

Da solidariedade nas relações de parentesco na colateralidade nas famílias recompostas

RENATO MAIA,

Promotor de Justiça da comarca de Poços de Caldas; Professor Universitário Assistente III da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais campus de Poços de Caldas-MG; membro do IBDFAM; mestre em Direito Civil Comparado pela PUC-SP e doutorando também pela PUC-SP.

Sumário: Considerações iniciais; A Constituição Federal e o nosso código civil (2002); Do princípio da solidariedade; Da função social da família; Da incidência do afeto como expressão da solidariedade na formação da família contemporânea; Do parentesco; Da família recomposta; Das relações de parentesco nas famílias recompostas; Casos possíveis de ocorrência no âmbito da família recomposta; Da extensão da previsão de parentesco por afinidade à família recomposta; Conclusão.

“Família, família, almoça junto todo dia, nunca perde essa mania...” (canção: Família, grupo Titãs)

Considerações iniciais

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

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

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

O modelo monoparental, a família socioafetiva já são modelos legal e juridicamente admitidos. A evolução da genética, através da procriação assistida, chega a dissociar paternidade e maternidade da relação sexual. A “produção independente” chega à sofisticação de possibilitar a escolha do sexo, cor dos olhos, da pele e traços de personalidade. A MATERNIDADE NÃO É MAIS CERTA. Isso sem falar na adoção que toma por filho terceiro estranho, dando a isonomia de filiação em todos os direitos e deveres.

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

Elisabeth Roudinesco em sua obra “A família em desordem” espanta-se ao constatar que os homossexuais, homens e mulheres, manifestam o desejo de se “normalizar”, reivindicando o direito ao casamento, à adoção e à procriação medicamente assistida. Enfim, adotando a ordem familiar que outrora repudiavam.

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

A Constituição Federal e o nosso código civil (2002)

Como dito acima, o novo código civil chegou atrasado e assim se mantém, pelo menos até

que reformas legislativas venham sanar o vácuo existente. Chegou atrasado porque, quando de sua promulgação, já tinham vindo a Constituição de 1988, leis ordinárias e jurisprudência dos nossos tribunais trazendo inovações ao Direito de Família, cingindo-se a uma timidez legislativa, assim como, apesar de divisora de águas, também se mostrou a Constituição.

No caso em tela, não se sabe exatamente quem veio primeiro, se a previsão constitucional, posto que data esta de 1988, ou a legislatura do código civil, uma vez que o projeto que o originou advém de 1975. De fato, o que se tem é a previsão da Constituição em seu artigo 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;...”, transformando estes valores em objetivos, fundamentos e princípios que o Estado, a sociedade civil e as entidades (e principalmente as familiares) devem se empenhar em atingir.

Dispõe o Prof. Paulo Luiz Netto Lôbo que, numa sociedade solidária, estariam incluídos os direitos de solidariedade, “não só das pessoas em relação às outras, mas em relação ao meio ambiente em que vivem, aos demais seres vivos e às futuras gerações. É, para o mencionado jurista, o princípio da solidariedade, a superação do individualismo jurídico pela função social dos direitos.

Já, em relação ao nosso código civil, a comissão revisora encarregada de elaborar o código em 1969, ao divulgar as diretrizes e princípios em que pretendeu fundamentar o novo Código Civil brasileiro, em 2001, tratando ainda sobre o projeto de lei, afirmou, por seu coordenador, Prof. Miguel Reale, que o objetivo da comissão seria a alteração do Código (1916) no que se refere a certos valores considerados essenciais, tais como o de eticidade, de socialidade e de operabilidade.

A socialidade anunciada, nada mais era e é do que o predomínio do social sobre o individual. E, em que pese à crítica de Jacy de Souza Mendonça de que o novo código em contrapartida ao anterior apenas explicitou o que estava implícito, em relação ao direito de família, vem, sabendo este e em nome da mutação essencial à sua sobrevivência, por caminhos outros que o meramente legislativo, guiar-se por novos princípios como o da dignidade da pessoa humana; da igualdade; da solidariedade; da paternidade responsável; do pluralismo das entidades familiares; da tutela especial à família, independente da espécie; do dever de convivência familiar; da proteção integral da criança e do adolescente e o da isonomia entre os filhos.

Do princípio da solidariedade

Pelo princípio da solidariedade e dentro do tema proposto, para Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Leandro dos Santos Guerra, a solidariedade constitucional, no âmbito familiar, obriga os parentes a auxiliarem-se uns aos outros, não apenas materialmente através do dever de alimentos, mas também imaterialmente, através de cuidados físicos e morais, em especial em relação aos menores, aos incapazes e aos idosos.

Para o aclamado Prof. Luiz Paulo Netto Lôbo, o princípio da solidariedade tem o papel de unir os membros da família de modo democrático e não autoritário, pela co-reponsabilidade.

Em relação aos princípios que norteiam o atual direito de família, divergindo pouco quanto a estes, dispõe Rodrigo da Cunha Pereira serem estes: o da dignidade da pessoa humana; da monogamia; do melhor interesse do menor e do adolescente; da igualdade e respeito às diferenças; da autonomia e da menor intervenção estatal; da pluralidade de formas de família; da afetividade.

