

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

RACHEL PEREIRA DA COSTA NOGUEIRA

**OS IRMÃOS SOCIOAFETIVOS E A ANAPARENTALIDADE COMO ENTIDADE
FAMILIAR**

RECIFE

2012

RACHEL PEREIRA DA COSTA NOGUEIRA

**OS IRMÃOS SOCIOAFETIVOS E A ANAPARENTALIDADE COMO ENTIDADE
FAMILIAR**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientadora: Prof^ª. Ms. Renata Othon Lacerda de
Andrade

RECIFE

2012

Nogueira, Rachel Pereira da Costa

Os irmãos socioafetivos e a anaparentalidade como entidade familiar. / Rachel Pereira da Costa Nogueira. – Recife: O Autor, 2012.

48 f.

Orientador(a): Prof^ª. Ms. Renata Othon Lacerda de Andrade

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã.

Trabalho de conclusão de curso, 2012.

Inclui bibliografia.

1. Afetividade. 2. Família anaparental. 3. Possibilidade jurídica. I. Título.

**34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas
TCC 2012-711**

Rachel Pereira da Costa Nogueira

**OS IRMÃOS SOCIOAFETIVOS E A ANAPARENTALIDADE COMO ENTIDADE
FAMILIAR**

DEFESA PÚBLICA em Recife, _____ de _____ de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientadora: Prof^a. Ms. Renata Othon Lacerda de Andrade

1º. Examinador: Prof^{o(a)}.

2º Examinador: Prof^{o(a)}.

RECIFE

2012

Dedico esta àqueles que encontram na afetividade a mais nobre causa para se unir em forma de entidade familiar, inspirados pela tentativa de amenizar o espaço vazio gerado pela ausência.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida e por me proporcionar saúde para a concretização de mais um objetivo.

Ao meu esposo, fonte de amor, inspiração e estímulo, por todo o apoio dispensado ao longo dessa caminhada, sempre ajudando a me manter perseverante na conquista de meus ideais.

Aos meus pais, ela já não mais em matéria, mas em contínua sintonia espiritual, dando prosseguimento à força que sempre me deram juntos, para que eu realizasse todos os meus sonhos.

Aos meus irmãos e amigos, que, junto comigo, acreditam na possibilidade de estarmos sempre evoluindo.

Por fim, à Prof.^a Renata de Andrade, pela acessibilidade, disposição, conhecimento, atenção e amizade sempre presentes em sala de aula e ao longo de toda a orientação desta monografia.

“É pelo nosso amor-próprio que o amor nos seduz. Como resistir a um sentimento que embeleza o que temos, que nos restitui o que perdemos e nos dá o que não temos!” (Sébastien-Roch Chamfort)

RESUMO

A sociedade contempla, atualmente, o fenômeno da afetividade nas relações familiares, consequência da constante evolução em suas formas de convivência, por meio da qual o caráter biológico de família passou a conviver com o elemento afetivo, tornando-a também detentora de um caráter cultural. O surgimento da família anaparental é consequência dessas novas formas de convivência, a que se dá o nome de entidades familiares, havendo, no tipo ora estudado, ausência total da figura dos pais. Esta pesquisa demonstra a possibilidade jurídica desse tipo de entidade familiar, que não consta explicitamente em nossa Constituição Federal. Tendo como base esse contexto sociojurídico, associado ao atual Código Civil, a problemática do direito a alimentos e à sucessão daqueles que constituem uma família anaparental foi analisada por meio de pesquisa bibliográfica, com o anseio de efetivação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, tão almejado pela nossa Lei Maior.

Palavras-chave: afetividade; família anaparental; possibilidade jurídica.

ABSTRACT

The society looks now the phenomenon of emotion in family relationships, a consequence of the constant evolution in their ways of living, through which the biological character of the family went to live with the emotional element, making it also holds a cultural. The appearance of a family anaparental is a consequence of these new forms of coexistence, which gives the name of a family unit there, the type studied here in, the total absence of parental figures. This research demonstrates the possibility of such legal entity family, which does not appear explicitly in our Federal Constitution. Based on this social juridical context associated with the current Civil Code, the issue of right to food and the succession of those who constitute a family anaparental was analyzed by means of literature, with the yearning for realization of the fundamental principle of human dignity, so desired by our highest law.

Keywords: emotion; family anaparental; legal possibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 CONCEITO DE FAMÍLIA	11
1.1 Evolução como resultado de constantes mutações em suas diferentes manifestações fáticas de convivência	11
1.2 Afetividade: conceito determinante	13
CAPÍTULO 2 TIPOS DE ENTIDADES FAMILIARES PRESENTES NA SOCIEDADE BRASILEIRA	17
2.1 Entidades familiares na Constituição Federal de 1988	17
2.2 Família Anaparental	21
CAPÍTULO 3 OS IRMÃOS SOCIOAFETIVOS E OS EFEITOS DO SEU RECONHECIMENTO JURÍDICO	29
3.1 Irmãos socioafetivos	29
3.2 Direito a alimentos	34
3.3 Direitos sucessórios	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

A configuração de família tem sofrido significativas alterações ao longo dos tempos, contemplando o fenômeno da afetividade em suas relações. O caráter biológico da família, nos dias atuais, convive harmonicamente com o elemento afetivo, o que demonstra a adaptação da mesma às variações em sua formação, que não mais segue a exclusividade de concepção provinda do matrimônio.

No âmbito dessas alterações de configuração familiar, tem-se a família anaparental, caracterizada pela ausência total dos pais, como no caso de irmãos que vivem juntos, sejam estes de sangue, ou socioafetivos, em consequência de morte ou abandono dos pais. A possibilidade jurídica desse tipo de família é questão interpretativa, que não vem a ser *contra legem*, já que a Constituição Federal não se utiliza de termos excludentes, apresentando um rol de entidades familiares meramente exemplificativo, não encerrando qualquer espécie de *numerus clausus*.

Conceder legitimidade à família anaparental significa, em termos de consequências jurídicas, alterar a ordem de vocação hereditária e do regime de alimentos definidos pelo diploma civil. Porém, diante do reconhecimento jurídico desse tipo de entidade familiar, surge como problemática os seus efeitos patrimoniais. Com a finalidade de encontrar possíveis soluções a essa problemática, esta pesquisa segue um sequenciamento lógico de informações, contendo posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Inicialmente, apresenta-se o conceito de família, destacando a sua evolução como resultado de constantes mutações em suas diferentes manifestações fáticas de convivência, por meio do surgimento da afetividade como elemento determinante na identificação das entidades familiares, em detrimento da antiga concepção jurídica baseada exclusivamente no matrimônio.

Em seguida, atenta-se para os tipos de entidades familiares presentes em nossa sociedade, advindos dessas constantes mutações, sejam elas apresentadas de forma explícitas, ou implícitas, em nossa Constituição Federal, expondo conceito e caracterizações, com enfoque no objeto da pesquisa, que é a família anaparental, e com a explanação de sua possibilidade jurídica.

Na sequência, discute-se a problemática dos possíveis efeitos patrimoniais da família anaparental, destacando-se o direito a alimentos e os direitos sucessórios daqueles que se inserem nesse tipo de entidade familiar.

Por fim, conclui-se que a evolução da família e as consequentes mutações em suas formações proporcionaram o surgimento de entidades que, pelo seu caráter plúrimo, abarcam distintas e variadas formações, onde se insere plenamente a família anaparental, demonstrando que a família não deve ser considerada apenas como valor em si mesma, mas como comunidade disposta a funcionalizar a proteção e o desenvolvimento daqueles que a integram.

Dessa forma, os indivíduos que constituem a família anaparental são inseridos com integridade na sociedade, o que demonstra uma forma de proporcionar à efetivação da dignidade da pessoa humana, que é um dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988, levando o Estado a regular o direito no âmbito da atual realidade social.

CAPÍTULO 1 CONCEITO DE FAMÍLIA

1.1 Evolução como resultado de constantes mutações em suas diferentes manifestações fáticas de convivência

A família, além de se constituir como um fato natural, constitui-se também como um fato cultural, que acompanha a evolução humana desde os seus primórdios, com as suas mais variadas características apresentadas ao longo dos tempos, de acordo com o lugar ou época estudados, servindo de suporte para o desenvolvimento de diversas civilizações.

Segundo Engels (1984), a família consiste em elemento ativo, dinâmico e que passou de uma forma inferior para uma forma superior, à medida que a sociedade evoluiu.

Em tempos primitivos, não havia regras de ordem moral e havia a chamada promiscuidade primitiva, na qual todos os homens pertenciam a todas as mulheres e todas as mulheres pertenciam a todos os homens, onde se praticava o matrimônio por grupos. Os tipos de famílias advindos desse estado inicial foram, gradativamente, excluindo as relações íntimas entre os parentes mais próximos. No entanto, em um grupo de pessoas promíscuas não se podia determinar os pais de uma criança, mas tão-somente a mãe, através do *gens* (que significa gerar, engendrar, fazer nascer), iniciando-se, assim, o estabelecimento da descendência pelo lado materno. Nas palavras de Engels (1984): “o *gens* formou a base social da maioria, senão da totalidade, dos povos bárbaros do mundo, e dela passamos, na Grécia e em Roma, sem transição, à civilização”.

Com o passar do tempo, formaram-se uniões mais duradouras entre homens e mulheres, sendo reservado somente ao homem o direito à poligamia. A domesticação do gado e a menor necessidade de mudanças de território e saídas à caça aproximou o patriarca de sua família, atribuindo ao mesmo uma postura de proprietário, administrador e chefe de família. É a partir deste ponto que surge o conceito da Família Patriarcal Romana. Sobre tal arranjo familiar, diz Friedrich Engels:

Neste estágio, um homem vive com uma mulher, mas de maneira tal que a poligamia e a infidelidade ocasional constituíam direitos dos homens, embora a poligamia seja raramente observada por causas econômicas. Ao mesmo tempo, exige-se a mais rigorosa fidelidade por parte das mulheres enquanto dure a vida comum, sendo o adultério destas cruelmente castigado. O vínculo conjugal, todavia,

dissolve-se com facilidade por uma ou por outra parte, e depois, como antes, os filhos pertencem exclusivamente à mãe. (ENGELS, 1984, p.49)

A família, então, passou a ter uma função um pouco diferente da de outrora. A família monogâmica tinha agora o objetivo de privilegiar a sucessão e a manutenção do patriarcalismo. O direito do homem à infidelidade agora é institucionalizado, enquanto se a mulher se mostrar infiel, é castigada de forma muito mais cruel e brutal que em qualquer momento anterior.

