

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**AS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES E AS FAMÍLIAS
RECONSTITUÍDAS**

FLAVIA CREPALDI ALVES

RIO DE JANEIRO

2008

FLAVIA CREPALDI ALVES

**AS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES E AS FAMÍLIAS
RECONSTITUÍDAS**

Trabalho de conclusão de curso apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Sônia Barroso Brandão Soares

RIO DE JANEIRO

2008

FLAVIA CREPALDI ALVES

**AS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES E AS FAMÍLIAS
RECONSTITUÍDAS**

Trabalho de conclusão de curso apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Data da Aprovação: _____ / _____ / 2008.

Banca Examinadora:

Sônia Barroso Brandão Soares - Orientadora

Vera Maria Paes de Barros Smid

Alves, Flavia Crepaldi.

As novas entidades familiares e as famílias reconstituídas/ Flavia Crepaldi Alves. – 2008.
75 f.

Orientador: Sônia Barroso Brandão Soares
Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 73-75

1. Direito de família - Monografias. 2. As novas entidades familiares e as famílias reconstituídas. I. Soares, Sônia Barroso Brandão. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD: 342.16

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família e aos meus amigos por todo o apoio e carinho que foi dedicado a mim.
Ao meu namorado, pela demonstração de todo o seu amor, pela paciência e compreensão.

RESUMO

O presente estudo trata das novas entidades familiares previstas implicitamente no texto constitucional. O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 tutela explicitamente três formas de composição familiar, quais sejam, o casamento, a união estável e a família monoparental. No entanto existem outros tipos de famílias reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência que devem ter a mesma proteção do Estado, que são as famílias recompostas ou reconstituídas, homoafetivas, anaparentais, paralela e eudemonistas. Estas são novas formas de constituição familiar pautadas na afetividade, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor. Assim, será feito um estudo, em especial, das famílias reconstituídas, que são definidas como a constituição familiar originada no matrimônio ou na união estável na qual um ou ambos de seus integrantes possuem filhos provenientes de uma relação anterior. A formação dessa nova família pode decorrer da viuvez, do divórcio, da dissolução da união estável ou de pai ou mãe solteiros com filhos de uma relação anterior. Essa família recebe diversas designações como famílias reconstituídas, famílias recompostas, segunda família, segundas núpcias e família pluriparental ou mosaico. A importância do estudo desse núcleo familiar é devido à presença de crianças ou adolescentes que passam a conviver com o cônjuge ou companheiro (a) do seu genitor, ou seja, a convivência com um padrasto ou uma madrasta. Desse vínculo nascem diversas questões jurídicas entre o padrasto/ madrasta e seu enteado, tais como: poder familiar, adoção, nome, guarda, direito de visita, alimentos e questões relativas ao direito sucessório. Essas novas entidades familiares não possuem uma regulamentação própria e quando objeto de uma demanda judicial, as decisões serão baseadas em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, buscando preencher o vazio normativo infraconstitucional do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Novas entidades familiares; Constituição Federal; Afetividade; Famílias reconstituídas.

ABSTRACT

This study aims to analyze the new family entities implicitly referred in the Constitutional text. The article 226 of the Federal Constitution of 1988 protects explicitly three types of family composition, which are, the one from marriage, from conventional union and the only parent family. However, doctrine and jurisprudence recognize other types of families that must have the same protection of the State, which are the stepfamily or blended family, homosexual families and the eudemonists. These are new forms of familiar constitution based on affectivity, solidarity, loyalty, confidence, respect and love. So, here the research studies stepfamilies, when one or both partners have been married before and have children of these former unions. Those people are divorced and one or both of them have children from their previous marriage. They fall in love and decide to remarry, and in turn, form a new, blended family that includes children from one or both of their first households. It is called: blended family or stepfamily (United States of America), patchwork family (Germany), ensambladas (Argentina), familles recomposées (France). It is important studying this kind of family because there are children or adolescents who now live with a stepfather or stepmother. From this relation, a lot of legal questions emerge between stepfather/stepmother and his/her stepchild, such as: mother and father's authority, adoption, name, custody, visit rights, maintenance and questions related to succession rights. These new family entities don't have a proper regulation, so when they are object of a judicial demand, the decisions will be based on doctrinal and jurisprudential agreements, which aims at filling the lack of normative rules of the Brazilian legal system.

Keywords: New family entities; Federal Constitution; Affectivity; Stepfamily.

AS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES E AS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO	11
1.1 Evolução da Família no Direito Constitucional Brasileiro.....	11
1.2 Novas Entidades Familiares e os Princípios Constitucionais da Família.....	18
1.3 Considerações sobre a família moderna	25
2 FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS	29
2.1 Origem e evolução.....	29
2.2 Conceito e denominação.....	30
2.3 Características.....	36
3 AS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS E O DIREITO	39
3.1 Poder familiar	39
3.2 Adoção unilateral.....	44
3.3 Alteração do nome de família.....	50
3.4 Dissolução do vínculo com o novo cônjuge ou companheiro:.....	53
3.4.1 Guarda dos menores	53
3.4.2 O direito de Visita	57
3.4.3 Alimentos	60
3.4.4 Questão sucessória.....	65
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

INTRODUÇÃO

No presente trabalho de pesquisa, buscar-se-á o estudo das novas entidades familiares, com mais relevância, o das famílias reconstituídas. Para tanto, faz-se mister uma compreensão da evolução da família e de seus fundamentos no Direito Constitucional Brasileiro assim como, as diretrizes da família contemporânea e os princípios constitucionais do direito de família. Essa análise preliminar será a base para o desenvolvimento e melhor compreensão do estudo dos novos modelos de família e das questões relacionadas às famílias reconstituídas, que é uma realidade na sociedade brasileira, mas que ainda necessita de uma regulamentação própria para se estabelecer maior segurança nas relações que envolvem os integrantes desse núcleo familiar.

No capítulo 1 será estudado, primeiramente, a evolução da família e seus fundamentos no Direito Constitucional Brasileiro. Será feita a análise de como o assunto família foi abordado pelas Constituições Brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 (com a abordagem da emenda constitucional 09/77, a qual suprimia o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial), tratando então da Constituição Federal de 1988, a qual trouxe uma das mais importantes inovações relativamente ao direito de família que foi a pluralidade de entidades familiares, dentre outros aspectos como: a família como espaço de realização pessoal e a dignidade humana de seus membros; o tratamento dado à pessoa como ser humano integrante do núcleo familiar em detrimento de interesses patrimoniais; a natureza socioafetiva da filiação prevalecendo sobre a origem exclusivamente biológica, e outros aspectos que serão abordados no primeiro capítulo do presente estudo.

Quando se fala em família o que se pensa é no modelo tradicional formado por um casal, homem e mulher, unidos pelo matrimônio e com filhos. Porém, essa realidade mudou. A sociedade há muito tempo optava por um novo modelo de constituição familiar que não o casamento. A busca por maior liberdade, felicidade e afetividade nas relações pessoais, fizeram com que a união estável (CF 226 § 3º) e as famílias monoparentais (CF 226 § 4º) fossem uma realidade que deveria ser protegida pelo Estado, sendo então reconhecidas pela atual CF/88 no seu artigo 226. A doutrina tradicional entende que apenas esses três tipos de entidades familiares são tuteladas pela Constituição, sendo assim o rol taxativo. Porém, o entendimento majoritário é de que esses três modelos de entidades familiares não são os únicos na sociedade moderna, sendo reconhecidas outras formas de arranjos familiares além desses explicitamente destacados na Constituição. Esse entendimento defende que o rol de

entidades familiares previstos no artigo 226 é meramente exemplificativo e não *numerus clausus*, ou seja, que há outras formas de constituição familiar que estão implicitamente asseguradas pela Constituição Federal e que devem ser igualmente dignas de proteção do Estado. São elas: família informal, homoafetiva, anaparental, recompostas, paralela, dentre outras. Em todos esses tipos há características comuns, sem as quais não configuram entidades familiares, tais como: a afetividade, como fundamento e finalidade da entidade; estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, descomprometidos; a ostensibilidade, apresentação pública como uma unidade familiar.

Os tipos de entidades familiares explícitos por serem os mais comuns tiveram referência expressa. Essas transformações no direito de família ocorreram devido a Constituição Federal de 1988 que adequou o direito a realidade social, mas que apenas reconheceu uma evolução na família que já estava latente na sociedade brasileira. Assim, a CF consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito sendo afirmado no seu 1º artigo. Outros princípios que regem o direito de família também estão explícitos no texto constitucional. No entanto, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido inúmeros princípios constitucionais implícitos, cabendo ressaltar que inexistem hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos e implícitos. Dentre os diversos princípios estão o princípio da monogamia, da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e respeito à diferença, princípio da solidariedade familiar, do pluralismo das entidades familiares, da igualdade na chefia familiar, do melhor interesse da criança, da proibição do retrocesso social, da afetividade.

Todos esses aspectos da família moderna, assim como a conceituação das novas entidades familiares e os princípios que regem o direito de família, também serão estudados no capítulo 1 dessa pesquisa.

A família contemporânea não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação. A emancipação feminina, os métodos contraceptivos e a evolução da engenharia genética fizeram com que esses pressupostos deixassem de servir como base para o conceito de família. O casamento não é mais o único tipo de formação de uma família, pois as relações extramatrimoniais já são reconhecidas constitucionalmente.

O novo modelo de família tem como fundamento para a sua constituição, a busca da felicidade, o amor e a solidariedade entre seus membros, ou seja, o afeto como formador da família.

No capítulo 2 será feito o estudo das famílias reconstituídas e seus aspectos, pois é neste contexto acima mencionado que se insere esta entidade familiar, que é a estrutura

familiar originada do casamento ou da união estável, na qual um ou ambos de seus membros têm um ou vários filhos de uma relação anterior. A formação desse núcleo familiar pode decorrer da viuvez, do divórcio ou de pai ou mãe solteiros com filhos de uma união precedente.

Até o começo do século XX, as famílias reconstituídas resultavam do recasamento seguido à morte de um dos cônjuges, enquanto contemporaneamente eles nascem do recasamento seguido do divórcio, resultando em novos filhos e novas relações. A diminuição da mortalidade cedeu lugar ao divórcio, alterando a origem dessa nova forma de constituição familiar, o que acarreta a presença simultânea dos pais biológicos e dos padrastos e /ou madrastas.

Essas famílias recebem diversas designações como: famílias reconstituídas, famílias recompostas, segunda família, segundas núpcias, novas núpcias e família pluriparental ou mosaico. Elas são caracterizadas pela estrutura decorrente de uma multiplicidade de vínculos e a diversidade das funções dos novos casais.

Será abordado, neste mesmo capítulo, a relação existente entre o novo cônjuge ou companheiro e o filho do outro que formam o casal. No entanto, é necessário, denominar os integrantes desse núcleo familiar. O novo marido da mãe chama-se padrasto, a nova mulher do pai madrasta e ao filho do cônjuge chama-se enteado (a). Outras denominações são dadas pela doutrina como pai afim, mãe afim e filho (a) afim.

O vínculo que os une é o da afinidade, como dispõe o artigo 1.595 do Código Civil de 2002 ao estabelecer que cada cônjuge ou companheiro seja aliado aos parentes do outro pelo vínculo de afinidade e, de acordo com o seu § 1º, o parentesco por afinidade¹ limita-se aos ascendentes, *aos descendentes*, e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

Desse vínculo nascem diversas questões jurídicas entre o padrasto/ madrasta e seu enteado. Por não possuir uma regulamentação própria, essas questões envolvendo as famílias reconstituídas quando objeto de uma demanda judicial será decidida pelo juiz com a máxima discricionariedade, mas sempre visando o melhor interesse do menor. Esses assuntos, tais como: o poder familiar, a adoção, a alteração do nome de família, a guarda, visitação, alimentos e as questões relativas ao direito sucessório, serão tratados no capítulo 3 do presente estudo.

¹ Cabe ressaltar que, afinidade e parentesco não se confundem, pois são institutos distintos. A afinidade é o vínculo que se constitui com o casamento e a união estável, isto é, ligando o cônjuge ou companheiro aos parentes do outro. Já o parentesco é decorrente da consangüinidade.

A realidade social exige a criação de normas que ordenem os direitos e deveres dos padrastos e madrastas com os seus enteados durante a união e depois de sua ruptura, pois a lei deve fixar certas regras mínimas que afirmem o compromisso e as obrigações daqueles que vivem com menores e assumem seus cuidados, sejam ou não os pais biológicos.

Para regulamentar as famílias reconstituídas e as demais entidades familiares é que está tramitando no Congresso Nacional um Projeto de Lei que propõe uma grande reforma em todo o sistema jurídico brasileiro relacionado à família. É o denominado Estatuto das Famílias que inclui e legitima todas as formas de família como o objetivo de adequar as normas à realidade social.

1. A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

1.1. Evolução da Família no Direito Constitucional Brasileiro

As Constituições Brasileiras refletem as fases históricas pelas quais o país passou, em relação à família, na transição entre o Estado Liberal para o Estado Social.² As Constituições de 1824 e 1891 são baseadas em idéias liberais e individualistas, não tutelando as relações familiares, ou seja, o assunto família passou despercebido pelas autoridades responsáveis pela elaboração das duas primeiras Constituições Brasileiras. A de 1824 não fez nenhuma referência à família e a segunda apenas no tocante ao reconhecimento do casamento civil como único ato jurídico capaz de constituir a família, sendo a sua celebração gratuita.³ O conteúdo principal das constituições escritas, desde o final do século XVIII na Europa e na América, foi a ordem política cujo conteúdo era a organização fundamental do Estado, como a separação dos poderes e os direitos fundamentais do homem e do cidadão, mantendo-se até o século XIX esse mesmo assunto.

A Constituição de 1824 foi uma obra de compilação. Nela foram inseridos preceitos da Constituição Francesa de 1791, da Espanhola de 1812, da carta de Luís XVIII (1814), da lei fundamental norueguesa de 1814 e da Constituição portuguesa de 1822, por isso observa-se que o elemento primordial tratado foi o político, sendo este fato a justificativa para a ausência de um tópico específico tratando da família. Os aspectos sociológicos, culturais, econômicos e sociais não faziam parte dos seus dispositivos, pois eram considerados temas alheios à Constituição.⁴

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil promulgada em 1891, segunda Constituição Brasileira e primeira Republicana, também não dedicou um capítulo específico para tratar da família. O único dispositivo que trata do assunto é o § 4º do art. 72, cujo conteúdo é: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.” Tal dispositivo reflete o afastamento do direito canônico, dando-se exclusividade ao casamento civil, retirando da Igreja Católica o controle do ato jurídico válido do casamento mantido sob o seu domínio durante o período da Colônia e do Império.

² NETTO LÔBO, Paulo Luiz. A repersonalização das famílias. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.6, n. 24, jun./jul., 2004. p. 143.

³ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 25.

⁴ Ibid. p. 28-30.

Esse posicionamento adotado na Constituição já tinha sido tratado no direito comum, através do Decreto 181/1890, que instaurou o casamento civil e determinou como único reconhecido pelo Estado e que deveria anteceder a celebração religiosa. O Decreto 521/1890 estipulou que se não fosse cumprida a exigência da anterioridade do casamento civil, o celebrante do casamento religioso sofreria pena de seis meses de prisão e multa, tendo essa mesma previsão no Código Penal de 1890. No entanto, também houve tentativas de se impor essa precedência na Constituição, porém não obteve êxito.⁵

Nesse contexto, predomina ainda a família patriarcal, sendo o individualismo a forma de realização pessoal. O direito à cidadania refere-se apenas as pessoas do sexo masculino e há a introdução do casamento laico como único legal.

Ao contrário dessas duas Constituições, as posteriores destinaram à família normas explícitas. A Constituição Democrática de 1934 tem um capítulo dedicado somente à família, trazendo originariamente referências expressas à proteção do Estado a esta instituição.⁶

As mudanças políticas, econômicas e sociais, como por exemplo: a Revolução de 1930 que pôs fim ao modelo liberal, a grave crise econômica em virtude da quebra da bolsa de valores de Nova York em 1929 e a entrada da mulher no mercado de trabalho, fizeram com que mudanças na Constituição do país fossem necessárias.

A Constituição de 1934 introduziu no seu texto um capítulo dedicado à família com quatro artigos⁷, que tratavam do casamento e suas formalidades, mas não se destinou a conceituar a família, limitando-se a especificar o ato pela qual ela se constituía e que o casamento era indissolúvel, ou seja, não havia o instituto do divórcio.⁸

⁵ Ibid. p. 35.

⁶ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **Ob. cit.** p. 143.

⁷ Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo.

Art 145 - A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País.

Art 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

Parágrafo único - Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juizes Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas.

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

<http://www.planalto.gov.br> . Acesso em 28.08.2008.

⁸ CHANAN, Guilherme Giacomelli. As entidades familiares na Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.8, n.42, jun./jul. 2007, p. 48

No entanto, houve a reconciliação entre o Estado e a Igreja sendo reconhecido na Constituição que os efeitos civis seriam estendidos ao casamento religioso desde que observados os preceitos da lei civil na verificação dos impedimentos matrimoniais e que houvesse a inscrição no Registro Civil.⁹

A Constituição Brasileira decretada em novembro de 1937 foi resultado de um golpe de Estado fomentado pelo Presidente Getúlio Dornelles Vargas que impôs um novo texto constitucional à sociedade brasileira. A referida Constituição tratou do tema família nos art. 124 a 127. No entanto, a sua elaboração teve a participação da mesma autoridade que participou da elaboração da Constituição de 1934, logo teve pouca alteração no que concerne ao assunto família. Porém, procurou-se priorizar a educação dos filhos com a colaboração do ente estatal de forma principal ou subsidiária, assim como a igualdade dos filhos naturais em relação aos legítimos no tocante a incumbência dos pais. Ainda tratou de assegurar uma vida digna à criança e ao adolescente, que são objetos de garantias especiais pelo Estado, sendo-lhes proporcionado o desenvolvimento harmonioso de suas faculdades.¹⁰

O contexto mundial no qual foi promulgada a Constituição de 1946 era do final da 2ª Guerra Mundial com vitória das potências aliadas, culminando com o triunfo do pensamento democrático e acarretando a desestabilização dos regimes totalitários e dentre eles o Estado Novo de Getúlio Vargas, havendo dessa forma a redemocratização do país. Esse pensamento tinha como fundamento as garantias constitucionais, ou seja, assegurando a população a liberdade de pensamento, da palavra e da imprensa.

Esses aspectos históricos influenciaram na elaboração da Constituição Brasileira de 1946 que ficou muito parecida com a de 1934, pois a preocupação das autoridades que a elaboraram foi impedir a predominância do Poder Executivo sobre os demais poderes. O Poder Judiciário recebeu condições especiais com o objetivo de conter os excessos do Poder Executivo.¹¹

Dentre os objetivos dessa Constituição está o atendimento ao interesse da coletividade e do indivíduo, firmando os princípios básicos de determinadas instituições sociais como a família e a propriedade, assim como a regulamentação da ordem econômica.

Considerando o instituto da família, não houve mudanças significativas na Constituição de 1946 com relação a de 1934. O tema foi tratado no capítulo I do título IV nos

⁹ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Ob. cit.** p. 50.

¹⁰ *Ibid.* p. 54.

¹¹ LIMA, Hermes. **Estudos sobre a Constituição Brasileira.** In. Oliveira, José Sebastião de. **Ob. cit.** p. 56.

artigos 163 a 165.¹² A Constituição de 1946 estabeleceu que a família se constituía pelo casamento, sendo a união monogâmica, e repeliu a formação e dissolução do vínculo conjugal sem as formalidades legais. Nessa Constituição o legislador restabeleceu um direito constitucional previsto na Constituição de 1934 e que foi suprimido com a Constituição de 1937, que é a possibilidade de se estender os efeitos civis ao casamento religioso.

