

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

FAMÍLIAS MONOPARENTAIS: A AUSÊNCIA DE
LEGISLAÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Amanda Cavalcante Ferverença

Presidente Prudente/SP

2003

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

FAMÍLIAS MONOPARENTAIS: A AUSÊNCIA DE
LEGISLAÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Amanda Cavalcante Ferverença

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do grau
de Bacharel em Direito, sob a orientação do
Dr. Francisco Tadeu Pelim.

Presidente Prudente/SP

2003

**FAMÍLIAS MONOPARENTAIS: A AUSÊNCIA DE
LEGISLAÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

**Trabalho de conclusão de curso
aprovado como requisito parcial
para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.**

Francisco Tadeu Pelim
Orientador

Jefferson Fernandes Negri
1º Examinador

Sandro Marcos de Godoy
2º Examinador

Presidente Prudente, 03 de dezembro de 2003.

“A Sabedoria de Deus, desconhecendo as limitações de tempo e espaço, que nos afligem, aguarda apenas que se manifestem em nós bom ânimo em abrir o coração aos seus ensinamentos”.

D. Torrieri Guimarães.

Dedicatória

Ao meu namorado Tibério:

“Você se fez presente em todos os momentos firmes ou trêmulos. E passo a passo, fez-me sentir a segurança necessária para enfrentar meu caminho a seguir ... A sua presença é qualquer coisa como a luz e a vida ... e eu sinto que em meu gosto existe o seu gosto, e em minha voz a sua voz”.

Vinícius de Moraes.

AGRADECIMENTOS

A **Deus**, pela segurança, paz e conforme que me dá em todos os dias da minha vida.

Aos meus pais, **Luiz Roberto e Maria Luiza**, que com amor incondicional se dedicaram a mim e a minha educação.

Ao meu orientador Prof. Dr. **Tadeu**, que aceitou prontamente o convite para ser meu orientador neste trabalho monográfico, auxiliando-me em tudo quanto foi necessário.

Aos Drs. **Jefferson e Sandro**, que aceitaram gentilmente participar da banca examinadora deste presente trabalho sem exitar.

As minhas amigas **Elisângela Sayuri Tateisi e Ana Paula Fonseca de Lima** pela sinceridade e apoio prestado durante todos estes anos de curso.

Aos **meus demais amigos e àqueles** que, de algum modo, me auxiliaram indiretamente neste trabalho.

RESUMO

Ao abordar o tema, a autora utiliza uma metodologia qualitativa, fazendo uso do método dedutivo, partindo de um contexto geral da teoria do direito de família e seus pressupostos, para a especificação das famílias monoparentais.

Através de uma pesquisa eminentemente bibliográfica, o presente trabalho se propõe a debater os argumentos que fundamentam a existência das famílias monoparentais e para tal propósito, são analisados ensinamentos abrangendo as áreas de Direito Constitucional, de Direito Civil, especificamente o Direito de Família.

No desenvolvimento do trabalho estabelecemos as várias espécies de famílias monoparentais, sua origem e problemas decorrentes da ausência de legislação civil no ordenamento brasileiro.

Traz este trabalho monográfico, as opiniões mais recentes de doutrinadores, procurando apresentar uma visão atual sobre as alterações do tema desde sua origem no Brasil com a Constituição de 1.988.

Desta forma, após análise de doutrinas, jurisprudências e legislações, conclui que inexistente na legislação civil brasileira qualquer norma reguladora dos direitos e deveres referentes às famílias monoparentais, bem como normas que determinem as espécies de entidades que realmente constituem uma família monoparental. Sendo apenas reconhecidas pela atual Constituição Brasileira como entidades familiares sem fazer menção às normas que as instituem e os direitos e deveres à elas atinentes.

O presente trabalho demonstra a necessidade de regulamentação legal dessas entidades como famílias atribuindo a elas os direitos e deveres garantidos constitucionalmente, elencando quais as espécies de famílias que conduziriam às famílias monoparentais.

PALAVRAS CHAVE: Famílias Monoparentais - Espécies de famílias - ausência de legislação.

ABSTRACT

When approaching the theme, the author uses a qualitative methodology, making use of the deductive method, initiating from a general context of the theory of the family right and its requisites, for the specification of the monoparental families.

Through a restrictively bibliographical research, the present work proposes to debate the arguments that substantiate the existence of the monoparental families and for such purpose, teaching enclosing the areas of Constitucional, Civil and specificity the Family Law are analyzed.

In the development of the work brings the most recent opinions of those who doctrinize about this, trying to show a current vision about the alterations of the theme since its origin in Brazil with Constitution of 1.988.

After analysis of doctrines, jurisprudences and legislations, it can be concluded that in the Brazilian civil legislation any regulating norm of the rights and duties referring to the monoparental families doesn't exist, neither norms that determine the species of entities that really constitute a monoparental family. Recognized by the current Brazilian Constitution as family entities without mentioning to the norms that institute them and the rights and duties referring to them.

The present work demonstrates the need of legal regulation of these entities as families attributing to them rights and duties guaranteed constitutionally, ranking which the species of families that would lead to the monoparental families.

KEYWORDS: Monoparental families, legislation absence, species of monoparental families.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITO DE FAMÍLIA	12
2.1 Conceito de Família	12
2.2 Conceito de Direito de Família	16
2.2.1 <i>Características do Direito de Família</i>	17
2.2.2 <i>Evolução Histórica do Direito de Família</i>	19
3 DAS ESPÉCIES DE FAMÍLIA	35
3.1 Da Família na Constituição Federal	35
3.2 Da Família Substituta do Estatuto da Criança e do Adolescente	39
3.3 Da Família Natural	42
3.3.1 Da União Estável	44
3.3.2 Da Monoparentalidade	49
3.4 Tendências da Família Moderna.....	51
4 FATORES DETERMINANTES DA MONOPARENTALIDADE	56
4.1 O Celibato.....	56
4.2 A Separação e o Divórcio	57
4.2.1 <i>Da Separação no Direito Canônico</i>	57
4.2.1.1 <i>Da Separação Temporário no Direito Canônico.....</i>	58
4.2.1.2 <i>Da Separação Perpétua no Direito Canônico</i>	58
4.2.2 <i>Da Separação no Direito Brasileiro</i>	58
4.2.2.1 <i>Da Separação por Mútuo Consentimento</i>	61
4.2.2.2 <i>Da Separação Judicial.....</i>	62
4.2.2.3 <i>Da Separação Remédio.....</i>	62
4.2.2.4 <i>Da Separação Litigiosa.....</i>	62
4.2.3 <i>Do Divórcio</i>	63
4.2.3.1 <i>Do Divórcio Direto ou por Convenção</i>	63
4.2.4 <i>Conclusão acerca da separação e do divórcio como fatores determinantes da monoparentalidade.....</i>	63
4.3 Adoção	64
4.4 Homossexualismo	67
4.5 Da União Livre.....	69
4.6 As Mães Solteiras.....	70
4.7 A viuvez	72
4.8 Inseminação Artificial (Fecundação Assistida).....	73
5 ROMPIMENTO DOS LAÇOS DE FILIAÇÃO E O ADVENTO DA FAMÍLIA MONOPARENTAL	77
5.1 Direito de ter pai e mãe e a Monoparentalidade	77
5.2 A ausência paterna	80
5.3 Peso da decisão unilateral	80
5.4 Noção do Interesse do Menor	81

6 A MONOPARENTALIDADE E O DIREITO: DA AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	83
6.1 Exegese do parágrafo 4º do artigo 226, da Constituição Federal de 1.988.....	83
7 CONCLUSÃO.....	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	88

1 INTRODUÇÃO

No direito de família, as famílias monoparentais constituem um instituto novo criado com a Constituição de 1.988 e sem regulamentações no direito civil brasileiro, o que causa diversos problemas hermenêuticos e jurídicos. Visto que afeta a vida de uma grande parte da população que se encontra nesta espécie de família.

Comprovadamente, as famílias sempre existiram desde as épocas mais remotas, mas, historicamente, elas vêm se transformando juntamente com a evolução da sociedade. A princípio as famílias eram ligadas exclusivamente em razão da religião, posteriormente, com o Cristianismo o casamento foi visto como um instituto sagrado, irrevogável e indissolúvel. Somente com o regime Imperial é restringido os poderes do chefe de família e dado poderes aos demais membros, somente nesta fase o parentesco passou a ser decorrente da consangüinidade.

Com as evoluções ocorridas na sociedade as mulheres passam a ter mais poderes e garantias, passando as demais constituições brasileiras a ampliar o leque de direitos à elas. Em 1.988, a Constituição Brasileira iguala os homens e mulheres em direito e deveres, reconhecendo à partir daí as famílias monoparentais como entidades familiares.

As famílias monoparentais, incluídas no instituto do Direito de Família, não estão consolidadas juridicamente, haja vista que somente a Constituição Federal tratou de reconhecê-las.

Desta forma, das diversas espécies que decorrem as famílias monoparentais, como viuvez, celibato, adoção, divórcio e separação, etc, uns entendem que as famílias decorrentes de divórcio e separação não constituem famílias monoparentais, outros entendem que não há razão para excluí-las.

Para definir quais seriam as espécies de famílias monoparentais discorreremos detalhadamente sobre as discussões existentes na doutrina, no capítulo quarto do presente trabalho.

No quinto capítulo procuramos discorrer sobre as reais vantagens para o menor, levando em consideração o direito de ter pai e mãe, os efeitos decorrentes da ausência paterna e a necessidade de uma decisão matura e consciente em , o homem ou a mulher sozinho gerar ou adotar uma criança, levando-se em conta os reais interesses do menor frente ao direito à paternidade e a maternidade.

2 DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 Conceito de Família

O conceito de família sofreu influência de diversas culturas, como a romana, a canônica, até chegarmos ao conceito conhecido atualmente no direito brasileiro, tendo se alterado continuamente com a evolução da sociedade, em decorrência de mudanças sociais, políticas e culturais, podendo ser observado que numa mesma época a palavra adquiriu vários significados. Existindo ainda doutrinadores que consideram a expressão insuscetível de conceituação. Sobre o assunto se expressa Escardó (1996, p. 15):

A palavra família não designa uma instituição padrão, fixa e invariável. Através dos tempos a família adota formas e mecanismos sumamente diversos e na atualidade coexistem no gênero humano tipos de família constituídos sobre princípios morais e psicológicos diferentes e ainda contraditórios e inconciliáveis.

Segundo Orlando Gomes (2000, p. 40), etimologicamente o termo família originou-se da palavra *osca famel*, que significa servo, do qual posteriormente originou-se a palavra *famulus*, que significa escravo. Observa-se que o termo gera a idéia de subordinação, não se referindo ao casal ou aos seus filhos, mas sim ao conjunto de escravos e servos que trabalhavam conjuntamente para a subsistência e sob a autoridade do pai, denominado *pater familias*.

Importante salientar as palavras de Amaury Castanho (1996, p. 03):

É dado, admitido por todos os antropólogos, que a família é uma instituição natural. Sempre existiu, independentemente de tempo, espaço e povo. Em nenhum momento da história humana foi encontrado um povo vivendo em completa promiscuidade sexual. O casamento e a família acompanham o homem desde as suas origens.

Existem diversas classificações de família, dentre elas a família formada por uma união passageira ou transitória, a poligâmica, a formada pela promiscuidade, a consanguínea, a punalwana, a sindiásmica, a substituta e a monogâmica.

A união transitória constitui uma espécie de família, onde legalmente qualquer um dos cônjuges pode, a qualquer tempo, declarar a dissolução do casamento sem a necessidade de justificativas. A diferença essencial entre esta espécie de união e o divórcio está na hipótese do cônjuge solicitar a dissolução do matrimônio sem que haja qualquer motivo, e sem a necessidade de se justificar tal ato. Podendo qualquer um dos cônjuges se casar inúmeras vezes.

Existem duas espécies de poligamia, a poligínica, ainda utilizada em alguns países do Oriente e que constitui a união ou o casamento de um homem com várias mulheres, e a poligamia poliândrica, originada em meio à promiscuidade, onde existe a união ou casamento de uma mulher com vários homens. Este tipo de união gerou o matriarcado, pois não havia a possibilidade de se saber quem era o pai da criança, devido a mulher ser casada com vários homens, o que tornava o pai um homem incerto, existindo tão somente a figura da mãe.

A família consanguínea desapareceu há muitos anos atrás, nesta espécie de família os irmãos e irmãs mantinham relações sexuais recíprocas, sendo considerados maridos e mulheres uns dos outros, formando, conseqüentemente, outras gerações de irmãos e irmãs, maridos e mulheres uns dos outros.

A família punaluana era encontrada no Havaí e na Polinésia. Ela decorreu da evolução da família consanguínea. Os pais, filhos e irmãos foram excluídos das relações sexuais recíprocas. Engels (1986, p. 75), acredita que a gens originou-se desta espécie de família, em razão de esta época, somente a descendência materna poder ser determinada. Engels ainda descreve esta família da seguinte maneira:

... enquanto os maridos das irmãs de minha mãe são sobrinhos e sobrinhas desta e, igualmente, as mulheres dos irmãos de meu pai são também mulheres deste, de direito, se nem sempre de fato, a proibição destas relações sexuais entre irmãos e irmãs pela sociedade levou à divisão dos filhos de irmãos e irmãs, até então indistintamente considerados irmãos e irmãs, em duas classes: uns continuam a ser, como antes, irmãos e irmãs (colaterais); outros de um lado os filhos dos irmãos, do outro os filhos das irmãs, não podem continuar como irmãos e irmãs, já não podem ter progenitores comuns, nem o pai, nem a mãe, nem os dois juntos; e por isso torna-se necessária, pela primeira vez, a categoria dos sobrinhos e sobrinhas, dos primos e primas, categoria que não teria sentido algum no sistema familiar anterior.