Em Roma, o *paterfamilias*, o ascendente mais velho, detinha plena autoridade sobre o círculo familiar, tendo a mulher uma postura bastante submissa, como se constata diante das palavras do doutrinador Caio Mário:

O *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía a justiça. Exercia sobre os filhos o direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia em *loco filiae*, totalmente submetida à autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade, não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio* perpétua que se justificava *propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral. (PEREIRA, 2004, p.26)

Devido às constantes guerras de que os romanos participavam, a autoridade do *pater* foi sendo abrandada, fazendo com que, gradativamente, a figura dos outros membros familiares também fosse respeitada.

Na Idade Média, o direito canônico regia as relações de família, sendo o casamento religioso a única forma de constituição familiar conhecida. Esta ideia de família sacralizada, fruto do direito romano, influenciou o modelo familiar consagrado no Código Civil brasileiro de 1916. (FACHIN, 2001)

No período da colonização brasileira, a ausência de um sistema jurídico unitário e positivado, aliada à hostilidade do processo de colonização em razão da fusão de culturas e ao fato do direito português ser extremamente influenciado pelo direito canônico, ensejou uma maior aproximação da igreja ao ambiente familiar. Desse modo, tendo em vista a característica cartorial da colônia, por influência direta de Portugal, dono de um maquinário estatal essencialmente burocrático e de um funcionalismo público túrgido, excessivamente

oneroso ao erário público, a igreja passou a efetuar os registros de nascimentos, casamentos e óbitos em livros eclesiásticos que regulavam o ser e o estar em família. (FACHIN, 2001)

Após a Proclamação da República, o Brasil se tornou um estado laico, e por este motivo, o casamento religioso não gerava mais efeitos civis. Após a Constituição de 1934, em movimento contrário, o casamento religioso retornou a ter efeitos civis.

Até a Constituição de 1988, a família brasileira era patriarcal, patrimonialista, matrimonial e excludente, posto que era constitucionalmente vedada a legitimação de outros arranjos familiares distintos da união matrimonial entre o homem e a mulher.

A Carta Política de 1988 trouxe um avanço no direito de família por meio do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o qual protege, além do instituto familiar, os sujeitos que a compõem.

É nesse contexto que se destaca o elemento afetivo nas relações familiares, juntamente com o destaque da mulher também como provedora, com funções semelhantes às do homem, modificando a família de modo que ela adquira uma característica mais nuclear, restrita ao casal e a sua prole. Nesse sentido, Maria Berenice Dias preleciona:

Acabou a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo da família, que migrou para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Existe uma nova concepção de família, formada por laços afetivos de carinho, de amor. (DIAS, 2006, p.26).

A sociedade caminha em busca de uma concepção de família cada vez mais liberal; porém, ainda encontrando resistência de muitos aplicadores do direito, provando que a religião e os seus resquícios estão bem presentes, influenciando o comportamento da sociedade, com seus valores morais, rígidos, que propiciam o conservadorismo e, em alguns casos, a hipocrisia.

1.2 Afetividade: conceito determinante

Na sociedade brasileira contemporânea, o casamento não é mais visto como o único meio de constituição de família. O patriarcalismo e o autoritarismo, tão fortemente presentes em Roma e muito tempo no Brasil, que tanto valorizou o instituto familiar, justificado por si

só, em detrimento da própria pessoa humana que a integrava, foram abandonados. Preleciona, neste sentido, Cristiano Chaves:

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário, e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora. (FARIAS, 2007, p.04).

Muitos afirmam que se vivencia, hoje, uma crise da família. No entanto, o que está acontecendo é uma readaptação da mesma às mutações vividas pela sociedade. Toda a evolução do conceito de família deixa claro que as alterações em sua formação são fenômenos naturais diante de toda essa evolução.

A adoção, a posse do estado de filho, a igualdade entre os filhos não importando a origem e o próprio reconhecimento das uniões estáveis e das famílias monoparentais como entidades familiares, confirmam inequivocamente que o direito de família adotou a afetividade como princípio basilar e norteador, a qual tem uma forte ligação com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, dignidade esta que constitui o núcleo de qualquer direito fundamental.

Na família atual, destacam-se as relações humanas como fundamento entre os que a constituem, em lugar da intenção patrimonial anteriormente adotada, valorizando a sua função afetiva, e conservando-a como refúgio e proteção contra as pressões econômicas e sociais da vida moderna. Esse sentimento que origina as novas entidades familiares assume caráter essencial para que as mesmas se mantenham firmes, abrindo espaço para valoração de outras características até então desconsideradas, como assim constatamos nas palavras de Paulo Lôbo:

[...] a família atual parte de princípios básicos, de conteúdo mutante segundo as vicissitudes históricas, culturais e políticas: a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a afetividade. Sem eles é impossível compreendê-la.

[...]

Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unidas por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida não hierarquizada. (Lôbo, 1989)

A afetividade está presente nas relações estabelecidas pelo homem consigo mesmo e com os demais seres. Assim como a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi uma resposta aos horrores praticados pelo homem contra seus iguais no período da Segunda Guerra Mundial e no pós-guerra, a alusão à afetividade como princípio jurídico é uma resposta ao Código Civil de 1916. Princípio esse que, ao ser complementado pelo da continuidade das relações familiares, forma vínculos permanentes, como no caso da relação entre pais e filhos estabelecida na socioafetividade, que não está condicionada à duração do afeto, já que este representa elemento estático formador de uma composição dinâmica, detidora de muitos outros sentimentos, que é a afetividade. Por isso mesmo, faz o alerta Geraldo José Ballone (2006, pág. 01) “para entender a Afetividade é necessário compreendermos também alguns elementos do mundo psíquico: as Representações, as Vivências, as Reações Vivenciais e os Sentimentos”.

Já o afeto está relacionado diretamente aos sentimentos, às emoções, que estão sendo sentidos, do que propriamente à correlação entre os mundos externo e interno, as representações e as vivências, que estão compreendidas na afetividade. Esse também é o pensamento de Paulo Lôbo:

Por outro lado, a afetividade sob o ponto de vista jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, este de ocorrência real necessária. O direito, todavia, converteu a afetividade em princípio jurídico, que tem força normativa, impondo dever e obrigação aos membros da família, ainda que na realidade existencial entre eles tenha desaparecido o afeto. Assim, pode haver desafeto entre pai e filho, mas o direito impõe o dever de afetividade.

Como vínculo jurídico, a afetividade se distingue dos demais vínculos (obrigacional, patrimonial ou societário), afinal, na família não há fim econômico (estes, quando ocorrem, se dão sempre de forma derivada, como no dever de alimentos entre parentes ou no estabelecimento do regime de bens entre os cônjuges), porém seus integrantes jamais poderão ser tomados como sócios ou associados. A afetividade passa a ser um axioma, em busca da igualdade substancial, e não mais formal, efetivando o respeito às diferenças individuais, desempenhando importante papel para a construção ou a reestruturação da personalidade de cada um. Quando o respeito à pessoa, à sua identidade, à sua individualidade e às suas aspirações começa a ser observado, gera uma preocupação não somente de desejar, mas de promover o bem-estar dos entes familiares.

Passa, então, o respeito a permear, de modo mais intenso e expressivo, as relações na dinâmica familiar, não mais como uma forma de subjugar, de impor, mas de considerar o outro nas suas diversas manifestações. O novo conceito de família aponta para uma acepção muito mais exigente, constituindo-se em ambiente que deve favorecer o pleno desenvolvimento dos indivíduos que a compõem.

Nesse sentido, os membros de uma família passam a viver em espírito de solidariedade e cooperação, buscando auxílio recíproco, promovendo a realização pessoal daqueles com quem dividem o espaço mais íntimo e privado. Dentro dessa nova ótica de interação, a família estruturada sob a orientação afetiva encontra ambiente favorável ao desenvolvimento de potencialidades, à formação integral da pessoa, uma vez que, construída sobre o cuidado, o respeito, o afeto e o amor - palavras semanticamente próximas - passam a merecer especial conteúdo valorativo na perspectiva da família constitucionalizada contemporânea. Valoriza-se cada vez mais a pessoa humana, na qualidade singular que somente a ela é inerente. Elevam-se os direitos da personalidade - decorrência natural da dignidade humana a aspectos merecedores de inigualável tutela -, que, erigidos à categoria de valor, colocam o homem no vértice do ordenamento jurídico, que se lança a oferecer uma tutela cada vez mais ampla aos direitos da personalidade, já que, pela sua diversidade, reclama cada vez mais por nova tutela.

Trata-se da cláusula geral de tutela da personalidade, como assim expõe SCHREIBER (2007), que visa proteger os direitos existenciais, entendidos como aqueles inerentes à pessoa humana, compreendendo o amplo universo de interesses relativos à pessoa e a sua dignidade, abrangendo todo o espectro de direitos concernentes à personalidade humana. Assegura, ainda, proteção aos interesses existenciais, entendidos como aqueles inerentes à pessoa, que, protegidos pela Constituição, passam a merecer, sob o foco da visão constitucional do Direito Civil, especialíssima tutela.

Portanto, apresentando-se, hoje, a família como instituto que visa à proteção dos seres humanos que a integram e não mais como entidade indissolúvel, patrimonialista, que servia mais ao Estado do que aos seus componentes, e estando presente a afetividade como princípio basilar do direito de família, cumpre definir adiante, dentre os diferentes tipos de entidades familiares presentes em nossa sociedade, um arranjo familiar nunca previsto expressamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, que é a família anaparental.