Na década de quarenta já existiam pensamentos inovadores em diversos países no tocante ao conceito de família, visto que após a 2ª Guerra Mundial ocorreram grandes transformações sociais em todo o mundo inclusive na família, alguns países já adotavam o instituto do divórcio pleno e a mudança no conceito da família que não mais se pautava na constituída apenas pelo casamento. No entanto, a Constituição brasileira de 1946 não evoluiu em nada, sustentando o pensamento conservador da família matrimonializada e sem permitir a dissolução do casamento.¹³

A Constituição Brasileira de 1967 foi promulgada no contexto histórico do período da ditadura militar. O governo revolucionário não optou por continuar emendando a Constituição de 1946, mas sim decidiu elaborar outra norma superior de ordenação jurídica do país. Assim, a Constituição de 1946 sofreu uma substituição dando origem à quinta Constituição Republicana, considerada por muitos doutrinadores como outorgada. No tocante a família, o novo texto constitucional não teve alteração em relação ao anterior, pois as autoridades competentes para a elaboração do texto tinham o interesse em reformar os dispositivos pra que lhes garantissem o exercício do poder político, dessa forma não se preocuparam com o tema família nesse momento.¹⁴

Logo, a família que tinha proteção jurídica era aquela constituída pelo casamento celebrado nos moldes legais e que permanecia sem possibilidade de se extinguir o vínculo jurídico decorrente do matrimônio.

¹² Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

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

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

Art 164 - É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.

Art 165 - A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em, benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do de *cujus*.

<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30.08.2008.

¹³ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Ob. cit.** p. 60-61.

¹⁴ *Ibid.* p. 62-67.

A Constituição da República Federativa do Brasil com origem na Emenda Constitucional nº. 1 promulgada em outubro de 1969 manteve quanto ao tema família as mesmas diretrizes das Constituições anteriores como à constituição da família através do casamento civil sem a possibilidade da dissolução e também continuaram sem conceituar de forma precisa o que seria a família para o direito constitucional.

Após a previsão de todas as Constituições que o vínculo matrimonial era indissolúvel e de manter quase que inalterado os dispositivos constitucionais relativos ao tema família, em 1977 foi apresentada uma emenda constitucional nº. 09 a qual suprimia o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial e estabelecia as regras para a dissolução. Tal dispositivo constitucional foi objeto de regulamentação pela lei ordinária 6.515/77 que ficou denominada como Lei do Divórcio.¹⁵

A introdução do divórcio ao direito positivo foi uma importante inovação para o direito de família que se encontrava desatualizado e conservador. Iniciava-se a partir desse momento a modernização do direito de família. Conforme se verá no presente estudo, esse instituto é de suma importância para a origem das famílias reconstituídas, núcleo familiar que será abordado nos capítulos 2 e 3 dessa monografia.

Para se entender as mudanças significativas no direito de família inseridas pela Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em outubro de 1988 é de grande importância a exposição dos fatores econômicos, sociais, culturais e políticos que ensejaram essa transformação na sociedade brasileira.

A grande concentração da população na área urbana e a entrada da mulher no mercado de trabalho são acontecimentos decorrentes da revolução industrial, sendo um marco para o processo de evolução na concepção da família. Antes desta revolução, a atividade era produtiva e a família consumia tudo o que produzia, sendo esta família patriarcal na qual o marido chefiava os sujeitos dessa relação, dando-lhes proteção, assistência e educação aos menores. Já na fase da revolução industrial ocorreu a substituição da atividade doméstica pela produção fabril, deslocando as mulheres e as crianças, que até este momento trabalhavam em casa, para trabalhar nas fábricas ao lado dos homens. No período posterior, na fase do capitalismo avançado, a família tem como principal objetivo a satisfação das necessidades básicas de seus membros como as alimentares, educacionais, o lazer e etc.¹⁶

Mesmo com a inserção da mulher no mercado de trabalho, estando pela primeira vez trabalhando fora de sua casa e incorporando-se a força produtiva, não era a ela reconhecida a

¹⁵ Ibid. p. 69-71.

¹⁶ Ibid. 78-79.

situação de igualdade perante o homem, permanecendo na sua condição de inferioridade, fato previsto no Código Civil. Com isso, resta claro que havia a necessidade do desenvolvimento de um novo direito de família, porém distante do Código Civil que ainda mantinha a estrutura hierarquizada do marido obrigado a sustentar a mulher e a manter a família.

O Código Civil não acompanhou a evolução da estrutura da família. A realidade social brasileira exigia efetivas mudanças no ordenamento jurídico. Não se poderia mais aceitar a desigualdades baseadas no fator sexo, assim como manter a desigualdade no tratamento dado aos filhos legítimos e aos não advindos da relação conjugal. A realidade da família brasileira exigia uma relação pautada na afetividade, harmonia e respeito e não mais na hierarquia que só afastava os sujeitos dessa relação.¹⁷

A sociedade optava há muito tempo por um novo modelo de constituição familiar que não fosse o casamento. Com isso a união estável era uma realidade que não poderia mais ser negada pelos setores conservadores da sociedade. Outro núcleo familiar com destaque era a comunidade formada por filhos e pais separados ou divorciados que era uma realidade social brasileira, mas que não possuíam uma regulamentação própria.

Tendo em vista o distanciamento entre a realidade social e as normas jurídicas, houve a necessidade de se promulgar uma nova Constituição para a construção de uma sociedade mais justa e que atendesse aos anseios sociais. Um exemplo disso, é que de um modelo único de organização familiar, os destinatários das normas constitucionais, poderiam com ampla liberdade escolher qual constituição familiar gostariam de formar. Foi o disposto no art. 226¹⁸ da nova Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que contemplou três diferentes formas de constituição familiar, estando dessa forma o direito positivo em correlação com a realidade social.¹⁹

¹⁷ Ibid. p. 82-83.

¹⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - **O casamento** é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida **a união estável entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

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

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

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

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

<http://www.planalto.gov.br> . Acesso em: 01.08.2008.

¹⁹ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Ob. cit.** p. 87.

Uma notável diferença entre as Constituições anteriores e a de 1988 é que aquelas sempre tratavam primeiramente da estruturação e regulamentação política do Estado preterindo os direitos individuais. Já a CF/88 primeiramente trata dos direitos individuais e das garantias fundamentais para só depois serem tratadas as estrutura básicas do Estado. Além disso, alguns aspectos dessa Constituição, em relação à família, merecem ser evidenciados como demonstra Paulo Luiz Netto Lôbo:

A proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições, explícita ou implicitamente tutelados pela Constituição; a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações; os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre os interesses patrimonializantes; a natureza socioafetiva da filiação prevalece sobre a origem exclusivamente biológica; consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos; reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal e; a família configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros.²⁰

Dos aspectos explicitados acima, entende-se que o Estado dará proteção a qualquer entidade familiar, esteja ela explícita ou implícita no texto constitucional. Esse é o entendimento de Luiz Paulo Netto Lôbo e de muitos outros doutrinadores como Maria Berenice Dias, Edson Fachin, Rodrigo da Cunha Pereira que entendem que o art. 226 da CF é um rol meramente exemplificativo de entidades familiares, ou seja, há outras formas de constituição familiar além das três expressamente previstas neste dispositivo.

Como bem se verifica, a exclusão das entidades familiares, não tendo elas a proteção do Estado, não está na Constituição, mas sim na interpretação que é dada pelos civilistas ao dispositivo constitucional. Não permitir o reconhecimento de novas entidades familiares, com sua conseqüente exclusão da proteção do Estado, é violar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, preceito este previsto no 1º artigo da CF/88.

Os tipos de entidades familiares explícitos no artigo 226 da CF não configuram *numerus clausus*, contudo, por serem os mais comuns tiveram referência expressa²¹. As demais entidades familiares são tipos implícitos que estão no conceito amplo de família tratado no *caput* deste artigo.

Para bem ilustrar esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, em decisões sobre impenhorabilidade do bem de família, tem demonstrado o entendimento de que a família formada por irmãos solteiros que residem em um imóvel comum também constituem uma

²⁰ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **Ob. cit.** p. 144.

²¹Ibid. p. 45.

entidade familiar tendo o bem imóvel proteção da impenhorabilidade.²² Sem entrar no debate do assunto da impenhorabilidade, essa jurisprudência insere-se totalmente no conceito de entidade familiar do art. 226 ao considerar a comunidade formada por irmãos como entidade a ser protegida pelo Estado, deixando claro o seu posicionamento de incluir no rol das entidades familiares esse tipo de reunião familiar. Assim como, por considerar entidade familiar a comunidade pautada na afetividade, estabilidade e no respeito.

Por todo o exposto, passa-se a analisar as diversas formas de constituição familiar implícitas no texto constitucional, que são uma realidade na sociedade brasileira. Assim como, tratar-se-á dos princípios constitucionais que regem o direito de família.

1.2. Novas Entidades Familiares e os Princípios Constitucionais da Família.

Como exposto acima, o modelo conservador de família, ou seja, um homem e uma mulher unidos pelo matrimônio e com filhos, já não é mais a única realidade de formação da família na sociedade atual. Hoje a sociedade já está se acostumando com os tipos de família que se distanciam do perfil tradicional. As novas entidades familiares como as famílias monoparentais, homoafetivas, reconstituídas, anaparentais e paralelas são reconhecidas como novas formas de constituição familiar pautadas na afetividade, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor.²³ Esses novos modelos de família são mais igualitárias nas relações de sexo e idade e são menos sujeitas a regras e mais aos desejos.²⁴

Como bem ensina Luiz Edson Fachin acerca do assunto tratado:

a família contemporânea constitucionalizada, afasta-se do standard talhado em séculos passados. É o **afeto** o elemento unificador dessa família em busca do novo milênio. Os laços de família, conforme grafava Cecília Meireles, afastam-se dos tradicionais critérios patrimoniais e biológicos, edificando-se sobre os vínculos de **amor e afeição** que aportam como verdadeiros elementos solidificadores da unidade familiar. (*grifo nosso*)²⁵

²² “Execução – Embargos de terceiro. Lei nº.8.009/90. Impenhorabilidade. Moradia da Família. Irmãos Solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma **entidade familiar** e por isso o apartamento onde moram goza de proteção de impenhorabilidade, prevista na lei nº. 8.099/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles.”

<http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 02.09.2008.

²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed, rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 38

²⁴ PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Revista Veja 25 anos: Reflexões para o futuro**, p. 75-81, *apud* DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p.38.

²⁵ www.ibdfam.org.br. Acesso em: 02.09.2008.

Após essa breve exposição acerca da família atual, propõe-se o estudo das diversas entidades familiares implícitas no texto constitucional.

A família paralela²⁶ é a denominação atribuída às relações de concubinato adulterino, impróprio ou impuro. Assim, é o caso da existência de convivência entre pessoas de sexo diferentes, com demonstração clara de afetividade entre elas, mas que possuem impedimentos para se casar.²⁷ O Código Civil em seu art. 1.727 conceitua o concubinato como “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”. São relações de afeto que, apesar de serem consideradas uniões adulterinas, geram efeitos jurídicos. Esses relacionamentos paralelos, além de receberem designações pejorativas, estão sujeitos à invisibilidade. A tendência é não reconhecer a sua existência. Somente quando a mulher alega desconhecer a duplicidade de vida do varão é que tal relação é tratada no direito das obrigações e tratadas como sociedade de fato.²⁸ Muitas vezes, são relações que perduram por um longo tempo, com filhos e reconhecimento social, porém são simplesmente expulsas da tutela jurídica.

A maioria dos doutrinadores ignora o concubinato adulterino, que é este conceito do artigo supramencionado, não fazendo referência em sua obra sobre esta matéria ou então quando o citam se referem à impossibilidade de reconhecimento dessa união como entidade familiar. A justificativa para o não reconhecimento está pautado no princípio da monogamia, pois reconhecer esta união como família, violaria este princípio que rege o direito de família.

Os autores que defendem a ampliação do conceito de família atribuem a esta a definição de toda relação em que esteja presente a afetividade, não prevalecendo os pensamentos conservadores e preconceituosos, uma vez que o não reconhecimento de direitos e a não proteção desta relação pelo Estado iria de encontro com o respeito à dignidade da pessoa humana.²⁹

O não reconhecimento da família paralela como entidade familiar leva a exclusão de todos os direitos, tanto no âmbito do direito da família como no sucessório. Assim, a companheira não pode receber alimentos, não pode herdar, ter participação automática na metade dos bens adquiridos em comum. A jurisprudência majoritária nega a existência desses relacionamentos, não os reconhecendo como união estável.³⁰ Com isso para tentar evitar injustiças decorrentes de decisões que negavam direito à concubinas, passou-se a aplicar aos

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p. 48.

²⁷ CHANAN, Guilherme Giacomelli. **Ob.cit.** p. 64.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p.48.

²⁹ CHANAN, Guilherme Giacomelli. **Ob.cit.** p.65.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p.51.

conflitos decorrentes dessa relação a súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, ou seja, ainda que não reconhecida como entidade familiar, a jurisprudência considerou os efeitos dessa relação no campo do direito obrigacional, ou seja, eram consideradas sociedades de fato. Isto buscou evitar o enriquecimento injustificado de um dos companheiros mas, como explicitado anteriormente, nada mais poderia se conceder, nem alimentos, nem direitos sucessórios.

No entanto, alguns direitos já estão sendo deferidos à companheira, quais sejam, a divisão do seguro de vida com a viúva³¹, a repartição da pensão³² e uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que deferiu alimentos a concubina com quem o varão manteve relação paralela por mais de quatro décadas e advindo dessa relação duas filhas³³. Assim nas palavras da relatora Des. Catarina Rita Krieger Martins:

Isto porque, em certas situações, acaba se formando, verdadeiramente, uma nova família, configurada por uma convivência pública, contínua e duradoura entre um homem e uma mulher, em algumas situações, inclusive, com prole. Não pode a companheira, nos casos em que passou anos de sua vida dedicando-se aos cuidados do cônjuge adúltero, ser simplesmente abandonada materialmente (...) não se está com isso querendo premiar toda e qualquer relação adulterina, mas sim, diante do caso concreto, avaliar se a relação concubinária não pode ser considerada como um novo núcleo familiar, recebendo, por conseguinte, tratamento equiparado à união estável.

Assim, por entender que não há como se negar a existência dessa relação, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo alguns direitos à concubina.

Às relações homoafetivas não foram atribuídos direitos pela Constituição que só reconhece as uniões estáveis entre homem e mulher, mesmo que em nada seja diferente a relação entre pessoas do mesmo sexo e a união heterossexual. Não se pode deixar de atribuir

³¹ Civil e processual. seguro de vida realizado em favor de concubina. homem casado. situação peculiar, de coexistência duradoura do de cujus com duas famílias e prole concomitante advinda de ambas as relações. indicação da concubina como beneficiária do benefício. Fracionamento.

³² Recurso Especial. pensão previdenciária. partilha da pensão entre a viúva e a concubina. Coexistência de vínculo conjugal e a não separação de fato da esposa. concubinato impuro de longa duração. "Circunstâncias especiais reconhecidas em juízo". Possibilidade de geração de direitos e obrigações, máxime, no plano da assistência social. Recurso Especial não conhecido. (STJ Resp. 742685/RJ. julgamento em 04.08.2005).

³³ Agravo de Instrumento. Ação de alimentos.

Face à indubitosa situação de dependência financeira, mostra-se adequada a fixação de alimentos em favor da concubina, mesmo quando seu companheiro encontra-se casado. Configuração de situação análoga à união estável, que merece a proteção estatal, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana. O Direito não há de proteger aquele que se vale de situação à margem da lei, à qual deu causa, em detrimento da parte adversa. Esta relação recebeu, no art. 1.727, o nome de concubinato, diferenciando-se da união estável. Não previu, contudo, a novel legislação, os efeitos oriundos desta espécie de relação interpessoal. Desta forma, cabe ao intérprete, diante do caso concreto, verificar os efeitos deste instituto ainda não regulado. Parte da jurisprudência prefere simplesmente lhe colocar à margem do direito de família, por entender que a legislação protege apenas a relação monogâmica. Entendo que esta posição, embora majoritária nas cortes nacionais, afasta-se de um dos princípios fundadores da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana. (TJRS, 8ª Câmara Cível, AI 70010698074. julgamento em 07.04.2005).

status de família a nenhum vínculo que tenha como pilar a afetividade, pois a Constituição consagra em seu 1º artigo à dignidade da pessoa humana.³⁴ As discriminações com os indivíduos homossexuais são claras, inclusive no ordenamento jurídico, pois tanto a CF quanto a legislação infra-constitucional são omissas no tocante a regulamentação dessa relação afetiva.

Desse modo, já que o legislativo se omitiu em regular essas uniões, coube ao judiciário dirimir os conflitos advindos dessa relação e reconhecer seus efeitos jurídicos, pois, de acordo com os preceitos constitucionais, constituem entidades familiares e devem ter sim proteção estatal, se possuírem requisitos como: fidelidade, convivência pública contínua e duradoura e reunião de recursos para um fim comum.³⁵ Assim, no entendimento de Maria Berenice Dias:

reconhecidas as uniões homoafetivas como entidade familiar, essas ações devem tramitar perante as varas de família e ser aplicadas por analogia a legislação da união estável, assegurando aos membros dessa relação a partilha de bens, direitos sucessórios e o direito real de habitação.³⁶

A família anaparental³⁷, denominada por Maria Berenice Dias, é a convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito. Ela ainda acrescenta como exemplo que a convivência sobre o mesmo teto de duas irmãs que conjugam esforços para a formação de um acervo patrimonial constitui uma entidade familiar. Se no caso de uma delas morrer, a outra receberá a integralidade do patrimônio, sendo esta a solução mais justa porque elas tinham uma parceria de vida. Seria uma injustiça se a este caso fosse atribuída sociedade de fato, pois a irmã convivente somente receberia metade do patrimônio e a outra metade seria dividida entre os demais irmãos ou ainda mais injusto, se dividisse igualmente o patrimônio entre todos os irmãos.

A família reconstituída, também denominada de recomposta, mosaico ou pluriparental, é a estrutura familiar originada no matrimônio ou na união estável na qual um ou ambos de seus integrantes possuem filhos provenientes de uma relação anterior³⁸. Essas relações são decorrentes do divórcio, da separação, da dissolução da união estável. Com o surgimento dessa nova família surgem questões na ótica social e no âmbito jurídico como o poder familiar, alimentos, alteração do nome, adoção, questões sucessórias, dentre outros.

³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p. 45.

³⁵ CHANAN, Guilherme Giacomelli. **Ob. cit.** p. 67.

³⁶ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: o que diz a justiça**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p.23.

³⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. p. 46.

³⁸ *Ibid.* p. 47.

A família eudemonista é aquela fundada na busca da felicidade de seus membros.³⁹

Para Rolf madaleno:

a possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar⁴⁰.

O fundamento da família atual é a afetividade. Logo, enquanto houver este sentimento haverá a família, unida pelos laços de solidariedade, respeito, na colaboração e na comunhão de vida.

Devido a atual concepção de família, os princípios que regem o direito de família não podem distanciar-se desta. A doutrina e a jurisprudência têm reconhecido diversos princípios constitucionais implícitos, ressaltando que inexistente hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos e implícitos.⁴¹

Dentre os diversos princípios estão: os gerais que se aplicam a todos os ramos do direito, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e os princípios especiais que são próprios das relações familiares que são: princípio da monogamia, da solidariedade familiar, do pluralismo das entidades familiares, da igualdade na chefia familiar, do melhor interesse da criança, da proibição do retrocesso social, da afetividade. Com isso é necessário detalhar alguns destes princípios que são de suma importância para o presente estudo.

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é fundamento desta Constituição estando inserido como clausula pétrea. Este princípio, quando ligado ao direito de família, significa a igual dignidade para todas as entidades familiares.⁴² Não pode-se admitir que algumas entidades estejam protegidas pelo Estado e outras não tenham a tutela jurídica estatal, pois esta exclusão refletiria nas pessoas que integram estes núcleos por opção ou por mera circunstâncias da vida.⁴³ É direito da pessoa humana constituir qualquer dos núcleos familiares previstos explicita ou implicitamente no texto constitucional, e que tenham como base o afeto, a união,

³⁹ Ibid. p. 53.