Em análise, facilmente se percebe que não há divergência, a não ser de nomenclatura ou enfoque, mas que basicamente tenha o rol que tiver, devem estes propiciar a convergência dos pensamentos para o fato de que, além dos princípios, existem macroprincípios, como o da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade, que indiscutivelmente perpassa transversalmente os demais princípios especiais do direito de família, seja qual for o rol adotado.

No plano fático, as pessoas convivem (dever de convivência familiar), no ambiente familiar, não por submissão a um poder despótico, mas por afeto (princípio da afetividade) e geram responsabilidades de uns para com os outros.

Da função social da família

Desde a segunda guerra mundial, quando a perspectiva clássica do direito perdeu força, que qualquer concepção do Direito que não tenha origem nas necessidades sociais demonstra-se inconsistente.

A objetividade do Direito morreu exatamente porque o aplicador é pessoa sujeita a interpretação, que abre várias possibilidades, e não algo estático. O Direito se transmutou em um

sistema aberto de valores, que se materializa em princípios que indicam um fim a alcançar.

Igualmente com a família se deu a transformação, que passou de instituto jurídico estanque, congelado no conceito de família matrimonializada, para o novo modelo de família múltipla. De fim em si mesmo, a entidade familiar passou a ser meio de realização da dignidade da pessoa humana, devidamente reconhecida na Constituição Federal como base da sociedade e merecedora da proteção do Estado, pois, sem família não há sociedade.

Seus membros solidariamente moldam o ser humano, contribuindo para a formação do futuro adulto. O grupo familiar tem função social na medida em que é determinado por necessidades sociais.

Da incidência do afeto na formação da família contemporânea

A família em toda sua evolução sempre se fez por uma função política, formando-se por uma estrutura de poder. O modelo patriarcal foi o retrato dessa função de poder hierarquizada. Os filhos e as esposas eram subordinados a um poder do chefe da família.

O ingresso das personagens, nessa peça designada família, era feito pela noção de legitimidade que, por sua vez, recaía sobre o conceito do matrimônio. Em consequência, a verdade jurídica não encontrava correspondente na verdade social e vice-versa.

Nesta linha já dispôs Michelle Perrot, o qual assim configura essa formação familiar:

(...) A família patriarcal é como rede de pessoas e conjunto de bens, é um nome, um sangue, um patrimônio material e simbólico, herdado e transmitido. A família é um fluxo de propriedades que depende primeiramente da lei.

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

Obviamente, a cultura patriarcal não está rompida, mas está em declínio. Esta estrutura está, de há muito tempo, estilhaçada pelos novos valores conquistados pela sociedade e destilados na Constituição Federal. E, a partir do momento em que começam a mudar os paradigmas do patriarcado, é que o afeto entra como a grande descoberta do direito de família.

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

O reflexo da mudança de estrutura de poder para um reconhecimento jurídico da família, certificado pelo afeto, apresenta-se, timidamente, no Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406/02, no artigo 1.584 e parágrafo único, que diz:

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

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

Há um desmembramento do que antes era uma única unidade familiar e mais gente optando por formatos menos tradicionais.

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

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

É fato a existência de formas plurais de relacionamentos familiares atualmente na sociedade, o que exige uma compreensão jurídica para se balizar a leitura dos tribunais acerca dos efeitos ou não desses relacionamentos; mas também “é fato que, apenas com conhecimentos restritos à ciência jurídica, tal compreensão será incompleta. Logo, é fundamental um viés transdisciplinar para se

incorporarem conceitos de outras ciências como a sociologia e a psicologia”.

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

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

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

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

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

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

José Sebastião de Oliveira observa que,

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

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

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

A família contemporânea, sobre o favorecimento do afeto, entra com contornos de uma família eudemonista que, segundo Silvana Maria Carbonera significa o meio em que se acentuam as relações de sentimentos entre os membros do grupo e se valorizam funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades, e das pressões econômicas e sociais.

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

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

As leis ordinárias não deixavam, expressamente, transparecer a preferência pelo afeto, embora viessem num crescente aludindo a termos como respeito, assistência moral e material, guarda e educação dos filhos, proteção e fidelidade, como corolários implícitos da expressão afetividade. (Lei nº 8.009, de 29.03.1990).

Até que o legislador infraconstitucional, ao legislar sobre a violência doméstica, prescindiu em definir o ambiente familiar, criando na Lei nº 11.340/06 de 07 de agosto de 2007 Lei Maria da Penha

artigo 5º, II, o seguinte conceito:

“a família deve ser compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa...”

Deixou assim, o considerar-se aparentado, para a formatação de vínculos familiares pela afetividade.

Maria Berenice Dias propõe o afeto como democratização da configuração familiar e se posiciona:

(...) o Estado solenizou os vínculos afetivos, transformando a família em uma instituição matrimonializada, impondo deveres e assegurando direitos. No momento histórico em que o formato hierárquico da família cedeu a sua democratização, não mais existem razões que justifiquem essa excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas, basta o reconhecimento do vínculo afetivo...