CAPÍTULO 2 TIPOS DE ENTIDADES FAMILIARES PRESENTES NA SOCIEDADE BRASILEIRA

2.1 Entidades familiares na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 expõe modificações no conceito de família, cujo disciplinamento está elencado no Título VII – Da Ordem Social – Capítulo VII: Da Família, Da Criança, Do Adolescente e Do Idoso, artigos 226 a 230, onde estão enumeradas, de forma explícita, a família decorrente do casamento, da união estável e a família monoparental.

Implicitamente, a Carta Magna apresenta o casamento com uma convenção social e apresenta a família como consequência de um fato cultural, configurando o pluralismo das entidades familiares como uma das mais importantes de suas inovações no âmbito do Direito de Família, que não se encerra no rol exemplificativo do artigo 226, por não se utilizar de termos excludentes em seu texto, como assim defendem as correntes doutrinárias de Maria Berenice Dias (2006) e Paulo Luiz Netto Lôbo (2007). Para este último, deve-se destacar alguns aspectos da Constituição de 1988:

- a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições, explícita ou implicitamente tutelada pela Constituição;
- a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeitos 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 natureza exclusivamente biológica;
- consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos;
- afirma-se a liberdade de construir, manter e extinguir a entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal;
- a família configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros. (LÔBO, 2007)

Percebe-se, diante das observações do citado autor, que o atual texto constitucional representa uma ruptura de padrões com a introdução de diferentes paradigmas voltados para uma nova e mais abrangente percepção da família, não necessariamente elencadas na Constituição, abrangendo tipos de famílias desmatrimonializadas, que, segundo Luiz Edson Fachin, representam “ninhos sem moldura”. Ao incluir outras entidades familiares, além da

constituída pelo casamento, foi introduzido um conceito plural de família, absorvendo elementos da realidade e requerimentos da sociedade. No Direito de Família, a ordenação jurídica ocasionou a supremacia do coletivo sobre o individual. Segundo a doutrina majoritária, a família de hoje vai além dos limites de uma simples concepção formal, para se constituir como um núcleo socioafetivo, que tem como objetivo a realização de seus membros, de acordo com os ditames do princípio da dignidade da pessoa humana, como consagrado no primeiro artigo da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil [...] tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana”.

A atual Carta Política ocasionou o que a doutrina chama de “constitucionalização do Direito Civil”, gerando, conseqüentemente, a constitucionalização do Direito de Família, onde os artigos do Código Civil que tratam da regulamentação da família, assim como os demais, devem ser interpretados de acordo com a Constituição Federal, ocasionando unidade hermenêutica, e conduzindo a uma profunda transformação no Direito de Família. Com base nesse aspecto e sobre a Constituição de 1988, assim expõe Paulo Lôbo:

[...] operou-se a mais radical transformação no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução ‘constituída pelo casamento’ (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional ‘família’, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. (LÔBO, 2007)

Antes do atual texto constitucional ser promulgado, já surgia, em diversas áreas do conhecimento, uma forte expansão do conceito de entidade familiar, visto que a Antropologia, a Sociologia, a Psicologia e a Demografia já consideravam o casamento como uma, dentre várias outras, modalidades de família. O convívio com avós, irmãos, meio irmãos, madrasta, filhos do padrasto são desafios comuns a crianças, jovens e adultos na atualidade. As configurações familiares estão se modificando ou pelo menos se multiplicando em famílias separadas, recasadas, monoparentais, socioafetivas e homoafetivas. Esses novos formatos de relações familiares trazem desafios para as áreas da Psicologia, da Assistência Social, da Saúde, do Direito e da Educação.

Para Elizabeth Zambrano (2006), da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a parentalidade homossexual, travesti e transexual traz para a psicanálise a necessidade de incluir todas as possibilidades dentro do seu corpo teórico, relativizando a ideia de serem dependentes da diferença dos sexos a subjetivação e a construção do simbólico. O Direito

também é desafiado a acompanhar as novas configurações familiares, reconhecendo novas formas de relações familiares, de conjugalidade e de filiação, não as deixando à margem da proteção do Estado.

As políticas públicas também vêm alterando os conceitos de família com os quais trabalham, acompanhando as práticas da sociedade. O Estatuto da Criança e do Adolescente entende por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, considerando também a família extensa, formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. A lei que institui o programa Bolsa Família (Lei nº 10.836/04) considera, em seu artigo primeiro, família como “a unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco ou afinidade, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e que se mantém pela contribuição de seus membros”.

Por meio da PNAD – Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio, presente nos registros do doutrinador Paulo Lôbo, percebe-se que o casamento não é mais visto com exclusividade como modelo de família legalmente constituído, já que a análise dos dados do IBGE identifica pelo menos onze ‘unidades de vivência’ presentes na atual realidade brasileira, como exposto abaixo:

- a) par andrógono, sob regime de casamento, com filhos biológicos;
- b) par andrógono, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrelevam os laços de afetividade;
- c) par andrógono, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
- d) par andrógono, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos, ou apenas adotivos (união estável);
- e) pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental);
- f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos, ou apenas adotivos (comunidade monoparental);
- g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais;
- h) pessoas sem laço de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;
- j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos;
- k) comunidade afetiva formada com ‘filhos de criação’, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular. (LÔBO, 2007)

Todas essas entidades citadas acima serão consideradas como famílias, se apresentarem, na forma de relacionamento entre os que as constituem, as características da

afetividade (elemento fundamental e final da entidade, excluindo o elemento econômico como definidor), da estabilidade (representando união duradoura, não eventual e com comunhão de vida) e da ostensibilidade (expressando-se publicamente como entidade familiar).

Estando presentes tais características, não haverá dúvida da existência de algum dos tipos das entidades familiares citados acima, não se admitindo qualquer tipo de diferenciação ou hierarquização entre elas, já que o legislador constituinte bem explicitou a nova ótica valorativa constitucional, quando disciplinou a pluralidade de entidades familiares, impedindo qualquer forma de tratamento desigual entre elas. Dessa forma, não se admite qualquer interpretação que privilegie uma entidade familiar em detrimento de outra.

Nos termos da Constituição Federal de 1988, tendo como gênero família, várias espécies são aceitas, demonstrando a liberdade atribuída aos indivíduos, para constituírem a sua formação familiar da forma que lhes convier. Com base na interpretação fundada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da afetividade, é assegurada a igualdade entre as diferentes modalidades de família, já que os princípios constitucionais consistem no fundamento maior de toda interpretação, pois formam um conjunto de regras que espelham os postulados básicos e os fins da Constituição.

Segundo o autor José Afonso da Silva (1993), a dignidade da pessoa humana consiste em “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana serve como sustentação a todos os demais princípios que norteiam e fundamentam as variadas formas de relações familiares. Na sociedade pós-moderna, sobretudo com o prestígio de que desfruta o princípio da dignidade da pessoa humana, a afetividade torna-se um imperativo à convivência em família. Em razão das muitas transformações sociais e do crescente movimento no sentido de humanização, a família evoluiu, e a convivência sob o foco da família constitucionalizada passou a requerer cada vez mais cuidado e respeito, já que os direitos da personalidade se mostraram em franca expansão, surgindo a cada dia novas nuances e manifestações desses inesgotáveis direitos.

Esse crescente movimento de valorização da pessoa, segundo Barcellos (2008, p. 122-126), desenvolveu-se em quatro fases: a era cristã, o Movimento Iluminista-Humanista, as obras de Kant e o momento pós-guerra, em que se constata o flagrante desrespeito à pessoa, sobretudo no ato de dizimação dos judeus pelos alemães.

A partir de então, a afetividade e o respeito à pessoa humana, rumo à promoção de sua dignidade, assumem novos contornos ditados pelos direitos humanos. Notadamente no Brasil, a ordem constitucional inaugurada em 1988 o exige, já que esse é o momento a partir

do qual a dignidade da pessoa passa a integrar os fundamentos deste Estado Democrático de Direito, consagrada logo no primeiro artigo da Constituição Federal, o que demonstra sua precedência interpretativa (ROSENVALD, 2007, p. 35). O respeito como decorrência da afetividade, grande aspiração de cumprimento dos ideais da dignidade humana, se torna então um valor jurídico cujo consectário imediato é o cuidado.

O princípio da liberdade dá às pessoas o direito de escolha na formação, manutenção e administração da entidade familiar que melhor atenda aos seus anseios de satisfação pessoal, felicidade e desenvolvimento da personalidade, sem limitações externas. A todo e qualquer tipo de relação familiar é assegurada a proteção do Estado, já que as normas elencadas na Constituição são autoaplicáveis, não dependendo, assim, de regulamentação. A ausência de lei que regulamente qualquer das modalidades de família não impede sua existência, nem tampouco, sua proteção legal.

O princípio da igualdade se vincula substancialmente à concepção de Estado Democrático de Direito, onde o direito implica um instrumento de defesa e de garantias fundamentais, externo e por ele assegurado, aparecendo a igualdade como um valor primordial de justificação e legitimação dos direitos fundamentais. Trata-se de norma supraconstitucional, consistindo em princípio, direito e garantia, e para a qual todas as demais normas devem obediência.

A afetividade vem sendo destacada pela doutrina como um sentimento que, extrapolando a intimidade familiar, passou a assumir importância externa, a ponto de ingressar no meio jurídico na condição de princípio.

A recorrência aos princípios constitucionais se afigura, assim, como o suporte legal e hierarquicamente prioritário, suficiente para a consideração da família, qualquer que seja ela, como dotada dos direitos atribuídos às entidades familiares constitucionalizadas, quer implícita, quer explicitamente.