⁴⁰ MADALENO, Rolf Hanssen. **Novas perspectivas da família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.20.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, p. 56-58.

⁴² Ibid. p. 60.

⁴³ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus causus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.3, n. 12, jan./mar. 2002, p. 46.

o respeito, o amor e o projeto de vida comum para o desenvolvimento de seus membros no seio familiar.

Como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana surge o princípio da igualdade, que consiste no direito de todo cidadão ter tratado idêntico pela lei. Para Alexandre de Moraes:

o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.⁴⁴

No tocante ao direito de família, a carta constitucional no seu art. 226 § 5º estabeleceu a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher referente à sociedade conjugal. A supremacia do princípio da igualdade atingiu também os vínculos de filiação, no art. 227 § 6º CF, ao que se refere a proibição de qualquer designação discriminatória com relação aos filhos havidos ou não da relação matrimonial ou da adoção.⁴⁵ O Código Civil pautou os seus dispositivos referentes ao direito de família no princípio da igualdade, quando prevê, por exemplo, que é permitido a qualquer dos nubentes acrescer ao seu nome o sobrenome do outro (art. 1.565 CC), ou então, no caso da guarda dos filhos no qual nem o pai e nem a mãe tem preferência, sendo concedida a quem tiver melhor condição para exercer a guarda.

O princípio da liberdade no que se refere à família está na liberdade de escolher o par, seja do sexo que for e qual seja o tipo de entidade familiar que irá constituir como família, ou seja, uma relação matrimonial, uma união heterossexual ou homossexual. A liberdade também está no querer ou não dissolver essa relação bem como no direito de recompor um novo núcleo familiar.

No caso da monogamia, Maria Berenice Dias entende que “ela não se trata de um princípio do direito estatal de família, mas sim de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas constituídas sob a chancela do Estado”⁴⁶. Assim como considera a monogamia como função ordenadora da família.

No entanto, mesmo declarando a monogamia como regra a ser seguida, o Estado não pode ficar omissos às relações adúlteras, pois é uma realidade que ocorre na sociedade. Dessa forma, ele deve proteger a não discriminação dos filhos resultantes de relações adúlteras.

⁴⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 31.

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, p.62.

⁴⁶ *Ibid.* p. 59

Em virtude do preceito da monogamia o Estado trata como crime a bigamia (art. 235 Código Penal), assim como impede pessoas casadas de se casarem (1.548, II CC) e considera anulável a doação feita pelo adúltero a seu cúmplice (art. 550 CC).

Nas Constituições Brasileiras anteriores a CF/88 somente o casamento possuía reconhecimento e proteção estatal. No entanto, a atual Constituição reconheceu as diversas formas de arranjos familiares existentes na sociedade brasileira. As uniões extramatrimoniais eram reconhecidas somente como sociedade de fato. Logo, o princípio da pluralidade das entidades familiares é assegurado constitucionalmente como um princípio implícito, no qual devem ser pautadas todas as decisões judiciais para que não haja violação a Constituição Federal.

Passa-se então a análise do último princípio que é o da afetividade. Deve-se entender o afeto como principal fundamento das relações familiares na atualidade. Um exemplo disso é o reconhecimento da união estável como entidade familiar (art.226 CF), que não se constitui pelo vínculo matrimonial, mas sim pelo afetivo que foi reconhecido pelo Estado e inserido no sistema jurídico. Outro exemplo é a igualdade entre a filiação biológica e a adotiva (art.227 § 5º e 6º), pois estes irmãos devem viver em um ambiente em que predomina a afetividade, dispondo de menor importância os interesses patrimoniais que envolvem a relação. Os laços afetivos e de solidariedade decorrem da convivência familiar e não do sangue.

A parentalidade socioafetiva, baseada na posse do estado de filho, é o reconhecimento da lei ao afeto, com o alcance da felicidade pelos membros desta relação.⁴⁷ Logo, a família contemporânea é um grupo social fundado nos laços de afetividade, diferente da família patriarcal que desempenhava funções procracionais, econômicas e religiosas.⁴⁸

Esses são alguns princípios apresentados por Maria Berenice Dias, que ainda trata do princípio da solidariedade familiar; da proteção integral a criança, adolescentes e idosos; e da proibição de retrocesso social. No entanto, outros doutrinadores descrevem diversos outros princípios que regem o direito de família, como por exemplo, o professor Francisco Amaral que elenca onze princípios que se referem à organização e à proteção da família, como: o princípio da competência da lei civil para regular os requisitos, da celebração e eficácia do casamento e sua dissolução; da igualdade jurídica dos cônjuges; da possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio; da igualdade jurídica dos filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias; dentre outros. O doutrinador Flávio Tartuce⁴⁹ faz um

⁴⁷ Ibid. p. 68

⁴⁸ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. A repersonalização das famílias. **Ob. cit.** p. 138.

⁴⁹ www.flavioartuce.adv.br Acesso em 09.09.2008.

estudo dos novos princípios aplicados a esse importante ramo do direito civil, que é o direito de família. São eles: o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana; da solidariedade familiar; da igualdade entre os filhos; da igualdade entre cônjuges e companheiros; da igualdade na chefia familiar; da não-intervenção ou da liberdade; do melhor interesse da criança; da afetividade e da função social da família.

Após a análise das novas entidades familiares e os princípios que regem a família, será estudada a família na atualidade, ou seja, seu conceito, suas características, sua função social, dentre outras matérias pertinentes a presente pesquisa.

1.3. Considerações sobre a família moderna

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o conceito legal de família era limitado e taxativo, ou seja, somente era reconhecida como família a entidade familiar pautada no vínculo matrimonial. A felicidade pessoal dos sujeitos que formavam este núcleo familiar era preterida pela manutenção da relação familiar, por isso era proibido o divórcio e o cônjuge culpado pela separação era punido. No entanto, após a CF/ 88 com o estabelecimento de princípios assegurados no texto constitucional, como da dignidade da pessoa humana, houve uma modificação no conceito de família e da estrutura familiar que não mais era relacionada ao vínculo sanguíneo, mas sim no afeto, na solidariedade e no respeito dos integrantes do núcleo familiar. Além disso, deverá ser reconhecido como família todo grupamento de pessoas em que tenha a relação baseada no afeto, logo devem ser reconhecidas e protegidas pelo Estado outras formas de constituição familiar além das três explicitamente reconhecidas pela Constituição.⁵⁰

É indiscutível a importância da família para a formação da personalidade humana dos membros que a compõem. É no seio familiar que a pessoa humana encontra amparo e de onde obtém a sua felicidade. São os pais, os avós, os irmãos mais velhos que moldam a criança, como ser humano, para a geração de um adulto que terá seu desenvolvimento pessoal influenciado pelo ambiente familiar em que vivia. É essa a função social da família, tendo ela o dever de prover o desenvolvimento e a formação da criança para que no futuro, como adulto, exerça atividades produtivas para a própria sociedade e a obrigação de educá-la para a formação de adultos com moral e valores compatíveis com a cultura que vivem.⁵¹

⁵⁰ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A função social da família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.8, n. 39, Dez./Jan. 2007, p. 131-132.

⁵¹ Ibid. p. 133.

No entanto, a família patriarcal do começo do século XX era aquela constituída pelo vínculo do casamento e as relações extramatrimoniais não tinham reconhecimento jurídico, assim como os filhos havidos fora do casamento que eram considerados ilegítimos. O casal unido pelo matrimônio não tinha por objetivo a busca da felicidade dos membros da família. O marido tinha o dever de sustentar a família, sendo este superior a mulher que tinha funções domésticas.⁵²

A educação da prole era rígida e autoritária, não havendo o diálogo entre pais e filhos, pois cabia ao pai o sustento da família deixando de lado determinadas atitudes de suma importância para o bem estar familiar. Essa relação familiar de autoritarismo, de discriminação dos filhos havidos do casamento e os denominados ilegítimos, a condição de inferioridade da esposa em relação ao marido e a obediência temida dos filhos, acarretavam uma família infeliz e sem amor, sendo insuportável a convivência familiar.

Trata Leonardo Barreto Moreira Alves do tema:

pouco importava se os membros da família estavam felizes ou não com aquela situação. A dignidade deles era um dado secundário. O que, de fato, se tornava relevante era a manutenção da paz doméstica, o equilíbrio, a segurança, a coesão formal da família, mesmo em detrimento da realização pessoal de cada um de seus integrantes, principalmente a mulher.⁵³

Esse modelo patriarcal durou todo o século XX até a Constituição Federal de 1988 que não poderia se omitir aos anseios da sociedade, alterando assim o paradigma da família. No seu primeiro artigo tratou da dignidade da pessoa humana provocando a repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais.⁵⁴ A entidade familiar passa a ser uma comunidade de afeto, respeito e solidariedade de seus membros, e é nesse ambiente familiar que o indivíduo terá a plena realização da sua dignidade como ser humano pois a família deixa de ter a função patrimonial para ser um lugar de afeto, carinho, amor e ajuda mútua dos seus integrantes.

Essa mudança de paradigma se observa na importante lição destacada por Leonardo Barreto Moreira Alves em que:

É o acompanhamento psicológico, educacional e mesmo espiritual, o diálogo exercitado cotidianamente, a transferência de maturidade e de lição de vida, a participação efetiva na escola do colégio, do esporte, da academia de balé,

⁵² Ibid. p. 134.

⁵³ Ibid. p. 136.

⁵⁴ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. A repersonalização das famílias. **Ob. cit.** p. 139.

é estar se renovando e se conhecendo para acompanhar as gradativas mudanças dos filhos; enfim, é preparar um ser humano intelectualmente equilibrado e certo dos seus valores para a vida em sociedade que define o verdadeiro papel do pai contemporâneo.

Analisada a função social da família, é importante analisar o seu conceito, que foi se modificando ao longo do tempo. Um dos pontos mais difíceis é conceituar a família. Sua conceituação varia conforme o tempo e a evolução da própria sociedade; ela já não é composta da mesma forma que era há algumas décadas, já que ela evoluiu com a sociedade. Naquela época era considerada família apenas os núcleos formados por pai, mãe e filhos, existindo diferenciação entre os filhos. Essa diferenciação consistia em que apenas os filhos havidos no casamento eram legítimos, enquanto os que eram adotados não possuíam a legitimidade e os filhos havidos fora do casamento não eram considerados legítimos.

A família, necessariamente, não é somente pai, mãe e filhos, ela pode ser monoparental, composta apenas por um dos pais e filhos; podendo também ser composta por avós e netos; pais que contraíram núpcias novamente e geraram novos filhos, ou trouxeram os filhos que já possuíam; ou composta por irmãos. Enfim, um grande número de possibilidades de arranjos familiares.

Então, quanto ao conceito de família moderno, recentemente, foi sancionada a Lei nº 11.340/2006 (conhecida como Lei Maria da Penha), que, apesar de ter como finalidade principal a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, acabou trazendo importante inovação no ordenamento jurídico nacional no tocante ao conceito de família contemporânea, no seu artigo 5º, II, parágrafo único:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

II- no âmbito da família, **compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa (...).** (*grifo nosso*)

Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.** (*grifo nosso*)

Essa lei se tornou a primeira norma infraconstitucional a reconhecer o moderno conceito de família. O que deixa claro por passagens do texto é que a família não é constituída por imposição legal, mas sim por vontade dos seus próprios membros. Assim, a família é todo e qualquer agrupamento de pessoas em que predomina o elemento afeto.

O Professor Cristiano Chaves defende que, nos dias de hoje, predomina um modelo familiar “eudemonista, afirmando-se a busca da realização plena do ser humano. Aliás, constata-se, finalmente, que a família é locus privilegiado para garantir a dignidade humana e permitir a realização plena do ser humano”⁵⁵.

Para Maria Berenice Dias “houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos da pessoa humana: afeto, solidariedade, lealdade e confiança, respeito e amor”⁵⁶.

Logo, a nova tendência da família moderna é a composição baseada na afetividade, ou seja, não há como o legislador impor um modelo de família, mas sim reconhecer e proteger o grupamento de pessoas que tem um objetivo de vida comum, que se respeitam e que se amam.

No reconhecimento de uma pluralidade de entidades familiares que tem como base para a sua constituição o afeto, estão inseridas as famílias reconstituídas que serão analisadas no próximo capítulo deste estudo, sendo apresentado o seu conceito e destacadas suas características.

⁵⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 56.

⁵⁶DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. p. 38.

2. FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS

2.1. Origem e evolução.

Não é um fenômeno recente a história das segundas núpcias. Na China, se a mulher viúva não guardasse luto durante tempo determinado ela não sucedia a herança proveniente da morte de seu marido, além disso, era castigada com oitenta pancadas de bambu. E ainda, se contraísse novas núpcias sem o consentimento dos pais ela era considerada adúltera.⁵⁷

Na Índia, para que o homem não corresse o risco de morrer sem deixar descendência masculina, era permitido a ele rejeitar sua esposa e buscar em outra mulher sua descendência. Então, era admitido ao homem, casar-se novamente, porém era absolutamente proibido novo casamento à mulher, salvo se o marido morresse sem deixar filho algum.⁵⁸

Na Bíblia Sagrada, a Lei do Levirato, a viúva era considerada parte da herança do *de cuius*, sendo então passada ao irmão do morto como dote, tendo como objetivo que o nome não se extinguísse de Israel, dando ao marido anterior uma descendência. O primeiro filho desse novo casal era filho do morto e recebia seu nome.⁵⁹

Para os romanos, a pessoa tinha a liberdade de escolher se iria se casar novamente ou não, mas os costumes e a religião asseguravam o respeito à memória do *de cuius*. Com o relaxamento dos costumes, o casamento que era indissolúvel, passou a constituir uniões passageiras. Visando diminuir essas dissoluções, com o objetivo de elevar a dignidade do casamento, houve a criação de leis restritivas a novos casamentos. A *Lex Papia Poppea* autorizava novo casamento, se o casamento precedente tivesse sido dissolvido por morte do cônjuge, decorridos um ano. Isso porque as novas núpcias não consideravam os interesses dos filhos da união precedente. Então, a mulher que descumpria o estabelecido, que era o luto ânua, sofria severas penas como: perda do direito a educar os filhos do primeiro marido, tornava-se incapaz de exercer a tutela, perda de todos os bens obtidos do primeiro matrimônio. No entanto, passado um ano da morte do primeiro marido, poderia a mulher casar-se novamente sem incorrer nas penas mencionadas anteriormente.⁶⁰

Na lei germânica nota-se absoluta liberdade às novas núpcias, após um período de mudanças, pois era mais rigoroso do que o direito romano. Igualmente, a lei francesa em

⁵⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias Reconstituídas: novas uniões depois da separação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 71.

⁵⁸ Ibid.p.72.

⁵⁹ Loc.cit.

⁶⁰ Ibid. p. 73.

alguns momentos impôs severas penas aos recasados, mas de maneira sensata levou moderação a esta matéria, pois buscou proteger a dignidade do segundo cônjuge e os interesses da prole do primeiro casamento.⁶¹

Até o início do século XX, as famílias reconstituídas eram resultantes do recasamento seguido à morte de um dos cônjuges. No entanto, atualmente elas são originadas de novos casamentos seguidos ao divórcio, tendo como consequência novos filhos e novas relações. Como bem ensina Waldyr Grisard Filho sobre o tema:

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.⁶²

Dados extraídos do IBGE indicaram que no Brasil, houve uma redução do número de casamentos e, no sentido oposto, um aumento do número de separações e divórcios, formando um elevado número de famílias monoparentais, que podem vir a formar uma família reconstituída.⁶³

2.2. Conceito e denominação.

O núcleo familiar a ser pesquisado no presente estudo é o das famílias reconstituídas também conhecidas como famílias pluriparentais, mosaico, recompostas, patchwork (Alemanha), ensambladas (Argentina), step-families (Estados Unidos), familles recomposées (França), novas núpcias, segundas núpcias, segundas famílias, nova famílias, recasamentos.

Essa família é originada do casamento ou da união estável de um casal na qual um deles ou ambos possuem filhos provenientes de uma relação anterior.⁶⁴ Essa nova constituição familiar não denota uma revisão ou uma reparação da família anterior, ou seja, é uma nova família que possui sua própria identidade.⁶⁵ No entanto, essa conceituação de família reconstituída não só considera o núcleo familiar composto pelo genitor que tem a guarda dos filhos provenientes de relação precedente, mas também inclui o núcleo formado pelo genitor que não possui a guarda.

⁶¹ Ibid. p. 74.

⁶² Ibid. p. 75.

⁶³ Ibid. p. 76. Esses dados foram coletado pelo IBGE até o final de 1998 e os dados obtidos em 2004 confirmaram a elevação do número de divórcios e separações.

⁶⁴ Waldyr Grisard Filho, Maria Berenice Dias, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Rolf Madaleno são alguns dos doutrinadores que elaboraram um estudo das famílias reconstituídas.

⁶⁵ MADALENO, Rolf. Filhos do Coração. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.6, n. 23, jun./jul. 2006, p. 22.

A conceituação desse grupo familiar pelos doutrinadores americanos é limitada, pois só considera padrasto ou madrasta o cônjuge do genitor guardião, mas não quem se uniu ao pai ou a mãe que não vive com seus filhos. Desse modo, essa família é formada por todos que vivem em um mesmo lar, ou seja, o novo casal, os filhos de um e/ou de outro, originários de uma união anterior, e os filhos da nova união.⁶⁶

Já a doutrina francesa tem um conceito mais amplo do que o americano para o que seja família reconstituída, nas palavras de Waldyr Grisard Filho:

É todo sistema familiar integrado pelo novo núcleo que se constitui articulado com os vários subsistemas familiares anteriores, compreendendo o lar do genitor- guardião, do genitor-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.⁶⁷

É de suma importância denominar os integrantes dos vínculos que se criam entre um dos membros do casal e o filho do outro, pois é este o principal laço que se forma na constituição dessa nova modalidade de família. Então, há na doutrina diferentes denominações para os sujeitos que integram esse núcleo familiar, ou seja, o marido ou companheiro da mãe recebe o nome de padrasto, a esposa ou companheira do pai recebe o nome de madrasta e os filhos são denominados de enteados. No entanto, recebem também a denominação, respectivamente, de pai afim, mãe afim e filho afim.⁶⁸ Existem ainda outras designações como: pais sociológicos, pais políticos, pais de acolhida, padrasto ou madrasta de fato, quase-padrasto ou madrasta.⁶⁹

Quando se pensa em padrasto e madrasta vem à mente a figura de pessoas cruéis, indesejáveis e temidas. Esse foi um dos motivos para se criar outras denominações, como as expostas acima, para designar esse novo sujeito que irá compor essa nova família com o objetivo de se distanciar desse estereótipo que a sociedade impôs sobre essas pessoas. Nas palavras de Rolf Madaleno:

A figura do padrasto suscita desconfiança e temores porque não possui o amor filial que se supõe exista para com um filho biológico, o que levaria o padrasto a impor sua vontade e sua autoridade, sem a moderação

⁶⁶ GROSAN; ALCORTA, 2000 *apud* GRISARD FILHO. **Ob. cit.** p.79.

⁶⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p.80.

⁶⁸ Esta denominação é dada por Waldyr Grisard Filho porque ele entende que “ Como ainda não existe no direito brasileiro um nome específico para designar a figura da nova mulher do pai ou a 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”. **Ob. cit.** p. 84-85.

