** 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

76 ZAMBERLAN, C. de O. **Os novos paradigmas da família contemporânea.** Uma

perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÍNDICE

RESUMO.....	vii
ABSTRACT	viii
RESUMÉ	ix
INTRODUÇÃO	1
1 FAMÍLIA E PARENTESCO	4
1.1 CONCEITO DE FAMÍLIA E PARENTESCO.....	4
1.1.1 Família.....	4
1.1.2 Parentesco.....	14
1.2 DA FAMÍLIA ARCAICA À FAMÍLIA PÓS-MODERNA	20
1.2.1 A Sociedade Arcaica	20
1.2.2 A Família Patriarcal.....	28
1.2.3 A Família Monogâmica.....	29
1.2.4 A Família e Parentesco Romanos.....	33
1.2.5 As Famílias Moderna e Pós-Moderna	36
1.3 A TRANSFORMAÇÃO DAS FUNÇÕES. O ESPAÇO PÚBLICO E O ESPAÇO PRIVADO	44
1.4 O INTERCÂMBIO PARENTAL.....	50
2 FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS	54
2.1 EVOLUÇÃO E ORIGENS. CONCEITO. DENOMINAÇÕES. CARACTERÍSTICAS..	54
2.1.1 Evolução e Origens.....	54
2.1.2 Conceito.....	60
2.1.3 Denominações	62
2.1.4 Padrastos, Madrazas, Enteados: Novas Designações	64
2.1.5 Características.....	66
2.2 AS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS NA EVOLUÇÃO DAS PESQUISAS	72
2.3 A RELEVÂNCIA SOCIAL DAS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS	75
3 AS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS E O DIREITO	77
3.1 GUARDA DE FATO	83
3.2 GUARDA JUDICIAL	84
4 O PARENTESCO NAS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS.....	86
4.1 NOÇÕES GERAIS.....	86
4.1.1 O Parentesco por Consangüinidade.....	87
4.1.2 O Parentesco por Afinidade.....	90
4.1.3 O Parentesco por Adoção	92
4.2 O PARENTESCO ENTRE UM CÔNJUGE E OS FILHOS DO OUTRO.....	94
4.2.1 A Extensão do Vínculo entre Pais e Filhos Afins	96
4.2.2 Os Filhos Nascidos de Diferentes Uniãoes	97
4.2.3 Os Filhos Próprios de Cada Cônjuge ou Companheiro.....	98
4.2.4 A Durabilidade do Vínculo da Afinidade.....	98
4.3 OS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS.....	100
4.4 OS IMPEDIMENTOS NA LEGISLAÇÃO COMPARADA	103
5 A AUTORIDADE PARENTAL NAS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS	105
5.1 RESPONSABILIDADE, ATRIBUIÇÕES, AUTORIDADE. AMBIGÜIDADE E CONFLITOS	105
5.2 A LEGISLAÇÃO COMPARADA.....	109

5.3 A DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO COM O NOVO CÔNJUGE	116
6 OS ALIMENTOS NAS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS	126
6.1 A QUESTÃO NO DIREITO BRASILEIRO	127
6.2 A QUESTÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO	134
7 O DIREITO SUCESSÓRIO, A ADOÇÃO DO FILHO DO CÔNJUGE E A	
ATRIBUIÇÃO DE NOME NAS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS	143
7.1 O DIREITO SUCESSÓRIO ENTRE PAIS E FILHOS AFINS	143
7.2 A ADOÇÃO DO FILHO DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO	149
7.3 A ATRIBUIÇÃO DE NOME AOS FILHOS AFINS	154
CONCLUSÕES.....	160
R E F E R Ê N C I A S	166
BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA	179