A família sindiásmica foi predominante nos indivíduos da América e nos aborígenes da Índia. Com as proibições de casamentos entre irmãos e irmãs, iniciadas pelas famílias punaluanas, tornou-se cada vez mais difícil o casamento por grupos, iniciando-se a união por pares, de pessoas de sexos opostos. Esta relação poderia ser facilmente desfeita, pertencendo os filhos exclusivamente às mães. A infidelidade dos homens da família sindiásmica era comum, sendo a infidelidade das mulheres punida de forma extremamente rigorosa.

A família substituta decorre da nomeação de um lar substituto a um menor através dos institutos da guarda, adoção ou tutela.

A família monogâmica foi, histórica e juridicamente, a última a surgir. As uniões não podem ser mais rompidas como antigamente, e a mulher ocupa posição inferior à do homem, estando subordinada a ele pelo poder marital que este exerce dentro da família. O dever de fidelidade continua a ser imposto somente à mulher, continuando a ser liberado o adultério para os homens.

Juridicamente, não há como se considerar a união transitória, a promiscuidade e a poligamia poliândrica como espécies de família, pois de uma forma geral, não passam de espécies de prostituição. A forma mais correta de vida familiar para o homem seria a monogâmica, isto é o casamento de duas pessoas de sexos diferentes, isto em razão da natureza social do homem.

No direito romano a palavra família significava o grupo de pessoas ligadas pelo sangue ou por estarem juntas a uma mesma autoridade como também se confundiam com o patrimônio nas expressões *actio familiae*.

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1999, p. 755), modernamente, conceitua a família da seguinte forma:

Família: 1. Pessoas aparentadas, que vivem, em geral, na mesma casa, particularmente o pai, a mãe e os filhos. 2. Pessoas unidas por laços de parentesco, pelo sangue ou por aliança. 3. Social: Grupo formado por indivíduos que são ou se consideram consangüíneos uns dos outros, ou por descendentes dum tronco ancestral e estranho por adoção.

Existem três acepções jurídicas referentes à família, são elas: a família em sentido amplíssimo, em sentido amplo ou lato e a família em sentido estrito.

A família em sentido amplíssimo caracteriza-se por abranger pessoas ligadas pelo vínculo consanguíneo e pessoas estranhas, ligadas pela afinidade. Nesta classificação estaria englobada como família os domésticos que vivem no lar conjugal.

A família em sentido amplo ou lato caracteriza-se por abranger todas as pessoas ligadas pelo vínculo consanguíneo, isto é, de um mesmo tronco ancestral, ou seja, cônjuge, descendentes, ascendentes, parentes em linha reta ou colateral.

A família em sentido estrito caracteriza-se por abranger apenas os cônjuges e seus filhos, ou apenas um dos pais e sua prole. Abrangendo neste caso as famílias monoparentais, objeto de nosso estudo. Sendo que a maioria das leis, quando se utiliza a palavra família o faz em sentido estrito.

Para Caio Mário da Silva Pereira (2002, p. 04), a concepção de família, em sentido estrito, abrange os pais e filhos somente, naturais ou não, e para uma parte da doutrina inclui-se nesta família os domésticos que vivem no lar conjugal.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 (1999, p.124) adotou uma visão plural e sociológica para o modelo de família, tentando adequar este instituto à realidade social da época, e inovou ao introduzir expressamente em seu texto o conceito de família, abrangendo além da família decorrente do casamento, a união estável e as famílias monoparentais, vejamos:

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 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.

Para Washington de Barros Monteiro (2001, p. 03), família vem a ser, num sentido restrito, os cônjuges e sua prole. Sendo que em sua acepção mais ampla pode abranger as pessoas do seu serviço doméstico. Observa o autor que alguns doutrinadores

entendem a família como um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade cujo alcance ora é mais dilatado, ora mais circunscrito segundo o critério de cada legislação.

O Código Civil de 2.002 procurou atualizar o conceito de família estabelecendo, conforme a Constituição Federal de 1.988, a igualdade do homem e da mulher, aos filhos independentemente de sua origem e aos cônjuges e companheiros, como veremos posteriormente, no decorrer deste trabalho.

2.2 Conceito de Direito de Família

O direito de família regula as relações existentes entre os diversos membros de uma família e as influências que essas relações causam sobre as pessoas e os bens.

Segundo Lafayette Rodrigues Pereira (1889, p. 04):

O Direito de família tem por objetivo a exposição dos princípios de direito que regem as relações de família do ponto de vista da influencia dessas relações não só sobre pessoas como sobre bens.

Clóvis Beviláqua (1954, p. 06) define o Direito de Família como:

... o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela, da curatela.

Para Pontes de Miranda (1947, p. 71):

O direito de família tem por objeto a exposição dos princípios jurídicos que regem as relações de família, quer quanto a influencia dessas relações sobre a pessoa, quer sobre os bens.

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira (2002, p. 20-21) o direito de família caracteriza-se como:

Província do Direito Civil, e parte do Código Civil, o Direito de Família tem ocupado sempre posição destacada no Direito Privado. E constitui o complexo de normas disciplinares das relações de família, isto é, das que se passam entre pessoas ligadas pelo parentesco e pelo casamento.

O direito de família, desta forma, compreende um conjunto de direitos e deveres, que regulam as relações pessoais, patrimoniais e assistenciais existentes entre os diversos membros da família, formando institutos como o casamento, a filiação etc.

2.2.1 Características do Direito de Família

O legislador pátrio, através da Constituição Federal de 1.988 elevou a família a nível constitucional, predominando o interesse público, visto que, a maioria de suas normas é de ordem pública ou cogente, e prevalecendo o princípio estatutário, sendo a autonomia da vontade uma exceção no direito de família.

O Direito de Família tem por finalidade proteger e regular os direitos da família, tanto coletivos como individuais, tratando-se deste modo de um direito privado, possuindo características próprias, e derogando em alguns momentos, princípios básicos da teoria geral do direito, o que não acontece em outros ramos do direito. Nele prepondera-se o elemento social e ético, abrangendo, juntamente com as normas jurídicas, normas de caráter moral, como o dever de fidelidade.

Possui seu embasamento no direito privado, apesar de alguns regimes comunistas, como a Rússia, Tchecoslováquia e outros, o terem tratado como matéria de ordem pública.

Não há possibilidade de admitirmos ser o direito de família ramo do direito público dentro de um regime democrático, pois compete a ele proteger a família, intervindo apenas de maneira indireta quando necessário isto porque a própria natureza da família, é de direito privado. O que devemos observar, no direito de família, é a existência de um grande número de normas de ordem pública que dispõe sobre as relações pessoais dos cônjuges, celebração e dissolução do casamento etc, e outras supletivas que autorizam as partes proporem acordos relativos, por exemplo, a guarda de filhos, visita etc. Essas normas possuem o aparato de restringir e limitar a autonomia de vontades em relação à essas normas.

Outra característica, do Direito de Família, é a existência de normas supletivas que autorizam aos cônjuges a realização de acordos na separação, dentre eles podemos citar a possibilidade de estipulação do horário de visitas, guarda etc.

Em decorrência da imperatividade do direito de família, vê-se que à vontade do agente é restringida, isto porque os direitos de família puros são irrenunciáveis, o que limita a vontade do agente a um consentimento, como exemplo podemos citar, o casamento, a adoção etc, onde as limitações, efeitos e conseqüências do consentimento encontram-se expressas na lei, não podendo o agente condicionar a sua aceitação.

Outra característica do direito de família é que os direitos decorrentes do estado de família são imprescritíveis, exemplo: o direito do filho pleitear alimentos ou de ver reconhecida a sua filiação. Podendo o filho executar compulsoriamente o pai.

Alguns atos, como o casamento ou a adoção, têm seus efeitos descritos em lei cabendo aos indivíduos apenas declarar sua vontade quando da prática do ato. São atos formais, isto é, para a prática do ato o indivíduo deve cumprir certas solenidades descritas em lei.

Não podemos nos esquecer que o direito de família possui natureza personalíssima, isto é, adere à personalidade do agente em relação a sua posição na família e assim sendo esses direitos são irrenunciáveis, intransferíveis e intransmissíveis por herança.

Para o direito de família é primordial o status que o indivíduo ocupa dentro da família, pois somente com o status é que os direitos de família podem ser transferidos. O status pode ser adquirido ou mesmo, modificado durante o transcorrer da vida do indivíduo. Poderá ser adquirido com a ocorrência de um fato jurídico, como o nascimento de um descendente ou pela ocorrência de um ato jurídico, como a adoção ou o casamento.

A família representa o núcleo de toda a organização social, assim sendo, é de suma importância o estudo do direito de família.

O que devemos ter em mente, é que nem a sentença judicial prolatada em face de uma lide do direito de família põe fim ao conflito familiar. Podendo em alguns casos agravar o conflito. O ideal no direito de família é a obtenção de acordo entre as partes, para que ambas não saiam perdendo de alguma maneira.

2.2.2 Evolução Histórica do Direito de Família

Primeiramente os grupo familiares viviam em hordas promíscuas, sendo que os indivíduos uniam-se a outro sem a existência de um vínculo civil ou social.

A formação das famílias nas civilizações mais antigas deu-se primeiramente em virtude da religião, sendo irrelevante os laços consangüíneos. A religião da época caracterizou-se por cultuar os mortos e cultivar ao fogo sagrado, determinando o parentesco pelo culto aos mesmos deuses e adoração ao mesmo fogo sagrado.

Os povos da Antigüidade constituíam suas famílias pelo casamento e pelas uniões de fato, baseava-se esta constituição em interesses morais e patrimoniais.

Segundo documentos históricos o casamento surgiu por volta do ano 3.000 a.C. Podemos citar, como exemplo da constituição da família por meio do matrimônio, os povos da Babilônia, do Egito.

O casamento se caracterizava como um contrato, predominando a forma escrita. Os pais da noiva faziam um acordo com o futuro marido para a entrega da mesma, não existindo normas que regulamentassem tal instituto.

O povo hebraico considerava o casamento como a base da sociedade, priorizando por uma união sólida e duradoura.

O casamento grego era caracterizado por diversas solenidades, sendo considerado divino. Durante a cerimônia famílias declaravam preces e realizavam sacrifícios animais a Zeus e a Hera

A sociedade posterior era organizada em tribos, formando dois tipos de sociedades diversas, a poliandria e o matriarcado, sendo que a mulher influenciava a sociedade da época. Considerada um ser distinto e completo, responsável pela filiação e parentesco, o marido, era entendido como um ser desconhecido, ou muitas vezes, como um subordinado.

Na fase do patriarcado, operou-se a poligamia, sendo a família subentendida como uma unidade de produção e, deste modo, quanto maior o numero de filhos

existentes, maior seria a mão-de-obra, havendo, deste modo, maiores benefícios ao lar. A sociedade era, em regra rural. Sendo que a situação do homem, pai e marido, se revertem, passando a ser considerado a autoridade da estrutura familiar.

Posteriormente, após uma evolução, a família chega ao estado monogâmico, isto é, a sociedade promíscua, baseada na poligamia, se extingue e a ordem familiar passa a reger-se por um homem e uma mulher.

No Direito Romano, séculos X e XI, predominava o patriarcado, o pai era a autoridade suprema, nas palavras de Frédéric Girad (1929, p. 13) “em sua casa, ele é o proprietário, o juiz e o padre”, exercendo poderes absolutos sobre os membros da família, coisas, escravos, animais e tudo o mais que existisse no lar conjugal, sendo a mulher considerada um ser incapaz, não sujeita a qualquer ato jurídico. A família romana definia-se como um grupo de pessoas unidas por uma religião própria onde cultuavam seus antepassados já falecidos. A religião delimitava a família, sendo os laços sangüíneos irrelevantes. A renúncia, de algum membro da família, ao culto aos deuses, acarretava a exclusão deste membro da família, e a perda da herança aos bens do *pater familias*.

Arnoldo Wald (2000, p. 09) conceitua a família da época como: “o conjunto de pessoas que estavam sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho. O conceito de família independia da consangüinidade”.

As pessoas eram divididas conforme o estado de família, sendo o pai considerado o *sui generis*, ou *sui juris*, respeitado como o chefe dos seus descendentes, sendo os demais membros da família, os familiares, ou *alienas juris*, sujeitos à autoridade do pai. O *pater* tinha o direito de fazer a justiça dentro de casa, perante os demais membros da família.

A adoção era uma forma de fazer com que o culto aos deuses familiares não se extinguisse. O *pater* poderia adotar um terceiro como seu filho, e caso este passasse a cultivar os mesmos deuses daquele lar, seria considerado como filho e adquiria os direitos à herança do *pater*. Desta forma, o pai poderia adorar seu filho proveniente de relações extraconjugais, isto somente seria possível se não tivesse descendentes

agnados¹. Com isto, e, somente a partir de então, seria considerado seu verdadeiro filho perante todos os demais membros da sociedade.

Existiam duas espécies de regime de bens, o *conventio in manum* e o *conventio sine manu*. No casamento *cum manum* a mulher, rompia todos os laços com a sua família de origem, sendo excluída de qualquer direito proveniente da antiga família. Ao casar-se era admitida na nova família como “filha do marido” (*loco filial mariti*), sendo reconhecida como mulher do marido (*mater familias*). A mulher permanecia nas mãos do *pater familias*, que detinha todos os poderes sobre ela, respeitando apenas os costumes da época e a religião.