⁶⁹ MEULDEURS-KLEIN, 1993.*apud* GRISARD FILHO. **Ob. cit.** p. 84.

característica de uma relação afetiva. (...) O receio é mais acentuado ainda em relação à madrasta, pois ela carece do ‘instinto maternal’ que assegura naturalmente o amor que a mãe tem por sua prole.⁷⁰

Os laços que se formam nas famílias reconstituídas é um vínculo que se constrói dia a dia, e que se fortalecerá de acordo com a dedicação, cuidado e afeto que os sujeitos dedicam entre si. A reconstrução familiar é uma difícil tarefa para os adultos do casal que encontraram entre si uma união de afeto e que trazem para essa nova relação filhos de uniões anteriores. Esses filhos provenientes de famílias desfeitas experimentam outros critérios disciplinares e outras condutas, às vezes, diferentes das que possuíam na família de origem. Assim, para as crianças a aceitação de um “estranho” é muito complicado nas famílias reconstituídas, pois há um repúdio ao substituto de um dos pais.⁷¹ Essa aproximação do padrasto/ madrasta com o enteado é ainda mais difícil quando o pai biológico é presente, ou seja, mesmo não sendo o genitor guardião, ele mantém uma relação afetiva e diária com o seu filho. Para a criança é uma tarefa complexa aceitar que uma outra pessoa assuma o lugar de um dos seus pais.

Para que a família reconstituída crie a sua própria identidade haverá um processo com diversas etapas, isto é, fase de aceitação, autoridade e afetividade. O vínculo entre o cônjuge ou companheiro com os filhos do outro se origina de uma aliança que se cria aos poucos, pela conquista da confiança e do afeto. Essa boa relação não se forma repentinamente, ou seja, requer um tempo de convivência até a consolidação de um laço afetivo entre os sujeitos desse núcleo familiar reconstituído.

No entanto, a aproximação entre os sujeitos desse núcleo familiar se dá com maior facilidade quando o vínculo entre o padrasto/ madrasta e enteado se forma na infância e a recomposição da família se estabelece por falecimento ou ausência de um dos genitores, ou quando o padrasto assume a função parental inteiramente prestando cuidado e afeto.⁷²

É de suma importância o estudo das relações de parentesco, principalmente o vínculo que se estabelece entre o enteado e o padrasto/ madrasta que é a afinidade, pois este é o nexo específico que determina as famílias reconstituídas. O art. 1.595 do Código Civil estabelece que:

Art. 1.595 Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

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

⁷⁰ MADALENO, Rolf. **Ob. cit.** p. 23.

⁷¹ *Ibid.* p. 24.

⁷² GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p.84.

Os vínculos de afinidade são decorrentes do casamento e da união estável ligando cada cônjuge aos parentes do outro. Já o parentesco é o vínculo decorrente da consangüinidade, que ligam as pessoas de determinado grupo familiar.⁷³ Dessa forma, a afinidade e parentesco não se confundem, ainda que, como se percebe pelo artigo supracitado, o legislador não se preocupou em distinguir as noções de parentesco e afinidade, tratando-os no Código Civil no Livro IV, Título I, Subtítulo II –“Das relações de parentesco”.⁷⁴

Conceituar o parentesco como o vínculo que une duas ou mais pessoas, em decorrência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um genitor comum⁷⁵, compreende só o parentesco por consangüinidade não incluindo o parentesco decorrente da adoção, de outras origens, assim como os vínculos de afinidade.⁷⁶

Na lição de Mara Berenice Dias, o parentesco se classifica em: natural, biológico ou consangüíneo, civil, adotivo, por afinidade, em linha reta ou colateral.⁷⁷

É importante a identificação do vínculo de parentesco já que tem reflexos nos impedimentos matrimoniais: os parentes em linha reta não podem se casar (1.521, I CC); no tocante aos alimentos, também deve-se identificar o parentesco em face da reciprocidade da obrigação alimentar (1.696 CC); no direito sucessório a designação dos parentes determina o modo de participação na herança (1.829 CC).⁷⁸

Para isso, é conveniente diferenciar o parentesco em linha reta, em linha colateral e por afinidade. Como bem ensina Maria Berenice Dias:

Os parentes em linha reta descendem uns dos outros e, na linha colateral, têm somente um ascendente comum. O parentesco em linha reta é ilimitado e, na linha colateral, limita-se ao quarto grau, ao menos para efeitos jurídicos. Os vínculos em linha reta são ilimitados e perpétuos – quer decorram de parentesco, quer de afinidade-, não comportando extinção nem quando findo o casamento ou a união estável. Quanto à linha colateral, o parentesco se estende até o quarto grau e nunca se dissolve. Já a afinidade vai até o segundo grau e se extingue quando do fim do relacionamento.⁷⁹

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p. 308

⁷⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Das relações de parentesco. p. 89 In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.). **Direito de Família e o Novo Código Civil.** 4 ed., rev. e atual. Belo Horizonte: DelRey, 2005, p. 83-109.

⁷⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 7ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 197.

⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p. 308.

⁷⁷ *Ibid.* p. 309.

⁷⁸ *Loc.cit.*

⁷⁹ *Ibid.* p. 310.

No presente estudo só será tratado a relação de afinidade, pois é o vínculo que une o padrasto/ a madrasta com o seu enteado nas famílias reconstituídas. Nas palavras de Waldyr Grisard Filho: “Este é o nexa que define a família reconstituída.”⁸⁰ Ele ainda ensina que se não *fosse a presença de filhos de uma união anterior*, não seria necessário o estudo específico das relações de parentesco nessas famílias, pois, ainda que haja uma nova união, as alianças são as mesmas da relação anterior.⁸¹ Toda vez que duas pessoas resolvem se unir pelos laços do matrimônio ou pela união estável cria-se um sistema de alianças entre duas famílias, ligando um cônjuge ou companheiro aos parentes consangüíneo do outro pela afinidade.

A afinidade não é parentesco, é um vínculo que não tem a mesma intensidade que o parentesco e que se cria entre sogro e genro e cunhados, etc. Ela se estabelece com o casamento ou a união estável, vinculando o cônjuge ou companheiro aos parentes do outro. A afinidade decorre da lei e não da natureza ou do sangue. Essa afinidade só se constituía com o matrimônio, mas a partir da Constituição Federal de 1988, que reconheceu como entidade familiar a união estável, estendeu o vínculo de afinidade também para esse núcleo familiar.⁸² O art. 1.595 do Código Civil estabeleceu o vínculo de afinidade também quando decorrentes da união estável.⁸³

A afinidade possui certa simetria com o parentesco, isto é, no tocante a distinção entre linhas, graus e espécies de afins. Baseando-se na analogia do parentesco, a afinidade também possui duas linhas: a linha reta e a linha colateral. E também conta-se do mesmo modo.⁸⁴ A afinidade em linha reta não tem limite de grau e se mantém mesmo com a dissolução do casamento ou da união estável. Na linha colateral a afinidade não ultrapassa o segundo grau, ou seja, se restringindo aos cunhados. Esse vínculo só subsiste enquanto perdura o casamento ou a união estável. Então, o vínculo que se estabelece entre os filhos de um dos cônjuges ou companheiro com o outro é o da afinidade. Dessa forma, o filho de um passa a ser filho por afinidade do seu marido ou companheiro. O padrasto/ madrasta e seu enteado são parentes afins de primeiro grau em linha reta. Nas palavras de Maria Berenice Dias: “Os parentes por afinidade em linha reta são para sempre. Nem a morte solve o vínculo de afinidade: não existem ‘ex-sogra’, ‘ex-sogra’ ou ‘ex-enteado’”.⁸⁵ Essa afinidade só nasce de um casamento

⁸⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p. 117.

⁸¹ Loc. cit.

⁸² Loc.cit.

⁸³ Art. 1.595 do CC: Cada cônjuge ou **companheiro** é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

(*grifo nosso*)

⁸⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama. **Ob. cit.** p. 102.

⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p. 314.

válido, pois o casamento putativo não gera afinidade, restringindo seus efeitos apenas ao cônjuge de boa-fé e à prole, não alcançando terceiros.⁸⁶

Cabe esclarecer que os afins de um cônjuge não são afins entre si. Assim como, os parentes afins de um dos cônjuges, decorrentes de uma primeira união, não tem vínculo de afinidade com a pessoa com quem aquele contraiu novas núpcias.

Na linha reta, a afinidade não se extingue com o fim do casamento ou da união estável. A continuidade desse vínculo ocorre para todos os fins legais, isto é, o sogro não pode casar com a nora, nem o genro com a sogra; ocorrendo isto, o ato é nulo por violação de impedimento absolutamente dirimente. Já na linha colateral, a dissolução do vínculo não impede que esses parentes se casem, no caso dos cunhados.

Como dito anteriormente, o estudo da afinidade é de suma importância nas famílias reconstituídas devido a presença de filhos de um dos parceiros do novo casal, sendo esta afinidade o vínculo que une o cônjuge ou companheiro aos filhos do outro. Esses filhos podem ser matrimoniais, extramatrimoniais ou adotivos⁸⁷, ou seja, a afinidade abrange todos os filhos do novo cônjuge ou companheiro, que independe da origem, estando a discriminação violando o princípio da equiparação das filiações previsto no art. 227, § 6º da Constituição Federal.⁸⁸ Contudo, dissolvido o casamento ou a união estável, a afinidade não se expande aos filhos do ex-cônjuge nascidos de uma ulterior relação, isto é, desfeito este vínculo entre o casal, não há a possibilidade de incorporar novos parentes afins.

Outro vínculo que se cria nas famílias reconstituídas é entre o filho comum do casal e os filhos da união anterior, esses são irmãos unilaterais, que se nascerem do mesmo pai, com mães diferentes, são chamados irmãos consangüíneos. Se nascerem da mesma mãe, mas de pais distintos, são chamados irmãos uterinos. Entre si são chamados meio irmãos.

Por outro lado, os filhos próprios de cada um dos adultos do casal não possuem vínculo algum que os une. Todavia, quando vivem por vários anos no mesmo lar e criam laços de afetividade entre eles, eles são chamados de irmãos,⁸⁹ como forma de união da família e de tratamento igualitário de todos os membros que compõem esse núcleo familiar.

Logo, conceituada a família reconstituída, expostas as denominações que podem ser atribuídas a esse núcleo familiar e explicitado o vínculo que se forma entre os integrantes dessa família, passa-se ao estudo de suas características.

⁸⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p. 112.

⁸⁷ *Ibid.* p.120.

⁸⁸ Art. 227 § 6º CF: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁸⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p.121.

2.3. Características

As famílias reconstituídas atualmente não são mais resultantes somente da viuvez, mas também do divórcio e da separação. Dessa forma, quando há uma separação cada um dos genitores forma uma família monoparental com seu filho, mantendo hábitos e regras da família original. Assim, quando se forma um novo casal, no qual um dos adultos possui filhos de família anterior, há uma reestruturação para a formação de uma nova família, com diversos sujeitos, isto é, novo casal, novos filhos, padrasto, madrasta, enteado, enteada, meio-irmãos com novos costumes e novas regras que dificultam o começo e o desenvolvimento das famílias reconstituídas. O elemento afetivo é essencial a subsistência da família reconstituída, exigindo de seus integrantes capacidade de adaptação, pois são provenientes de uma família anterior guardando valores da experiência familiar vivida.⁹⁰

Cada integrante dessa nova família possui uma história anterior com uma outra família, requerendo assim tempo para se adaptar a uma nova relação com pessoas até então estranhas ao seu convívio. Portanto, deve-se ter paciência e compreensão de que é difícil se adaptar a uma nova forma de vida. Deste modo, deve haver muito carinho, amor e afeto para a superação dessas barreiras para que se forme uma família harmoniosa, afetuosa e desejável.

Além de todas as dificuldades expostas, ainda há a convivência com a família anterior, na qual os membros do casal romperam a relação, havendo assim a necessidade de se conciliar a família anterior com a nova família, ex-esposa/ ex-companheiro com atual; o marido ou companheiro com a nova esposa/ companheira e os filhos desta; os filhos desse novo casal com os de uniões anteriores. São relações interligadas que evidenciam a complexidade da vida dos membros da família reconstituída.

São várias as dificuldades a serem enfrentadas pelos sujeitos que integram esta família porque mesmo que o pai biológico não guardião nunca visite seu filho ou esteja morto, ele faz parte da história da criança e esta, mesmo que inconscientemente, necessita manter um vínculo ou lembrança deles.⁹¹ Quando os membros do casal são ambos divorciados e tem filhos, deve haver uma conciliação das suas necessidades com a do ex-parceiro, o que demanda muitas vezes contatos e negociações para compartilhar dois lares, com hábitos e regras diferentes, do contrário acarretará conflitos de interesses. Essa colisão de vontades afeta os filhos que se vêem como pivô da briga dos pais, trazendo para eles transtornos

⁹⁰ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser.; RÖRHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. www2.uel.br/revistas/direitoprivado/index.asp. Acesso em: 25.08.2008.

⁹¹GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p.88.

psicológicos causando dificuldade na escola, no relacionamento social, problemas de saúde, dentre outros.

A solução encontrada é a convivência harmoniosa das duas famílias visando sempre o melhor interesse da criança. O padrasto e a madrasta devem ficar neutros nas decisões dos pais biológicos da criança, eles devem sim auxiliar seu novo companheiro nas funções parentais, mas não impor sua vontade, pois criaria um conflito entre as famílias.

No seu estudo sobre as famílias reconstituídas, Waldyr Grisar Filho conclui 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 a 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 e deveres de seus integrantes.⁹²

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que a família reconstituída é um núcleo familiar em que há a convivência de crianças e adolescentes de diferentes casamentos ou uniões estáveis, configurando uma rede de sustentação emocional e material⁹³, mas em que há sim conflitos entre seus integrantes. O número de famílias reconstituídas vem aumentando sendo reflexo do aumento da taxa de divórcios.⁹⁴ Devido o crescimento dessas famílias, observa-se o interesse nesse estudo pela área das ciências psico-sociais, pesquisando os problemas e os conflitos específicos dessa família. No entanto, no campo do direito essa configuração familiar continua invisível. Mesmo com o aumento considerável dessas famílias na sociedade existem poucos trabalhos doutrinários nesta matéria,⁹⁵ assim como, o direito ainda resiste em tutelar esse núcleo familiar. As especificidades dessa família revelam uma dinâmica existente entre os sujeitos dessa relação e não podendo, assim, ficar sem regulação específica para as obrigações e os direitos de cada um de seus membros.

Para Waldyr Grisar Filho, a família desde o modelo arcaico requer formas de conduta que definam e compatibilizem as regras entre seus integrantes. As famílias reconstituídas vivem em um espaço privado e as margens da lei, com pautas institucionais somente para alguns de seus integrantes, sendo os sujeitos que constituem este núcleo familiar que criam suas regras. Mas é ao direito que cabe estabelecer certas responsabilidades originadas nas

⁹² Ibid. p. 90.

⁹³ Ibid. p. 93.

⁹⁴ Loc.cit.

⁹⁵ Ibid. p. 94.

funções familiares, instituir regras para impedir descumprimentos das funções conjugais e parentais.⁹⁶

Há uma diversidade de entendimentos na doutrina quanto à necessidade de uma reforma legal. Uns entendem que a inexistência de normas que disciplinem este núcleo familiar gere problemas e dificuldades para os sujeitos que integram estas novas famílias. Foi o concluído na *IX Jornadas Interdisciplinarias de Família, menores y mediacion*.⁹⁷ Para outros como Maria Claudia Crespo Brauner é desnecessário um estatuto legal próprio pois em suas palavras:

não nos parece haver a necessidade de se criarem dispositivos protegendo a família reconstituída, que venham a definir o papel da mãe ou do pai social, ou que prevejam a possibilidade de exercício de guarda, visita, participação na educação e prestação de alimentos, ao contrário, seria importante destinar esforços para se constituírem soluções doutrinárias e jurisprudenciais que assegurem o interesse superior da criança a viver em um ambiente equilibrado e acolhedor.⁹⁸

Outros entendem que o direito não deve ser conferido a não ser que haja uma demanda própria por parte do interessado desestimando um direito imposto, ou seja, uma demanda social pela instituição de alguma normatividade que ordene os direitos e deveres entre padrasto/ madrasta e enteados.⁹⁹

A realidade social exige a criação de referências institucionais que ordenem os direitos e deveres dos padrastos e madrastas com os seus enteados durante a união e depois de sua ruptura. Como bem ensina Waldyr Grisard Filho: “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, o reconhecimento necessário na ordem interna e social e atenuar as ambigüidades originadas pela falta de guias institucionalizadas.”¹⁰⁰

Há diversas questões no campo do direito que envolvem as famílias reconstituídas, tais como: poder familiar, adoção, alteração do nome de família, guarda de menores, direito de visita, alimentos e a questão sucessória. Esses temas serão analisados no capítulo 3 do presente estudo.

⁹⁶ Ibid.p. 101.

⁹⁷ Ibid.p. 99.

⁹⁸ BRAUNER, 2004 *apud* GRISARD FILHO. **Ob. cit.** p. 99.

⁹⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p. 100.

¹⁰⁰ Ibid.p. 104.

3. AS FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS E O DIREITO

3.1. Poder familiar

A expressão *poder familiar* corresponde ao antigo *pátrio poder*, ou seja, o direito absoluto e ilimitado atribuído ao chefe da família sobre os filhos. Era o poder que o pai detinha sobre os filhos menores. Esse termo guarda resquícios de uma sociedade patriarcal e como a Constituição Federal de 1988 buscou afirmar a igualdade entre o homem e a mulher referente à sociedade conjugal, criou-se um novo termo que é o poder familiar.

O Código Civil de 1916 garantia o pátrio poder exclusivamente ao marido como chefe da sociedade conjugal. No entanto, em sua falta ou impedimento, a chefia da sociedade conjugal era atribuída à mulher e, somente nesse caso, ela assumia o exercício do poder familiar com relação aos filhos¹⁰¹. O Estatuto da Mulher Casada, lei 4.121/1962, garantiu o pátrio poder a ambos os pais, mas era exercido pelo marido com a colaboração da mulher. Dispôs também, que no caso de divergência entre os genitores, prevalecia à vontade do pai, podendo a mãe buscar o poder judiciário para a solução da divergência.¹⁰²

No entanto, a Constituição Federal de 1988 assegurou direitos e deveres referentes à sociedade conjugal a *ambos os genitores* tendo eles o desempenho do poder familiar com relação aos filhos, disposto no art. 226 § 5º.¹⁰³ No mesmo sentido, definiu o art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei. 8.069/90:

O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

O ECA acompanhou a evolução das relações familiares atribuindo aos pais deveres e obrigações com os filhos, o que evidencia o seu caráter de proteção à criança e ao adolescente.

Outra expressão utilizada pela doutrina é de autoridade parental, que é a que reflete as mudanças que resultaram da consagração constitucional do princípio da proteção integral de

¹⁰¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. p. 376.

¹⁰² Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. **(Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)**.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência. **(Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)**.

¹⁰³ 226 § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher

crianças e adolescentes, pois o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho.¹⁰⁴ O filho passou de objeto de direito para sujeito de direito.¹⁰⁵ Essa mudança motivou a alteração do conteúdo do poder familiar, em face do envolvimento do interesse social. Não versa sobre o exercício de uma autoridade, mas a imposição por lei de uma obrigação aos pais. A autoridade parental possui deveres não apenas no campo material mas, sobretudo, no campo existencial, ou seja, de ter uma relação pautada na afetividade.¹⁰⁶ Para Maria Helena Diniz, “o poder familiar consiste num conjunto de direito e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pai, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impôs, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos”.¹⁰⁷

O poder familiar provém tanto da paternidade natural como da filiação legal, e tem como características ser: irrenunciável, inalienável, intransferível, imprescritível e as obrigações que decorrem dele são personalíssimas.

Todos os filhos desde o nascimento até os 18 anos estão sujeitos ao poder familiar, que é exercido pelos pais. De acordo com o art.1.728 do Código Civil (CC), quando falecidos ou desconhecidos ambos os cônjuges, ficaram os filhos sob tutela. Se o filho for maior, mas incapaz, este estará sujeito à curatela, podendo a mãe ou o pai ser nomeado curador, é o que prevê o art. 1.775 § 1º do CC.