A família passa por constantes transformações. De acordo com o momento social em que está inserida, e pelo preceito constitucional, constante do artigo 226 caput, de que “a família é base da sociedade”, certamente, havendo modificações na família, haverá ressonância destas em toda sociedade, portanto, um viés interdisciplinar para o reconhecimento do afeto é possível de incorporação à ciência jurídica, que, como qualquer ciência, se constrói influenciada por valores sociais. A noção de que na organização familiar, há papéis que se constroem e se desconstruem, impõe necessidade de respeito a esses valores e necessidade de exposição verdadeira nos textos produzidos por essa ciência, catalisando assim, a afetividade como princípio próprio do direito de família a permitir soluções judiciais mais próximas da realidade sociofamiliar.

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

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

A sociedade familiar, em ciência jurídica, diferentemente dos demais tipos de sociedade, não precisa se balizar por centro de direção para sobreviver e ter a tutela jurídica. A sociedade familiar tem um aspecto peculiar em relação a qualquer outra. Funda-se exclusivamente no vínculo afetivo entre seus membros, o que os leva a serem solidários e não competitivos. Esse aspecto é relevante na pesquisa jurídica, e deve levar à conclusão de que esses arranjos dependem da forma como pensam os pares conjugais, como pretendem compor a família.

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

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

Os Direitos Humanos pressupõem como base principiológica a liberdade do sujeito como sustentáculo de sua existência e palco para a sua realização, razão para atribuir à família o campo mínimo de liberdade, identificando “a verdadeira liberdade e ideal de justiça naqueles ordenamentos jurídicos que asseguram um Direito de Família que compreenda a essência da vida: dar e receber amor”.

Do parentesco

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

Cabe ainda dizer que o direito parental regula, entre os parentes, suas relações patrimoniais e

personais como, por exemplo, o dever de sustento, o exercício do poder familiar e os demais direitos e deveres mútuos, bem como os individuais.

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

Para se conceituar o parentesco pode-se utilizar o conceito de Pontes de Miranda, para quem parentesco é: “a relação que vinculam entre si pessoas que descendem uma das outras, ou de um fator comum (consangüinidade), que aproxima cada um dos cônjuges dos parentes do outro (afinidade), ou que se estabelece, por *fictio iuris*, entre o adotado e o adotante”.

Para Maria Helena Diniz, o parentesco é: “a relação vinculatória existente não só entre pessoas que descendem uma das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre cônjuge e os parentes do outro, e entre adotante e adotado”.

Já, César Fiúza conceitua o parentesco em sua generalidade dizendo que: “o estudo do parentesco diz respeito às relações entre certas pessoas pertencentes a um mesmo grupo familiar”.

Em análise aos conceitos supramencionados, pode-se concluir que parentesco é a relação de todas as pessoas que compõem uma família.

Essa relação jurídica de parentesco pode ser natural ou consangüínea, por afinidade ou civil. Em oposição existem as conceituações de Silvo de Salvo Venosa, Diogo Leite Campos e Clóvis Beviláqua, entre outros.

Para Silvo de Salvo Venosa, o parentesco é: “o vínculo que une duas ou mais pessoas, em decorrência de uma delas descender da outra ou ambas procederem de um genitor comum”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Diogo Leite Campos define: “o parentesco é a relação de sangue: são parentes as pessoas que descendem uma das outras (parentesco em linha reta ou direta), ou descendem de progenitor comum (parentesco em linha transversal ou colateral).

Clóvis Beviláqua define o parentesco como: “a relação que vincula entre si as pessoas que descendem do mesmo tronco ancestral”.

Portanto, torna-se claro que, para Diogo Leite, Sílvio de Salvo e Clóvis Beviláqua, só integram as relações de parentesco aqueles indivíduos que possuem uma ligação através do sangue, ou seja, para eles, só existe o parentesco consangüíneo.

Assim, como Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Arnoldo Wald, que não consideram a relação de afinidade como sendo de parentesco, mesmo que pela terminologia afastem os autores elencados, a afinidade, diferenciando-a do parentesco, além de ter o novel legislador pátrio (Código Civil de 2002) tratado do vínculo da afinidade no caput do artigo 1.595, em seu parágrafo primeiro, absorveu a legislação a noção de parentesco, antes sinônimo de consangüinidade assimilando a idéia de parentesco à de afinidade.

Além da posição firmada pelo novel legislador ordinário, tais conceituações perdem seu embasamento e são de alguma maneira falhas, já que não tratam do parentesco civil que decorre da adoção, bem como não englobam as demais técnicas de reprodução assistida como, fertilização *in vitro* ou a inseminação artificial.

Faz-se de extrema relevância trazer o direito comparado à luz da discussão deste tema. Há que se registrar que estas inovações biológicas já fizeram com que fossem introduzidas em diversos sistemas jurídicos algumas regras, ao estabelecer outras fontes das relações de parentescos diferenciadas do critério de consangüinidade.

O novo Código Civil brasileiro em seu artigo 1.593 classifica a relação jurídica de parentesco conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

A expressão “ou outra origem” abre a possibilidade do estabelecimento do vínculo de parentesco para além da consangüinidade, podendo-se chegar até a parentalidade pela afetividade, como já demonstrado, passando pelas novas experiências de procriação assistida.

Deve-se explanar que não há relação de parentesco entre os cônjuges. A relação existente entre os mesmos é de vínculo conjugal advindo do casamento.