2.2 Família Anaparental

A família anaparental é uma entidade familiar ainda não consagrada de forma expressa na Constituição Federal Brasileira, que surge por meio de variados arranjos familiares vividos nos tempos atuais, como, por exemplo, irmãos consanguíneos ou socioafetivos, que passam a viver juntos com a ausência dos pais, seja pelo falecimento ou

abandono destes, dentre outras situações que incluem, até mesmo, pessoas sem nenhum vínculo sanguíneo.

É um tipo de entidade familiar bem diferente do conceito tradicional de família oriunda de um casamento, o que justifica a sua ausência na legislação brasileira até a Constituição Federal de 1988. Porém, com a promulgação da Carta Política vigente, o princípio da socioafetividade, elemento determinante para caracterização desse tipo de entidade familiar, adquiriu status de direito fundamental. Esse princípio aparece no texto constitucional por meio de algumas referências, que, diante de uma interpretação sistemática, leva-nos ao mesmo, o que demonstra a existência de princípios implícitos na Constituição, decorrentes de seu sistema.

A Constituição não mais apresenta o casamento como único meio de formação familiar, que, juntamente com a consideração igualitária dada aos filhos, independentemente de suas origens, e com o advento do divórcio direto ou a livre dissolução da união estável, expressam a intenção do texto constitucional em considerar como valor essencial das relações familiares o interesse afetivo, ou melhor, a comunhão de amor entre os seus membros, sejam estes pais e filhos, irmãos, parentes ou até mesmo amigos. É o que se pode compreender ao analisar os artigos 226 e 227 da Constituição Federal, que assim diz:

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

[...]

§ 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.

[...]

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

[...] (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988) (grifo nosso)

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

[...]

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º - 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.

[...] (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

A legislação infraconstitucional também atribui a determinados grupos sociais a qualidade de entidades familiares para determinados fins legais, como a Lei nº 8.425/91, que trata de locação de imóveis urbanos, com relação à proteção da família, que inclui todos os residentes que vivam na dependência econômica do locatário; assim como a Lei nº 8.009/90, que traz a proteção de impenhorabilidade ao bem de família, bem destacando o uso da expressão ‘entidade familiar’ como forma de abranger os diferentes tipos de famílias existentes.

Dentre os doutrinadores, alguns ainda defendem a tese de que o rol do artigo 226 é taxativo, incluindo somente as famílias monoparental, além daquelas oriundas do casamento ou ainda da união estável. E, ainda há quem entenda também haver uma hierarquia entre essas famílias, por estar a oriunda do casamento em posição superior às demais, em virtude da expressão contida no § 3º do aludido artigo, que trata da facilitação da conversão da união estável em casamento. Com isso, para os que assim entendem, há primazia do casamento, concebido como modelo de família, o que afasta a igualdade entre os tipos, devendo a união estável e a entidade monoparental receberem tutela jurídica limitada.

No entanto, é importante considerar que interpretações literais do ordenamento jurídico-positivo não são capazes de captar a realidade afetivo-familiar em toda sua inteireza. É necessária a compatibilização da regra com o conjunto de princípios e normas em que está inserida, além da realidade social e cultural que a envolve.

Porém, uma outra parte da doutrina entende não haver essa hierarquia entre os tipos de entidade familiar, já que, pelo Princípio da Liberdade e da Dignidade da Pessoa Humana, a liberdade de escolha e de constituição da família deve corresponder às necessidades e à realização existencial daqueles que a formam, existindo igualdade entre os três tipos expressos na atual Constituição Federal, não havendo primazia do casamento, e não podendo o legislador definir qual a melhor e mais adequada. Ressaltando o Princípio da Liberdade, C. Massimo Bianca (2001), tomando como base o sistema jurídico italiano, ressalta que “a necessidade da família como interesse essencial da pessoa se especifica na liberdade e na solidariedade do núcleo familiar”, e define liberdade do núcleo familiar como “liberdade do sujeito de constituir a família segundo a sua própria escolha e como liberdade de nela desenvolver a própria personalidade”.

Diante do Princípio da Liberdade e da Dignidade da Pessoa Humana, deve-se delinear o reconhecimento atual, tanto fático, quanto científico, das entidades familiares, através de uma hermenêutica extensiva da legislação disponível, no sentido de vislumbrar o

direito à constituição familiar para além do *numerus clausus* legal positivado. Nesse sentido, expõe Paulo Lôbo:

[...] O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstituiu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução "a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos". A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. (LÔBO, 2007)

Interpretar as normas constitucionais significa compreender, investigar o conteúdo semântico dos enunciados linguísticos que formam o texto constitucional. Como ensina J. J. Gomes Canotilho (1994), “toda a norma é significativa, mas o significado não constitui um dado prévio; é sim, o resultado da tarefa interpretativa”.

Além da interpretação sistemática e teleológica dos preceitos constitucionais, outros critérios também reforçam o seu entendimento; porém, devem estar totalmente desvinculados de amarras pré-constituídas, como modo de comportamento, preconceitos, tradição e barreiras linguísticas que inibem a visualização de interpretações implícitas em nosso texto constitucional vigente.

Ainda segundo a doutrina do constitucionalista lusitano Gomes Canotilho (1994), de acordo com o que ele expõe ao que se refere de “princípio da máxima efetividade” (ou “princípio da eficiência”, ou “princípio da interpretação efetiva”), o intérprete deve atribuir à norma constitucional o sentido que lhe dê maior eficácia, mais ampla efetividade social. Embora a origem desse princípio esteja ligada à eficácia das normas programáticas, é hoje princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, sendo, sobretudo, invocado no âmbito dos direitos fundamentais, quando, em caso de dúvida, deve-se preferir a interpretação que lhes reconheça maior eficácia.

Também seguindo essa direção da interpretação ampla, Carlos Maximiliano (2006) indica três critérios hermenêuticos aliados a essa forma de interpretação, que podem ser associados ao que vem expresso em nossa Constituição Federal. O primeiro critério é o fato de que cada disposição se estende a todos os casos que, por paridade de motivos, devem ser considerados enquadrados no conceito, o que nos permite incluir tanto as entidades explícitas, como as implícitas do caput do artigo 226 do texto constitucional no conceito amplo de família, de acordo com a paridade de motivos. O segundo critério expõe que quando a norma

estatui sobre um assunto como princípio ou origem, suas disposições se aplicam a tudo o que do mesmo assunto deriva lógica e necessariamente, o que nos leva a entender que a referência à família presente em nosso texto constitucional tem sentido de princípio ou origem, devendo ser aplicado a todos os tipos que dela derivam lógica e necessariamente. Por fim, o terceiro critério informa que as normas feitas para “abolir ou remediar males, dificuldades, injustiças, ônus, gravames”, devem ser interpretadas amplamente, ao que se filia a ausência de restrições do conceito de família expresso no artigo 226 da Magna Carta, que excluiu as discriminações e injustiças presentes nas Constituições brasileiras anteriores a que hoje vigora. Portanto, o que não está expresso na norma constitucional não pode ser considerado pelo intérprete ou legislador infraconstitucional, principalmente para inibir interpretações que venham a ampliar e fortalecer a aplicação de princípios fundamentais garantidores do exercício da dignidade humana.

O que delinea, hoje, uma base familiar é a convivência afetiva das pessoas, que deve gerar efeitos na órbita do Direito de Família, para além deste ou daquele posicionamento ideológico, sociocultural específico ou religioso. É a perspectiva de vida em comum, aliada à convivência respeitosa e afetivamente estável que diferencia a família dos demais agrupamentos humanos. Portanto, formado por seres humanos que se amam, para além de qualquer restrição discriminatória, o grupo familiar já estará sob a chancela protetora da nova ordem constitucional, a partir da sistemática do referido artigo 226, em sintonia com a base principiológica da Constituição Federal, que tem na dignidade da pessoa humana o seu eixo central de sustentação.

Diante de todo o avanço vivido pela sociedade atual, seja na área tecnológica, na educação, na economia, nas relações sociais, houve mudanças nos costumes e formas de relacionamentos entre as pessoas, sejam estes interpessoais ou intrapessoais, fazendo surgir esses novos tipos de arranjos familiares condizentes com essa nova caracterização dos tipos de entidades familiares. Dentro desse contexto, destacando os aspectos que envolvem o processo de avanço da sociedade atual, expõe Carlos Boucault:

Os segmentos acadêmicos e científicos vêm incorporando os conceitos similares de globalização, mundialização, internacionalização, em face da nova sistemática de escoamento da produção pelas empresas internacionais, favorecendo o fluxo de capitais e de circulação de pessoas, as quais, estimuladas por novas possibilidades de sobrevivência, que vão desde a fuga de conflitos militares até o interesse em investimentos financeiros no exterior, intensificam os níveis migratórios pelos continentes (BOUCAULT, 2002).

A vontade de conviver em união com outras pessoas, tendo a afetividade como motivo para que essa união se estabeleça, independente do seu tipo de formação, ensejou o que Maria C.C. Brauner e Taysa Schiocchet denominam de “diversidade habitacional” (BRAUNER, SCHIOCCHET, 2005, p.320), influenciada pela circulação de capitais, pelo crescimento das empresas multinacionais, pela evolução dos meios de transporte e pela conseqüente diminuição da distância entre as diversas regiões do planeta. Portanto, toda essa mudança sociocultural pela qual a sociedade vem passando, conduz a um anseio de preenchimento das lacunas geradas por essas mudanças, como a busca de relacionamentos interpessoais concretos e harmônicos, já que muitos são levados a constituírem novas formações familiares, seja por motivo de abandono ou morte dos parentes do núcleo familiar, seja pela necessidade de afastamento desse núcleo, em busca de melhores condições de vida em ambientes mais propícios ao desenvolvimento profissional e pessoal.

Porém, é importante frisar que, para que esses novos tipos de arranjos familiares sejam caracterizados como família, além daquelas elencadas expressamente na Constituição Federal, como é o caso da família anaparental, é necessário que estejam, obrigatoriamente, presentes três características essenciais a sua consideração como tal: a afetividade, como fundamento e finalidade, com desconsideração do fator econômico; a estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida, de amor e de interesse afetivo; e a ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que assim se apresente publicamente. Portanto, é preciso haver o *animus* de constituir família, com a disposição para disfrutar dos seus direitos e cumprir com os seus deveres.