Quando a lei dispõe que o poder familiar é exercido pelo pai e pela mãe, ela se refere apenas a titularidade ativa destes sujeitos durante o casamento e a união estável, ficando silente quanto às demais entidades familiares tuteladas explícita ou implicitamente pela Constituição Federal. De acordo com o princípio da interpretação conforme a Constituição, a norma deve ser entendida como abrangente de todas as entidades familiares, como é o caso do irmão mais velho que sustenta os demais irmãos, na ausência dos pais, ou da avó com relação aos netos que com ela vivem.¹⁰⁸

Assim como o Código Civil, o Estatuto da Criança e do adolescente trata do poder familiar, quando aborda a convivência familiar (art. 21 a 24)¹⁰⁹ e a perda e a suspensão do

¹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p. 377.

¹⁰⁵ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/ 2002. p. 164. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Afeto, Ética e Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 161 a 179.

¹⁰⁶ *Ibid.* p. 378.

¹⁰⁷ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1.630.

¹⁰⁸ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **Do poder familiar**. Belo Horizonte, 23.03.2004. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 30.07.2008.

¹⁰⁹ Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

poder familiar (art. 155 a 163). O ECA denomina de criança aquele que tem 12 anos incompletos e, de adolescente, quem tem idade dos 12 anos aos 18 anos (art. 2º)¹¹⁰. Aos 18 anos ocorre o fim da adolescência ocasionando a maioridade. Como os menores são penalmente inimputáveis estão sujeitos às normas do Estatuto.¹¹¹

O Código Civil no seu art. 1.634 estabelece o dever dos pais em relação aos filhos:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Nesse caso, o Código Civil deixou de prever um dos deveres mais importantes na criação e no desenvolvimento dos filhos, isto é, o dever de afeto, carinho e amor. Quando fez a previsão dos deveres de assistência, criação e educação restringiu somente as questões patrimoniais. E esse dever de afeto é tão importante que a jurisprudência já reconhece a responsabilidade civil do pai por abandono afetivo. Essa lei civil é omissa quanto aos deveres que a Constituição confiou a família (art. 227 e 229 CF) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 22 ECA).¹¹² Assim, somam-se a todos os poderes assegurados pelo Código, os demais que também são inerentes ao poder familiar.¹¹³

A titularidade e o exercício do poder familiar incumbem ao pai e a mãe durante o casamento ou na vigência da união estável. A responsabilidade é exercida por ambos uma vez

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder.

Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

¹¹⁰ Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

¹¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p. 380.

¹¹² NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **Do poder familiar**. www.ibdfam.org.br. Acesso em: 30.07.2008.

¹¹³ DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p. 383.

que decorre da paternidade e da filiação, e não do matrimônio ou da união estável¹¹⁴. Havendo a dissolução da relação conjugal, qual seja, separação, divórcio ou dissolução da união estável, nenhum dos pais perde o exercício do poder familiar (art. 1.632 CC).¹¹⁵ Em havendo divergência quanto a algum interesse do filho, qualquer um dos pai pode recorrer a autoridade judiciária, é o que dispõe o art. 1.631 parágrafo único do Código Civil. Nesse caso, normalmente a guarda ficará com um dos pais garantindo ao outro o direito de visita. No entanto, não é afastada a possibilidade da guarda compartilhada, isto é, por períodos definidos ou concomitantes, ambos os genitores a exercem. A falta de convivência no mesmo lar não retira nem limita o poder-dever dos pais, ou seja, a convivência dos pais não é pressuposto para a titularidade do poder familiar.¹¹⁶ No entanto, dispõe o artigo 1.631 que na falta ou impedimento de um dos pais, o outro exercerá com exclusividade. Esse caso poder ocorrer quando foi suspenso ou destituído um deles o poder familiar, ou em razão de superveniente incapacidade mental.

Se o genitor que possui a guarda do filho vir a constituir uma nova família, seja através do casamento ou união estável, não acarretará a perda do poder familiar e não havendo a possibilidade de interferência do novo cônjuge ou companheiro (art. 1.636). Nesse caso, para Maria Berenice Dias “persistem o genitor e a sua prole configurando uma família monoparental, pois o casamento ou a união estável do guardião não gera a transferência do poder familiar”.¹¹⁷

Nesse sentido afirma Fabíola Santos Albuquerque: “A lei é clara ao dissociar as hipóteses e ratifica que a nova situação dos pais em nada se confunde e tampouco permite a interferência do novo (a) parceiro (a) no que tange ao exercício do poder familiar por aquele que não é o guardião”.¹¹⁸

Nesse contexto, as famílias reconstituídas enfrentam grandes dificuldades quanto ao lugar que o novo cônjuge ou companheiro do genitor ocupará nesse núcleo familiar, pois nessa família os deveres decorrentes do poder familiar como criação, sustento e educação são comportamentos que não são bem definidos e conhecidos, pois não existem regras institucionalizadas que orientem as condutas dos padrastos e madrastas em relação a seu enteado.

¹¹⁴ VENOSA. Sílvio de Salvo. **Ob. cit.** p. 289.

¹¹⁵ Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p. 381.

¹¹⁷ Loc. cit.

¹¹⁸ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Ob. cit.** p. 179.

Afirmar que o novo cônjuge ou companheiro não irá intervir na educação, criação e cuidados do seu enteado porque está previsto na lei civil¹¹⁹, é algo totalmente irreal quando analisado pela perspectiva sociológica, já que a convivência dia- a- dia gera situações as quais exigem algumas intervenções nas questões que dizem respeito à criança que coabita com o adulto. Mesmo que o padrasto ou a madrasta não compartilhem com as funções parentais, ainda assim acabam ajudando seu novo companheiro e opinando em determinadas situações e isso acaba correspondendo ao exercício indireto do poder familiar.¹²⁰ Em suas palavras, Waldyr Grisard Filho expõe que “ circula na sociedade a idéia generalizada de que somente o laço de sangue possibilita o pleno exercício da parentalidade. Por isto, não fundado o nexo entre o cônjuge e os filhos do outro no vínculo sanguíneo, atribui-se ao pai ou mãe afim uma incapacidade para os cuidados do filho afim. Decorre disto, que não teriam direitos a atuar.” No entanto, devido a repersonalização das relações familiares, sendo menos importante os interesses patrimoniais e em contrapartida elevando-se a afetividade a princípio constitucional, sendo a base da família moderna, há uma possibilidade de reforçar a idéia de uma paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Nesses casos os padrastos e madrastas cumprem a função parental. Para os juristas que defendem essa idéia¹²¹, os laços de sangue não garantem os melhores interesses da criança.¹²²

Mas todas essas questões expostas dependem de como o padrasto e a madrastas são vistos dentro da nova família. Se um dos genitores faleceu e o outro se casou de novo, esse padrasto/ madrasta assumirá o papel de substituição. Se houve uma separação, mas os pais estão presentes, as expectativas das funções do padrasto ou madrasta se modificam, pois como ambos os pais biológicos são evidentes na vida do filho, o novo marido ou companheiro da mãe ou a nova esposa ou companheira do pai não substituiria a figura do genitor, sobretudo se ambos têm efetiva participação na criação e na educação dos filhos. Por outro lado, quando a mãe ou o pai biológicos são ausentes, desinteressados das funções parentais, pode ocorrer a substituição, pois há um vazio no lugar que deveria estar ocupado pelos genitores.¹²³

Quando os pais são ativos na criação e desenvolvimento da criança, as funções do padrasto ou madrasta será a atuação de modo subsidiário, solidário, complementar ao dos pais

¹¹⁹ Art 1.636 CC: 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.

¹²⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p. 129.

¹²¹ João Baptista Villela, Joseph Goldstein, Waldyr Grisard Filho.

¹²² Loc. cit.

¹²³ Ibid. p. 130

originais.¹²⁴ Não há como se definir quais as atividades que terão o direito a promover, mas é certo que são questões ligadas ao dia-a dia e assuntos domésticos. Desse modo, a função é adicional e não de substituição podendo ser compartilhada com outras pessoas como avós, babás, madrasta, padrasto, e isso significa que não é uma função exclusiva e muitas vezes gera um melhor desenvolvimento dos filhos, principalmente quando o padrasto ou a madrasta exerce o poder parental compensando carências vinculares.¹²⁵

Alguns cuidados com a saúde, educação, sustento, transmissão de valores, mesmo sendo exercidos pelos pais biológicos, não se permite que rejeite a cooperação de quem vive com o genitor. A convivência diária do padrasto/ madrasta propicia a participação na formação da criança e do adolescente.¹²⁶

Essa coabitação requer uma família comprometida com o bem estar de todos os seus membros. Por isso, é importante que o genitor e seu novo companheiro tenham hábitos e atividades decididas conjuntamente. Então, dessa forma este sujeito terá uma responsabilidade que todo adulto possui sobre o menor que está a seu encargo.

3.2. Adoção unilateral

Inicialmente, tratar-se-á da visão histórica do instituto e sua conceituação para melhor esclarecimento da matéria em comento, para após analisar a adoção do filho do cônjuge ou companheiro nas famílias reconstituídas.

O Código Civil de 1916 introduziu sistematicamente o instituto da adoção no sistema jurídico brasileiro¹²⁷, com previsão nos artigos 368 a 378, que era a chamada adoção simples, tanto de maiores como de menores. Determinava que só podia adotar quem não tivesse filhos, os maiores de 50 anos e devendo ser de 18 anos a diferença entre o adotante e o adotado. No caso de maior ou emancipado era exigido o consentimento dos pais ou tutor ou do próprio adotando. A Lei 3.133/57 alterou a idade para adoção de 50 para 30 anos e autorizou a adoção aos casais que tivessem cinco anos de casados¹²⁸. Reduziu a diferença de idade entre adotante

¹²⁴ FRANÇA, Antônio de S. Limongi. **A função subsidiária dos pais sócioafetivos em relação aos pais originais atuantes**. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 11.10.2008.

¹²⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p. 131.

¹²⁶ Loc. cit.

¹²⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. Da Adoção. p. 132. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha; (Coords). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4 ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 127-146.

¹²⁸ Art. 368. Só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar. (Redação dada pela Lei nº 3.133, de 8.5.1957). Parágrafo único. Ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos 5 (cinco) anos após o casamento. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 3.133 de 8.5.1957).

e adotado para 16 anos.¹²⁹ O adotando tinha o direito de desligar-se da adoção ao cessar a menoridade ou a interdição¹³⁰, admitia, também, a dissolução do vínculo de adoção por acordo e nos casos em que era admitida a deserdação.¹³¹ A adoção só passava a ter efeito com a escritura pública, sendo que o vínculo de parentesco limitava-se ao adotante e ao adotado, o que acarretava à exclusão dos direitos sucessórios se os adotantes tivessem filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos. Com exceção do pátrio poder, que era transmitido ao pai adotivo, eram conservados os direitos e deveres resultantes do parentesco natural.

A Lei 4.655/65 admitiu mais uma forma de adoção, a denominada legitimação adotiva. Ela estava sujeita a decisão judicial, era irrevogável e acabava com o vínculo de parentesco com a família original. A Lei 6.697/79 (Código de Menores) substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena, mas continuou com as mesmas características desta, sendo o vínculo de parentesco estendido à família dos adotantes.¹³²

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei. 8.069/90, regulou definitivamente a adoção para os menores de 18 anos, assegurando-lhes todos os direitos, inclusive os sucessórios. Permaneceram as regras do Código Civil de 1916 para regulamentar a adoção dos maiores de idade.¹³³ No entanto, os dispositivos que determinavam que o adotando só tinha direito à herança se o adotante não tivesse prole biológica, e que advindos filhos depois da adoção, o filho adotado receberia apenas a metade do quinhão a que fazia jus a prole legítima, foram considerados inconstitucionais pela jurisprudência a partir da vigência da Constituição Federal de 1988.¹³⁴

A Constituição Federal acabou com a distinção entre adoção e filiação ao prever idênticos direitos e qualidades aos filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias (art. 227 § 6º CF). Mesmo que a adoção tenha tido efeito antes da vigência da norma constitucional, a justiça impede que existam diferenciações.

O Novo Código Civil de 2002 (NCC) instituiu o sistema de adoção plena conservando as orientações do Estatuto da Criança e do adolescente. A adoção tanto de adultos como de

¹²⁹ Art. 369. O adotante há de ser, pelo menos, 16 (dezesseis) anos mais velho que o adotado. (Redação dada pela Lei nº 3.133 de 8.5.1957).

¹³⁰ Art. 373. O adotado, quando menor, ou interdito, poderá desligar-se da adoção no ano imediato ao em que cessar a interdição, ou a menoridade.

¹³¹ Art. 374. Também se dissolve o vínculo da adoção:

I - quando as duas partes convierem;

II - nos casos em que é admitida a deserdação. (Redação dada pela Lei nº 3.133 de 8.5.1957).

¹³² DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p. 425.

¹³³ PEREIRA, Tânia da Silva. **Ob. cit.** p. 133.

¹³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p.426.

crianças e adolescentes possuem as mesmas características, necessitando em qualquer caso de processo judicial.¹³⁵

Com o advento do NCC houve uma problemática quanto à adoção, pois o ECA regulava de forma exclusiva a adoção de crianças e adolescentes e na lei civil a adoção de maiores. Entretanto, o Novo Código possuía algumas regras referentes à adoção de menores de 18 anos. Todavia, o Estatuto é uma legislação específica que prevalece sobre a lei geral. Logo, se conclui que no caso de adoção de criança e adolescentes prevalecem os direitos assegurados pelo ECA, aplicando-se supletivamente o Código Civil, quando não houver incompatibilidade com a legislação específica.

É importante a conceituação desse instituto jurídico que nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

é a modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade, conforme o sistema do Código Civil de 1916, ou de sentença judicial, no atual sistema de estatuto da criança e do adolescente (lei 8.069/90), bem como no corrente código. A filiação natural ou biológica repousa sobre o vínculo de sangue, genético ou biológico; a adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva. A adoção contemporânea é, portanto, um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. O ato da adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico.¹³⁶

A adoção é um ato jurídico em sentido estrito cuja eficácia depende de decisão judicial. Institui um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoa estranhas equivalente ao da filiação biológica.¹³⁷ Para Maria Berenice Dias: “A adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade. A verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado, mas é incrível como a sociedade ainda não vê a adoção como deveria ser vista. Precisa ser justificada como razoável para reparar a falha de uma mulher que não pode ter filhos.”¹³⁸ Essa é uma filiação baseada no amor, pois gera um vínculo de parentesco por opção.

A adoção confere ao adotado a condição de filho para todos os efeitos, rompendo qualquer vínculo com os pais biológicos, salvo quanto aos impedimentos para o matrimônio. A relação de parentesco se estabelece entre o adotado e toda a família do adotante. Também

¹³⁵ Loc. cit.

¹³⁶ VENOSA. Sílvio de Salvo. **Ob. cit.** p. 253.

¹³⁷ DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p. 426.

¹³⁸ Loc. cit.

iguais os graus de parentesco que se estabelecem em relação aos filhos biológicos do adotante.¹³⁹ O sobrenome do adotado será o do adotante. No registro de nascimento constará o nome dos adotantes como pais e seus ascendentes como avós. O adotado tem os mesmos direitos e obrigações de qualquer filho, como o direito ao nome, alimentos, sucessão e deveres como respeito e obediência. Já os pais têm os deveres de guarda, criação, educação, dentre outros.

As pessoas que podem figurar como adotantes são os maiores de dezoito anos, absolutamente capazes e os que tem diferença de idade para o adotado de 16 anos. No entanto, surgem questões como o caso de morte dos pais adotantes, se os pais biológicos podem adotar seus filhos e, se os ascendentes e irmãos podem adotar, assim como os parentes consangüíneos. O artigo 49 do ECA estabelece que a morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais, pois a adoção é irrevogável e rompe todos os laços com a família biológica. Nesse caso, para Tânia da Silva Pereira é vedada a adoção, por se tratar de ascendente biológico e devido ao princípio constitucional do rompimento dos vínculos com a família de origem. Seria possível os pais biológicos resgatarem a relação familiar com o adotando através da guarda ou tutela¹⁴⁰, pois a adoção é vedada pelo art. 42 § 1º do ECA.¹⁴¹ Na mesma proibição está a impossibilidade da adoção de netos por avós e da adoção de irmãos por outros. No caso de parentes colaterais de terceiro e quarto grau não há qualquer vedação, logo, a pessoa pode adotar um sobrinho ou um primo, quer consangüíneo, quer ele tenha sido adotado.¹⁴²

No caso das famílias reconstituídas se questiona se o novo cônjuge ou companheiro(a) pode adotar os filhos do outro. Quando um ou ambos os adultos do novo casal possuem filhos de uma relação anterior, há a possibilidade do novo companheiro de adotá-lo. Essa adoção é chamada de unilateral. Para Maria Berenice Dias “trata-se de uma forma especial de adoção, que tem caráter híbrido, pois permite a substituição de somente um dos genitores e respectiva ascendência. Daí também se chamar de adoção semi-plena.”¹⁴³

É comum que o novo casal almeje a que todos os filhos, próprios de cada um e os comuns, tenham direitos pessoais e patrimoniais iguais e que possuam os mesmos apelidos. É normal que os filhos próprios de um cônjuge ou companheiro, sejam matrimoniais, extramatrimoniais ou adotivos, sejam adotados pelo outro. Assim, o laço que se cria entre um

¹³⁹ Ibid. p. 427.

¹⁴⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. **Ob. cit.** p. 139.

¹⁴¹ Art. 42 § 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

¹⁴² DIAS, Maria Berenice. **Ob.cit.** p. 429.

¹⁴³ Ibid. p. 432.

dos parceiros e os filhos do outro será legitimado por decisão judicial, contribuindo a adoção para o bem estar do menor, se este se encontra de fato integrado ao novo lar.¹⁴⁴

A lei admite que o cônjuge ou companheiro adote os filhos do outro, o que não interfere no vínculo de filiação com relação ao pai ou mãe biológica (art. 1.626 parágrafo único do CC e art. 41§ 1º do ECA). Isto quer dizer que, se uma mulher tem um filho, o seu cônjuge ou companheiro poderá adotá-lo e o adotando permanecerá registrado em nome da mãe biológica e será registrado como pai o cônjuge ou companheiro da genitora. O filho conservará os laços consangüíneos com a mãe e com os parentes dela. O vínculo pelo lado paterno será com o adotante e os parentes dele. O poder familiar será exercido por ambos e o parentesco pelo lado materno continuará o mesmo, mas pelo lado paterno, se formará com os parentes do adotante. Porém, no caso dos impedimentos matrimoniais permanecerá tanto com a família consangüínea como com relação à adotiva.¹⁴⁵

Nesse sentido afirma Waldyr Grisard Filho que:

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 consangüíneo, mas também da que faz depender toda **adoção da prévia destituição do poder familiar** dos pais. Casados ou em união estável os adotantes, a **adoção unilateral excepciona a adoção conjunta** enquanto é realizada por um só dos cônjuges ou companheiros. (*grifo nosso*).¹⁴⁶

No tocante a concordância do genitor pra a adoção, esta é desnecessária. O filho abandonado pelo pai passa a ter uma relação próxima do companheiro ou marido da mãe. Além disso, o abandono é motivo para a perda do poder familiar. Dessa forma, a genitora poderia recorrer à justiça requerendo a exoneração do poder familiar e, após, o filho ser adotado pelo seu cônjuge ou companheiro.¹⁴⁷

A doutrina identifica três possibilidades para a ocorrência da adoção unilateral: I- quando o filho foi reconhecido por apenas um dos genitores e a ele compete autorizar a adoção pelo seu parceiro; II- Quando o filho foi reconhecido por ambos os genitores. Além do consentimento de um deles, o cônjuge ou companheiro do adotante, condiciona a adoção à destituição do poder familiar do outro genitor. III- em razão do falecimento do pai biológico, pode o órfão ser adotado pelo cônjuge ou companheiro do genitor sobrevivente.¹⁴⁸

¹⁴⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p. 174.

¹⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p. 432.

¹⁴⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p. 175.

¹⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p. 433.

¹⁴⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p. 175.