O parentesco civil, que a este trabalho interessa, aliado ao entendimento de parentesco para além da consangüinidade, teve seu surgimento no direito romano e, daquela época até os dias atuais, foi se modificando e se adequando aos novos moldes das relações sociais e familiares. Muitas coisas ainda estão intrínsecas nos conceitos de parentesco civil contemporâneo.

Para Washington de Barros Monteiro, parentesco civil é “aquele que tem outra origem, como antes visto, no qual se enquadra o instituto da adoção... é o produto exclusivo da lei, que procura imitar a natureza (Código Civil - 2002, art. 1.596)”.

Vários são os autores que seguem essa corrente de pensamento quanto à conceituação do parentesco civil. É claro que se trata de uma conceituação de 1989, pós-Constituição, portanto, um pouco inadequada para os dias atuais, porém, como se percebe, existem definições

contemporâneas que ainda definem o parentesco civil, como o parentesco advindo da adoção. Maria Helena Diniz define-o como: “É o que se refere à adoção, estabelecendo um vínculo entre adotante e adotado, que se estende aos parentes de um e de outro. A adoção, portanto, atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo para efeito de impedimento matrimonial”.

Hoje, com o avanço das técnicas de fertilização (heteróloga para o marido), bem como com o avanço das relações sociais e concepções jurídicas (paternidade socioafetiva), torna-se difícil limitar tal conceituação às relações de adoção, portanto, novas fontes de parentesco devem ser englobadas.

Durante a jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o seguinte enunciado:

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

Nota-se que tal preocupação não teve o legislador no Código Civil vigente, já que o mesmo não tratou destas diferentes formas e fontes do direito parental contemporâneo, perdendo enorme chance de evoluir.

No mais, vale registrar que foi posto fim às diferenciações entre adotados e filhos concebidos na constância do casamento de forma natural. Este término se deu em cumprimento ao art. 227 § 6º da Constituição Federal, já que o texto deste artigo prevê a igualdade de direitos e a proibição no que tange às discriminações terminológicas e de fato.

Deve-se evidenciar que, tanto no parentesco advindo da adoção quanto no parentesco advindo das novas técnicas de fertilização e reprodução, não há que se falar que tal relação se estenda somente aos pais, posto que, assim, estaria abrindo confronto com o texto constitucional.

A partir do momento que não existe relação de parentesco de consangüinidade, aquele que foi adotado ou foi fruto destas novas técnicas de fertilização, mesmo que sem nenhuma participação genética dos pais de fato, adquire todos os direitos e deveres reservados àqueles que são parentes naturais, inclusive se tornando parente dos mesmos como se naturais fossem.

Pelo entendimento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, para que exista uma harmonização entre o artigo 1.593 do Código Civil e o texto constitucional, a adoção deverá ser aceita apenas a título exemplificativo. Em relação à procriação assistida, é válido mencionar a presunção de paternidade, a qual atribui a parentalidade àquele que voluntariamente consente com a inseminação artificial.

Hoje, as relações familiares entre pais, mães e filhos devem ser consideradas muito mais que relações puramente genéticas. Deve-se levar em conta o carinho, o amor e os sentimentos que constituem as relações parentais. Portanto, diante desta visão, há o reconhecimento da paternidade socioafetiva, além do instituto da adoção que também se baseia em um vínculo afetivo.

“A disciplina jurídica das relações de parentesco entre pai e filhos não atende, exclusivamente, quer valores biológicos, quer juízos sociológicos; é uma moldura a ser preenchida, não com meros conceitos jurídicos ou abstrações, mas com vida, na qual pessoas espelham sentimentos. (...) A alteração da concepção jurídica de família conduz necessariamente à mudança da ordenação jurídica da filiação. O rumo aponta para o que designou corretamente o Professor Eduardo de Oliveira Leite de Nova Paternidade, na qual o papel da afetividade é imenso, pois que a paternidade decorre menos da procriação e mais da circunstância de amar e servir”.

Em nível de direito comparado, em muitos países do mundo as previsões legais destas novas fontes de paternidade já estão dispostas nas cartas normativas, sem insinuações, ou necessidade de interpretações extensivas.

Deve-se, portanto, construir outra definição no que concerne ao próprio instituto do parentesco, porém, no que se refere à matéria específica do parentesco civil pode-se entendê-lo como o parentesco decorrente da adoção, bem como decorrente de relações socioafetivas e de reproduções assistidas advindas das novas técnicas de fertilização e reprodução. Podendo desaguar até mesmo no texto da citada Lei Maria da Penha, onde a parentalidade nasce da consideração mútua de um para com o outro pelo quer bem.

Da família recomposta

As novas uniões familiares trazem inscritas em si a trajetória de fracassos e o senso determinado da procura de felicidade, com frustrações e sonhos de realização numa definição menos romântica da vida. A árvore genealógica hoje tem mais galhos e eles são cada vez mais intrincados. Com isso, os laços de parentesco, por si sós, não são garantia de nada. Como dizia Bernard Shaw, ninguém é melhor por ter nascido em determinado país ou família.