A jurisprudência, apesar das proibições que as Constituições anteriores traziam, criou um meio de proteger, ao menos patrimonialmente, as famílias distintas das provindas do casamento. Assim, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 380, que assim diz: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum". Isso demonstrou uma evidente adaptação da jurisprudência às mutações sociais, avançando mais rapidamente que a legislação, impondo fim, por meio dessa súmula, a muitas questões dramáticas oriundas da dissolução de relações afetivas.

Porém, com a promulgação da Constituição de 1988, a aplicação da referida súmula passou a ser mais prejudicial que benéfica, pois as famílias eram tidas como sociedades de fato e, por este motivo, as lides eram resolvidas no âmbito das varas cíveis, como uma relação obrigacional, patrimonial, comum. Sobre isso, assim expõe Paulo Lôbo:

Todavia, o que era um avanço, ante a regra de exclusão das entidades familiares, fora do casamento, converteu-se em atraso quando a Súmula continuou a ser utilizada após a Constituição de 1988. Note-se que até mesmo para uma das entidades familiares por ela explicitadas, a união estável, continuou sendo aplicada a Súmula, como se não fosse família e devesse ser considerada uma relação patrimonial, até o advento da Lei nº 8.971/94. Houve necessidade de a Lei nº 9.278/96 dizer o óbvio, a saber, as questões relativas à união estável deveriam ser decididas nas varas de família, pois tratavam-se de relações de família (LÔBO, 2007).

O entendimento do STJ a respeito do tema tem sido no sentido de ampliar o conceito tradicional de família. Como exemplo, tem-se a família “single”, composta por apenas um indivíduo, que foi considerada como entidade familiar e recebeu a proteção da Lei 8.009/90, contrariando muitos magistrados que não atribuíam o direito de gozar da proteção do bem de família aos que moram sozinhos, desconsiderando, principalmente, os ditames do princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Assim é o acórdão que amplia o conceito de família na íntegra:

EMENTA CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1.O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, destarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência.

2.Recurso especial conhecido e provido. (STJ, 5ª T., REsp. nº 205.170/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 06.12.99)

Em outro julgado o STJ também reconhece como entidade familiar para fins de aplicação da lei do bem de família a família anaparental, ora estudada:

EMENTA EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEI Nº 8.009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMILIA. 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 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. Recurso conhecido e provido. (STJ, 4ª T., REsp 159.851/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 22.06.1998)

É notória, diante dos acima citados e muitos outros julgados, a evolução da jurisprudência em relação ao reconhecimento de entidades familiares encontradas implicitamente na Constituição Federal, como é o caso da família anaparental, com forte tendência à pacificação dessa questão, levando-nos a entrar na seara das questões práticas relacionadas aos efeitos do reconhecimento jurídico dos irmãos socioafetivos que constituem esse tipo de família, enfatizando o direito alimentício e o direito sucessório.

CAPÍTULO 3 OS IRMÃOS SOCIOAFETIVOS E OS EFEITOS DO SEU RECONHECIMENTO JURÍDICO

3.1 Irmãos socioafetivos

O parentesco socioafetivo, em regra, decorre do reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, gerando todos os efeitos pessoais e patrimoniais que lhe são inerentes. O seu reconhecimento também ocorre em outra linha ou grau, como a colateral de segundo grau, no caso dos irmãos.

A socioafetividade é uma situação fática, caracterizada pelos aspectos social e afetivo, com vínculo que se externa mediante *reputatio* (fama), *nominativo* (nome) e *tractatus* (tratamento), de forma permanente, que se mantêm mesmo com o fim da afetividade, por se constituírem na convivência em sociedade. Com esses três requisitos, ela será considerada um dos critérios para reconhecimento do vínculo de parentesco de ‘outra origem’, a que se refere o artigo 1.593, do Código Civil, transcrito abaixo:

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou **outra origem**. (CÓDIGO CIVIL, 2002) (grifo nosso)

O nome não apresenta grande relevância, já que a criança pode não portar o sobrenome de seus pais. Porém, o filho deve ser tratado como tal, recebendo de seus pais educação, carinho e assistência, mantendo uma relação paterno-filial notável perante a sociedade. O Código Civil de 2002, não prevê de forma expressa que o estado de filho afetivo, bem como seus elementos caracterizadores, sirva como prova da filiação socioafetiva. Entretanto, o seu artigo 1.605 consagra de forma bem sutil a posse de estado de filho como prova da filiação no caso de falta ou defeito do termo do nascimento, como expresso abaixo:

Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:
I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;
II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos. (CÓDIGO CIVIL, 2002)

A posse de estado de filho, elemento caracterizador da paternidade socioafetiva, é decorrente da função de pai e/ou mãe, bem como do querer ser filho de alguém, estando presente o carinho, o respeito e a convivência. A paternidade se faz, constrói-se, e esta construção irá refletir na afetividade. Daí a ideia de que o estado de filho afetivo não se dá com o nascimento e sim com a manifestação da vontade. Maria Berenice Dias (2006) destaca que a noção de posse de estado de filho se estabelece num ato de vontade que se sedimenta no terreno da afetividade, questionando tanto a verdade jurídica, quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação. Nesse sentido, faz-se necessária a explanação de um recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando a posição do Tribunal em relação à união socioafetiva entre irmãos:

EMENTA DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PREPONDERÂNCIA DA PRESERVAÇÃO DA ESTABILIDADE FAMILIAR.

A peculiaridade da lide centra-se no pleito formulado por uma irmã em face da outra, por meio do qual se busca anular o assento de nascimento. Para isso, fundamenta seu pedido em alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que, nos termos em que foram descritos os fatos no acórdão recorrido – considerada a sua imutabilidade nesta via recursal –, registrou filha recém-nascida de outrem como sua.

- A par de eventual sofisma na interpretação conferida pelo TJ/SP acerca do disposto no art. 348 do CC/16, em que tanto a falsidade quanto o erro do registro são suficientes para permitir ao investigante vindicar estado contrário ao que resulta do assento de nascimento, subjaz, do cenário fático descrito no acórdão impugnado, a ausência de qualquer vício de consentimento na livre vontade manifestada pela mãe que, mesmo ciente de que a menor não era a ela ligada por vínculo de sangue, reconheceu-a como filha, em decorrência dos laços de afeto que as uniram. Com o foco nessa premissa – a da existência da socioafetividade –, é que a lide deve ser solucionada.

- Vê-se no acórdão recorrido que houve o reconhecimento espontâneo da maternidade, cuja anulação do assento de nascimento da criança somente poderia ocorrer com a presença de prova robusta – de que a mãe teria sido induzida a erro, no sentido de desconhecer a origem genética da criança, ou, então, valendo-se de conduta reprovável e mediante má-fé, declarar como verdadeiro vínculo familiar inexistente. Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar.

- O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descabe imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha. Some-se a esse raciocínio que, no processo julgado, a peculiaridade do fato jurídico morte impede, de qualquer forma,

a sanção do Estado sobre a mãe que reconheceu a filha em razão de vínculo que não nasceu do sangue, mas do afeto.

- Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também “parentescos de outra origem”, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural.

- Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação.

- Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança – hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo – preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.

- Dessa forma, tendo em mente as vicissitudes e elementos fáticos constantes do processo, na peculiar versão conferida pelo TJ/SP, em que se identificou a configuração de verdadeira “adoção à brasileira”, a caracterizar vínculo de filiação construído por meio da convivência e do afeto, acompanhado por tratamento materno-filial, deve ser assegurada judicialmente a perenidade da relação vivida entre mãe e filha. Configurados os elementos componentes do suporte fático da filiação socioafetiva, não se pode questionar sob o argumento da diversidade de origem genética o ato de registro de nascimento da outrora menor estribado na afetividade, tudo com base na doutrina de proteção integral à criança.

- Conquanto a “adoção à brasileira” não se revista da validade própria daquela realizada nos moldes legais, escapando à disciplina estabelecida nos arts. 39 usque 52-D e 165 usque 170 do ECA, há de preponderar-se em hipóteses como a julgada – consideradas as especificidades de cada caso – a preservação da estabilidade familiar, em situação consolidada e amplamente reconhecida no meio social, sem identificação de vício de consentimento ou de má-fé, em que, movida pelos mais nobres sentimentos de humanidade, A. F. V. manifestou a verdadeira intenção de acolher como filha C. F. V., destinando-lhe afeto e cuidados inerentes à maternidade construída e plenamente exercida.

- A garantia de busca da verdade biológica deve ser interpretada de forma correlata às circunstâncias inerentes às investigatórias de paternidade; jamais às negatórias, sob o perigo de se subverter a ordem e a segurança que se quis conferir àquele que investiga sua real identidade.

- Mantém-se o acórdão impugnado, impondo-se a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em descompasso com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar.

Recurso especial não provido. (STJ, 3ª T., REsp. nº 1.000.356/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 25.05.10)

Diante do citado julgado da Ministra Nancy Andrighi, pode-se entender que a afetividade tem caráter subjetivo, que se expõe a partir de um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade de quem um dia declarou à sociedade, em ato solene e de

reconhecimento público, a paternidade/maternidade de uma criança não ligada por consanguinidade, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no acolhimento, cuidado e solidariedade, de ostensiva e duradoura, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar. É importante destacar que as relações fundamentadas na socioafetividade não se limitam apenas a vínculo entre pais e filhos, podendo se estender a qualquer tipo de relação entre pessoas que tenham como fim a solidariedade mútua e o *animus* de constituir família.

No entanto, é necessário ressaltar que a socioafetividade só será reconhecida, para produção de efeitos jurídicos, por meio de sentença, depois de provada a afetividade, que é de natureza subjetiva, e os efeitos sociais, que são de natureza objetiva, sendo estes últimos capazes de autorizarem a declaração do vínculo de parentesco mesmo não mais existindo o afeto.