Os filhos deste casamento são tidos juridicamente como seus irmãos (*loco sororis*) tendo direitos sucessórios recíprocos e com a morte do *pater familias* os filhos homens passam a ser seus tutores.

A família poderia ser constituída de três formas:

- a) *confarreatio*: consistia numa cerimônia religiosa realizada apenas pelos patrícios, classe sucedida de Roma. Caracterizava-se pelo grande número de formalidades e teve fim com o surgimento do Paganismo²;
- b) *coemptio*: possuía características semelhantes ao matrimônio da antiguidade, onde era feita a venda simbólica da mulher ao marido. Este casamento era realizado pelos plebeus que consistiam na maioria da povo romano;
- c) *usus*: caracterizado pela convivência ininterrupta do casal pelo prazo de (01) um ano. Adquirindo-se o estado de casado. O *usus* foi introduzido no ordenamento romano pela Lei das *XII Tábuas*³.

No entanto para a realização do casamento era necessária a existência de dois requisitos:

¹ Agnados: nome dado no direito romano ao parentesco civil pelo lado paterno.

² Paganismo: Direito Canônico – conjunto daqueles que não receberam o sacramento do batismo; diz-se da idolatria a muitos deuses.

³ Lei das *XII Tábuas* – tábuas sexta: A mulher que residiu durante um ano em casa de um homem como se fora sua esposa, é adquirida por esse homem e cai sob o seu poder, salvo se se ausentar da casa por três noites.

a) idade: A princípio tal requisito era analisado caso a caso, posteriormente Justiniano determinou que a idade inicial para o casamento seria de 12 anos para a mulher e 14 anos para o homem.

b) *affectio maritalis* – vontade de contrair matrimônio;

c) *honor matromonii* – existência de convivência digna entre o casal.

Sem a existência do *corpus* e do *animus* extinguia-se o casamento, que nesta época, não tinha a intervenção Estatal.

Não havia nesta época o instituto da emancipação, que era visto como uma pena, pois os filhos permaneciam sob o pátrio poder do pai durante toda a vida e a mulher dificilmente poderia adquirir o status de *pater familias*, podendo em determinados momentos adquirir o *sui generis*.

Havia duas denominações ao parentesco. A primeira chamada de agnação englobava todas as pessoas que estavam sob o poder do mesmo *pater*, independente de haver entre elas algum vínculo de consangüinidade, a segunda, denominada cogação, englobava todas as pessoas ligadas pelo vínculo consangüíneo.

Nesta época, existiam a *gens*, originaram-se de famílias provenientes de um mesmo tronco ancestral, ou seriam subdivisões da cúria. A *gens* possuía território próprio e exercia um grande poder político na época, tendo seu o nome de *pater gentis*.

Os filhos eram denominados legítimos quando originados na constância do casamento e ilegítimos em todos os outros casos, dividindo-se esta classificação em filho natural, decorrente do concubinato e espúrios, nos casos de desconhecimento do pai biológico.

A dissolução do casamento variava conforme o regime de bens. No casamento cum *manu* a dissolução poderia se dar por ato voluntário do marido. No casamento *sine manu* o casamento poderia se dissolver mediante acordo de vontades dos cônjuges, *divortium*, bastando para isso que os cônjuges interrompessem a vida em comum; mediante ato unilateral do marido, pelo repúdio, onde o ascendente que detinha o poder

sobre a filha ordenava que a mesma retornasse para a antiga casa, deixando o marido, ou nos casos de morte, de perda da liberdade ou da cidadania de um dos cônjuges.

Durante a evolução da sociedade romana ocorreram diversas mudanças importantes: O casamento, *cum manus* foi sendo substituído pelo casamento *sine manus*, ou seja, a mulher não rompe os laços com a sua família de origem. Sendo que na época de Justiniano os casamentos *cum manus* foram extintos.

Predominou-se o parentesco decorrente da consangüinidade, o cognatício. A autoridade do *pater* sofreu grandes restrições como: o *pater* perdeu o seu *ius vitae necique*, ou seja, o direito de vida e morte sobre os filhos. Outra mudança expressiva foi a alteração do instituto da emancipação, que passou de pena para direito, ampliando os direitos da mulher e dos filhos dando a estes independência para praticar determinados atos da vida civil como, por exemplo, o direito do filho de administrar os pecúlios, sem perder, contudo, seus direitos sucessórios.⁴

Posteriormente, no sistema feudal, ainda existia a figura do chefe familiar, mas com poderes mais restritos. Segundo Rubia Palma (2001, p. 06) a família caracterizava-se “como um conjunto de interesses e despesas comuns na dependência de uma vontade soberana”.

O nascimento de Cristo determinou um marco na humanidade, dividindo-se o que o antecedeu e o que o sucedeu.

A Igreja Católica surgiu após a morte de Cristo, provavelmente no ano de 50.d.C.

A Igreja Católica, através do Cristianismo, deu maior importância ao casamento, instituto instituído por Deus com o fim de procriação e auxílio mútuo, tendo caráter monogâmico e indissolúvel. Determinando, por meio de leis, algumas limitações a este direito, como exemplo, a proibição de se casar pessoas ligadas por um grau próximo de parentesco.

⁴ Existiam quatro espécies de pecúlios: a) pecúlios castrenses: vencimentos militares; b) pecúlios quase castrenses: vencimentos de funcionários civis; c) pecúlio adventício: decorrente de doações e legados feitos ao filho por terceiros, d) pecúlios profetícios: decorrente de doações feitas pelo *pater familias*.

No sistema Imperial o Estado restringe os poderes do *pater familias* e confere poderes aos demais membros da família, autorizando a família, como o *aliena juris* a ingressar com uma ação tendo por finalidade recorrer ao magistrado nos casos de abuso do *pater*. A relação de parentesco passa a ser consangüínea

A maior evolução talvez seja em relação à mulher, que sofre uma valoração maior de seus direitos, alcançando direitos sucessórios sobre a herança dos filhos impúberes, sendo considerada herdeira legal, tendo o direito de tutela dos filhos púberes e direito à guarda dos filhos, podendo ajuizar ação pedindo alimentos aos filhos e até mesmo substituir o *pater familias*. Aos filhos também são atribuídos direitos como o de sucessão aos direitos da mãe. A partir desta época, também é determinado à mãe o dever de prestar alimentos aos filhos.

O feminismo começa a crescer em virtude do casamento *sine manu*, e a mulher adquire maior autonomia passando a participar ativamente da vida social, política e esportiva da sociedade. O pátrio poder dos ascendentes, ainda permanece, em face da mulher casada *sine manu*, ficando, no caso de não existir mais nenhum antepassado vivo, sobre a tutela do agnado. Com a evolução da sociedade surgem isenções às mulheres, permitindo que as mães de mais de três filhos se esquivassem da tutela, e posteriormente foi-se retirado a obrigatoriedade do tutor para que a mulher praticasse atos jurídicos.

O número de dissoluções matrimoniais e adultérios se multiplica, ocasionado uma instabilidade nas famílias romanas.

É de ressaltar que para os romanos a *affectio* era um sentimento necessário para que o casamento perdurasse, assim sendo, não havendo mais a *affectio* este seria um justo motivo para a dissolução do matrimônio.

Com a influência do cristianismo prega-se a igualdade entre homens e mulheres, ocasionando uma ruptura nos dogmas existentes, surgindo, nesta fase, o regime patrimonial de comunhão de bens, com o fim de dissolver a idéia de independência econômica até então existente.

O cristianismo, da Idade Média, caracterizou-se por valorar de forma extrema o casamento, considerando-o a base familiar, não permitindo a posterior dissolução do

mesmo, por considerá-lo um sacramento e acreditarem que o que Deus uniu o homem não poderia jamais separar, considerando que apenas as pessoas infiéis seriam capazes de dissolver tal solenidade. Tal preceito é por nós até hoje determinado na Bíblia, em Marcos (10:9-12):

O que Deus ajuntou, não o separe o homem. E em casa tornaram os discípulos a interrogá-lo acerca disto mesmo. E ele lhes disse: Qualquer que deixar a sua mulher e casar com outra, adultera contra ela. E, se a mulher deixar a seu marido, e casar com outro, adultera.

O Direito Canônico regeu todas as relações de família desta época, sendo reconhecido, dos séculos X a XV somente o casamento religioso.

Para o Direito Canônico a validade do casamento dependia apenas do consentimento dos nubentes, e como requisito posterior, para considerá-lo um ato perfeito, a prática de relações sexuais entre os cônjuges, deixando como requisito secundário o consentimento das famílias, sendo que em casos extremos, como no caso de não haver a prática de relações sexuais poderia haver o desfazimento do casamento. Isto gerou conflitos com o Direito Medieval da época, que entendia ser o casamento um ato que gerava repercussões sociais, econômicas e políticas, dependendo para a sua validade do consentimento das famílias dos nubentes.

Foi o direito canônico que instituiu as hipóteses de impedimentos matrimoniais, e eram divididas em três espécies:

- a) incapacidade do agente, como impotência, idade, diferença de religião;
- b) vícios de consentimento, como coação;
- c) relações anteriores, como o parentesco.

Posteriormente, no ano de 1284, no direito canônico, passou-se a admitir à separação entre os cônjuges, que não passava de uma separação de corpos, assim se diferenciava do divórcio do direito romano, pois não dissolvia o vínculo existente entre os cônjuges, e dependia da autorização do Bispo ou do Sínodo e apenas era admitida em casos especiais, como adultério, tentativas de homicídio.

Dentre os efeitos da dissolução do matrimônio encontrava-se a extinção do dever de coabitação, perdurando alguns deveres como o de fornecer alimentos e o dever de fidelidade.

Nesta época surgiram muitos conflitos entre os Tribunais Civis e Eclesiásticos, o que originou o Concílio de Trento em 1.563, que teve por finalidade reformar o instituto do casamento, sendo que a Igreja Católica impôs determinadas solenidades a serem respeitadas para a efetividade do casamento católico e que estão presentes em nossa época atual, como, a presença de pároco para realizar o casamento, a presença de duas testemunhas e a necessidade de um registro como forma de comprovação do matrimônio. O regime de bens era o da comunhão universal, sendo estabelecida a necessidade de outorga uxória para a venda de imóveis sob pena de nulidade.

Com Martinho Lutero, iluminista, o Estado pode regulamentar o instituto do casamento e criar o casamento civil. Lutero reviu os textos bíblicos com o intuito de encontrar algum vestígio que determinasse ser o casamento uma instituição sagrada, como não encontrou, tratou de considerá-lo como um ato civil, indissolúvel até mesmo com o divórcio.

A Holanda, em 1.580, foi o primeiro país a reconhecer a validade dos casamentos civis, equiparando-o ao religioso, posteriormente, em 1.656, a Inglaterra.

Em 1.789 a França, influenciada pelos pensamentos de Martinho Lutero reconhece a igualdade jurídica dos cônjuges, através do artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Consequentemente, em 1.792, a França veio a reconhecer a validade dos casamentos civis o que se propagou pelos demais países europeus.

Em outubro de 1.861 houve uma evolução civil no Brasil com a Lei n.º 1.144 que instituiu o casamento acatólico, destinado a pessoas de crenças diversas, desde que houvesse a sua regulamentação, sendo que, em 17 de abril de 1.863, por meio do decreto legislativo n.º 3.069, regulamentado pela lei de 1.861, estabeleceu-se três tipos de casamento em nosso ordenamento: o católico, pelo Concílio de Trento, supramencionado; o casamento misto, realizado segundo as normas católicas, mas sendo apenas um dos nubentes pertencente a esta crença e o casamento acatólico, onde

ambos os nubentes eram de crenças diversas da católica, conferindo com isto a prerrogativa aos juízes de julgarem casos de nulidade e impedimentos matrimoniais. Estabelecendo também, normas com relação aos registros de nascimentos e óbitos dos acatólicos e mantendo os impedimentos dirimentes do direito canônico, reconhecendo a competência das autoridades civis para o reconhecimento de tal nulidade.

No Brasil, durante à época do descobrimento, o Estado e a Igreja se confundiam, somente com a evolução da sociedade, causada pela substituição do trabalho escravo pela mão-de-obra assalariada e o desenvolvimento das cidades, com o surgimento das indústrias, foi-se declarada oficialmente, em 15 de novembro de 1.889, a República, desvinculando a Igreja do Estado.

A obrigatoriedade do registro do casamento civil pelo Estado foi introduzida em nosso ordenamento, com o advento da República, por Rui Barbosa após romper laços com a Igreja Católica, através do projeto de Decreto nº 119, que posteriormente se tornou o Decreto de nº 181 de 24 de janeiro de 1.890, artigo 72, parágrafo 4º⁵. Este decreto determinou a validade somente dos casamentos realizados no Brasil que estivessem de acordo com as disposições legais da época. Além disto, o decreto autorizou a separação de corpos mediante justa causa ou acordo entre os cônjuges, respeitando-se, no entanto, a indissolubilidade do vínculo conjugal e os impedimentos canônicos. Somente posteriormente, mas neste mesmo ano, é que o casamento passou a fazer parte da Constituição da época, no artigo 72, parágrafo 7º.

Predominava as oligarquias, havendo, predominantemente, duas classes sociais, os latifundiários e a classe trabalhadora, classe esta que vivia em condições subumanas, com jornadas de trabalho excessivas sem direitos sociais.

Neste contexto social houve uma evolução na massa trabalhadora, devido ao fato das mulheres e crianças passarem a trabalhar, juntamente com os homens, no entanto com salários distintos.