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

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

Desta seqüência destaca-se a família reconstituída ou recomposta. Entende-se por família reconstituída a estrutura familiar originada de um novo casamento ou de uma nova união, depois de uma ruptura familiar, quando um dos integrantes do casal, ou ambos, tem filho ou filhos de uma relação precedente. Simplificando, é a entidade familiar onde um dos adultos, ao menos, é um padrasto ou uma madrasta. Ou ainda, é a família na qual, ao menos uma das crianças de uma união anterior de um dos cônjuges vive sob o mesmo teto.

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

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

Em que pese à inércia do direito no tratamento de questões tão relevantes para este grupo de pessoas, em que pese à divergência entre demógrafos americanos e a doutrina francesa, o fato é que a cada dia mais, menores se expõem a estas relações, que devem pelo princípio da proteção integral, contribuir da melhor maneira para a formação física, psíquica e intelectual deste menor.

Por informação colhida na Setpfamily Asociacion of America estimava-se que na virada do século o número de crianças que se criariam em famílias reconstituídas seria superior aos que se criariam em famílias de primeiras uniões. No Brasil, o censo não aponta com números, sendo certa uma tendência reducionista de casamentos e o crescimento na taxa de rompimentos afetivos, formando um crescente número de famílias monoparentais que podem se recompor através deste novo reconhecimento institucional.

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

As famílias recompostas são, hoje, uma legião, o que justifica o estudo de sua estrutura, funcionamento e normas que regulem as relações interpessoais de seus integrantes, não cabendo ao direito ignorar sua existência em nossa sociedade.

Muito se tem falado sobre o algo mais a unir as famílias, além do sangue e da lei. Para Maria Berenice Dias, agora, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento, ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a identificação de um vínculo afetivo.

Segundo Lia Zanota Machado, antropóloga do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre a Mulher da Universidade de Brasília (UnB), mais do que pelos laços de sangue ou pela obrigação, as uniões são definidas pelo afeto. Os vínculos afetivos passaram a prevalecer sobre o compromisso de manter o núcleo doméstico unido, a qualquer preço.

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

Das relações de parentesco na família recomposta

Já que o afeto, como demonstrado, tem considerável incidência e determinação na constituição dos novos grupos familiares, sendo capaz de unir pessoas que em verdade nenhum vínculo sanguíneo tem entre si, como o que se dá na paternidade socioafetiva ou mesmo na relação de adoção, onde dois estranhos se tomam como pai e filho, já que há posse de estado de filho, muitas vezes firmada entre estes membros de um mesmo grupo, como não reconhecer aí a existência de relação jurídica de parentesco.

Uma vez que o afeto é, em nome da dignidade da pessoa humana, o elemento capaz de interligar pessoas de uma mesma família, já que ele permite tudo, é necessário que o ordenamento jurídico o aceite, assim como a todos os tipos de família que ele puder propiciar, sempre em nome da felicidade do indivíduo.

Entretanto, aceita a idéia do afeto unir as pessoas é também preciso que se assumam todas as relações que este mesmo afeto venha a produzir, sem hipocrisia. É preciso aceitar tudo que com ele venha, ou dele advenha, pró e contra. É preciso admitir que o ordenamento jurídico proporcione a solidez da dignidade da pessoa humana, mesmo que esta dignidade não esteja no VALE TUDO ou no LIBEROU GERAL.

Na evolução da família, até o formato de família recomposta ou reconstituída, aquelas pessoas, ou membros do mesmo grupo em que se encontram “o marido da mamãe”, “o irmão por parte de mãe”, “os filhos da mulher do papai”, num verdadeiro mosaico, necessitam de uma organização que venha estabelecer relações de parentesco e suas conseqüências, como o estabelecimento dos efeitos do poder familiar (exigência de respeito e educação, dever de sustento, guarda, exigência de serviços da sua idade e etc.); impedimentos matrimoniais entre os irmãos de criação, que, a par de ferir preceitos de afetividade, moralidade, acabam por gerar desconforto entre seus progenitores.

Dentro do cenário já descrito, não é difícil imaginar a ocorrência de episódio de dois irmãos de convivência, um rapaz e uma moça, se apaixonarem e deixarem os pais sem saber o que fazer. A relação tem ares de incesto, porque moram na mesma casa, são tratados como irmãos sem impedimento para que se amem.

Não se pretende aqui aprisionar ou domar o AMOR, como se isso fosse possível, mas firmar limites éticos que venham cercear os impulsos e clamores de uma não-censura libidinosa e permissiva.

Ninguém há de discordar que Eça de Queiroz, em “Os Maias”, traz uma situação de incesto entre dois irmãos que não se reconhecem como tal, mas em nada vêem sua conduta autorizada.

O ordenamento jurídico tem propensão ao acolhimento desta súplica à medida que já o faz, ao estabelecer relação de parentesco por afinidade, pela disposição do artigo 1.595 do Código Civil que dispõe:

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

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

Parágrafo 2. Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.”

Em que pese o entendimento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Arnaldo Wald, que não consideram a relação de afinidade como sendo de parentesco, mesmo que pela terminologia o sejam, por vezes assim o considera o novel legislador, mesmo tendo tratado de vínculo da afinidade no caput do citado artigo, em seu parágrafo primeiro absorveu a noção de parentesco, antes sinônimo de consangüinidade.