Quanto à hipótese de morte do genitor há divergência na doutrina. O falecimento do genitor leva à extinção do poder familiar e este é exercido com exclusividade pelo outro, não havendo impedimento algum em concordar com a adoção.¹⁴⁹ Todavia, existem doutrinadores que defendem que o genitor sobrevivente não tem o direito de dispor da identidade e do nome do filho, isto é, não pode autorizar a adoção do filho. Isso impede que a criança ou adolescente tenha uma nova identidade familiar com o objetivo de preservar os laços de parentesco com a família biológica. No entanto, primordial é o interesse da criança e do adolescente que é prioridade absoluta. Com isso, completando 12 anos, sendo indispensável a concordância do adotando, se este concordar com a adoção, não há como se negá-la.¹⁵⁰

A adoção unilateral, que cria um vínculo de filiação entre o filho e o cônjuge ou companheiro de seu pai ou de sua mãe, insere o filho totalmente na nova família, sucedendo então, os bens de seu pai ou mãe adotivo segundo as mesmas regras que se aplicam a qualquer filho, extinguindo qualquer vínculo com a família de origem, perdendo seus direitos sucessórios nesta família.¹⁵¹

No caso de ruptura da família reconstituída haveria o problema da adoção de menores ser irrevogável, pois se houvesse a recomposição de uma nova família, ou seja, rompida a família reconstituída, provavelmente algum de seus integrantes entenderia inconveniente manter o vínculo afetivo, seja o adotante, o pai biológico, os meio-irmãos ou o adotado. Uma solução seria a adoção simples, na qual se cria vínculos somente com o adotante, não rompendo o vínculo com a família de origem. Assim, com a ruptura da família reconstituída e uma subsequente recomposição, permitiria que o filho fosse novamente adotado pelo novo cônjuge ou companheiro do genitor, sendo, portanto, revogável. Contudo, essa solução vai de encontro com a natureza do instituto da adoção, por ser esta um ato irrevogável. Com isso, a adoção unilateral, como recurso para a integração do menor na família reconstituída, gera algumas desvantagens, pois depende de uma estabilidade conjugal, que o casal pode vir a não ter futuramente.¹⁵²

Para finalizar, Waldyr Grisard Filho entende que a adoção unilateral “nega a originalidade mesma das famílias reconstituídas, na medida em que **esta se converte** em uma **família nuclear**. Por isso resulta **necessária uma regulamentação específica**, que reconheça

¹⁴⁹ Loc. cit.

¹⁵⁰ Loc.cit.

¹⁵¹ Ibid. p. 176.

¹⁵² Ibid. p. 178.

a realidade destas famílias e lhes atribua algum tipo de direito ao invés do não-direito, eliminando discriminações restritivas contrárias ao interesse do menor.” (*grifo nosso*)¹⁵³

Logo, como o sistema jurídico brasileiro não possui normas que tutelem as famílias reconstituídas, os sujeitos que compõem esse núcleo familiar recorrem ao instituto da adoção para garantir que todos os filhos, tanto os próprios de cada um dos adultos do casal como os filhos comuns, tenham os mesmos direitos pessoais e patrimoniais.

3.3. Alteração do nome de família

O *nome* é direito da personalidade e identifica socialmente a pessoa humana, ou seja, individualizando-a em relação às demais. Entendendo-se, pois, o nome civil como atributo da personalidade humana, é por ele que as pessoas são reconhecidas e designadas no seio familiar e social.¹⁵⁴

O nome é direito da personalidade e não direito de propriedade, como já se quis afirmar na doutrina, sendo também esse o entendimento da legislação civil ao tratá-lo no Capítulo II, Título I, do Livro I, dedicado aos direitos da personalidade, nos artigos 16 a 19, conferindo-lhe proteção.

O direito ao nome civil possui características como: indisponíveis, inalienáveis, intransmissíveis, extrapatrimoniais, vitalício, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*.¹⁵⁵

A inalterabilidade relativa, no entanto, é a principal característica do nome, pois estando ligado à identidade da pessoa, o que permite a sua identificação no meio social, o nome civil, conforme artigo 58 da Lei de Registros Públicos (LRP), só poderá ser alterado em situações excepcionais, com justa motivação e desde que não acarrete prejuízo a terceiros. As hipóteses previstas em lei para alteração são diversas, tanto quanto a mudança do prenome (primeiro elemento componente do nome) como do sobrenome (indicativo da origem ancestral). Porém, vale ressaltar a possibilidade da alteração do nome no decorrer do primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, desde que não prejudique apelidos de família (art.56 da LRP). Neste caso a modificação do nome não precisa de motivação, sendo necessária somente a vontade do titular, desde que, não prejudique o sobrenome e não cause prejuízo à

¹⁵³ Loc. cit.

¹⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**- Teoria Geral. 5 ed. São Paulo: lúmen Júris, 2006, p.158

¹⁵⁵ Loc.cit.

terceiro ou à coletividade. Ultrapassado o prazo de 1 ano, só será permitida a alteração do nome nas hipóteses elencadas em lei.¹⁵⁶

Cristiano Chaves de Farias defende que:

o nome civil como aspecto integrante da personalidade humana, projetando a sua dignidade no seio social e familiar, reclamando-se, pois, uma interpretação não exaustiva das hipóteses modificativas do nome, permitindo a sua alteração em justificadas hipóteses para salvaguardar a uma personalidade, de acordo com o caso concreto.¹⁵⁷

Nesse caso, há uma mitigação da regra da inalterabilidade do nome, reconhecendo assim, a possibilidade de mudança do nome nos casos de **proteção da dignidade da pessoa humana**, não devendo haver, portanto, uma limitação legal taxativa.

É nesse sentido que o Superior Tribunal de Justiça, em julgado, permitiu que o filho, abandonado pelo seu genitor, mesmo reconhecida à paternidade, alterasse o nome, pois sempre foi conhecido por outro patronímico.

Por esse mesmo motivo é que a jurisprudência já permitiu a mudança do nome patronímico de pessoa que foi criada por padrasto, retirando o nome do pai biológico, com o acréscimo do nome daquele, baseado no vínculo de afeto estabelecido por eles durante os anos de convivência, conforme se verifica na ementa abaixo:

EMENTA:

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.¹⁵⁸

Ressalta-se, que devem ser analisados, no caso concreto, os aspectos de ordem social e psicológico para averiguar se a alteração é necessária para assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Ibid. p. 159- 163.

¹⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 35.

¹⁵⁸ Resp220059 / SP. Recurso Especial 1999/0055273-3. Relator: ministro Ruy Rosado de Aguiar.

¹⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Ob. cit.** p. 165

No caso da legislação estrangeira, a atribuição do nome do padrasto ao enteado é autorizada mediante certas peculiaridades. Na Holanda, os requisitos são: O menor deve ter sido criado no grupo familiar pelo menos nos três anos que antecederam ao pedido de substituição do nome; ele deve concordar se tiver mais de doze anos e a opinião do genitor não guardador não é levada em consideração para o acolhimento do pedido.¹⁶⁰

Na suíça, para requisitar a substituição do nome não é fundamento suficiente a reconstituição da família. No entanto, a Corte Federal poderá autorizar a alteração ao analisar o melhor interesse do menor e observando que é benéfico à criança, que sendo filho de pais divorciados, ao estar inserido em um novo núcleo familiar formado por seu pai ou mãe biológico e o novo cônjuge ou companheiro e muitas vezes um irmão unilateral, e que não venha a sofrer desvantagens por não apresentar o mesmo nome dos componentes daquela comunidade familiar. Na Alemanha, a lei admite a alteração do nome do enteado pelo do padrasto, quando for no interesse do menor. Já na Inglaterra, é admissível que o enteado porte o nome do padrasto ou madrasta durante a guarda judicial, porém, deve haver consenso de ambos os pais e a devida autorização judicial.¹⁶¹

Com o objetivo de unificação da nova família, é comum que os filhos do vínculo anterior adquiram o apelido do novo cônjuge ou companheiro do genitor, tanto no âmbito interno da família reconstituída como perante a sociedade. A adoção do enteado seria uma solução para a aquisição do sobrenome do padrasto/ madrasta assim como a obtenção de outros direitos pessoais e patrimoniais. Porém, renunciar ao patronímico de origem implica a negação do vínculo de filiação, podendo constituir na violação do direito à identidade do filho.¹⁶²

Logo, diante dessas controvérsias é que Waldyr Grisard Filho defende que: “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.”¹⁶³

Ele acrescenta que nesta regulação, devem ter pressupostos mínimos, como tratar-se de criança ou adolescente, que conviva com o genitor e seu cônjuge ou companheiro; se maior de doze anos, preste seu consentimento, se não tiver paternidade determinada ou já falecida. No caso, não poderia haver a substituição do nome, mas sim um acréscimo ao seu nome de

¹⁶⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p. 183

¹⁶¹ Loc. cit.

¹⁶² Loc. cit.

¹⁶³ Loc. cit.

origem do nome do padrasto ou da madrasta. Uma vez dissolvida a nova união, o enteado poderia recuperar o patronímico de origem.¹⁶⁴

Por fim, é oportuno, trazer ao presente estudo a notícia retirada do site do Instituto Brasileiro de Direito de Família, cujo conteúdo diz respeito ao uso do sobrenome do padrasto por enteado:

Câmara aprova uso do sobrenome do padrasto pelo enteado
04/10/2007

A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania aprovou na terça-feira (02), em caráter conclusivo, o Projeto de Lei nº 206/07, do deputado Clodovil Hernandes (PR-SP), que autoriza o enteado a adotar o nome de família do padrasto. A proposta ainda será analisada pelo Senado.

A votação seguiu o parecer da relatora, deputada Sandra Rosado (PSB-RN), que apresentou substitutivo para permitir ao enteado receber o sobrenome da madrasta, além do padrasto.

A alteração só poderá ser feita com a concordância do padrasto e do enteado. A proposta não permite a retirada do nome de família dos pais naturais.

O projeto introduz a medida na Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6015/73), que só permite qualquer alteração de nome posterior ao registro de nascimento por sentença judicial. A relatora concordou com o argumento do autor do projeto de que, muitas vezes, o relacionamento do enteado com seu padrasto é melhor do que o relacionamento com o pai natural.¹⁶⁵

3.4. Dissolução do vínculo com o novo cônjuge ou companheiro:

3.4.1. Guarda dos menores

O estudo do instituto da guarda nas famílias reconstituídas será abordado em dois momentos. Primeiramente será tratado quando o genitor, que possui filhos de uma relação anterior, forma uma nova família através do casamento ou da união estável. E posteriormente será abordado quando ocorrer a dissolução do vínculo entre o genitor e o novo cônjuge ou companheiro.

Quando ocorre a separação dos pais, estes decidirão na companhia de quem os filhos ficarão e estabelecem um acordo quanto à visitação. O critério norteador na definição da guarda é a vontade dos genitores.¹⁶⁶ No entanto, o que for acordado pelos pais dependerá de chancela judicial, tendo também a participação do Ministério Público em todas as etapas do

¹⁶⁴ Ibid. p. 184

¹⁶⁵ Disponível em www.ibdfam.org.br Acesso em: 25.08.08.

¹⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p. 394.

processo. O juiz concluindo que o acordado não atende aos interesses dos filhos, ele poderá deliberar de forma diversa.

Assim, o genitor guardião poderá constituir uma nova família através do casamento ou da união estável. Deste modo, o padrasto ou a madrasta que convivem com o enteado, possuem a guarda de fato destes. A guarda de fato, que não está prevista no Código Civil, é aquela que se estabelece por decisão da própria pessoa, que assume a criança sem qualquer atribuição legal ou judicial, não tendo sobre a criança nenhum direito de autoridade, porém todas as obrigações próprias da guarda, como educação, assistência e proteção, porém desmembrada do poder familiar. Todavia esta guarda não tem o controle e nem avaliação judicial sobre o guardião e nem sobre a criança ou adolescente.¹⁶⁷ O filho de um casal divorciado, cujo genitor guardião vem a falecer, permanecendo o filho deste na companhia do padrasto/ madrasta, é um dos exemplos da guarda de fato.

Alguns motivos levam esta relação de fato não se legalizar, seja pela falta de conhecimento dos pais, pela dificuldade de acesso a justiça, dificuldade em constituir um advogado, custas processuais, mas isso não desqualifica nem diminui a comunidade sócio-afetiva que se construiu com o convívio.¹⁶⁸

O melhor seria se o padrasto ou a madrasta buscasse a guarda judicial do enteado, pois no entendimento de Waldyr Grisard filho:

Com uma maior eficácia 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 parentais.¹⁶⁹

Essa guarda deferida ao padrasto ou madrasta por sentença judicial, seria a conversão da guarda de fato em uma guarda judicial, ou seja, agora tendo o controle do judiciário. Essa guarda tem seu alcance limitado, mas satisfatório, pois possibilita o pleno exercício do poder familiar pelo padrasto/ madrasta.¹⁷⁰ Essa guarda é limitada porque preserva a relação paterno-filial, na medida que a guarda judicial não substitui a guarda do pai biológico nem cria obstáculos a normal comunicação com o genitor não guardião, a quem, a lei, confere visitar e ter em sua companhia os filhos menores, bem como a fiscalização e educação. Essa guarda terá menos empecilhos para se concretizar se o pai biológico não convivente tiver falecido ou

¹⁶⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p. 101-102.

¹⁶⁸ Loc. cit.

¹⁶⁹ Ibid. 103.

¹⁷⁰ Loc. cit.

for ausente. E se extinguirá por acordo das partes, quando observar ser prejudicial à criança ou quando da dissolução do vínculo que lhe deu origem.

Em muitos casos é melhor um regime de guarda conjunta do genitor com seu cônjuge ou companheiro, todavia, o pai biológico que não tem a guarda do filho terá um amplo direito de visita a ele. Nesses casos não há a perda e nem a suspensão do poder familiar dos pais biológicos. Considerando este caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu dar a guarda ao padrasto, que a exercerá conjuntamente com a mãe, pois aquele já exerce a guarda de fato do enteado e sendo esta decisão baseada no melhor interesse da criança:

EMENTA: APELAÇÃO. ALTERAÇÃO DE GUARDA. PADRASTO. GUARDA DE FATO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. Alteração da guarda do pai em favor do padrasto que, além de casado com a mãe do menor, com ela possui outra filha. Padrasto que exerce a guarda fática da criança. Decisão que melhor atender aos interesses da criança. DERAM PROVIMENTO.¹⁷¹

No entanto, pode ocorrer a dissolução do vínculo com o novo cônjuge ou companheiro, seja pela separação do casal ou pela morte de um dos parceiros. Quando ocorre a dissolução da família reconstituída por morte do genitor, ou seja, aquele que possui filhos de uma relação precedente, cabe analisar na questão da guarda o melhor interesse da criança que coabitava com o casal. A madrasta ou o padrasto pode ter desempenhado com muita dedicação sua função parental, dedicando atenção diariamente à educação do enteado e fornecendo-lhe proteção. Logo, caso a criança tenha vivido por muitos anos na companhia do padrasto ou madrasta e, ainda, tenham nascido filhos da nova união, meio-irmãos, alterar a guarda representaria um enfraquecimento da solidariedade entre irmãos e geraria uma ruptura muito profunda na família que já está sofrendo com uma perda.¹⁷²

No mesmo sentido, seria prejudicial separar as crianças de seu grupo familiar convivente, ainda mais se o pai biológico não guardião for ausente. O deferimento da guarda ao genitor sobrevivente apenas por ter vínculo biológico com a criança, sem ter convivido com ela, ou seja, criado um vínculo afetivo de fato ao longo do tempo, pode ser uma solução prejudicial ao desenvolvimento da criança, isto é, não é uma decisão que visa o melhor interesse da criança.

O critério determinante para o deferimento da guarda é o superior interesse do menor.

¹⁷¹ Apelação Cível Nº 70024546293, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 18/09/2008.

¹⁷² Ibid. p. 139-140.

Esse princípio está implícito no texto constitucional, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil. Entretanto, a lei não definiu o que seria esse melhor interesse da criança, deixando ao arbítrio do juiz investigar se estão sendo observados tais interesses, que estão acima dos interesses dos pais. Os genitores, muitas vezes, não lembram desse superior interesse quando ocorre a dissolução da relação conjugal e iniciam uma disputa judicial de guarda dos filhos.¹⁷³

Essa idéia de proteção especial à criança está prevista em diversos documentos internacionais, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 e assenta na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, determinando que “a criança gozará de proteção especial (...) de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade”. Essa proteção integral da criança entrou em vigor no Brasil com a Constituição Federal de 1988, previsto no seu art. 227, como uma obrigação da família, do Estado e de toda a sociedade.¹⁷⁴

Os Tribunais tem utilizado o critério do melhor interesse da criança para basear suas decisões.¹⁷⁵ Com isso, a jurisprudência tem precisado algumas tendências à definição do princípio, ou seja, é o desenvolvimento físico e mental da criança, a qualidade de suas relações afetivas e a 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 genitores, as condições dos pais como profissão, renda mensal, escolaridade ou morais, como a afetividade, amizade e ambiente familiar.¹⁷⁶

Dessa forma, o juiz possui elementos para se chegar a uma decisão do que seja o melhor interesse da criança.¹⁷⁷

Então, quando o padrasto ou madrasta permanece com a guarda do enteado, decorrentes da morte do genitor guardião, este assumirá todas as responsabilidades próprias

¹⁷³ GUIMARÃES, Ana Cristina Silveira; GUIMARÃES, Marilene Silveira. Guarda: um olhar interdisciplinar sobre casos judiciais complexos. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 25.07.2008.

¹⁷⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p. 141.

¹⁷⁵ *Ibid.* 140.

¹⁷⁶ *Ibid.* 142.

¹⁷⁷ EMENTA: REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. INTERESSE DA CRIANÇA. CONVENIÊNCIA DOS GENITORES. 1. A regulamentação de visitas materializa o direito do filho de conviver com o genitor não-guardião, assegurando o desenvolvimento de um vínculo afetivo saudável entre ambos, mas sem que isso afaste o pai da rotina de vida da infante, pois deve ser resguardado sempre o **melhor interesse da criança, que está acima da conveniência dos genitores**. 2. A visitação paterna em todos os finais de semana impede a genitora de desfrutar momentos de lazer com a filha, sendo mais conveniente que as visitas paternas sejam feitas em finais de semana alternados e, também, durante um dia da semana, quando a criança poderá almoçar ou jantar com o pai. Recurso provido em parte. (*grifo nosso*)
Agravo de Instrumento Nº 70023569817, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 24/09/2008.

da função de guarda, ficando o genitor sobrevivente com os atributos do poder familiar, ou seja, a comunicação com o seu filho e a fiscalização de sua manutenção e educação.¹⁷⁸

Na maioria das vezes há divergências de quem vai ficar com a guarda da criança. Nesse caso, o juiz deferirá a guarda a quem demonstrar melhores condições para exercê-la, inclusive a terceiros que evidencie compatibilidades com a natureza da guarda, levando em consideração o grau de parentesco e a relação de afetividade entre os sujeitos da relação que irá se formar.

Quando há uma separação ou divórcio do casal que forma a família reconstituída, poderá ser deferida a guarda à madrasta ou ao padrasto que conviveu com a criança e que tenha formado uma relação de extrema afetividade entre eles. Isso ocorrerá, principalmente, em casos em que ambos os genitores se desinteressaram de seus filhos. O mesmo caso ocorre quando os pais biológicos não podem cumprir suas funções por perda ou suspensão do poder familiar¹⁷⁹, então, o padrasto ou madrasta poderá obter uma ordem judicial para o exercício da guarda, que será concedida pelo juiz se este visualizar que é no interesse do menor.¹⁸⁰

Outra questão que surge, quando ocorre a dissolução do vínculo entre o genitor e o novo cônjuge ou companheiro, é se este padrasto fará jus ao direito de visitação aos seus enteados.

3.4.2. O direito de Visita

É assegurado ao pai que não detém a guarda do filho, o direito de visitá-lo e de tê-lo em sua companhia, com base no que fora acordado pelos genitores no momento da separação ou o fixado pelo juiz. Ao genitor não-guardião, é também assegurado o direito de fiscalizar sua manutenção e educação, conforme prevê o art. 1.589 do Código Civil. A visitação é um direito que o filho tem de conviver com seus pais, reforçando o vínculo com eles. Para Sílvio Neves Batista “o direito de visitas é um direito de personalidade, na categoria do direito a

¹⁷⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p. 143.