Com a Primeira Grande Guerra houve um aumento considerável de mulheres trabalhando em decorrência duma diminuição na classe trabalhadora masculina por terem ido para os campos de batalha.

As condições de vida eram péssimas, o que resultou num acumulo de greves realizadas pelos proletariados de 1.917 a 1.920.

O Código Civil de 1.916, manteve o homem como chefe da família, considerando a mulher, um ser relativamente incapaz e dependente do marido para o exercício de uma profissão. Estabeleceu o regime de comunhão universal de bens e a obrigatoriedade da outorga uxória, ou marital para a venda de qualquer bem imóvel. Adotou diversos preceitos decorrentes do direito canônico, tais como, impedimentos, nulidades, considerando, assim como anteriormente, indissolúvel o vínculo conjugal.

Houve um aumento da legítima, isto é, a parte obrigatoriamente atribuída aos descendentes ou ascendentes na herança, permitindo-se que tal fosse gravada com cláusula de inalienabilidade ou fosse autorizada a substituição fideicomissória.

Em 1.920, um grande direito foi alcançado pela sociedade, com a Emenda Constitucional n.º 19, estendeu-se o direito de voto às mulheres⁶.

A Constituição Federal de 1.934 trouxe um grande avanço ao direito de família, permitindo que as outras religiões, e não só a católica, tivessem seus casamentos tidos como válidos, visto que nesta época, apenas o casamento realizado pela Igreja Católica tinha o reconhecimento de validade do Estado.

Em 1.937 a Constituição Federal procurou beneficiar o filho natural, e a partir daí surgiram diversas leis a fim de proteger a instituição familiar, tais como: Decreto-lei n.º 3200, de 19 de abril de 1.941 referente a proteção da família, Decreto-lei n.º 7.485, de 23 de abril de 1.945, que estabelecia os meios de prova do casamento para fins de previdência social. Outro marco importante em 1.945 foi a criação da Organização das Nações Unidas, ONU, com a criação, os países signatários concordaram em não proibir a participação das mulheres em seus órgãos, além de afirmar direitos importantes como a igualdade entre homens e mulheres e assegurar os direitos fundamentais do ser humano.

⁵ Decreto n.º 181 de 24 de janeiro de 1890, artigo 72, parágrafo 4º: “o casamento é civil e gratuita a sua celebração”.

⁶ Emenda Constitucional n.º 19: O direito dos cidadãos dos Estados Unidos votarem não deve ser negado ou ab-rogado pelos Estados Unidos ou por qualquer Estado em razão do sexo.

A Constituição Italiana, de 1.945, foi a primeira a adotar em seu texto constitucional o princípio da igualdade jurídica do homem e da mulher⁷.

Uma das mais importantes contribuições para a família foi a lei n. ° 883 de 21 de outubro de 1.949 que autorizava o reconhecimento e a investigação de paternidade do filho adúltero nos casos de dissolução da sociedade conjugal, tendo sofrido posterior alteração em 1.984, com a Lei, n. ° 7.250 que autorizava o cônjuge a reconhecer a paternidade do filho adúltero desde que separado há mais de cinco anos ininterruptos. Outra inovação importante foi a adoção, pela Constituição da Alemanha Federal da igualdade jurídica dos cônjuges⁸. Posteriormente as demais constituições que foram surgindo trataram de englobar em seu texto a igualdade jurídica dos cônjuges.

Em meados de 1.950 houve uma explosão cultural no Brasil, com o surgimento das primeiras televisões. Em 1.960, com o pós-guerra iniciou-se um movimento de igualdade sexual e liberação, havendo um descaso com o casamento, e passando a predominar nos jovens o amor livre.

Com as evoluções ocorridas no Estado, criaram-se maiores proteções à entidade familiar, conforme o entendimento de Eduardo de Oliveira Leite (1997, p.16):

O surgimento da família moderna (a partir da década de 60, segundo nosso entendimento) vai criar um novo tipo de família 'célula' ou 'nuclear', centrada sobre ela própria e sobre a criança.

O casamento até então rigidamente controlado, desvincula-se das amarras jurídicas e se faz cada vez mais livre para os jovens, tornando-se a união de dois indivíduos, e não mais de duas famílias.

O seu objetivo deixa de ser o interesse predominante das famílias de origem, ou dos pais de cada nubente, mas passa a ser a vida a dois, onde se privilegiam o crescimento pessoal, a realização individual (dentro e fora do grupo familiar) e uma certa noção de felicidade. A família numerosa é substituída por uma célula mais restrita, preocupada em manter uma vida privada e íntima. O nascimento de uma criança não é mais encarado como uma fatalidade, mas como uma escolha deliberada dos esposos.

Em 27 de agosto de 1.962, a Lei n. ° 4.121, emancipou a mulher casada, reconhecendo à ela direitos iguais aos do seu companheiro, modificando alguns princípios referentes a guarda dos filhos e ao regime de bens.

⁷ Constituição italiana de 1.947, artigo 29: "O matrimônio é organizado sobre a igualdade moral e jurídica dos cônjuges, com os limites estabelecidos pela lei em garantia da unidade da família".

Em 1.967, a Organização das Nações Unidas, ONU, aprovou a Declaração sobre a eliminação de discriminação contra a mulher, determinando algumas regras a serem seguidas pelos países signatários com o intuito de eliminar as discriminações praticadas contra as mulheres:

... a incorporação do princípio da igualdade de direitos na constituição ou de sua garantia por lei, o estabelecimento de proteção jurídica adequada para a igualdade de direito de homens e mulheres, a abolição de leis costumes, regulamentos e práticas existentes que sejam discriminatórias contra a mulher; a educação da opinião pública e a direção das aspirações nacionais até a erradicação dos preconceitos e a abolição das práticas habituais e de todas as outras que se baseiam na idéias da inferioridade da mulher...

A dissolução do casamento e da sociedade conjugal somente foi possível em 1.977 com a Emenda Constitucional n. ° 09, de 28 de junho, e a Lei n. ° 6.515 de 26 de dezembro, que regulavam tal instituto, efeitos e procedimentos, sendo abolida, desde então, a palavra desquite e sendo utilizada a palavra separação judicial.

Nesta época, houve uma grande evolução no direito de família, sendo os filhos havidos fora do casamento tidos como legítimos, e resguardando-se seus direitos à herança, como a qualquer outro filho. Nos casos onde houvesse o falecimento do devedor e nos casos de outras obrigações provenientes da herança, a obrigatoriedade de pagamento dos alimentos, provenientes da obrigação entre cônjuges, foi estipulada aos herdeiros.

Outra inovação foi a alteração do regime legal, isto é, aquele imposto pela lei quando não há a escolha do regime por parte dos nubentes, que passou a ser o da comunhão parcial, podendo as partes estipularem o tipo de regime por meio de pacto antenupcial. Sendo, desde então, o regime da comunhão universal, um regime convencional, isto é, atribuído aos nubentes, através do pacto nupcial a instituição de tal regime.

O novo Código Canônico promulgado em 25 de janeiro de 1.983 pelo Papa João Paulo II instituiu mudanças expressivas no instituto do casamento, dentre elas, a doutrina dos impedimentos matrimoniais, a regulamentação da separação de corpos etc.

⁸ Constituição da Alemanha Federal, 1.949, artigo 3º, alínea 2: “maridos e mulheres são equiparados juridicamente”.

Em 1.988, com o advento da Constituição Federal, ampliou-se à definição de família, adotando uma visão plural e sociológica de família, tentando com isto, adequar a família da época, com a realidade social existente, desta forma, caracterizando-a como instituições baseadas no casamento, nas famílias monoparentais⁹ e nas uniões estáveis¹⁰.

Orlando Soares (1999, p. 44) se expressa sobre a elaboração da Constituição Federal de 1.988, concluindo:

Seja como for, o desinteresse pelo casamento acabou provocando uma espécie de clamor público, no sentido de que fossem constitucionalizadas e reguladas, legislativamente, as uniões livres entre o homem e a mulher, para efeito de recíproca assistência e proteção à prole, daí resultante; originando a noção de entidade familiar, prevista na Carta política de 1988, em razão do que não mais se pode falar em família ilegítima, em oposição à família legítima, pois ambas essas situações estão sob o manto da proteção legal e constitucional.

A Constituição também tratou de temas como igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal, criança e adolescente, idoso, gratuidade do casamento e seus efeitos, etc.

Em relação aos filhos, a Constituição Federal de 1.988, em seu artigo 227, parágrafo 6º, assegurou aos mesmos, direitos e qualificações idênticas, não podendo haver qualquer discriminação entre os filhos havidos ou não fora do casamento, e os adotivos¹¹. Maria Helena Diniz (2002, p.20) observa que, mesmo na certidão de nascimento da criança não seria possível a declaração de sua ilegitimidade, evitando assim os atos discriminatórios contra essas crianças, restando para a doutrina apenas as classificações de filhos matrimoniais e não matrimoniais e de legítimos e ilegítimos.

Sobre a igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal, insta salientar que com a promulgação dos artigos 5º inciso I¹² e 226, parágrafo 5º¹³, houve

⁹ Art. 226 da Constituição Federal de 1988, parágrafo 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹⁰ Art. 226 da Constituição Federal de 1988, parágrafo 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹¹ Artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1.988: “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”.

¹² Artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

um grande avanço na sociedade visto que teve como efeito primordial o desaparecimento do poder do chefe da família, poder marital, e passou a haver uma autoridade dentro da família exercida por ambos os cônjuges, homem e mulher, em face dos demais membros do grupo familiar, garantindo, com isto, a igualdade entre os cônjuges no seio da família, sendo que os direitos e deveres que estavam anteriormente previstos apenas ao chefe de família, passaram a ser garantidos, também, a mulher, em razão da Constituição Federal de 1.988, conforme determina o artigo 226, parágrafo 5°.

Uma outra inovação foi a Lei n. ° 8.009 de 29 de março de 1.990 que teve, em seu artigo primeiro, o escopo de ampliar o bem de família legal, às entidades familiares decorrentes da união estável devido o artigo 226, parágrafo 3° da Constituição Federal de 1.988. Outra alteração é a ampliação dos efeitos do bem de família para equipamentos e bem móveis que guarnece a residência e a desnecessidade de instituição do bem de família pelo chefe de família.

A Lei n. ° 8.408, de 13 de fevereiro de 1.992 autorizou a mulher a utilizar-se do nome de solteira nos casos de separação judicial, com exceção dos casos em que houvesse prejuízo à mesma ou houvesse distinção entre o seu nome e de seus filhos, devendo neste caso provar tal prejuízo. Esta mesma lei reduziu para um ano o prazo de ruptura da vida conjugal para a separação judicial, sendo convertida em divórcio após um ano da decisão que concedeu a medida cautelar de separação de corpus ou a separação judicial.

Quanto a união estável, as leis n. ° 8.971, de 29 de dezembro de 1.994 e n. ° 9.278 de 1.996, instituiu direitos e deveres aos conviventes em união estável, como o direito a alimentos e regulou o artigo 226 parágrafo 3° da Constituição Federal de 1.988, respectivamente.

Em 11 de janeiro de 2.003, entrou em vigor o Novo Código Civil Brasileiro, Lei n. ° 10.406, de 11 de janeiro de 2.002, composto de 2.046 artigos, divididos em nove livros. Nos três primeiros livros estão, a Parte Geral do Código, que dispõe sobre direito das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. Na Parte Especial, temos mais cinco livros, que dispõe sobre direito das obrigações, direito de empresa, direito das coisas, direito de

¹³ Artigo 226, parágrafo 5° da Constituição Federal de 1988: “Os direitos e deveres referentes à sociedade

família e direito das sucessões. O último livro é chamado de complementar, porque trata das disposições gerais e transitórias.

O Código Civil de 2.002 trouxe algumas mudanças relevantes para o direito de família, em especial as que ocorreram com o casamento civil e o religioso, nulidade do casamento, separação de bens, o regime de participação final nos aqüestos, adultério, maioridade, união estável e antigo pátrio poder, hoje chamado de poder familiar.

Com relação ao casamento civil e o casamento religioso, o novo Código Civil em seu artigo 1.512, apenas repetiu o artigo 226, parágrafo 1º de nossa atual Constituição Federal, ressaltando que “o casamento é civil e gratuita a sua celebração”.

O novo Código, em seu artigo 1.515 procurou se adequar à Constituição Federal de 1.988 e a realidade social em que vivemos expressando: “o casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data da celebração”.

Ou seja, para que o casamento religioso possa ser reconhecido como válido, deverá o mesmo ser registrado no Cartório de Registro Civil, conforme observa Maria Helena Diniz (2002, p. 54), sem este registro o casamento religioso caracteriza-se apenas como união estável.

Luiz Edson Fachin (1999, p. 24) explica que o Novo Código Civil retirou de seu texto o artigo 219, inciso IV, do anterior Código Civil de 1.916, por estar desatualizado da realidade social em que vivemos e por ser um artigo discriminatório e inconstitucional. Segundo este artigo, o marido que ao se casar descobrisse que a mulher já era deflorada poderia, no prazo de 10 (dez) dias, propor a ação de anulação do casamento, alegando erro essencial sobre a pessoa.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 191) o regime de participação final nos aqüestos, foi uma inovação do nosso atual Código Civil, ele encontra-se nos artigos 1.672 a 1.686, e deverá ser convencionado através de pacto antenupcial, onde poderá ser convencionado aos cônjuges a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares. Consiste em um regime diferenciado, aplicando-se regras atinentes a

conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

separação de bens e a comunhão de aqüestos, em resumo, cada cônjuge possui um patrimônio próprio e no caso de haver a dissolução da sociedade conjugal, cada um terá direito à metade dos bens adquiridos à título oneroso na constância do casamento.