O legislador infraconstitucional assimilou a idéia de parentesco à de afinidade muito mais pela aliança estabelecida entre o marido e a esposa ou o convivente e a convivente, o que ultrapassa a idéia de membros de uma mesma família, prendendo-se este conceito ao conteúdo socioafetivo, amplificador das relações familiares, pelo parentesco entre um dos cônjuges ou companheiros e os filhos do outro. Atribuiu-se um vínculo familiar pleno, gerado tanto pelo elo do sangue, como pela afetividade, dedicação, esforço e assistência.

Tratando-se de impedimentos matrimoniais, entende Caio Mário da Silva Pereira que o parentesco por afinidade se limita ao primeiro grau, tal como manifesta Lafayette Rodrigues Pereira, pois a afinidade não gera afinidade. Entretanto, Pontes de Miranda diverge deste entendimento, propondo que está limitado o impedimento decorrente da afinidade ao primeiro grau, quando alude à sua extensão in infinitum.

Do direito romano ressalta o princípio *affinitas affinitatem nom parit*, que reforça o entendimento de que os irmãos afins estão impedidos de contrair núpcias e se não houver impedimento por isso, haverá pela afetividade que os une, compartilhando o mesmo lar, integrando o mesmo grupo doméstico, sentindo-se como irmãos, e este sentir estabelece um laço afetivo que evita desordem e confusão familiar, o princípio primeiro da existência de impedimentos, como extraído do direito canônico, que o faz perpétuo para que a proibição tenha sentido.

O direito canônico parte do princípio da exogamia, ou seja, baseado no tabu do incesto, proíbe o que vulnera a ordem familiar, e na família recomposta isto se dá em segundo grau.

Na família recomposta, a afinidade incidiria apenas em relação à prole já existente no momento de sua constituição e os que dela advierem obviamente, não havendo possibilidade de incorporação de novos parentes afins, como os filhos nascidos depois de dissolvida a referida entidade. Mas, por motivações eugênicas de ordem pública e familiar deveriam ser mantidos os impedimentos.

Cabe aqui ainda a análise da paternidade socioafetiva que o cônjuge ou companheiro venha a desempenhar em relação a filho anterior do outro, quando inexistir paternidade juridicamente já atribuída, e principalmente pelo esvaziamento da paternidade legal ou biológica, em caso de orfandade do filho afim, onde, por uma parentalidade psicológica, social e afetiva poderia esta paternidade ser plenamente exercida pelos pais afins, sem que, contudo, se estabeleça um conflito de poder familiar quando, em sendo o caso, tenha este filho filiação estabelecida em relação a outrem.

Como já dito, é necessária a tutela desta paternidade por afinidade, a fim de se regular o exercício do poder familiar, que ora fixará a autoridade paterna na figura do pai biológico, ora a deslocará para o pai socioafetivo por afinidade.

Mesmo que não se chegue à paternidade socioafetiva por afinidade, é in contesti a paternidade socioafetiva em si mesma, posto que a Bélgica, a França, a Holanda já a dispõem em seus ordenamentos, e no ordenamento pátrio se vê possibilitada jurisprudencialmente através da posse de estado de filho.

Casos possíveis de ocorrência no âmbito da família recomposta

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

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

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

também sua avó, pois Pedro passa a ser filho de Vera; sendo Pedro e Vera irmãos, José seria cunhado de seu próprio filho Pedro.

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

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

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

Como pode, por exemplo, como já narrado por João Baptista Vilela em seu histórico monólogo “artigo 1.601”, alguém ser uma vida inteira irmão por inteiro e de uma hora para outra se tornar meio-irmão? Como pode duas crianças criadas como irmãs, freqüentando a mesma escola, as mesmas viagens, recebendo os mesmos princípios de educação e cidadania e de repente, por um rompimento amoroso de seus pais, tornarem-se estranhos, quase desconhecidos?

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

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

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

Da extensão da previsão do parentesco por afinidade à família recomposta

A lei se mostra inútil na medida em que não tem aplicação a casos concretos. Nossa Constituição Federal, no seu caráter dirigente, se baseia em normas programáticas para expressão da modificação histórico-social, as quais anexam novos valores sociais e jurídicos, para não ter que torná-la inócua perante os fatos ocorridos na sociedade que ela, a Constituição, ampara.

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

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

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

são os integrantes da família.

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

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

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

Já que nosso ordenamento utiliza a moral como elemento determinante para a fixação dos impedimentos matrimoniais, também há que entender ético que aqueles que são criados como irmãos entre os quais grassa afetividade por uma série de fatores, por uma vida comum, entre aqueles que se tomam por irmãos de fato, de afeto exista mais que uma amizade, a ponto de gerar efeitos jurídicos. Do contrário, em busca da felicidade pura e simples, ter-se-á que abolir as atuais exigências morais do capítulo matrimonial, aceitando até o jamais permitido.

Aqui se pretende demonstrar a complexa estrutura do tema abordado, conforme múltiplos vínculos e nexos, fonte de inúmeros conflitos que se originam pela sobreposição de regras dos vários subsistemas familiares que se mesclam, e pela ausência de normas adequadas que as orientem.