Presente a convivência, o afeto e a posse do estado de filho, no caso de relação entre pais e filhos, que são os elementos inerentes à filiação socioafetiva, definido está o vínculo socioafetivo e a identidade da prole. A paternidade socioafetiva está relacionada com a afetividade, que engloba sentimentos que se prolongam e se fortalecem a cada dia. Não convém que a relação envolvendo pais e filhos, independentemente do liame biológico, se desconstitua, uma vez que a relação paterna é um fator essencial no desenvolvimento do filho em relação à formação de sua personalidade.

Como exemplos de situações que exemplificam a impossibilidade de desconstituição da filiação socioafetiva, tem-se a adoção à brasileira, onde não cabe a desconstituição do registro, e as ações onde se pleiteia a investigação de paternidade cumulada com anulação do registro civil, cabendo ressaltar que muitas destas ações visam o interesse patrimonial, ou seja, um indivíduo propõe a ação alegando que o outro não tem direito à herança, já que este último foi reconhecido voluntariamente.

Ainda dentro de situações exemplificativas em relação à socioafetividade, no campo do Direito Eleitoral, assim expõe o Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Maranhão, Lourival de Jesus Serejo Sousa:

[...]

Não é possível deixar-se no leito da indiferença uma relação de afeto tão forte como é aquela que existe entre filhos e irmãos de criação.

O Direito, como relação intersubjetiva, não pode desconsiderar que os efeitos culturais da filiação por afeto são tão fortes quanto os da consanguínea, ou, em certos casos, até superam os efeitos desta última. O conceito jurídico indeterminado que se encontra na expressão outra origem, do art. 1.593 do CC deve ter sua

adequação aos casos concretos em que se constata relações de afeto como autênticas manifestações de parentalidade.

No campo do Direito Eleitoral, quando este busca no Direito de Família elementos para corroborar seus julgamentos, já é tempo de considerar-se o afeto com força suficiente para influenciar na teoria da inelegibilidade, a exemplo do avanço protagonizado pelo caso de Viseu (PA). A parentalidade socioafetiva é uma realidade que não poder ser mais desconhecida. (SOUSA, 2005)

A decisão do Tribunal Superior Eleitoral explanada na citação acima é referente ao Recurso Especial nº 24.564, Brasília/DF, de 1º de outubro de 1994, proveniente do Município de Viseu/PA, onde se reconheceu a homoafetividade como forma de entidade familiar ensejadora de inelegibilidade.

O juiz eleitoral de primeira instância havia reconhecido a inelegibilidade ao julgar o pedido de registro de candidatura; porém, o Tribunal Regional Eleitoral do Pará reformou a decisão, esclarecendo que não caberia ao Poder Judiciário, por meio de interpretação analógica, ampliar o rol de inelegibilidades previsto na Constituição. O TSE, em sede de Recurso Especial, reformou o acórdão do TRE/PA, concluindo que pessoas do mesmo sexo que mantivessem relação afetiva estável também se encontrariam submetidas à hipótese constitucional de inelegibilidade reflexa, por não haver distinção entre relações afetivas de natureza homossexual e heterossexual, existindo, nos dois casos, interesses políticos comuns contrários ao dispositivo constitucional que impede a utilização da máquina administrativa e a perpetuação no poder por parte de uma mesma família.

Esse julgado assumiu importância histórica pelo ineditismo do caso sob julgamento, e pelo reconhecimento de entidade familiar existente além das elencadas de forma expressa na Constituição Federal, o que demonstra que o Direito de Família atingiu uma evolução tal, que vem conseguindo disseminar as suas atualizações nas searas pertencentes a outros ramos do Direito, como no caso do Direito Eleitoral, acima citado.

Não poderia ser diferente com o reconhecimento do vínculo existente entre os irmãos socioafetivos, que, depois de comprovada uma relação familiar baseada na afetividade e nos seus efeitos sociais, o reconhecimento jurídico dessa relação vem a representar apenas um sequenciamento lógico desse vínculo.

O parentesco socioafetivo produz todos e os mesmos efeitos do parentesco natural. Dentre esses efeitos, tem-se os de cunho pessoal e os de cunho patrimonial.

Em relação aos efeitos pessoais, pode-se destacar os seguintes:

- a criação do vínculo de parentesco na linha reta e na colateral (até o 4º grau), permitindo a adoção do nome da família e gerando impedimentos na órbita civil, como os

impedimentos para casamento, e pública, como os impedimentos para assunção de determinados cargos públicos;

- a criação do vínculo de afinidade.

A definição do vínculo por afinidade está no art. 1.595 do Código Civil de 2002:

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, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável. (CÓDIGO CIVIL, 2002)

Parentesco é a relação vinculatória existente não só entre pessoas que descendem uma das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre o cônjuge e os parentes de outro e entre adotante e adotado. Afim é o parentesco por afinidade que se estabelece por determinação legal, sendo o liame jurídico estabelecido entre um consorte e os parentes consanguíneos do outro nos limites estabelecidos na lei, desde que decorra de matrimônio válido ou de união estável.

Sob o aspecto patrimonial, no parentesco socioafetivo, são gerados direitos a alimentos e direitos sucessórios, que requerem uma explanação mais detalhada, por ser objeto específico desta pesquisa, sendo explanados nos tópicos seguintes.

3.2 Direito a alimentos

A família, durante muito tempo, foi entendida como primeiro núcleo, formada exclusivamente pelo matrimônio. Pouco interessava os sentimentos e as potencialidades dos que a constituíam, já que o importante era a sobrevivência da própria família, por meio da figura do pai, através de seu trabalho, ficando a mulher e os filhos com o dever de obediência ao chefe de família, funcionando em favor desse núcleo.

Atualmente, a família, à luz do Estado Democrático de Direito, é vista sob o pacto social formado pela colaboração afetiva de todos, surgindo como um núcleo solidário. A Constituição Federal de 1988, no inciso III do seu artigo 1º, proclama a dignidade da pessoa humana, e no seu artigo 3º, a solidariedade social. A solidariedade familiar é um ponto

específico forte, a fim de potencializar tudo o que o ser humano pode atingir em busca da sua felicidade.

Surge, então, a afetividade como elemento impulsionador do funcionamento desse núcleo solidário, antes só considerado através do aspecto biológico. O conceito de alimentos surge a partir da consideração desse núcleo solidário pela Constituição, expressando o modo material, estabelecido em lei, para que possam ser supridas as necessidades físicas, psíquicas e intelectuais dos membros de uma família. A solidariedade se materializa na prestação dos alimentos, passando estes a serem vistos como direito da personalidade, já que não é possível alguém viver com dignidade, desprovido dos alimentos.

Há uma concepção mais tradicional, que considera os alimentos como um vínculo meramente obrigacional. Na Teoria Geral das Obrigações, as fontes obrigacionais são: a vontade (unilateral ou bilateral), o ato ilícito e a lei, e não raro muitos doutrinadores suscitam os alimentos como exemplo de obrigação cuja fonte é a lei, e daí concluem que a natureza jurídica dos alimentos tem essa raiz obrigacional, constituindo um vínculo entre um credor e um devedor, unicamente calcado na expectativa do devedor suprir uma vantagem econômica ao legitimado credor. Há uma desvinculação dos aspectos da personalidade dentro dessa percepção, representando uma concepção liberal e patrimonialista, considerada ultrapassada atualmente. Existem ainda os que consideram como eclética a natureza jurídica dos alimentos, ou seja, ora patrimonial, ora direito da personalidade.

A corrente aceita pelo Superior Tribunal de Justiça é a que considera como menor o aspecto patrimonial, já que não é a vida que deve estar a serviço do patrimônio, e sim o patrimônio que deve servir à vida. É o que se entende diante de um dos julgados recentes do Tribunal exposto a seguir:

EMENTA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. RECURSO ESPECIAL. DÉBITO VENCIDO NO CURSO DA AÇÃO DE ALIMENTOS. VERBA QUE MANTÉM O CARÁTER ALIMENTAR. DESCONTO EM FOLHA. POSSIBILIDADE.

1. Os alimentos decorrem da solidariedade que deve haver entre os membros da família ou parentes, visando garantir a subsistência do alimentando, observadas sua necessidade e a possibilidade do alimentante. Desse modo, a obrigação alimentar tem a finalidade de preservar a vida humana, provendo-a dos meios materiais necessários à sua digna manutenção, ressaíndo nítido o evidente interesse público no seu regular adimplemento.

2. Por um lado, a Súmula 309/STJ, ao orientar que "o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo", deixa límpido que os alimentos vencidos no curso da ação de alimentos ostentam também a natureza de crédito alimentar.

3. Por outro lado, os artigos 16 da Lei 5.478/1968 e 734 do Código de Processo Civil prevêm, preferencialmente, o desconto em folha para satisfação do crédito alimentar. Destarte, não havendo ressalva quanto ao tempo em que perdura o débito

para a efetivação da medida, não é razoável restringir-se o alcance dos comandos normativos para conferir proteção ao devedor de alimentos. Precedente do STJ.

4. É possível, portanto, o desconto em folha de pagamento do devedor de alimentos, inclusive quanto a débito pretérito, contanto que o seja em montante razoável e que não impeça sua própria subsistência.

5. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, 4ª T., REsp. nº 997.515/RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJ 18.10.11)

A Constituição, quando propaga valores humanos, insere a sua função social nas relações de trabalho e de propriedade, nas celebrações dos contratos e na família. Daí esse conceito diverso, a compreender a família na afetividade, levando a entender que o estado de posse de um filho descarta qualquer discussão genética ou biológica, esclarecendo que genitor nem sempre é pai, como também pai nem sempre é genitor.