Outro artigo excluído do nosso ordenamento com o atual Código Civil foi o artigo 183, inciso VII do Código Civil de 1.916, que preceitua que o cônjuge adúltero, se condenado, não poderá casar-se com o seu co-réu¹⁴. Este artigo foi retirado de nosso atual ordenamento por estar sendo hoje o adultério considerado ato discriminizado.

O novo Código Civil, através do seu artigo 5º, alterou a maioridade civil, de 21 (vinte e um) anos, para 18 (dezoito) anos, em virtude das evoluções ocorridas em nossa sociedade atual. É de se ressaltar que o jovem de 18 (dezoito) anos de hoje possui capacidade plena para o exercício de certas atividades como dirigir, votar, ser responsabilizado penalmente, trabalhar, o que fez com que o legislador diminuísse a maioridade para que o jovem também estivesse autorizado a praticar atos civis sem o consentimento de seus pais, como o de se casar.

O atual Código Civil recepcionou como entidade familiar à união estável, discorrendo sobre tal instituto em seu artigo 1.723, que dispõe: “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 da família”.

Sobre o poder familiar essa alteração no Código Civil de 2.002, teve o escopo de atualizar a legislação civil, visto que a Constituição Federal de 1.988, em seu artigo 226, parágrafo 6º, determina que os direitos e deveres decorrentes da sociedade conjugal sejam exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Apesar do novo Código Civil adaptar as normas previstas na Constituição Federal de 1.988 ao seu texto, o mesmo se omitiu sobre as famílias monoparentais, reconhecidas constitucionalmente como entidades familiares. Este enfoque será mais bem detalhado neste trabalho monográfico.

¹⁴ Artigo 183, inciso VII, do Código Civil de 1.916: Não podem casar: VII o cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado.

3 DAS ESPÉCIES DE FAMÍLIA

3.1 Da Família na Constituição Federal

Na época do descobrimento do Brasil, a única forma de casamento reconhecida era a eclesiástica, sendo que os poderes da Igreja e do Estado se confundiam. Não existiam formas de proteção à família, as Ordenações do Reino e a Constituição do Império de 1.824, amparavam somente a Família Imperial.

Até o ano de 1.861, Brasil-colônia, apenas o casamento religioso era reconhecido.

O casamento civil somente passou a fazer parte do contexto brasileiro em 1.890, com o artigo 72, parágrafo 4^o¹⁵, da Constituição da época que decorreu do decreto n. ° 181, de 24 de janeiro de 1.890, artigo 108. Outra obrigatoriedade trazida por tal decreto foi a do registro de casamento civil pelo Estado. Este mesmo decreto previa que somente os casamentos realizados no Brasil que estivessem de acordo com as disposições legais seriam considerados válidos, também autorizava a separação de corpos, desde que, houvesse justa causa ou havendo um acordo entre os cônjuges, no entanto a indissolubilidade do vínculo conjugal e os impedimentos canônicos prevaleceriam.

Até 1º de janeiro de 1.917, quando vigorou o Código Civil Brasileiro de 1.916, as mulheres que possuíssem bens, ou recebessem rendas provenientes da coroa, somente poderiam se casar se obtivessem a licença Del Rey, sob pena de perder seus bens ou benefícios.

A primeira Constituição Brasileira que trouxe em seu texto uma proteção legal à família, tratando-a como instituição e preocupando-se em protegê-la foi a de 1.934, onde em seu art. 144 declarava estar a família legítima amparada pelo Estado. Depois desta Constituição todas as posteriores mantiveram tal preceito, sendo que em nossa

¹⁵ Decreto n.º 181 de 24 de janeiro de 1890, artigo 72, parágrafo 4º : “a república só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.

Constituição atual tal norma está prevista no caput do artigo 226, e expressa: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Através desta Constituição permitiu-se que outras religiões, e não só a católica, pudessem ter seus casamentos validados, visto que nesta época, apenas o casamento realizado pela Igreja Católica tinha o reconhecimento de validade do Estado.

A Emenda Constitucional n.º 09/77 permitiu a dissolução do casamento através do Divórcio, sendo regulamentada, posteriormente, pela Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1.977.

Antes do advento da Constituição Federal de 1.988 havia no ordenamento brasileiro a subdivisão das famílias em grupos, basicamente quatro: as famílias legítimas, as famílias ilegítimas, as entidades familiares e as famílias substitutas. As famílias legítimas eram constituídas através do casamento e suas formalidade; a família ilegítima, por sua vez, baseava-se em relações extramatrimoniais, ou seja, relações adúlteras, incestuosas ou desleais; as entidades familiares se dividiam em duas espécies: as uniões estáveis, denominadas antes do advento da Constituição Federal de 1.988, de concubinato e caracterizadas pela união de duas pessoas de sexos opostos, sem a existência do casamento; e as famílias monoparentais, caracterizadas pela existência de apenas um dos genitores e seus descendentes.

Em 1.988, com o advento da Constituição Federal, ampliou-se à definição de família, adotando uma visão ampla, plural e sociológica, com o intuito de adequar a família da época com a realidade social existente, afastando à idéia do casamento para a formação da família e a finalidade de prolieração, desta forma, caracterizando-a como instituições baseadas no casamento, nas famílias monoparentais¹⁶ e nas uniões estáveis¹⁷. Retirou-se a classificação de famílias legítimas e ilegítimas, sendo as entidades familiares igualadas às famílias legítimas, com isto, excluiu-se do nosso ordenamento a classificação de filhos legítimos, adúlteros ou adotivos, persistindo tão somente, a classificação de filhos naturais e proibindo-se qualquer tipo de ato discriminatório.

¹⁶ Art. 226 da Constituição Federal de 1988, parágrafo 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Os princípios constitucionais do Direito de Família foram descritos por José Sebastião de Oliveira (2002, p. 273) como os seguintes:

Proteção de todas as espécies de família (art.226, caput); reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (art. 226, §§ 3º e 4º); igualdade entre os cônjuges (art. 5º, caput, I, e art. 226, 5º); dignidade da pessoa humana e paternidade responsável (art. 226, § 5º); dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art. 226, §6º); assistência do Estado a todas as espécies de família (art. 226, § 8º); dever de a família, a sociedade e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direitos inerentes à sua personalidade (art. 227, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º); igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, §6º); respeito recíproco entre os pais e filhos; enquanto menores é dever daqueles assisti-los, criá-los e educá-los, e destes o de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229); dever da família, sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que tenham uma velhice digna e integrada à comunidade (art. 230, CF).

A Constituição também tratou de diversos temas como: igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal, dever de assistência entre pais e filhos, criança e adolescente, idoso, gratuidade do casamento e seus efeitos, etc.

Sobre a igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal, insta salientar que com a promulgação dos artigos 5º, inciso I¹⁸ e 226 parágrafo 5º¹⁹, houve um grande avanço na sociedade que teve como efeito primordial o desaparecimento do poder do chefe da família, poder marital, passando a haver, dentro da família, uma autoridade exercida por ambos os cônjuges, homem e mulher, em face dos demais membros do grupo familiar, garantindo, com isto, a igualdade entre os cônjuges no seio da família, sendo que os direitos e deveres que estavam anteriormente previstos apenas ao chefe de família, passaram a ser garantidos, também, a mulher, em razão da Constituição Federal de 1.988, assim determinar em seu artigo 226, parágrafo 5º.

Outra norma instituída na Constituição de 1.988 é o dever de prestar assistência, entre pais e filhos, isto é, o dever que tem os pais em relação aos filhos menores, e dos filhos maiores em relação aos pais. Tal dever está previsto no artigo 229 da Carta Maior que assim descreve: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e

¹⁷ Art. 226 da Constituição Federal de 1988, parágrafo 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹⁸ Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

¹⁹ Constituição Federal de 1988, artigo 226, parágrafo 5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Em relação aos filhos, a Constituição Federal de 1.988, em seu artigo 227, parágrafo 6º, assegurou aos mesmos, direitos e qualificações idênticas, não podendo haver qualquer discriminação entre os filhos havidos ou não fora do casamento, e os adotivos²⁰.

Quanto aos idosos, a Constituição Federal de 1.988, em seu artigo 230, garante o direito de serem amparados por suas famílias, pela sociedade e pelo Estado, devendo ser garantido aos mesmos um tratamento digno, de bem-estar e assegurado os proventos necessários para a garantia do seu direito à vida, sendo que aos maiores de sessenta e cinco anos, ainda é assegurado o direito à gratuidade dos transportes coletivos, devendo os trabalhos de amparo, serem preferencialmente executados em seus lares²¹. Sobre a dignidade da pessoa humana, esta se caracteriza como uma garantia constitucional a todos as pessoas que decorre do Estado Democrático de Direito, com a finalidade de se respeitar os direitos fundamentais do cidadão.

A atual Constituição Federal, em seu artigo 226, protege, a família constituída pelo casamento, as uniões estáveis, considerando-as como entidades familiares e as famílias monoparentais, formadas por apenas um dos pais e seus descendentes (filhos).

A partir da Constituição Federal de 1.988 o antigo concubinato passou a se chamar união estável. Tal instituto caracteriza-se pela união de duas pessoas de sexos opostos, para uma vida conjunta duradoura, sobre o mesmo teto ou não, desde que comprovada a convivência e relações sexuais. É de se ressaltar que o parágrafo 3º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1.988, ao reconhecer a união estável não se utilizou nenhum requisito para sua caracterização e nem mesmo um prazo mínimo de convivência, conforme se observa da leitura do texto infra citado: Artigo 226, parágrafo

²⁰ Artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1.988: “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”.

²¹ Artigo 230: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida”.

Parágrafo 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

Parágrafo 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

3º: “Para efeito de 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”.

A família monoparental, sempre existiu em nossa sociedade, no entanto, somente em 1.988, através da Constituição Federal, artigo 226, parágrafo 3º, é que esta espécie de família foi instituída em nosso ordenamento, sendo assim reconhecida como entidade familiar: “Artigo 226, parágrafo 4º: Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Eduardo de Oliveira Leite (1997, p. 22) conceitua da seguinte maneira as famílias monoparentais:

Uma família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças. Enquanto na França determinou-se a idade-limite desta criança – menos de 25 (vinte e cinco) anos -, no Brasil, a constituição limitou-se a falar em descendentes, tudo levando a crer que o vínculo pais x filhos dissolve-se naturalmente com a maioridade aos 21 (vinte e um) anos, conforme disposição constante no artigo 9º do Código Civil Brasileiro.

O atual Código Civil de 2.002, alterou a maioridade civil para 18 (dezoito anos), desta forma, o vínculo existente entre pais e filhos dissolve-se naturalmente aos dezoito anos com a maioridade, conforme o artigo 5º, caput, do atual Código Civil de 2.002²².

Outra observação que devemos fazer é que as famílias monoparentais podem ser constituídas apenas por descendentes, ou seja, filhos, isto ocorre geralmente quando ambos os pais vem a falecer, restando apenas os filhos como entidade familiar, como veremos posteriormente.

3.2 Da Família Substituta do Estatuto da Criança e do Adolescente

Segundo a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, decreto legislativo n.º 28, de 14 de setembro de 1.990, considera-se como criança todas as pessoas menores de 18 (dezoito anos), salvo quando por algum motivo alcancem a maioridade.

²² Novo Código Civil de 2.002, artigo 5º, caput: A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

O termo família já foi conceituado no capítulo anterior, cabendo a nós definirmos o que vem a ser substituta. O termo substituto vem do latim *substitutus*, indica a pessoa ou coisa que substitui em seu lugar uma outra pessoa ou coisa. Essa substituição pode ser eventual, temporária ou efetiva.

A retirada da criança ou adolescente do seio familiar e sua colocação em família substituta é uma exceção criada pela Lei n. ° 8.069, Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu artigo 19, fundado no artigo 227, da Constituição Federal de 1.988, determina:

Toda criança ou adolescente têm direito a ser criado e educado no seio de sua família, e excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

A colocação em família substituta poderá ser eventual, transitória ou permanente, diferenciando os graus de responsabilidade e direitos de terceiros sobre o menor e proceder-se-á mediante tutela, guarda e adoção. Conforme expressa o artigo 28 do ECA:

Artigo 28 – ECA: A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§1º - Sempre que possível a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido, e a sua opinião devidamente considerada.

§2º - Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida.

Esta colocação se verifica em razão do princípio da proteção integral ao menor, isto é, o interesse do menor deve ser sempre colocado em primeiro lugar, cabendo ao Estado intervir para que os direitos aos menores sejam assegurados.

As causas de colocação da criança em lar substituto são muitas, dentre elas podemos citar o abandono da criança recém-nascida em lixões, ruas, ou mesmo quando os pais decidem deixar o filho para adoção. O abandono tardio, ou seja, os pais deixam seus filhos em abrigos provisórios, não autorizando uma adoção e nem reintegrando esta criança a família. Outra hipótese que autoriza a substituição seria a dos pais que não possuem capacidade de criarem seus filhos, essa incapacidade pode decorrer de alcoolismo, do uso de entorpecentes ou exercício de violência doméstica contra as crianças ou membros da família, o que leva à criança ou adolescente a crer que aquilo é

o correto, que acontece em todas as famílias com normalidade, como se aquele estilo de vida fosse comum gerando desta forma uma criança ou adolescente com problemas de saúde ou mesmo um adulto futuramente violento ou com problemas toxicológicos.