Entende-se que esta estrutura não pode ser explicada pelo esquema da família nuclear de primeiras uniões, justificando que o direito e o judiciário a contemplem, mesmo que com restrições, afirmando o lugar e os direitos e deveres de cada um de seus integrantes, em especial a possibilidade de casamento entre irmãos de fato, que são criados juntos e encontram-se unidos por uma afetividade parental, incluindo-os na proteção do Estado.

Razão assiste a João Baptista Villela quando afirma que o amor está para o direito de família assim como a vontade está para o direito das obrigações, desde que se abandone a idéia de amor sexual ou carnal, aceitando-se também o amor fraterno, e com ele todos os efeitos jurídicos inerentes.

Conclusão

De acordo com as teorias da origem da família houve um tempo em que o parentesco se firmava não pelo sangue, mas sim pela relação a um mesmo totem (teoria totêmica).

No direito canônico, a maior inovação no que tange ao direito parental foi a criação do parentesco espiritual que resultava do batismo: padrinhos e afilhados eram considerados parentes, tanto que não poderiam contrair matrimônio.

No direito romano, entendia-se possível o estabelecimento de uma relação de parentesco por agnação, onde não era preciso ser parente de sangue, bastando submissão à soberania paterna. Eram, pois, agnatos todos aqueles que, mesmo não descendendo diretamente uns dos outros, pertenciam a uma mesma família, sujeitos ao mesmo paterfamilias.

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

No direito brasileiro, na época em que se tutelava pelas ordenações do reino, no que concerne ao direito parental e também ao direito de família, ambos se fundamentavam no direito canônico, havendo poucas mudanças e, para efeitos civis, as relações de parentesco eram contadas até o décimo grau quanto à linha colateral ou transversal.

Sob a égide do Código Civil de 1916, o ordenamento pátrio teve como grande característica ser individualista e fundamentalmente patriarcal, fundando-se o direito parental exclusivamente na lei.

O direito comparado começou a sinalizar para o rompimento da relação de parentesco e a origem biológica, indicando que outras fontes de parentesco eram admitidas, divergentes da consangüinidade.

O novo Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.593, classifica a relação jurídica de parentesco conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

A expressão “ou outra origem” abre a possibilidade do estabelecimento do vínculo de parentesco para além da consangüinidade, podendo-se chegar até a parentalidade pela afetividade, como já demonstrado.

Como a própria história da evolução jurídica manipulou e manipula o entendimento e aceitação do vínculo jurídico do parentesco, facilitado se tornou moldá-lo às exigências da família recomposta. Se desde o direito romano ele já era visto apartado do vínculo de sangue, presentes outros requisitos ficou fácil vislumbrá-lo, firmado por lei ou exclusivamente pela afetividade, no seio da família recomposta.

Como dizia J.J. Rousseau, “o assunto é inteiramente novo: está ainda por achar definição da lei”. Em que pese opinião de Jean Cruet de que “o direito não domina a sociedade, exprime-a”, aceitar passivamente o concreto reconhecimento desta relação de parentalidade, mas alheia ao ordenamento, é um contra-senso.

Claro que por força de lei, os colaterais afins se restringem aos irmãos do outro cônjuge, no entanto, o cerceamento do parentesco por afinidade na colateralidade no âmbito deste estudo mostrou-se inamotivada e inadequadamente restrito. E, se é possível aceitar a existência de estabelecimento de relações jurídicas pela afetividade, e se o princípio da dignidade humana admite, como posto, uma pluralidade de formas de família, famílias parentais são criadas por uma parentalidade afetiva e efetiva, que estende o vínculo de parentesco na colateralidade por afinidade, incluindo neste os irmãos-afins nas famílias recompostas.

Os processos sociais de adaptação da família, neste seu errante caminho de modificações em nome do atendimento aos clamores da sociedade, confrontam-se por vezes com variáveis, e, no caso da família recomposta, aí estão. Se o direito canônico partia do princípio da exogamia, ou seja, baseado no tabu do incesto, proibia-se o que vulnerava a ordem familiar. Se a Igreja, em determinada época, quis a afinidade paralela ao parentesco e a ele equiparada, chegando à máxima de que onde houvesse parentesco haveria afinidade, criaram-se, inclusive, outras espécies de afinidade. Se em retrocesso no Código Civil de 1916 a única forma de ser estabelecida a afinidade era através do matrimônio, o Código Civil de 2002 estendeu a relação parental de afinidade à relação jurídica originada na união estável.

Portanto, ao se considerar como entidade familiar um número maior do que os elencados no artigo 226, parágrafos 3º e 4º da Constituição Federal, abriu-se também a possibilidade de a eles estender-se a incidência de parentalidade por afinidade pela afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Como já sedimentado que as relações familiares entre pais, mães, filhos e irmãos, hoje devem ser consideradas muito mais que relações puramente genéticas, devendo-se levar em conta o carinho, o amor e os sentimentos que constituem as relações parentais (solidariedade). Como a disciplina jurídica das relações de parentesco entre pais e filhos não atende, exclusivamente, quer a valores biológicos, quer a juízos sociológicos, “é uma moldura a ser preenchida”, não com meros conceitos jurídicos ou abstrações, mas com vida, na qual pessoas espelham sentimentos, a alteração da concepção jurídica de família conduz necessariamente à mudança da ordenação jurídica do parentesco. O estudo aponta para a nova parentalidade, na qual o papel da afetividade é imenso.