¹⁷⁹ Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III - pela maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

¹⁸⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p. 143.

liberdade, pelo qual o indivíduo, no seu exercício, recebe as pessoas com quem quer conviver.”¹⁸¹ É irrelevante as causas que originaram a dissolução da relação conjugal para a fixação das visitas. O interesse a ser preservado é o do menor de minorar a perda da convivência diária com os genitores.

O direito de visita não se limita a pais e filhos. Por reconhecer a importância do vínculo de afetividade nas relações atuais, é que se tem deferido o direito de visitas a outros parentes. Dessa forma, tios, avós, padrastos, irmãos podem recorrer ao judiciário pleiteando o direito de conviver, com a criança ou adolescente, quando existem os laços afetivos e para que estes sejam preservados.¹⁸²

Com isso é possível o estabelecimento de um direito de visita do padrasto ou da madrasta em relação a seu enteado, com quem conviveu e desenvolveu um vínculo de afetividade e que uma ruptura abrupta resultaria em transtornos à formação da criança.¹⁸³ Numa tentativa de regular essa situação, está tramitando na Câmara dos Deputados um projeto de lei que objetiva assegurar aos avós, irmãos e inclusive os parentes afins, o direito de visitar o menor. O Projeto de Lei nº. 6.960/2002 apresentado pelo Deputado Ricardo Fiúza pretende alterar alguns artigos do Código Civil, dentre eles o art. 1.589 que terá o acréscimo de 2 parágrafos, cujo conteúdo segue abaixo:

Art.1.589

§ 1º Aos avós e outros parentes, inclusive afins, do menor é assegurado o direito de visitá-lo, com vistas à preservação dos respectivos laços de afetividade;

§ 2º O juiz, havendo justo motivo, poderá modificar as regras da visitação, com observância do princípio da prevalência dos interesses dos filhos.¹⁸⁴

No direito alemão, a lei de reforma dos direitos da criança de 1998 amplia o direito de visita para atender as necessidades do novo contexto das famílias reconstituídas (patchwork).

Dessa forma, além dos avós e irmãos, os padrastos com responsabilidades em relação à criança, também passaram a ter direito de visita¹⁸⁵, desde que, para o bem estar da criança.¹⁸⁶

¹⁸¹ BAPTISTA, Sílvio Neves. 2000 *apud* DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p. 398.

¹⁸² DIAS, Maria Berenice. **Ob.cit.** p. 399.

¹⁸³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p. 144.

¹⁸⁴ Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 16.10.2008.

¹⁸⁵ 1.685 do BGB- Contato da criança com outras pessoas

I- avós e irmãos tem o direito de contato com a criança, quando serve ao bem estar da criança.

II- O mesmo vale para as pessoas de referência estreita da criança quando tem ou tiveram responsabilidade efetiva pela criança (relações sócio familiares). Esta responsabilidade é normalmente presumida quando a pessoa viveu durante longo tempo em uma comunidade caseira com a criança.

A jurisprudência germânica determinou uma ordem hierárquica para viabilizar o direito de visita, quando concorrem pais, padrastos, avós e demais parentes. A ordem de hierarquia é organizada da seguinte forma: 1º- terá assegurado o direito de visita o pai legítimo que não vive com o filho; 2º- outros parentes mais próximos da criança, como os avós podendo ser da família original ou da *patchwork* e, por fim, padrastos (heterossexuais ou homossexuais) e outras pessoas de referência da criança.¹⁸⁷

Nas palavras de Jussara Suzi Borges Nasser Ferreira: “O novo conceito introduzido pela Suprema Corte Alemã, ao considerar a relação social-familiar, possibilita o reconhecimento das circunstâncias sociais ainda não contempladas pelo denominado Estatuto da Família *patchwork*. Com isso, os casais de vida não matrimoniais, terão assegurado o direito de visita, enquanto legitimados para tanto”.¹⁸⁸

No Brasil, como no Uruguai, não se prevê um direito próprio de comunicação a favor do padrasto ou madrasta depois da dissolução do vínculo. Na Argentina, esse direito está expresso na lei, que o determina em relação a todos os parentes que se devem reciprocamente alimentos.¹⁸⁹

No direito comparado, a comunicação entre padrastos/ madrastas e os enteados depois da separação ou da dissolução da união, possui parâmetro diferentes. Na Holanda, os padrastos ou madrastas podem comprovar a existência de uma vida familiar com a criança para ter o direito de comunicar-se com ela. Na Bélgica, o padrasto ou madrasta devem demonstrar que eles têm um laço de afetividade com a criança.¹⁹⁰

Com isso, revela-se uma tendência legislativa universal em ampliar o rol dos sujeitos desta relação, incluindo os padrastos e madrastas e enteados. No direito francês, quando houver a dissolução da família reconstituída, poderá haver um acordo que assegure a comunicação do padrasto e madrasta com os filhos de seu cônjuge ou companheiro, assim como aos avós, e, em circunstâncias excepcionais, o amplia a outras pessoas, parentes ou não. No direito Brasileiro, apesar de não possuir tais recursos expressamente, em todas as situações, seja entre pais e filhos; entre padrastos/ madrastas e enteados; avós e netos; tios e sobrinhos; parentes ou não, é obrigação de toda família priorizar absolutamente os melhores interesses da criança.¹⁹¹

¹⁸⁶ FERREIRA, Jussara Suzi Borges Nasser; RÖRHMAN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaico. www2.uel.br/revistas/direitoprivado/index.asp. Acesso em: 25.08.2008.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Loc. cit.

¹⁸⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p. 145.

¹⁹⁰ Ibid. p. 147.

¹⁹¹ Ibid. p. 148.

Para finalizar, nas palavras de Waldyr Grisard Filho: “Hoje, então, não se pode ter dúvidas quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana e, particularmente, da criança e do adolescente.”

Conclui-se que, o direito de visita de pessoas que criaram um vínculo afetivo com a criança deve ser assegurado, pois esse rompimento abrupto de contato poderá acarretar problemas ao desenvolvimento e ao equilíbrio psíquico da criança ou adolescente.

A dissolução do vínculo com o novo cônjuge ou companheiro cria outra discussão quanto à relação com o enteado, como a questão dos alimentos.

3.4.3. Alimentos

Inicialmente é de grande importância a explicitação da visão história dos alimentos, assim como a sua conceituação e como é tratado este instituto nas famílias reconstituídas.

O pátrio poder era exercido pelo homem e com isso era dele a obrigação de fornecer o sustento da família. Se houvesse o rompimento do casamento esse dever se transformava em obrigação alimentar. O código de 1916 não permitia o reconhecimento dos filhos ilegítimos, ou seja, aqueles havidos de uma relação extramatrimonial, com o claro objetivo de proteger a família. Com isso, essa criança ou adolescente não poderia buscar os meios de subsistência. Somente com a lei 883/1949 foi permitido ao filho mover ação de investigação de paternidade contra o suposto pai buscando alimentos, todavia, essa ação tramitava em segredo de justiça.¹⁹²

Mesmo que fosse reconhecida a paternidade, a relação de parentesco não era declarada, que só ocorreria se o casamento do seu genitor fosse dissolvido, seja pela morte de um dos cônjuges ou pela anulação do matrimônio, visto que o casamento era indissolúvel. Em 1989 com o advento da lei 7.841 foi admitido o reconhecimento dos filhos ilegítimos devido ao princípio da igualdade entre os filhos, introduzido pela Constituição Federal de 1988.

Durante o período de vigência do Código Civil de 1916, a obrigação alimentar de origens diversas tinha suas regras espalhadas pelo ordenamento jurídico, ou seja, a lei civil disciplinava os alimentos decorrentes do vínculo de consangüinidade, já a Lei de Divórcio e a legislação da união estável regiam os alimentos decorrentes do dever de mútua assistência entre os cônjuges ou companheiros.¹⁹³ No Novo Código Civil o tratamento a este instituto é

¹⁹² DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p. 447.

¹⁹³ *Ibid.* p. 449.

dado em um só subtítulo, entre os art. 1.694 e 1.710, regulando-se os alimentos de maneira geral, quer eles tenham origens na relação de parentesco, quer sejam decorrentes do rompimento do casamento ou da união estável.¹⁹⁴ O Código Civil de 1916 vedava a renúncia dos alimentos, havendo a possibilidade de não serem cobrados. No caso do desquite devido à súmula 379 do STF não era admitida a renúncia da pensão, somente a dispensa. A lei do divórcio era silente quanto à renúncia dos alimentos. Contudo, a jurisprudência reconhecia a possibilidade de renúncia na separação e no divórcio. Isso significava que, os parentes não podiam renunciar de forma nenhuma aos alimentos, mas os cônjuges, sim.¹⁹⁵

O termo “alimentos” é entendido como tudo aquilo que é necessário para a subsistência do ser humano.¹⁹⁶ A esta noção acrescenta-se a idéia de Obrigação que tem uma pessoa de prover esses alimentos a outra. Entretanto, para o direito, a compreensão do termo é mais ampla, pois além de incluir os alimentos propriamente ditos, também se refere à satisfação de outras necessidades fundamentais à vida.¹⁹⁷ Deste modo, alimentos, tem juridicamente o significado amplo, pois além de alimentação, compreende também o que for necessário a moradia, vestuário, assistência médica e educação. Assim, Para Sílvio Venosa: “os alimentos, assim, traduzem-se em prestações periódicas fornecidas a alguém para suprir essas necessidades e assegurar sua subsistência.”¹⁹⁸

O Código Civil não definiu o que seriam os alimentos. No entanto, o artigo 227 da Constituição Federal assegura a criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura e a dignidade.¹⁹⁹ No mesmo sentido a lei por legado de alimentos, previsto no art. 1.920 do CC , abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, além de educação, se o legatário for menor. Daí pode-se encontrar uma definição para o que seja esse dever alimentar.²⁰⁰

O principal direito fundamental do ser humano é o de sobreviver, por isso, é compromisso do Estado garantir a vida dos cidadãos. Assim, ele é o primeiro a ter a obrigação de fornecer alimentos aos seus cidadãos e sua família. Um exemplo disso é o previsto no Estatuto do Idoso que reconhece a obrigação estatal de prestar alimentos.²⁰¹ Todavia, o Estado

¹⁹⁴ CAHALI, Francisco José. Dos Alimentos. p. 194. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4 ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 193-203.

¹⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p. 449.

¹⁹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Ob. cit.** 337.

¹⁹⁷ Loc. cit.

¹⁹⁸ Ibid. p. 338.

¹⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Ob.cit.** p. 451.

²⁰⁰ ²⁰⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Ob. cit.** p. 337.

²⁰¹ Art. 14. Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social.

não tem condições econômicas de sustentar a todos, por isso transforma a solidariedade familiar em dever alimentar.²⁰² É princípio da preservação da dignidade humana, o direito a alimentos. Por isso, no entendimento de Maria Berenice Dias: “os alimentos têm natureza de direitos da personalidade, pois asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física”.²⁰³ Assim, os parentes são os primeiros a serem chamados para auxiliar aqueles que não possuem condições de se manter por seus próprios meios. A lei converteu os vínculos afetivos, existentes nas relações familiares, em obrigação de assegurar a subsistência dos seus parentes. Dessa forma, parentes, cônjuge e companheiro têm a obrigação de manter uns aos outros, aliviando em parte o encargo social do Estado.²⁰⁴

Para Maria Berenice Dias,

o dever de alimentos encontra-se no princípio da solidariedade, ou seja, a fonte da obrigação alimentar são os laços de parentalidade que ligam as pessoas que constituem uma família, independente de seu tipo: casamento, união estável, famílias monoparentais, homoafetivas, parentalidade socioafetiva, entre outras. Ainda que cada uma das espécies de obrigações tenha origem diversa e características próprias, todas são tratadas pelo Código Civil de maneira indistinta.

A natureza jurídica dos alimentos está ligada à origem da obrigação. É do poder familiar que decorre a obrigação dos pais de sustentar os filhos, dever assegurado pela Constituição Federal no art. 229. Esse dispositivo também prevê que os maiores devem amparar seus pais.²⁰⁵ Esse dever alimentar decorre da solidariedade familiar entre os parentes em linha reta, e que se estende infinitamente. Na linha colateral, a obrigação alimentar é até o quarto grau. Já no caso dos cônjuges e companheiros, a obrigação alimentar decorre do dever de mútua assistência, que existe durante a convivência e continua mesmo depois de rompido o vínculo que os une. Isso ocorrerá se depois de rompido o vínculo, um dos cônjuges não conseguir manter sua própria subsistência e o outro tem condições de lhe prestar assistência.²⁰⁶

O amplo conceito de alimentos fez com que a doutrina distinguisse os alimentos civis e naturais. Estes são os indispensáveis para garantir a subsistência, como alimentação, vestuário, saúde, habitação, educação e etc. Já aqueles são os designados para manter a

²⁰² DIAS, Maria Berenice. **Ob.cit.** p. 450.

²⁰³ Loc. cit.

²⁰⁴ Loc. cit.

²⁰⁵ Art. 229. CF: Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

²⁰⁶ Ibid. p. 451.

qualidade de vida do credor de acordo com a condição social dos envolvidos, preservando assim o *status* social do alimentado. Essa diferenciação dos alimentos em civis e naturais foi adotada pelo Código Civil de 2002.²⁰⁷

Nesse tema contribui Francisco José Cahali: “Veja-se não mais falar a lei, como regra em pensão alimentícia apenas destinada à subsistência do credor, mas ampliando-se o espectro às necessidades ‘ para viver de modo compatível com a sua condição social.’ (art. 1694).”²⁰⁸

A obrigação alimentar é um interesse de todos, tanto do alimentado, com do Estado e da sociedade. Tanto que o dever de prestar alimentos é regulado por normas cogentes de ordem pública, isto é, regras que não podem ser modificadas por acordos entre particulares. São características dos alimentos: a inalienabilidade, a irrepetibilidade, reciprocidade, irrenunciabilidade, periodicidade, solidariedade, dentre outras.²⁰⁹

Assim, a obrigação alimentar, no direito de família, decorre do poder familiar, do parentesco e da dissolução do casamento ou união estável. Nas palavras de Maria Berenice Dias: “Quanto mais se alarga o espectro das entidades familiares e se desdobram os conceitos de família e filiação, mais a obrigação alimentar adquire novas matizes”.²¹⁰

Nesse contexto se insere a família reconstituída na qual o genitor contrai núpcias ou inicia uma união estável, incluindo um padrasto ou uma madrasta numa relação paterno-filial, alterando a relação familiar existente. Surge daí a indagação se o enteado poderá encontrar na figura do novo cônjuge ou companheiro do genitor um novo devedor de alimentos. A princípio, a resposta é negativa, ou seja, o padrasto ou madrasta não está obrigado a custear as despesas de sustento e manutenção dos filhos do seu cônjuge, pois não são seus, mesmo vivendo no mesmo lar.²¹¹ A coabitação não origina uma vocação alimentar entre os membros de um mesmo lar, pois o legislador limitou as pessoas reciprocamente obrigadas à prestação alimentar. Somente uma relação de parentesco ou de aliança entre cônjuge ou companheiros obriga a uma prestação alimentícia.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras não reconhecem a possibilidade de existir obrigação alimentar entre pessoas ligadas pelo vínculo de afinidade.²¹² Assim como, os tribunais brasileiros reiteradamente excluem o direito de alimentos entre afins, pois a

²⁰⁷ Ibid.p. 452.

²⁰⁸ CAHALI, Francisco José. **Ob. cit.** p. 195.

²⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p. 453-462.

²¹⁰ Ibid. p. 450.

²¹¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p. 150.

²¹² Ibid. p. 156.

afinidade não origina parentesco, mas apenas aliança, que não é tão forte para criar direito a alimentos.

Assim, cabe por oportuno trazer alguns julgados para o exame da questão:

ACÇÃO DE ALIMENTOS. PRETENSÃO DO ENTEADO DE VER-SE BENEFICIADO EM ACÇÃO DE ALIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. **FALTA DE PREVISÃO LEGAL**. AUSÊNCIA DAS CONDIÇÕES PARA O REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO DE ACÇÃO. **OBRIGAÇÃO ALIMENTAR QUE DECORRE DA RELAÇÃO DE PARENTESCO OU DO PODER FAMILIAR**. MÍNIMO REPARO NA FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (*grifo nosso*)²¹³

Resta claro que o enteado não tem direito a pleitear alimentos do padrasto/ madrasta visto que não há suporte legal para o seu pedido, pois o dever alimentar decorre da relação de parentesco ou do poder familiar. Por outro lado, também não tem razão o padrasto que pleiteia reduzir o valor dado como alimentos ao seu filho alegando ter gastos com o enteado em uma nova família, pois este adulto não tem obrigação de arcar com as despesas do enteado, fazendo isso por espontânea vontade, ainda mais quando esta criança ou adolescente já recebe pensão do pai biológico, conforme se demonstra a jurisprudência abaixo:

REVISÃO DE ALIMENTOS. NASCIMENTO DE FILHO DE NOVO RELACIONAMENTO E RESPONSABILIDADE ASSUMIDA COM SUSTENTO DE ENTEADO. É possível a redução do percentual dos alimentos quando comprovada a mudança das possibilidades financeiras do alimentante. Ainda que louvável a atitude de assumir o sustento de enteado, não pode tal **circunstância ser considerada para reduzir pensão de filho, ainda mais quando o enteado recebe pensão do pai biológico**. Provisão ao recurso para fixar os alimentos no percentual de 20 % dos rendimentos líquidos do autor. (*grifo nosso*)²¹⁴

O padrasto/ madrasta por vontade própria pode arcar com as despesas para a manutenção dos enteados de acordo com o princípio da solidariedade decorrente dos laços afetivos estabelecidos na nova família. Porém, com a dissolução do vínculo entre o genitor e seu cônjuge ou companheiro na família reconstituída, não há legitimidade do menor para pleitear alimentos ao seu padrasto/madrasta, assim como este não tem o direito de ser ressarcido pelo que prestou ao enteado no período da convivência.

²¹³ Apelação -2006.001.32217. Desembargador: Luiz Felipe Francisco - julgamento: 10/10/2006 - Oitava Câmara Cível do TJRJ. Disponível no site: www.tj.rj.gov.br . Acesso em: 27.10.2008.

²¹⁴ Apelação -2006.001.21846. Desembargador: Marcos Alcino A. Torres - julgamento: 28/06/2006 - Décima Sétima Câmara Cível do TJRJ. Disponível no site: www.tj.rj.gov.br . Acesso em: 27.10.2008.

No entanto, há um novo entendimento mas que ainda não foi abordado pela doutrina e nem enfrentado pelos tribunais.²¹⁵ Entende-se que quando ocorre à dissolução do casamento ou da união estável, o vínculo de afinidade não se extingue na linha reta (art. 1.595 § 2º CC). Assim, permanecendo o vínculo de afinidade, também subsiste a obrigação alimentar. Logo, os primeiros convocados serão os parentes consangüíneos e depois os parentes civis: por adoção ou socioafetivos. Não possuindo estes condições de arcar com a subsistência daquele que necessita, será então convocado para prestar assistência os parentes por afinidade, pela permanência do vínculo que os une e com base na solidariedade familiar, reconhecendo a responsabilidade alimentar subsidiária e de caráter complementar destes parentes ligados pelo vínculo da afinidade, que subsiste mesmo com a dissolução do casamento ou união estável.²¹⁶

Todavia, a doutrina de um modo geral, não é a favor do reconhecimento da obrigação alimentar, entendendo que a afinidade não origina parentesco, desse modo não subsiste a obrigação alimentar.²¹⁷

Pelo exposto, conclui-se que essa questão do dever alimentar entre os afins demandará novas reflexões pela doutrina no campo do direito de família.