A criança ou adolescente somente serão retirados do seio familiar nos casos onde não seja possível a coabitação com sua família natural, têm como efeito a perda ou a suspensão do poder familiar dos pais naturais, sendo desligado de qualquer vínculo com os pais biológicos e seus parentes, com exceção dos impedimentos matrimoniais. A família substituta poderá ser brasileira ou estrangeira, sendo que neste caso somente é autorizada a adoção do menor, sendo vedada a tutela ou curatela. Ao aceitar a guarda ou a tutela do menor, a família substituta ou o responsável poderão se opor a terceiros, inclusive aos pais biológicos do menor. Deverão, ainda, assumir o compromisso de prestar de forma adequada os cuidados necessários para com o menor, como assistência, moral, emocional, educacional, material, além de assistência médica, prevenindo-o de danos e prejuízos que possam vir a ser causados, isto é, todos os direitos e deveres previstos no artigo 227²³, caput da Constituição Federal e artigo 4^o²⁴, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros previstos nas legislações vigentes em nosso ordenamento.

Outros requisitos que se verificam para a efetiva colocação na família, é a afetividade, a afinidade e o grau de parentesco. A afetividade caracteriza-se pelo carinho existente entre eles. A afinidade constitui a combinação existente entre os mesmos, verificando-se se há compatibilidade de interesses, sentimentos.

A colocação do menor em família substituta exige a presença de outros requisitos, que estão elencados no artigo 165²⁵ do ECA (Estatuto da Criança e do

²³ Constituição Federal, artigo 227, caput: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

²⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 4º, caput: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

²⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 165, caput: São requisitos para a concessão de pedidos de colocação em família substituta:

I – qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência deste;

Adolescente). Verificado a inexistência de algum desses requisitos, a incompatibilidade de interesses, inexistência de ambiente sadio ou adequado para o menor, a colocação será imediatamente indeferida.

Esta análise rigorosa se faz necessária, pois existe um grande número de interesses colocados em jogo, como o interesse do menor, seus sentimentos, anseios, necessidades, carência e afeto. A criança ou adolescente não deverá ser desprezada durante a verificação de sua colocação em família substituta, devendo sempre que possível, ser ouvida. E até mesmo os sentimentos condizentes da família substituta, pois o convívio traz consigo um vínculo de afeto, apego e amor que não deverão ser quebrados por inexistência de requisitos que poderiam ter sido vistos antes da colocação do menor naquele lar. Outra observação que se faz necessária é que após a colocação do menor no seio da família substituta, a sua transferência para terceiros, para entidades governamentais ou não, somente será possível mediante autorização judicial.

A existência de insuficiência de recursos materiais na família, não constitui por si só motivo para que a criança seja retirada do seio familiar, nestes casos a família será encaminhada a um programa de auxílio, com a finalidade de reestruturar esta família, conforme reza o artigo 23²⁶, do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente).

3.3 Da Família Natural

Durante todos os tempos, as famílias foram classificadas de diversas maneiras.

Uma das primeiras espécies de família foi a tribal, caracterizava-se pela existência de uma tribo, onde todas as suas unidades eram chefiadas por um mesmo patriarca. Havendo um vínculo genealógico entre todos os seus membros.

II – indicação de eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou companheiro, com a criança ou adolescente, especificando se tem ou não parente vivo;

III – qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais, se conhecidos;

IV – indicação do cartório onde foi inscrito o nascimento, anexando, se possível, uma cópia da respectiva certidão;

V- declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos relativos à criança ou ao adolescente.

²⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 23: A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder.

A família romana possuía características parecidas com a família tribal, no entanto o número de membros na família romana era menor. A família romana era chefiada pelo *pater familias*, que exercia o poder de vida e morte sobre os membros de sua família. O vínculo existente entre os membros da família romana era proveniente da consangüinidade e do culto ao mesmo fogo sagrado. O filho romano somente poderia constituir sua própria família quando o *pater familias* estivesse morto.

Outra espécie de família é a contemporânea, constituída pelo pai, a mãe e seus filhos, no entanto o crescimento desta família é colateral, formando diversos ramos comuns.

A família formada com o casamento e suas formalidades é denominada de família legítima, celular ou nuclear. Constitui-se pela união de duas pessoas de sexos opostos, através do casamento e seguindo as formalidades exigidas em lei para a sua validade. Ela aumenta com o nascimento de filhos consangüíneos e diminui com a ocorrência do falecimento de qualquer de seus membros, ou com a constituição de novas famílias pelos seus filhos. A prole decorrente deste tipo de família era chamada de filhos legítimos.

Neste contexto, a família ilegítima era formada pelas relações extramatrimoniais, isto é, relações desleais, adúlteras ou incestuosas. Os filhos provenientes da família ilegítima eram chamados de adúlteros, não sendo garantido a eles os mesmos direitos que aos filhos legítimos.

A família adotiva caracterizava-se pela existência de um ou mais filhos provenientes da adoção, que não tinham os mesmos direitos dos filhos legítimos, isto é, dos filhos nascidos em uma família legítima.

Outra espécie de família vista anteriormente, é a substituta, caracterizada pela colocação do menor, criança ou adolescente, no seio de uma família que não seja a sua biologicamente, sendo levado em consideração o grau de afinidade e afetividade do menor com tal família, sendo, após a substituição, considerado como filho.

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

A família natural é aquela formada pelos pais, por qualquer um deles e seus descendentes.²⁷ A família natural foi valorizada, sobretudo com o advento da Constituição Federal de 1.988, que determinou que não haveria mais diferenciações entre famílias legítimas e ilegítimas e filhos legítimos e ilegítimos, existindo desta forma somente a família natural, sendo vedado qualquer ato discriminatório. Com isto o ECA, em seu artigo 26, autorizou o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, independentemente da origem de sua filiação, podendo o reconhecimento ser feito por termo de nascimento, por testamento, ou por qualquer outro tipo de documento público.²⁸

Com isto, extinguiram-se os tratamentos discriminatórios atinentes aos filhos havidos fora do casamento. Garantindo à estes, constitucionalmente, os mesmos direitos que os filhos havidos na constância do casamento e proibindo-se os atos discriminatórios.

3.3.1 Da União Estável

Antes da Constituição Federal de 1.988, a união estável era denominada de concubinato. Existiam duas espécies de concubinato. O concubinato puro era decorrente de duas pessoas de sexos opostos que tinham a liberdade de se casarem, isto é, não havia qualquer impedimento para o casamento, mas por livre conveniência ou qualquer outra razão, não exerciam tal direito, passando a conviverem sob o mesmo teto, mas sem haver casamento. O concubinato impuro caracterizava-se pela existência de impedimentos para o casamento, por parte de um ou dos dois concubinos por já serem casados.

No entanto, para uma parte da doutrina, como Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 63), apesar desta diferenciação, tal perdeu o sentido, pois com a

programas oficiais de auxílio.

²⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 25: “Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”.

²⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 26, caput: “Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou documento público, qualquer que seja a origem da filiação”.

Constituição Federal de 1.988, o antigo concubinato puro passou a ser denominado de união estável, e o concubinato impuro apenas de concubinato.

O termo concubinato, etimologicamente, vem do latim, *concupinatus*, surgiu da junção de *cum* (com) e *cubare* (dormir).

Bittencourt (1985, p. 17) descreve: “Companheira é a designação elevada que se dá à mulher unida por longo tempo a um homem, como se fosse sua esposa; mas, como não existem laços do casamento civil, é concubina”.

Com o advento da Constituição Federal de 1.988, o concubinato puro passa a ser denominado de união estável. O artigo 226, parágrafo 3º, trata de tal instituto, descrevendo: “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”.

Posterior à Constituição Federal, a Lei n. ° 9.278/96 veio disciplinar o conceito de união estável, definindo-a em seu artigo 1º: “É reconhecida como entidade familiar à convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

O novo Código Civil de 2.002, manteve a definição trazida pela Lei n. ° 9.278/96, estabelecendo outros requisitos caracterizadores da união estável em seu artigo 1.723:

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.

§1º - A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§2º - As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Desta forma, a união estável caracteriza-se pela união de um homem e uma mulher, que não possuam impedimentos para o casamento, salvo uma exceção que veremos a seguir, que objetivando a formação de uma família, se unindo, sem a celebração e formalidades do casamento.

A principal diferença entre a união estável e o casamento, é que na união estável existe a união de fato de duas pessoas de sexos opostos, não sendo necessário a existência do casamento e de suas formalidade, bastando como prova a existência de vida em comum ou a existência de um pré-contrato. Já no casamento, exige-se o cumprimento de certas solenidades, somente se caracterizando o casamento após a sua celebração e desde que preenchidos todos os requisitos exigidos em lei, como o registro do casamento no Cartório de Registro Civil.

Para o reconhecimento da união estável faz-se necessário a presença de cinco requisitos legais e outros doutrinários, que são analisados caso a caso, conjuntamente, com os requisitos legais, são eles:

a) sexos opostos: constitui um requisito legal. A Constituição Federal, em seu artigo 226, parágrafo 3º, e o artigo 1.723 do Código Civil de 2.002, são claros ao descrever que “é reconhecida a união estável entre homem e mulher”, não deixando dúvidas sobre isto, não admitindo, desta forma, o reconhecimento da união estável entre pessoas de mesmo sexo. As uniões homossexuais não fazem parte da proteção constitucional, sendo eventuais direitos garantidos por meio judicial, decorrentes do direito obrigacional;

Sociedade de fato – Concubinato – Ligação Homossexual – Alteridade de Sexos, que é pressuposto do concubinato, tratando-se de um sucedâneo do matrimônio constitutivo da família e não dele decorrente – Hipótese que trata de uma sociedade patrimonial de fato, destituída de vínculo com o instituto – Competência da segunda Seção Civil do TJ. (TJSP – Ap. 139.316-1, 11-10-90, Rel. Ney Almada).

b) relacionamento público: segundo requisito legal trata-se do tratamento auferido pelo casal que deve ser público, isto é, serem apresentados, para terceiros, como marido e mulher. A relação obscura, onde o relacionamento é desconhecido por terceiros, não faz jus a proteção legal.

c) relacionamento estável: terceiro requisito legal. A Constituição Federal de 1.988 não estipulou prazo de convivência para o reconhecimento da união estável, no entanto em 1.994, a Lei n.º 8.971, estabeleceu o prazo de 05 (cinco) anos ininterruptos para a caracterização da união estável. Posteriormente, a Lei n.º 9.278/96, omitiu-se quanto ao prazo de convivência, determinando apenas que houvesse uma relação duradoura. Desta forma, atualmente não se exige um

prazo certo para o reconhecimento da união estável, haja vista a Lei n.º 9.278/96 não o declarar e a nossa lei maior, a Constituição Federal, também se omitir sobre o lapso de tempo.

d) relacionamento contínuo: quarto requisito legal. O relacionamento precisa ser contínuo, sendo que o relacionamento rompido poderá, em alguns casos, excluir o requisito da estabilidade, vejamos, por exemplo, estes julgados, onde a ausência de continuidade do relacionamento, caracterizada muitas vezes pelos rompimentos do relacionamento, excluíram o requisito da estabilidade, não sendo reconhecida a união estável:

Concubinato – Ausência de caráter de permanência e estabilidade – União estável protegida pelo art. 226 da Constituição Federal, §3º - não-configuração – Inocorrência de sociedade de fato – Partilha ou pagamento de indenização por serviços domésticos – Impossibilidade. “A união livre estável, em regra, acarreta efeitos jurídicos positivos ou negativos, já a união livre não estável ou irregular produz efeitos sempre negativos, porquanto não justifica qualquer pretensão da concubina, em face da ilicitude do amparo jurídico ou *pretium sturpi*. (Basílio de Oliveira)” (TJPR – Ap. 15.272, 19-4-99, Rel. Ivan Bortoleto).

União Estável – Partilha de bens – Requisitos – Desprovido. I – A lei não fixa prazo de duração preciso para que o Juiz conclua pela existência ou não da união de fato estável, cabendo a valoração desse requisito pela análise peculiar do caso concreto. A jurisprudência moderna vem-se inclinando por entender como razoável, para fins de estabilidade, a duração de cinco anos de relacionamento afetivo em comum. II – Não atende aos requisitos da Lei n.º 9.278/96, para fins de reconhecimento de sociedade de fato e partilha de bens relacionamento afetivo conturbado e com duração de menos de dois anos, intercalado por sucessivos períodos de separação, deixando o pretense companheiro-varão inteiramente desassistidas e desamparadas a mulher e a filha menor, somente retornando anos depois para tentar partilhar o único bem que ainda resta ao patrimônio de sua ex-companheira – direito de concessão de uso de bem imóvel adquirido junto ao IDHAB.III – Recurso conhecido e desprovido. (TJDF – Ap. Cível 4644097, 29-4-1998, Rel. Wellington Medeiros).

e) Objetivando a constituição de família: quinto requisito legal. Basta o *animus* de constituir família, para que seja reconhecida a união estável, podendo em alguns casos ficar determinada pela existência de filhos comuns. Sem a existência do *animus* de constituir família, não há como ficar caracterizada a união estável, podendo ser reconhecida, em alguns casos, a existência de um relacionamento de fato, o que gera efeitos apenas sobre os bens adquiridos, pelo esforço de ambos, durante o relacionamento.

f) inexistência de impedimento para o casamento: requisito doutrinário. Existe uma grande discussão acerca do reconhecimento da união estável, quando um dos conviventes é casado e se encontra separado de fato ou judicialmente. Neste caso, ele pode viver em união estável?