Se a adoção cria parentesco por força exclusiva da lei, e se o parentesco por afinidade também nada mais é do que um parentesco civil, a questão se prende quase que exclusivamente à extensão do entendimento do conceito de parentesco por afinidade.

Se, como demonstrado, temos multiplicidade de formas de família, incluindo-se nesta pluralidade a família recomposta; se o afeto somado a outros requisitos pode gerar parentalidade como faz na paternidade socioafetiva; se o melhor interesse do menor é princípio constitucional promotor da dignidade da pessoa humana, tem-se que dois indivíduos filhos de pais distintos, porém recasados entre si, criados sobre o mesmo ambiente social-familiar e que, pela afetividade venham a estabelecer uma posição de referência mútua, são irmãos-afins.

Referências Bibliográficas:

ALVES, Leandro Barreto Moreira. A função social da família. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre: Síntese IBDFAM, vol. 39, 2007

BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, t.II, 2003.

BRASIL. Código Civil Lei Federal nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

CHERLIN; FUSTEMBERG JR., apud GROSAN ALCORTA apud GRISARD FILHO, Waldir.

- Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: Afeto, ética, família e o novo código civil. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. Direito de Família e o novo Código Civil. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (coords.). 2. ed., 2. tir., Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- _____. Novos tempos, novos termos. In: Boletim IBDFAM Instituto Brasileiro de Direito de Família nº 24 ano 4 jan./fev. 2004. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- _____. Era uma vez... Belo Horizonte, 2003. Disponível em <<http://www.ibdfam.com.br/trabalhos>>. Acesso em 25 fev. 2004.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. v. 5: direito de família. 18. ed. aum. e atual., de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. O estado atual do biodireito, 2. ed., São Paulo Saraiva, 2002.
- _____. Código civil anotado. 3. ed. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. Curso de direito civil brasileiro. 18. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ESPANHA. Código civil espanhol. Valencia: Tirant lo blanch/textos legales. 8. ed. anotada y concordada, 2004.
- FIÚZA, César. Direito Civil: curso completo. 3. ed., 2. tir., rev., atual., e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família e o novo código civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- _____. et GUERRA, Leandro dos Santos. A função social da família. In: Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre: Síntese IBDFAM, vol. 39, 2007.
- GRISARD FILHO, Waldir. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: Afeto, ética, família e o novo código civil. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). Direito de família e psicanálise rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. A monografia jurídica, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Família e solidariedade, In: Boletim IBDFAM, nº 43, ano 7, mar./abr., 2007.
- MACHADO, Lia Zanota. A nova família. Revista Época de 29 de dezembro de 2003. São Paulo: Ed. Globo.
- MENDONÇA, Jacy de Souza. Princípios e diretrizes do novo código civil. In: Inovações do novo código civil, São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito de família. Campinas: Bookseller, 2001.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

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

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

_____. Afeto, ética e família no novo código civil brasileiro. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família (no prelo). Belo Horizonte: IBDFAM Del Rey, 2003.

PAULO, João. Quanto menos família melhor. In: Boletim IBDFAM Instituto Brasileiro de Direito de Família nº 24 ano 4 jan./fev. 2004. Porto Alegre: Síntese, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e cidadania: o novo CCB e a “vacatio legis”. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: IBDFAM Del Rey, 2002.

_____. A vitória da ética sobre a moral. Afeto, a ética no Direito de Família. Del Rey Revista Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, nº 8: 5-8, 2002.

_____. Família, Direitos Humanos, psicanálise e inclusão social. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). Direito de família e psicanálise rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 5.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direitos de família. Campinas: Russel Ed., 2003.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Promulgada em 1976.

_____. Código civil. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

REALE, Miguel. Visão geral do novo código civil. Academia Paulista de Letras. 29/11/2001

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil Direito de Família. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

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

SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do trabalho científico. São Paulo: Cortez Ed., 2000.

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

THÉRY. In: MEULDERS-KLEIN; THÉRY (Dir.). Les recomposicions familiales aujourd'hui, apud GRISARD FILHO. Waldir. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: Afeto, ética, família e o novo código civil. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade, Separata da Revista da faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, ano 27, nº21, maio de 1979.

_____. VILLELA, João Baptista. Apud BARBOSA, Águida Arruda et GROENINGA, Giselle Câmara. A concorrência sucessória e a aplicação nos conflitos familiares In: Revista brasileira de direito de família, IBDFAM: SÍNTESE, Porto Alegre, v.7, n. 29, abr./mai., 2005, p. 157.

VISHER, Emily B.; VISHER, John S. Stepfamilies: a guide to working with stepparents e stepchildren. Califórnia USA: Brunner/Manzel, 1070 APUD GRISARD FILHO, Waldir. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: Afeto, ética, família e o novo código civil. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

WAGNER, Adriana. A nova família. Revista Época de 29 de dezembro de 2003. São Paulo: Ed. Globo.

WALD, Arnaldo. Curso de direito civil: O novo direito de família, São Paulo: Saraiva, 2002.