A prestação de alimentos apresenta diversas características que comprovam a sua natureza jurídica de direito da personalidade, contendo aspectos patrimoniais exclusivamente vinculados à garantia desse direito e da dignidade do credor dos alimentos, como demonstrados a seguir em algumas dessas características:

- Caráter Personalíssimo, Irrenunciabilidade e Impenhorabilidade → apenas a pessoa destinada a receber os alimentos é que pode se beneficiar deles, não admitindo renúncia, cessão, compensação ou penhora (Art. 1.707, Código Civil de 2002);

- Atualidade → os alimentos têm que expressar um valor livre de corrosão inflacionária (Art. 1710, Código Civil de 2002);

- Imprescritibilidade → o direito a postular alimentos não prescreve, mas sim a prestação em atraso, que só poderá ser cobrada até dois anos após o seu vencimento (Arts. 197, II e. 198, I, Código Civil de 2002);

- Transmissibilidade → o dever de prestar alimentos não se transmite, mas a obrigação sim. Se falecido o credor de alimentos, a obrigação se extingue; porém, se falecido o devedor, a obrigação é transmitida aos seus herdeiros (Art. 1700, Código Civil de 2002).

O deferimento do pedido de alimentos está associado à existência de um vínculo jurídico que torne legítima a instituição da obrigação. O artigo 1.694 do Código Civil expõe que são devidos alimentos entre parentes, ex-cônjuges e ex-companheiros, permitindo o pleito de alimentos não só em razão de um vínculo de consanguinidade, mas, também, em razão de um vínculo de afetividade.

A ausência de regras específicas que tratem das famílias não elencadas explicitamente no rol do artigo 226 da Constituição Federal dificulta o seu reconhecimento

jurídico, trazendo como consequência a falta de proteção jurídica aos integrantes desses arranjos familiares.

Com o intuito de preencher essa lacuna existente em nosso ordenamento jurídico, o aplicador do direito pode se utilizar dos métodos de integração da norma jurídica, fazendo menção, nesse aspecto, ao dogma da completude, como expõe Norberto Bobbio:

O dogma da completude, isto é, o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade, foi dominante, e o é em parte até agora, na teoria jurídica européia de origem romana. Por alguns é considerado um dos aspectos salientes do positivismo jurídico. [...] Concluindo, a completude é uma condição necessária para os ordenamentos em que valem estas duas regras: 1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem ao seu exame; 2) deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema (BOBBIO, 1995).

Diante da leitura do artigo 126 do Código de Processo Civil é possível concluir que o ordenamento jurídico pátrio impõe o julgamento das lides com fundamento em normas existentes em seu sistema, concluindo-se, portanto, que a teoria jurídica do ordenamento brasileiro abarcou o dogma da completude. Assim expõe o citado artigo:

“O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 1973)

Com isso, existindo lacuna normativa, deve-se utilizar o sistema de integração da norma jurídica, com a finalidade de manter o sistema completo e coeso, condição essencial para a perpetuação do monopólio do direito por parte do Estado (BOBBIO, 1995, p.121). A Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, em seu art. 4º dispõe que: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Ao se permitir o uso da analogia como forma de preenchimento de lacunas existentes no direito, tem-se a possibilidade de equiparação, para fins jurídicos, da família anaparental à união estável, já que ambas nascem de uma relação de convivência ostensiva e duradoura.

Portanto, existe a possibilidade do pedido de alimentos ao ex-convivente na hipótese de dissolução da família anaparental. Nesse sentido, Maria Berenice Dias entende que “ainda que inexista qualquer conotação de ordem sexual, a convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar, por analogia, as disposições que tratam do casamento e da união estável” (DIAS, 2006, p.44). Concordando com o entendimento da desembargadora tão somente no que tange a aplicação analógica das disposições que tratam da união estável, já que, assim como a família anaparental, nasce de uma relação no plano fático. Esse esclarecimento se faz necessário, pois, em certos momentos, são aplicadas regras distintas às duas espécies de entidades familiares, interessando-nos o regramento aplicável ao da união estável.

No caso de uma família formada por dois irmãos, vindo um deles, após o fim da convivência e, em razão dela, a passar por situação de dificuldades financeiras que atinja gravemente a sua dignidade, o primeiro obrigado a prestar alimentos é o outro irmão ex-convivente, seja consanguíneo ou socioafetivo. Caso este não tenha condições de adimplir com a obrigação, os parentes consanguíneos serão chamados, de acordo com a ordem instituída no artigo 1.697 do Código Civil de 2002, o qual diz que “na falta de ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais” (CÓDIGO CIVIL, 2002). Assim como aconteceria, caso a família anaparental fosse constituída por pessoas sem vínculo de paternidade/maternidade, como uma família formada por duas ou mais amigas. Se o convívio anaparental se constituir de mais de duas pessoas, podendo incluir parentes e não parentes, a exemplo de três amigas ou dois irmãos e dois amigos, deve-se aplicar o regra do artigo 1.698 do Código Civil:

Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide. (CÓDIGO CIVIL, 2002)

Porém, os alimentos devem ser prestados até que o alimentado possa se restabelecer financeiramente ou se insira em outra família, seguindo o artigo 1.708, *caput*, do mesmo Código, o qual expõe que “com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos” (CÓDIGO CIVIL, 2002).

Diante da própria natureza jurídica do direito a alimentos, o mesmo não pode ser negado ao integrante da família anaparental, pois se estaria confrontando com os princípios

constitucionais fundamentais, não garantindo a efetivação da igualdade e da dignidade da pessoa humana, princípios basilares dos anseios constitucionais.

O Estado e o Direito podem e devem tutelar fatos como a prestação de alimentos entre irmãos socioafetivos, ou entre quaisquer outros membros de família anaparental, sejam consanguíneos ou unidos por afetividade, demonstrando a sua adaptação às mudanças ocorridas nas relações sociais e ao seu constante exercício de manter protegida a pessoa humana em sua dignidade.

3.3 Direitos sucessórios

O Direito Sucessório é um ramo de estudo onde o homem encontra a possibilidade de transcender o fim da vida, já que as relações jurídicas do *de cuius* permanecem após a sua morte, com a sua continuidade na pessoa do seu sucessor universal.

Além dos interesses privados, a sucessão também desperta o interesse do Estado, que não tem interesse na perda da capacidade do indivíduo em produzir e poupar a sua herança, por saber que a mesma não poderia ser passada para os sucessores, protegendo, com isso a família e sua própria economia.

A herança se transfere, num primeiro momento, dentro da família, por meio da sucessão legítima, seguindo uma ordem de sucessores estabelecida pelo legislador, seja com ou sem cumprimento do testamento (forma de sucessão que decorre do ato de última vontade do falecido).

Com a corporificação da família, nasceu a propriedade privada, momento em que surgiu também o direito de sucessões, já que esta jamais existiria enquanto a propriedade fosse coletiva, pertencente a um grupo social, o que impediria a transmissão individual do patrimônio do *de cuius*.

O patrimônio pode conter bens materiais ou imateriais, mas sempre com valor econômico, formado por direitos reais e obrigacionais, além de ativos e passivos, envolvendo, com isso, outros ramos do direito, como o das obrigações.

Como o direito sucessório está estritamente ligado ao direito de família, como já citado acima, em virtude do surgimento da propriedade privada, faz-se necessário explanar como se comporta a sucessão no âmbito das relações anaparentais, objeto desta pesquisa.

Valendo-se do mesmo raciocínio utilizado na análise do direito a alimentos, faz-se também, na análise dos direitos sucessórios entre irmãos socioafetivos e na anaparentalidade em geral, uma equiparação entre a união estável e a família anaparental. Segue-se, portanto, a mesma permissão do uso da analogia como forma de preenchimento de lacunas existentes no direito, por não haver legislação específica vigente que trate desse tipo de entidade familiar não apresentado de forma explícita na Constituição, sendo forma de integração para preenchimento dessa lacuna, como bem expõe Calouste Gulbenkian:

Entendemos por analogia a transposição de uma regra, dada na lei para hipótese legal (A), ou para hipóteses semelhantes, numa outra hipótese (B), não regulada em lei, semelhante àquela. A transposição funda-se em que, devido à sua semelhança, ambas as hipóteses legais hão de ser identicamente valoradas nos aspectos decisivos para a valoração legal; quer dizer, funda-se na exigência da justiça de tratar igualmente aquilo que é igual. [...] As duas situações de fato serem semelhantes entre si significa que concordam em alguns aspectos, mas não noutros. Se concordassem absolutamente em todos os aspectos quer hão de ser tomados em consideração, então seriam iguais. Por essa razão as previsões legais podem não ser absolutamente iguais nem desiguais entre si; mas têm de concordar precisamente os aspectos decisivos para a valoração jurídica. (GULBENKIAN, 1997)

Por meio dessa forma de integração, equipara-se, para fins jurídicos, a família anaparental à união estável, já que ambas nascem de uma relação de convivência afetiva, ostensiva e duradoura. Com base nisso, é importante citar o artigo 1.723 do Código Civil de 2002: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

É importante destacar a necessidade, por meio de sentença, do reconhecimento da família anaparental, para que surjam os seus efeitos patrimoniais, depois de comprovada a afetividade entre os que a constituem, que é de natureza subjetiva, e os efeitos sociais, que são de natureza objetiva, sendo estes últimos capazes de autorizarem a declaração do vínculo de parentesco mesmo não mais existindo o afeto.

Aplicando-se analogicamente o art. 1.790 do Código Civil de 2002, o integrante da família anaparental sobrevivente assumirá, neste raciocínio, a posição sucessória do companheiro. Com isso, se dois irmãos, consanguíneos ou socioafetivos, convivem formando uma entidade familiar anaparental, compartilhando vidas, incluindo nelas patrimônio, vindo um deles a falecer, o sobrevivente participará da sucessão em relação aos bens adquiridos de forma onerosa na constância desse convívio.

Porém, se o *de cuius* deixar ascendentes de segundo grau e/ou outros irmãos, além daquele com quem conviveu, este concorrerá com aqueles, nos termos do art. 1.790, III, ainda do Código Civil, tendo direito a um terço da herança. Só terá direito à totalidade da herança, se não houver nenhum parente apto na linha de sucessão.