Existiam, antes do Código Civil de 2.002 duas correntes sobre o tema, vejamos:

a) Não havendo mais a existência da sociedade conjugal, e existindo o direito potestativo de se divorciar, os separados de fato, poderão viver em união estável, sendo até mesmo facilitada a conversão desta união em casamento.

b) O separado de fato continua casado, não tendo, ainda, desfeito a sociedade conjugal, não podendo, desta forma, viver em união estável, pois se fosse reconhecida a sua união estável, se estaria incentivando a bigamia ou mesmo o adultério.

O Código Civil de 2.002 inovou ao permitir o reconhecimento da união estável, da pessoa casada que se ache separada de fato ou judicialmente. Nesta linha, expressa-se o artigo 1.723, parágrafo 1º: “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.

Desta forma, com a autorização expressa da possibilidade de reconhecimento da união estável entre as pessoas que se achassem casadas, mas separadas de fato ou judicialmente, excluíram-se as posições doutrinárias anteriores, ou seja, caracteriza-se a união estável pela união de um homem e uma mulher, que não possuam impedimentos para o casamento, salvo se um deles ou os dois forem casados com outras pessoas, mas estiverem separados de fato ou judicialmente, e se unam objetivando a formação de uma família, sem a celebração e formalidades do casamento. Caso um ou ambos os conviventes forem casados e não estiverem separados de fato ou judicialmente, tal relacionamento não constitui união estável, sendo caracterizado como mero concubinato, conforme expressa o artigo 1.727 do novo Código Civil: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de se casar, constituem concubinato”.

g) convivência comum ou sobre o mesmo teto: este requisito também gera diversas controvérsias, havendo atualmente duas correntes:

- para o reconhecimento da união estável faz-se necessário que os conviventes vivam sobre o mesmo teto, pois quando a lei utilizou se tal termo “conviventes” ela quis dizer pessoas que residem juntamente.

- para esta corrente não há a necessidade dos conviventes viverem sobre o mesmo teto para que seja caracterizada a união estável, já que mesmo no casamento os cônjuges podem morar em casas separadas, não descaracterizando o instituto. A Súmula n. ° 382, do Supremo Tribunal Federal dispõe: “A vida em comum sobre o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Conclui-se, desta forma, que apenas a morada dos conviventes em casas separadas não constitui motivo para negar-se o reconhecimento da união estável.

h) Dever de fidelidade: a fidelidade constitui, também, para alguns doutrinadores, um requisito essencial para reconhecimento da união estável. Sílvio Rodrigues (1.993:272) discorre ser a fidelidade um dos requisitos fundamentais para a caracterização do concubinato, pois a fidelidade revela o propósito de vida em comum e investe os companheiros na posse de Estado de casado.

Nos casos onde apenas um dos convivente esteja de boa-fé, ou seja, no relacionamento onde um dos conviventes acredita estar convivendo em união estável, mas, desconhece não cumprir os requisitos legais para o reconhecimento de tal união em razão do outro convivente, ou ser casado ou manter união estável com outra pessoa, deve-se aplicar à ele, convivente de boa-fé, os efeitos da putatividade, sendo respeitados, logicamente, os direitos de terceiros.

Sobre o assunto dispõe Álvaro Villaça de Azevedo (1986, p. 66): “Entendemos, ainda, que deste não deve surtir qualquer efeito, a não ser ao concubino de boa-fé, como acontece, analogamente, com o casamento putativo”.

3.3.2 Da Monoparentalidade

As famílias monoparentais, também são denominadas de famílias unilineares, em razão da presença de somente um dos pais no convívio familiar, descendendo a

criança, muitas vezes, de somente um parentesco, por motivos alheios à sua vontade, como nos casos de adoção.

Tais famílias são formadas por qualquer um dos pais e seus descendentes ou apenas por descendentes. Podem surgir por escolha própria de um dos genitores, ou seja, a faculdade que tem o pai ou a mãe de criar sozinho seus filhos, por exemplo, homem ou mulher solteiro adotar²⁹, ou pode surgir por motivos alheios à vontade dos genitores, como ocorre nos casos de morte de um dos cônjuges, desaparecimento, divórcio ou separação, de fato ou judicial.

A monoparentalidade surgiu no mundo jurídico há aproximadamente trinta anos, com mais força nos últimos vinte anos em razão do grande número de divórcios que se verificavam. Na realidade as famílias monoparentais sempre existiram, o que ocorre é que esta espécie de família não era reconhecida e muitas vezes escondida da sociedade, como por exemplo, as mães solteiras.

O início do reconhecimento das famílias monoparentais se deu na Inglaterra, no ano de 1.960. O país efetuou um estudo e descobriu que as maiores incidências de famílias monoparentais, na época chamada de *parents families*, ou seja, famílias de parentes, se dava nas classes mais baixas da sociedade.

Posteriormente a França efetuou um estudo sobre esta espécie de família e verificou que elas se originavam de uniões mal sucedidas ou da escolha de uma pessoa em ter ou adotar um filho para criar sozinho. Foi a França, no ano de 1.981, o primeiro país a denominá-la de Família Monoparental.

Diante do reconhecimento, pela Inglaterra e pela França, das famílias monoparentais, tal instituto se espalhou por toda a Europa e posteriormente pelos demais países do mundo. Sendo atualmente reconhecida como a entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

²⁹ O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069/90, artigo 42 permite às pessoas solteiras praticarem o ato da adoção, vejamos: “Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente do Estado civil”.

Desta forma, considera-se como família monoparental a entidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, sendo que a jurisprudência também reconhece como monoparentais àquelas entidades formadas apenas pelos descendentes, ou seja, formada por irmãos, não existindo a figura paterna ou materna, em razão de morte, desaparecimento, ou desconhecimento dos pais, ou outros motivos alheios à vontade dos agentes, isto ocorre em razão do propósito a que vivem, ou seja, viver unidos em família.

Ocorre que este conceito sofreu alteração, em razão do novo Código Civil diminuir a maioridade civil de 21 (vinte e um) para 18 (dezoito) anos, adquirindo, neste momento, capacidade plena para os atos da vida civil. O artigo 5º, caput, do atual Código Civil assim determina: “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”.

Essa alteração da maioridade, não surte efeitos no Brasil para o reconhecimento da família monoparental, haja vista que o que é levado em consideração é se um dos genitores reside juntamente com seu descendente ou descendentes, independentemente de serem maiores ou menores, não importando, também, se estes membros moram sozinhos ou com terceiros, como tios, avôs, por exemplo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1.988 foi a primeira a regular tal instituto em seu artigo 226, parágrafo 4º: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

3.4 Tendências da Família Moderna

No Brasil, com o processo de urbanização e industrialização, as famílias da zona rural desapareceram quase que por completo, levando com elas os modelos de conjugação do parentesco por agnação e cogação, predominando a autoridade do chefe familiar, família patriarcal. A família tradicional era a denominada nuclear, composta da mãe, que trabalhava dentro do seio familiar, do pai, que trabalhava fora de casa e trazia o sustento da família, e dos filhos, e muitas vezes, se estendia aos avós, e demais parentes que convivessem sob o mesmo teto. Os papéis familiares eram bem definidos, e facilmente diferenciados.

A Revista Brasileira de Estudos da População (1992, p.17), fez uma pesquisa dos índices de casamentos e obteve o seguinte resultado:

Em 1.990, casavam-se 535 casais por dia, separavam-se 78 e divorciavam-se 76. Sob o enfoque do *mercado matrimonial legal*, o aumento do número de divorciados significa que, a cada ano, surge número maior de pessoas *disponíveis* para o casamento. O projeto *Estado Civil da População Paulista*, realizado pela Fundação SEADE, constatou que a duração média de um casamento que se rompe por separação é de cerca de dez anos. Teoricamente, há recolocação no *mercado matrimonial* de um número equivalente de homens em torno de 36 anos e mulheres em torno de 33, jovens o bastante para recomeçar nova vida a dois. A análise da tendência do comportamento nupcial na década de 80 leva à constatação de que o casamento já não segue o figurino *até que a morte os separe* e se aproxima da visão poética do *infinito enquanto dure*, quantas vezes *dure*.

Atualmente, na grande maioria dos lares, o papel dos membros da família está invertido, ou mesclado. Em várias famílias aos pais, incumbe os cuidados da casa, e à mãe o sustento da família, em outros, a mulher trabalha o dia todo e impõe a obrigação de cuidar da alimentação do filho e de zelar pela casa ao namorado, ao pai, ao filho ou ao avô.

Tais inversões de obrigações são tidas pela sociedade atual como normais, não se admitindo aquele modelo anterior de família onde a esposa era submissa economicamente ao marido e trabalhava apenas nos afazeres domésticos. Sobre isto se expressa o psiquiatra Luiz Carlos Osório (1996, p. 17): “Atribuir à mulher o papel de cuidar do lar e ao homem o de sair à rua para prover o sustento da família não é só um modelo arcaico, que remonta às origens do processo civilizatório, como soa hoje em dia como um estereótipo tangenciando o ridículo”.

Com a evolução da sociedade o casamento deixou de ser um ato solene e formal, para se tornar em primeiro lugar uma relação baseada no afeto. Muitas famílias deixaram de se casar e passaram a conviver juntas, muitas vezes em união estável. O chefe de família passou a ser o companheiro para a mulher que juntamente com ele sai para trabalhar e ajuda no sustento da casa. Garantiu-se constitucionalmente a igualdade entre o homem e a mulher. Estabeleceu-se o direito tanto ao homem, quanto a mulher de ficar com a guarda dos filhos. Demonstrando cada vez mais a evolução da família, com

a criação de direitos e deveres atinentes a ambos os cônjuges igualmente dentro da sociedade conjugal.

Outra grande mudança que se observa no sistema jurídico atual caminha para o total reconhecimento da igualdade entre as formas de família existentes, vindo a se extinguir as desigualdades e as discriminações. Isto se dá principalmente com o advento da Constituição Federal de 1.988, que reconheceu a união estável e as famílias monoparentais, como entidades familiares.

Na verdade, tais famílias já existiam, de fato, à várias décadas, tendo a Constituição apenas regulado esta espécie de família. Para alguns dos doutrinadores isto significou a desmoralização do instituto da família, e para outros, ao contrário, tal reconhecimento se fez necessário para a proteção constitucional das diversas espécies de família e não só para a instituída através do casamento. No entanto a maioria dos doutrinadores discorda de tal argumento, alegando estar a família atual passando por uma séria crise. Dentre eles encontramos, Yussef Said Cahali (2002, p. 19), vejamos:

Em realidade, porém, é exatamente nesta notória *mutação de conceitos básicos*, nestes “novos critérios” a que se submetem as relações do grupo societário, especialmente agora sob a pressão apologística da relação concubinária sob a forma de “entidade familiar”, que reside a crise da família, na exaltação de pretensos valores novos e contingentes, e que se assinala pelo enfraquecimento gradativo da disciplina familiar, pela desconsideração paulatina do significado do vínculo matrimonial, pelo relaxamento dos costumes, pelas liberdades e concessões de toda ordem como justificativa do descarte de preconceitos tradicionais, criando com isto um quadro favorável ao aumento progressivo das separações dos cônjuges.

Para outros, ao contrário, a valoração das diferentes espécies de família, se faz necessário e não desmoraliza o instituto da família, dentre eles encontramos Sérgio Gischkow Pereira e Caio Mário da Silva Pereira.

Observa-se o pensamento de Sérgio Gischkow Pereira (1993, p. 84):

A relevância do amor, do afeto, do ângulo emocional, da convivência respeitosa, da assistência recíproca, do prazer da companhia, do desvelo mútuo, sempre em detrimento da união forçada, artificial, hipócrita, doentia, conflitada, destruidora; eis um parâmetro essencial, alicerçante de quase todas as transformações, família em sua normatização jurídica. Quer-se a autenticidade nas relações. Rejeita-se a falsidade.

Para Caio Mário (2002, p. 19), não existe crise alguma com a família moderna, o que se verifica é uma evolução nos conceitos existentes, conforme verificamos da análise do texto abaixo:

Há uma concepção nova de família, que constrói em nossos dias. Fala-se na sua degradação e no seu desprestígio. Fala-se na crise da família. Não há tal. Um mundo diferente imprime feição moderna à família. Não obstante certas resistências e embora se extingam os privilégios nobiliárquicos, a família ainda concede prestígio social e econômico, cultivando os seus membros certo orgulho por integrá-la.

A família atual está passando por uma crise, e diversas são as causas para esta realidade, dentre elas podemos citar as dificuldades econômicas, que geram os altos índices de desemprego, o desinteresse pela escola, a prostituição e criminalidade, a AIDS, os altos índices de divórcios, os métodos anticoncepcionais, a iniciação sexual precoce, o alcoolismo, os entorpecentes, a promiscuidade.

O trabalho da mulher e dos menores, para o auxílio nos gastos familiares contribuiu ainda mais para a crise familiar, não se prega mais a religião dentro das famílias como antigamente, e o cotidiano agitado retirou o diálogo do contexto familiar, desaparecendo a convivência diária familiar, que auxiliava no tratamento das desavenças.

Diferente das famílias antigas, o individualismo predomina na família atual, em muitas se vê o desapego à religião contribuindo ainda mais para a crise familiar. A família de antigamente pregava a religião como forma de estruturar a família, baseando-se no amor. As crianças eram ensinadas a orar durante as refeições e antes de dormir. Pregava-se o amor do pai pelo filho, do amor dos netos pelos avós, o respeito mútuo, e isto influenciava toda a vivência familiar.