3.4.4. Questão sucessória

Primeiramente tratar-se-á de definir alguns conceitos básicos do direito das sucessões para melhor esclarecimento da matéria. Posteriormente será feito o estudo do direito sucessório nas famílias reconstituídas.

A sucessão que vem disciplinada no Livro V do Novo Código Civil pressupõe a morte da pessoa natural. Quer se trate de morte real ou de morte presumida, por consequência normal e como decorrência do princípio da *saisine*, o patrimônio deixado pelo *de cuius* será destinado aos seus herdeiros de acordo com as regras sucessórias do direito civil positivado.²¹⁸

Para Caio Mário da Silva Pereira, a sucessão é “uma pessoa inserir-se na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém de outra pessoa, e, por metonímia, a própria transferência de direitos, de uma a outra pessoa.”²¹⁹

²¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Ob. cit.** p. 315-316.

²¹⁶ Loc. cit.

²¹⁷ Ibid. 475.

²¹⁸ Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto> Acesso em: 27.10.2008.

²¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 16. ed., rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 1.

A sucessão pode ocorrer por ato de vontade ou por determinação de lei. Esta é denominada de sucessão legítima e aquela determinada ainda em vida, por manifestação de vontade, é denominada sucessão testamentária. O testamento é o instrumento da manifestação da vontade destinado a produzir conseqüências jurídicas com a morte da pessoa.²²⁰

A sucessão legítima será sempre a título universal, sendo transmitido aos herdeiros o conjunto total do patrimônio do *de cuius*, e a cada um deles uma quota ideal desse patrimônio. A sucessão testamentária pode ser universal ou pode ser a título singular. Esta quando o testador deixa para pessoa uma coisa ou quantia certa (legado).

Herdeiro é quem recebe ou adquire os bens do autor da herança. Dependendo da modalidade sucessória, será herdeiro legítimo ou testamentário. Herdeiros necessários são aqueles a quem a lei assegura uma quota certa (metade) da herança, limitando assim a liberdade de dispor em testamento. Estão elencados no art. 1.845 do Código Civil que são os descendentes, ascendentes e o cônjuge.²²¹ A outra metade da herança pode ser livremente disposta em vida ou por morte, esta destinada em testamento e aquela em doação. No entanto, ultrapassando a parte disponível, será anulada a disposição ou a doação.

A questão sucessória é outra matéria que possui dificuldades de se estabelecer uma solução na relação do padrasto/ madrasta e os filho do seu cônjuge ou companheiro, provenientes de uma união precedente.

Não existe direito hereditário entre padrasto/ madrasta e seu enteado, podendo, no entanto, suceder por via testamentária e nos limites da porção disponível do testador, quando existem herdeiros necessários. Ou ainda, quando o padrasto ou madrasta deseja beneficiar o enteado, eles podem fazer, também, a doação de bens de seu patrimônio, tendo em vista as restrições expressas em lei.²²²

No entanto, se não houver manifestação de vontade em vida do padrasto ou madrasta em beneficiar seu enteado, outro parente o sucederá, mesmo que entre eles subsista um laço forte de afeto e às vezes muito mais intenso do que o decorrente do parentesco consanguíneo, o enteado não adquirirá nenhum bem.²²³ Nas palavras de Waldyr Grisard Filho:

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 companheiro e vice-

²²⁰ Ibid. p. 2.

²²¹ Ibid. p. 3.

²²² GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p. 168.

²²³ Loc. cit.

versa, como coube ao filho adulterino, ao tempo da lei 883, de 1949, uma quota hereditária a título de amparo social. 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.

No direito comparado não se reconhece, em geral, um direito hereditário entre padrasto/ madrasta e enteado, pois em muitos países não se reconhece um vínculo de parentesco entre esses sujeitos. Em alguns estados americanos²²⁴ o enteado é incluído na cadeia sucessória, isto é, uma vez ausentes outros parentes, eles sucedem para evitar que os bens sejam declarados vacantes.²²⁵ Na Califórnia os enteados podem ser considerados herdeiros, se preencherem certos requisitos, como a relação entre o padrasto e madrasta e o filho de seu cônjuge ou companheiro ter se iniciado na menoridade deste e ter se prolongado para além da maioridade. Na Inglaterra é adotado o princípio da ampla liberdade de testar, ou seja, não há um limite reservado aos herdeiros necessários então a pessoa pode livremente dispor de todo seu patrimônio para depois da morte. Não havendo testamento o enteado não terá direito algum na sucessão de seu padrasto. Porém, em alguns julgados tem se priorizado na sucessão hereditária o enteado em relação ao Estado e a parentes mais remotos.²²⁶

Assim, para que o enteado seja beneficiado com alguma cota patrimonial após a morte do seu padrasto, este deve fazer ou um testamento beneficiando o filho do seu cônjuge ou uma doação, sendo que respeitados os limites da porção disponível. Tendo em vista a complexidade das famílias reconstituídas e a falta de regulamentação nesta matéria, para atender aos anseios dos sujeitos que constituem este núcleo familiar, é que o padrasto recorre à via da adoção (já estudada no capítulo 3.2) do menor para solucionar o problema da transmissão de bens no âmbito das famílias reconstituídas.

No entanto, em julgados recentes, os Tribunais já vem decidindo por prevalecer à paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica, também nas questões sucessórias:

Ementa: Direito Civil. Conexão entre petição de herança e ação declaratória de nulidade de registro civil - Apelações Cíveis e Recurso Adesivo – Decisão singular que julgou parcialmente procedente a primeira ação e improcedente a segunda – Adoção à brasileira ou paternidade socioafetiva – não demonstração de vício de consentimento ou defeito formal na declaração de reconhecimento de filiação – declaração espontânea do adotante – partilha dos bens, na proporção de 20% (vinte por cento),

²²⁴ Maryland, Connecticut e South Caroline.

²²⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Ob. cit.** p 169.

²²⁶ *Ibid.* p. 170.

excluída a parte da meira - Conhecimento e Improvimento de todos os recursos - Manutenção integral da sentença.

No presente caso, mesmo não sendo filho biológico do *de cujus* foi reconhecida a paternidade socioafetiva em relação ao réu na Ação Declaratória de Nulidade de Registro de Nascimento interposta pelas filhas do falecido que pleiteavam o não reconhecimento dele como filho por não configurar “adoção à brasileira”. Em sede de Apelação, foi confirmada a sentença que reconheceu a paternidade socioafetiva do réu e a possibilidade de participar do inventário e partilha como herdeiro necessário do *de cujus*.

Dessa forma, foi reconhecida a paternidade, sob o aspecto sociológico, daquele que mantém com menor uma efetiva convivência e uma relação baseada no afeto, respeito e amor. Além disso, há a posse de estado de filho que ocorre quando o pai cria o “filho” zelando pela sua educação, proteção e bem estar, e ainda quando ele é apresentado a sociedade como se filho fosse, ou seja, é a exteriorização pública do indivíduo como filho de determinada pessoa.

Logo, a realidade demonstra que muitas vezes um pai apenas afetivo e não genético cuida e orienta o filho de outrem de tal maneira que se torna neste momento “pai”. Portanto, os laços afetivos devem prevalecer em detrimento de qualquer outro interesse, seja genético ou patrimonial.²²⁷

Para concluir o estudo das novas entidades familiares e das famílias reconstituídas é pertinente trazer ao presente estudo algumas considerações sobre o artigo retirado do site do Instituto Brasileiro de Direito de Família- IBDFAM, o qual informa que recentemente, começou a tramitar no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 2285/07 de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, que propõe a revisão e uma grande reforma em todo o sistema jurídico brasileiro sobre a família. Este Projeto de Lei é consequência da reflexão de dez anos de existência do IBDFAM, que veio instalar novos paradigmas jurídicos para a organização das famílias.²²⁸ O Presidente do Instituto, Rodrigo da Cunha Pereira, neste artigo²²⁹, demonstra que há resistência por parte do poder legislativo em aceitar uma modificação no sistema jurídico no tocante ao direito de família. Abaixo estão algumas passagens do artigo que demonstram isso:

²²⁷ SOUZA, Ionete de Magalhães. Paternidade socioafetiva. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre, v.9, n. 46, fev./mar., 2008. p. 92.

²²⁸ www.ibdfam.org.br Acesso em: 25.08.2008.

²²⁹ Pereira, Rodrigo da Cunha. **Estatuto das famílias**. Disponível em: <http://www.ibdfam.gov.br>. Acesso em 02.06.2008.

*(...) o Estatuto das Famílias certamente **encontrará resistências de alguns parlamentares**. Ele faz alterações profundas, na estrutura e no sistema jurídico. É um Estatuto que inclui e legitima todas as formas de famílias conjugais e parentais.*²³⁰ (grifo nosso)

E mais:

*Casamento, uniões estáveis, famílias recompostas, monoparentais, nucleares, binucleares, homoafetivas, família geradas através de processo artificiais. Estes são alguns dos diversos arranjos familiares do século XXI, **que compõem a nova realidade, cujo ordenamento jurídico atual não traduz essa realidade.***²³¹ (grifo nosso)

Isso demonstra uma inicial tentativa de se tutelar as diversas formas de arranjos familiares, visto que o Estatuto das Famílias pretende regulamentar e legitimar todas as formas de famílias. Abaixo estão alguns artigos²³² relativos às novas entidades familiares, em especial, das famílias reconstituídas.

Art. 3º É protegida como família toda comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar, em qualquer de suas modalidades.

Art. 4º Os componentes da entidade familiar devem ser respeitados em sua integral dignidade pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Art. 5º Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade.

Art. 7º É dever da sociedade e do Estado promover o respeito à diversidade de orientação sexual.

Art. 10. O parentesco resulta da consangüinidade, da socioafetividade ou da afinidade.

Art. 14. Cada cônjuge ou convivente é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

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

§ 2º A afinidade se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável, exceto para fins de impedimento à formação de entidade familiar.

Art. 16. As pessoas integrantes da entidade familiar têm o dever recíproco de assistência, amparo material e moral, sendo obrigadas a concorrer, na proporção de suas condições financeiras e econômicas, para a manutenção da família.

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com

²³⁰ Disponível em: <http://www.ibdfam.gov.br> . Acesso em 02.06.2008.

²³¹ Disponível em: <http://www.ibdfam.gov.br> . Acesso em 02.06.2008.

²³² Estatuto das famílias. Comissão de sistematização. 31.10.2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br> Acesso em: 28.10.2008.

objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se:

I - guarda e convivência com os filhos;

II - a adoção de filhos;

III - direito previdenciário;

IV - direito à herança.

Art. 69. As famílias parentais se constituem entre pessoas com relação de parentesco entre si e decorrem da comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar.

Art. 91. Constituindo os pais nova entidade familiar os direitos e deveres decorrentes da autoridade parental são exercidos com a **colaboração do novo cônjuge ou convivente ou parceiro**. (*grifo nosso*)

Parágrafo único. Cada cônjuge, convivente ou parceiro deve **colaborar** de modo apropriado no exercício da autoridade parental, **em relação aos filhos do outro**, e de o **representar** quando as circunstâncias exigirem. (*grifo nosso*)

Art. 98. Os filhos não podem ser privados da convivência familiar com ambos os pais, quando estes constituírem nova entidade familiar.

Art. 100. O **direito à convivência** pode ser estendido a qualquer pessoa com quem a criança ou o adolescente mantenha **vínculo de afetividade**. (*grifo nosso*)

A partir desses artigos retirados do Estatuto das Famílias pode-se inferir que ele determina o que é família na atualidade. Além disso, tutela as diversas formas de entidades familiares existentes na sociedade brasileira, adequando assim, a lei com a realidade social. Protege as uniões entre pessoas do mesmo sexo, atribuindo-lhes direitos e assegurando a essa relação às mesmas regras da união estável. O ordenamento jurídico atual ao não reconhecer direitos a essa família homoafetiva demonstra uma visão discriminatória com essas minorias, estando incompatível com o Estado democrático. Essa relação não pode ser tratada como uma sociedade de fato, como se estas pessoas fossem sócios de uma sociedade de fins lucrativos, pois este entendimento viola o princípio da dignidade da pessoa humana, que é previsto no art. 1º da Constituição Federal. Assim, a jurisprudência brasileira tem tentado preencher o vazio normativo infraconstitucional, atribuindo efeitos pessoais e familiares a essa relação.

Esse Estatuto também define o que são famílias parentais, sendo a convivência entre pessoas com relação de parentesco com comunhão de vida. No caso das famílias reconstituídas, reafirmou que o vínculo, que une os parentes de um dos cônjuges ou companheiro aos do outro, é o da afinidade. Já no tocante ao poder familiar determinou que os pais quando formarem uma nova entidade familiar, o novo cônjuge ou convivente ou parceiro exercerá os direitos e deveres decorrentes do poder familiar em colaboração com o pai, o que ratifica o explicitado no capítulo 3 desse estudo. Além disso, este Estatuto prevê o direito de

convivência entre a criança e/ou adolescente de pessoas que possuem um vínculo de afetividade com ela, como por exemplo: avós, irmão, tios, padrastos e madrastas podem pleitear na justiça o direito de convivência com o menor, quando for para o benefício deste.

No entanto, mesmo com esse projeto e diversos outros que tentam reformar o sistema jurídico para adequar as normas a realidade, permanece o vazio normativo em relação às novas modalidades de famílias. Mas apesar dessa omissão do legislador, o judiciário vem demonstrando que está se adequando a estas mudanças em relação à família. Desta forma, já há julgados²³³ reconhecendo a união de pessoas do mesmo sexo como uniões estáveis,²³⁴ assim como, já prevalece a paternidade afetiva em detrimento da biológica em determinados casos.²³⁵ É reconhecida a impenhorabilidade do bem de família à família parental formada por irmãos.²³⁶ A guarda deferida ao padrasto que irá exercê-la conjuntamente com a mãe da criança²³⁷ e também a atribuição do nome do padrasto ao menor por estes conviverem desde tenra idade.²³⁸

Logo, pode-se observar que a criação de um estatuto que tutele todas as entidades familiares, atribuindo direitos e deveres a seus membros, é de suma importância para atribuir segurança jurídica a essas relações familiares que se formam na atualidade.

²³³ Ementa: Apelação cível. união homoafetiva. reconhecimento e dissolução de união estável. partilha de bens e alimentos. competência das varas de família. inicial nominada erroneamente de sociedade de fato. nulidade inócurren. preliminar rejeitada. Apelação Cível: 70021908587 . Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Data de julgamento: 05/12/2007.

²³⁴ No entanto, ainda persistem julgados que não reconhecem a união homoafetiva como entidade familiar. Assim, reconhece apenas como sociedade de fato, sendo competente o juízo cível. Agravo de instrumento 2008.002.09002, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Des. Elton Leme - Julgamento: 08/04/2008.

²³⁵ Ementa: negatória de paternidade. registro civil. vício de vontade não-demonstrado. prevalência da paternidade socioafetiva. Apelação Cível. 70021795661 . Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgamento: 13/12/2007.

²³⁶ Ementa: Execução. Embargos de terceiro. Lei. 8009/90. impenhorabilidade. moradia da família. irmãos solteiros. 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 8009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. Recurso conhecido e provido. STJ - RECURSO ESPECIAL. REsp 159851 SP 1997/0092092-5. Relator(a): Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 18/03/1998. Órgão Julgador: T4 - Quarta Turma.

²³⁷ Apelação Cível Nº 70024546293, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Rui Portanova, Julgado em 18/09/2008.

²³⁸ REsp220059 / SP. Recurso Especial 1999/0055273-3. Relator: ministro Ruy Rosado de Aguiar.

CONCLUSÃO

Com o presente estudo se demonstrou que mesmo com as diversas controvérsias em sede doutrinária com relação a ser ou não o rol do artigo 226 da Constituição Federal *numerus clausus*, conclui-se que há o reconhecimento de uma pluralidade de entidades familiares implícitas no texto constitucional. Isto é, o artigo prevê um rol meramente exemplificativo em que outras entidades familiares implícitas na Constituição também possuem o reconhecimento e devem ter a tutela jurídica do Estado. Dentro desse contexto encontram-se as famílias reconstituídas que, diante de todo o exposto ao longo deste trabalho monográfico, afirma-se ter relevância dentro do âmbito do direito de família.

Isto se infere, pois ao longo do tempo o conceito de família vem se modificando com as transformações econômicas, sociais e políticas da sociedade. Não mais subsiste somente o modelo da família matrimonial. Houve a necessidade da busca por maior liberdade, felicidade e afetividade nas relações pessoais, surgindo, então, novas formas de família. Nesse sentido, o aumento do divórcio legal introduzido pela lei 6.515/77 e a separação contribuíram para o aumento das famílias reconstituídas. Desse modo, surgiram diversas questões jurídicas relativas a essa família recomposta como o poder familiar, a adoção unilateral, alteração do nome de família, a guarda de menores, o direito de visita, alimentos e a questão sucessória.

No entanto, mesmo com o crescente número de famílias reconstituídas e as questões jurídicas que envolvem os seus membros, o direito ainda resiste em tutelar esse núcleo familiar, ou seja, essa nova família ainda não foi reconhecida no ambiente jurídico. As especificidades dessa família recomposta demonstram que a relação existente entre os sujeitos desse núcleo não pode ficar sem regulação específica para as obrigações e os deveres de cada um de seus membros. Assim, a omissão dos legisladores sobre o tema deveria ser revista, tendo em vista que o direito deve tutelar esses fenômenos de relevância na sociedade brasileira.

Deste modo, o projeto de lei. 2285/07, conhecido como Estatuto das famílias, não só prevê direitos e deveres para as famílias reconstituídas, como para todas as entidades familiares reconhecidas atualmente na sociedade brasileira. Estima-se que estas novas entidades familiares recebam a tutela jurídica do Estado para que os sujeitos que compõem esses núcleos familiares tenham maior segurança jurídica em suas relações.

Por todo o exposto, conclui-se que uma reforma na legislação relativa à família é necessária para se adequar as normas à realidade social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A função social da família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.8, n. 39, p. 131-154, Dez/Jan 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 12.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CHANAN, Guilherme Giacomelli. As Entidades Familiares na Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 8, n. 42, p. 45-74, abr./maio, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Homoafetividade: o que diz a justiça**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

_____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4 ed., rev. e atual. Belo Horizonte: DelRey, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

_____. **Direito Civil: Teoria Geral**. 5 ed. Rio de Janeiro: lúmen Júris, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias Reconstituídas: novas uniões depois da separação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MADALENO, Rolf. Filhos do Coração. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.6, n. 23, p. 22-36, jun./jul. 2006.

_____. Novas perspectivas da família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. A repersonalização das famílias. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.6, n. 24, p.136-159, jun./jul. 2004.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus causus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.3, n. 12, p. 40-55, jan./mar. 2002.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Afeto, Ética e Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. vi 16. ed., rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coords). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4 ed. ver. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SOUZA, Ionete de Magalhães. Paternidade socioafetiva. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre, v.9, n. 46, fev./mar., 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 7ed. São Paulo: Atlas, 2007.

INTERNET

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser.; RÖRHMAN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. Disponível em: www.uel.br/revistas/direitoprivado/index.asp. Acesso em: 25.08.2008.

GUIMARÃES, Ana Cristina Silveira; GUIMARÃES, Marilene Silveira. Guarda: um olhar interdisciplinar sobre casos judiciais complexos. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 25.07.2008.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Do poder familiar. Belo Horizonte, 23.03.2004. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 30.07.2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Estatuto das famílias. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 02.06.2008.

Estatuto das famílias. Comissão de sistematização. 31.10.2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br> Acesso em: 28.10.2008.

<http://www.planalto.gov.br> . Acesso em 28.08.2008.

<http://www.flaviotartuce.adv.br> Acesso em 09.09.2008.

<http://www.stj.gov.br> Acesso em: 08.10.2008.

<http://www.stf.jus.br> Acesso em: 15.10.2008.

<http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 16.10.2008

<http://www.tj.rj.gov.br> Acesso em: 20.10.2008.

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto> Acesso em: 27.10.2008.

<http://www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 05.11.2008.