Há ainda a possibilidade do *de cuius* deixar descendentes e cônjuge não separado de fato há mais de dois anos, o que exclui o irmão convivente da linha sucessória, já que a relação, nesse caso, é matrimonial. Porém, se comprovada a convivência longa e duradoura do irmão convivente com a família do *de cuius*, esse irmão deveria dispor pelo menos do direito real de habitação, enquanto não pudesse prover a sua própria subsistência, com fundamento em uma interpretação analógica do artigo 1.831 do Código Civil, e com base em recente julgado, conforme exposto abaixo:

UNIÃO ESTÁVEL. PRESENÇA DOS ELEMENTOS INSCULPIDOS NO ART. 1.723 DO CC. GARANTIA DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO À COMPANHEIRA SOBREVIVENTE.

Presentes os elementos legais insculpidos no art. 1.723 do Código Civil, permitindo o reconhecimento da união estável entre o casal, deve-se garantir à companheira sobrevivente o direito real de habitação, quer por analogia à regra aplicada ao casamento, quer por incidência do comando expresso no art. 7º, parágrafo único da Lei n. 9.278/96. (TJ SC, 5ª Câmara de Direito Civil, Apelação Cível **2007.053056-6**, Rel. **Des. Sônia Maria Schmitz**, DJ 14.12.11)

Demonstra-se, com isso, que o irmão integrante de família anaparental que sobrevive, compartilhou com o *de cuius* os mesmos anseios de constituição familiar baseada na afetividade, que também legitimam uma relação de união estável, excluindo, evidentemente, o caráter sexual desse tipo de união. Por isso, não pode o Estado se negar a conceder os mesmos direitos sucessórios a relações familiares tão semelhantes em seus anseios, que se concentram no cuidado, na solidariedade e na vontade expressa de querer ser família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta pesquisa, foi demonstrada a evolução da família e as consequentes modificações em suas formações, proporcionando o surgimento de entidades que, pelo seu caráter plúrimo, abarcam distintas e variadas formações, onde se insere plenamente a família anaparental.

Essas modificações são importantes para o ordenamento jurídico brasileiro, à medida que, diante do reconhecimento das relações socioafetivas como entidades familiares, trazem segurança jurídica a esse tipo de relações, proporcionando direitos aos que as constituem, como o de alimentos e o sucessório.

Em relação à evolução da família, demonstrou-se a grande transformação ocorrida em suas características. Partiu-se de uma realidade patriarcal e matrimonial, onde a mulher era totalmente submissa ao poder de mando do marido, que detinha o poder familiar, e os filhos só eram reconhecidos se advindos do casamento, única forma de manutenção desse tipo de entidade familiar, até então indissolúvel, onde os sentimentos e anseios pessoais dos que a formavam não dispunham de qualquer tipo de consideração. Com o surgimento de leis específicas e, principalmente, com o advento da Constituição Federal de 1988, chegou-se ao que hoje se tem como entidade familiar, onde a família representa o centro de realização pessoal dos que a compõe, baseado nos princípios da solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Em virtude da consideração desses princípios, destacou-se o fato da Constituição Federal de 1988 reconhecer novos tipos de entidades familiares, seja de forma explícita em seu texto, como no caso da união estável e das famílias monoparentais, ou mesmo de forma implícita, não mais considerando apenas aquelas advindas do casamento ou de laços de consanguinidade, como é o caso da família anaparental, solidificada em laços de afetividade. Porém, não havendo qualquer tipo de hierarquização entre os tipos de entidades familiares explícitos ou implícitos no texto constitucional.

O reconhecimento desses novos tipos de entidades familiares pela Constituição Federal de 1988 trouxe modificações na órbita de outros ramos do Direito, além do Constitucional, principalmente no Direito de Família, onde, além do reconhecimento de uniões até então discriminadas, e dos filhos provenientes destas, houve absorção do elemento afetividade como fundamento para formação dessas novas relações familiares, que, por meio de interpretação analógica, são vistas com a mesma legitimação das famílias elencadas de

forma expressa na Constituição Federal de 1988, desde que se apresentem com o *animus* de constituir família e que tenham na afetividade e na solidariedade as razões para o convívio familiar.

A jurisprudência já atua de forma tal, que conduz a reformulações na legislação brasileira vigente, pois é cada vez mais presente nos julgados dos mais variados Tribunais a consideração da afetividade como elemento definidor de relações familiares socioafetivas, equiparando-as às demais filiações, ocasionando direitos e deveres, tanto na esfera moral, quanto na esfera patrimonial, como no caso do direito a alimentos e do direito sucessório entre os que constituem esses novos tipos de relações familiares.

Isso demonstra que a família não mais deve ser considerada apenas como valor em si mesma, mas como comunidade disposta a funcionalizar a proteção e o desenvolvimento daqueles que a integram.

O Direito, numa tutela social bem mais abrangente que outrora, adapta-se a essa nova realidade cultural brasileira, legitimando e regulamentando a repersonalização das relações familiares, onde não mais se convive em família apenas em virtude de condição biológica, mas também por opção de compartilhar sentimentos e afinidades que aproximam indivíduos que buscam na afetividade e na solidariedade as razões para a efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tão disseminado nos anseios do texto constitucional vigente na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de. **O princípio da afetividade no direito de filiação brasileiro: Um novo modelo de atribuição de paternidade**. 2006. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, 380 p.

BIANCA, C. Massimo. **Diritto Civile**. 3. ed., v. 2., Milano, A. Giuffrè, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1995, p. 146.

BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. **Psicologias: Uma introdução ao estudo de Psicologia**. 14. ed. São Paulo, 2008.

BOUCAULT, Carlos. Multiculturalismo e direito de família nas normas de direito internacional privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e Cidadania: O novo CCB e a vacatio legis**. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p.163-172.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; SCHIOCCHET, Taysa. O reconhecimento jurídico das uniões estáveis homoafetivas no direito de família brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coords.). **Questões controvertidas no direito de família e sucessões**. 3 V. São Paulo: Método, 2005, p. 315-334.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 205.170. Locação. Bem de família. Móveis guarnecedores da residência. Impenhorabilidade. Relator: Min. Gilson Dipp. Julgamento: 06 de dezembro de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/consultas/processos>>. Acesso em: 19 abr. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.000.356. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 25 de maio de 2010. Disponível em: <<http://wwwstj.jus.br/consultas/processos>>. Acesso em: 02 mai. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 997.515 Execução de alimentos. Desconto em folha. Possibilidade. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Julgamento:

18 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/consultas/processos>>. Acesso em: 02 mai. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2007.053056-6. **GARANTIA DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO À COMPANHEIRA SOBREVIVENTE**. Relatora: Desa. Sônia Maria Schmitz. Julgamento: 14 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 02 mai. 2012.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. **Afetividade como fundamento na parentalidade responsável**. IBDFAM, 24 mar. 2010. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso em: 03 mar. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAROSI, Eliane Goulart Martins. **O Valor Jurídico do Afeto na Atual Ordem Civil-Constitucional Brasileira**. IBDFAM, 12 ago. 2010. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso em: 03 mar. 2012.

Cf. Diritto Civile, v.2, Milano, Giuffrè, 1989, p. 15.

Cf. Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 204.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Traduzido por: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.

DIAS, Maria Berenice. A discriminação sob a ótica do Direito. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 13, Síntese, p. 05-12, abr-jun. 2002.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Traduzido por Jose Silveira Paes. São Paulo: Global, 1984.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Safe, 1992.

_____. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Elementos críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

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

FÉRES-CARNEIRO, Terezinha. **Casamento contemporâneo: o difícil convívio da individualidade com a conjugalidade**. *Psicol. Reflex. Crit.* [on line]. V. 11, n. 2, 1998.

FÉRES-CARNEIRO, Terezinha; MAGALHÃES, Andrea Seixas. **Novas configurações familiares e as repercussões em psicoterapia de família**. *Revista Brasileira de Psicoterapia*, 10(2), p. 7-16, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GULBENKIAN, Calouste. **Metodologia da Ciência do Direito**. Traduzido por José Lamego. Lisboa, 1997.

LACERDA, Carmem Sílvia Maurício de. **Monoparentalidade: um fenômeno em expansão**. 2006. 193 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2006.

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

_____. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>. Acesso em 13 de fevereiro de 2012.

_____. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula 301-STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1036, abr. 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed., Forense, 2006, 342 p.

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

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Lei de Alimentos Comentada**. São Paulo: Saraiva, 1993.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

OTONI, **Fernanda Aparecida Corrêa**. **A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior**. IBDFAM, 29 set. 2010. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso em: 03 mar. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. 5V. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Direito Civil: Alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A família – estruturação jurídica e psíquica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. **Direito de família: Uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Família, infância e juventude. Os desafios do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, 1.ed., 2. tiragem, 222 p.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007, 262 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SOARES, Ronner Botelho. **Novas perspectivas para o Direito de Família brasileiro: um olhar voltado para o Estatuto das Famílias**. IBDFAM, 04 abr. 2011. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso em: 03 mar. 2012.

SOUSA, Lourival de Jesus Serejo. **Filhos e irmãos de criação: parentesco por afetividade e sua repercussão no Direito Eleitoral**. Disponível em: http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impreso. Acesso em 08 de maio de 2012.

TRIBST, Fernanda. **As novas entidades familiares**. IBDFAM, 28 out. 2010. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso em: 03 mar. 2012.

VALADARES, Maria Goreth Macedo. **Os meus, os seus e os nossos: As famílias mosaico e seus efeitos jurídicos**. IBDFAM, 24 mar. 2010. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso em: 03 mar. 2012.

VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. V. 7. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ZAMBRANO, Elizabeth. **Parentalidades “impensáveis”:** pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. *Revista Horizontes Antropológicos*. Porto Alegre, ano 12, n. 26, p. 123-147, jul./dez. 2006.