O que se deve ter em mente é que não existe um modelo ideal, correto de família, como descreve João Baptista Villela (1994, p. 643):

Tantas são as variáveis culturais, éticas, políticas, econômicas e religiosas que a pressionam e modelam, mas, sobretudo tantas são as imponderáveis aspirações e inspirações do homem na situação de família que nenhum modelo cerrado atenderia a umas e a outras. Só a família fundada na aptidão para responder aos mistérios de amor e comunicação que habita cada ser

humano o pode livrar do vazio e da solidão. O modelo há de ser, por conseguinte, aberto...

Concluiu-se, então, que não há como conceituar um modelo perfeito de família, a família deve fundar-se no amor, no afeto, na solidariedade, respeito, compreensão e outros sentimentos maiores que sustentariam as famílias, diminuindo o número de divórcios, separações e famílias insatisfeitas. Sendo garantida a proteção constitucional às famílias fundadas ou não no casamento, como medida de inteira justiça para o avanço da sociedade, diminuindo a discriminação e a desigualdade social através do Direito Justo.

4 FATORES DETERMINANTES DA MONOPARENTALIDADE

Antigamente as principais causas que originavam a monoparentalidade estavam ligadas à viuvez e às mães solteiras.

Atualmente são inúmeras as causas de monoparentalidade, as mais comuns são a separação, o divórcio e a adoção.

Kaufmann (1990, p.33) afirma que:

Apesar da multiplicação e da qualidade dos estudos, as situações de monoparentalidade são de difícil apreensão, notadamente nas suas relações com o contexto familiar. Assim, o caráter majoritariamente transversal dos trabalhos não informa sobre o fato de saber se a monoparentalidade é um Estado transitório ou durável, nos encaminhamentos biográficos e encadeamentos das formas familiares.

Desrosiers e Le Bourdais (1993, p. 09), a partir de um estudo efetuado no Canadá sobre as famílias monoparentais femininas, afirmam que:

É importante sublinhar que 64% (sessenta e quatro por cento) dos primeiros episódios monoparentais terminam em uma união livre, ou legal; que, em mais da metade dos casos, ocorrerá num prazo inferior a 04 (quatro) anos.

Deste modo, em razão da transitoriedade da maioria dos casos de famílias monoparentais se torna muito difícil à sua regulamentação, havendo atualmente apenas estudos sobre os fatores que determinam à sua origem.

4.1 O Celibato

Segundo Maria Helena Diniz (1998, p. 547) celibato é “o estado daquele que se mantém solteiro porque não tem a intenção de se casar ou não pode convolar núpcias”.

O matrimônio deixou de ser o objetivo primordial na vida de grande parte dos jovens atuais, tanto por opção própria, morar sozinho, adquirir independência e estabilidade financeira, como em razão de fatores econômicos, como o desemprego, baixos salários.

Com isto o celibato se tornou cada vez mais comum como modo de vida atual, sendo sua maior incidência observada nas grandes cidades.

Com o grande número de dificuldades encontradas pelos jovens atuais, como desemprego, falta de preparo profissional, uma grande parte dos jovens optou pelo celibato como modo de vida, a fim de concretizar outros objetivos tidos como mais importantes como a finalização dos estudos, formação acadêmica, profissional, especializações, emprego, moradia, para posteriormente pensar na realização de um matrimônio.

Os celibatários, como são chamadas as pessoas que vivem em celibato, na sua grande maioria, não vivem sozinhos, vivem em uniões sem compromisso, passageiras, ou em estado de casado, mas sem a existência de qualquer vínculo legal, desviando-se, desta forma, de obrigações. Estes relacionamentos foram denominados constitucionalmente de união estável pela Constituição Federal de 1.988, como vimos no item 2.4.1.

O grande número de pessoas que rompem seus relacionamentos, e que vêm a constituir novas uniões sem qualquer limite imposto pelo Estado, além de aumentar consideravelmente o número de famílias monoparentais, gera preocupação por elevar o número de nascimentos decorridos destas uniões.

Com as rupturas nos relacionamentos e o alto índice de nascimento, o que surge é a figura da mãe solteira, causando conseqüências drásticas para o menor, como descaso dos pais, abandono, maus tratos, desnutrição, dentre outros fatores que contribuem indiretamente para a pobreza, violência e que devem ser controlados e prevenidos pelo Estado em função do bem estar social.

4.2 A Separação e o Divórcio

4.2.1 Da Separação no Direito Canônico

No direito canônico o casamento somente poderia ser dissolvido nos casos de morte de um ou de ambos os cônjuges ou nos casos de ser declarada a invalidez do casamento.

Para esta ramificação do direito, o casamento se consuma com a conjunção carnal. É um sacramento, se realizado entre pessoas batizadas, um ato divino e

indissolúvel por ato do ser humano, cabendo somente a Deus separar o que Ele uniu. A dissolução somente era admitida nos casos de justa causa, invalidade do matrimônio (em razão de falha do consentimento de um ou ambos os nubentes, impedimentos dirimentes, proibitivos ou forma diversa de celebração) ou quando apenas uma das partes fosse batizada, existindo ainda a separação, que poderia ser temporária ou perpétua. Para ambos os casos de separação o vínculo matrimonial persistia sendo proibidos os nubentes de convolar novas núpcias.

4.2.1.1 Da Separação temporária no Direito Canônico

A separação temporária consiste no afastamento de um dos cônjuges da morada do casal, em razão de justa causa. O vínculo matrimonial permanece e o afastamento dura até a extinção da justa causa.

O Código Canônico de 1.917, artigo 1.153 determina:

Se um dos cônjuges é causa de grave perigo para a alma ou para o corpo do outro cônjuge ou dos filhos, ou de outra forma torna muito difícil à convivência, está oferecendo ao outro causa legítima de separação.

4.2.1.2 Da Separação Perpétua no Direito Canônico

A separação perpétua consiste no afastamento permanente de um dos cônjuges da morada do casal em razão da prática de adultério consumado, ou seja, prática de relações sexuais com terceiro, casado ou não.

Apesar desta espécie de separação ser possível nos casos de adultério, o atual código canônico permite ao cônjuge traído que perdoe, tácita ou expressamente, o cônjuge adúltero, ao menos que não o consiga perdoá-lo em razão do constrangimento sofrido.

4.2.2 Da Separação no Direito Brasileiro

Antes da Lei n. ° 6.515/77 existia apenas o desquite, que extinguiu o vínculo conjugal, mas não colocava fim aos vínculos matrimoniais, impedindo a pessoa desquitada de se casar novamente.

Com a aprovação da Lei n. ° 6.515/77 (Lei do divórcio), o desquite passou a se chamar de separação judicial. A criação da separação judicial foi necessária para que a Lei do Divórcio fosse aprovada, sendo que, atualmente, se encontra desnecessária.

A Lei n. ° 6.515/77 determinava que a pessoa somente poderia se divorciar uma única vez. O Divórcio direto somente era possível nos casos de urgência, e nos casos em que a separação de fato tivesse ocorrido antes de 28 de junho de 1.977, cumpridos três pressupostos a pessoa poderia se divorciar. São eles:

- a) separação de fato há no mínimo 05 (cinco) anos;
- b) que este prazo, de 05 (cinco) anos, se desse antes de 28 de junho de 1.977;
- c) que as partes provassem a causa da separação.

Assim, todas as pessoas que possuíssem tais requisitos poderiam se divorciar diretamente, sendo que a partir de então ficaria proibido o divórcio direto, devendo as pessoas que quisessem se divorciar, primeiramente promover uma ação de separação judicial, para somente depois conseguir o divórcio, através da conversão de separação em divórcio.

A jurisprudência entendeu que a decretação do divórcio direto também seria possível nos casos onde o casal já estivesse separado antes de 28 de junho de 1.977, e desta forma, decorridos os cinco anos, mesmo que posterior a esta data, poderia solicitar a decretação do divórcio direto.

A Constituição Federal de 1.988 incluiu em seu texto (artigo 226, §6^{o30}) a espécie de divórcio direto, ou seja, as pessoas que estivessem separadas a mais de 02 (dois) anos poderiam propor diretamente a ação de divórcio. A Constituição também inovou ao diminuir o prazo de conversão da separação judicial em divórcio, de 03 (três) anos para ano e dia.

³⁰ Constituição Federal de 1.988, artigo 226, §6º: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

No mesmo parágrafo 6º do artigo 226 da Carta Constitucional ficou determinado que as pessoas que comprovassem estar separadas a mais de dois anos ininterruptos poderiam solicitar a decretação do divórcio direto.

A Lei n.º 7.841/89 trouxe algumas mudanças, dentre elas a liberdade do indivíduo de casar e se separar indeterminadamente.

Atualmente com a separação judicial, ocorre o desfazimento da sociedade conjugal, não se dissolvendo o matrimônio, ou seja, com a separação judicial, extingue-se o dever de coabitação, de fidelidade recíproca e o regime de bens, impedindo, no entanto, a ambos os cônjuges convolar novas núpcias em razão da não dissolução do vínculo matrimonial. Observa-se com isto que, após a separação, ambos os cônjuges poderão unir-se com terceira pessoa mantendo uma união estável³¹ ou concubinato³².

Enquanto separados, podendo reatar, a qualquer tempo, a sociedade conjugal, para isto basta que requeiram tal medida nos autos da separação, sendo necessário averbar tal postulação no livro de casamentos e no de nascimento de cada um dos nubentes, conforme dispõe o artigo 1.577 do Código Civil:

Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo.

Parágrafo único: A reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens.

É de ressaltar que os cônjuges divorciados também podem reatar a sociedade conjugal a qualquer tempo, bastando que se casem novamente.

A ação de separação pode ser proposta tanto por um, quanto por ambos os cônjuges.

³¹ Segundo Maria Helena Diniz (1998, p. 660) considera-se união estável a: “União respeitável entre homem e mulher que revela intenção de vida em comum, tem aparência de casamento e é reconhecida pela carta Magna como entidade familiar”.

³² De acordo com Maria Helena Diniz (1998, p. 736) caracteriza-se quando: “Um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de se casarem. Apresenta-se como a) adúltero, se se fundar no estado de cônjuge de um ou de ambos os concubinos, por exemplo, se o casado mantém, ao lado da família legítima, outra ilegítima; e b) incestuoso, se houver parentesco próximo entre os amantes”.

O prazo para que seja intentada a ação é de 01 (um) ano contado após a data da celebração do casamento, não sendo necessário ao requerente demonstrar o motivo que o leva tomar tal decisão.

Assim sendo, se antes deste prazo os cônjuges decidirem desfazer o matrimônio, e deixarem de conviver sobre o mesmo teto, deverão esperar o decurso do prazo de 01 (um) ano, contado da data da celebração do casamento, para poderem intentar a ação de separação, pois, infelizmente, neste ponto a vontade alheia é tida como insignificante para o Estado, devendo somente após o decurso deste prazo, ser possível a propositura da ação de separação. Curiosamente alguns doutrinadores denominam esta situação de “prazo de purgação”.

Nos casos onde não haja um consenso do casal para a propositura da ação, ou seja, quando apenas um dos cônjuges quer se separar poderá fazê-lo desde que prove a culpa do outro cônjuge pelo término do relacionamento, do vínculo afetivo ou provando que o casal se encontra separado de fato há mais de 01 (um) ano.

4.2.2.1 Da Separação por Mútuo Consentimento ou Consensual

A separação por mútuo consentimento está elencada no artigo 1.574, caput, do novo Código Civil, que determina:

Artigo 1.574, caput: Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.

Ela decorre de um consenso dos nubentes em por fim ao matrimônio.

O novo Código Civil diminuiu o prazo para a possibilidade de propositura da ação de separação que antes, com determinação da Lei do Divórcio era de 02 (dois) anos e agora com este novo dispositivo do Código Civil passa a ser de 01 (um) ano contado da data da celebração do casamento.

Desta forma a separação consensual somente pode ser intentada após decaído o prazo de 01 (um) ano da data da celebração do casamento. Na realidade, tal imposição legal leva muitos casais a proporem ação de separação litigiosa, que não exige o decurso do prazo de um ano, ou mesmo a entrar com um pedido de separação de corpos para

que com isto se vejam livres das obrigações matrimoniais em razão do término do vínculo afetivo entre o casal.

4.2.2.2 Da Separação Judicial

A expressão separação judicial é usada quando um dos cônjuges, e apenas um deles, move uma ação de separação em face do outro cônjuge, que não concorda com a medida, por achar que o mesmo é culpado pela separação ou comprove ambos já se encontrarem separados há mais de 01 (um) ano, esta hipótese é denominada de separação-falência. Caso o outro cônjuge venha a concordar com a separação, ocorre a conversão da separação judicial em separação consensual.

4.2.2.3 Da Separação Remédio

A separação-remédio foi instituída pelo novo Código Civil no artigo 1.572, parágrafo 2º:

Artigo 1.572, §2º: O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

Para que seja concedida a separação-remédio deverá o outro cônjuge comprovar que atualmente não há probabilidade de cura da doença, que se trata de doença mental grave e que a mesma surgiu após o casamento e que a doença já se propaga há mais de 02 (dois) anos.

4.2.2.4 Da Separação Litigiosa

A separação litigiosa, também chamada de separação sanção, está prevista no artigo 1.572. Poderá ser proposta antes do prazo de 01 (um) ano da data da celebração do casamento, devendo o cônjuge que a proponha provar que houve conduta desonrosa por parte do outro cônjuge, prática de algum ato que tenha violado os deveres do matrimônio, como infidelidade, e ainda demonstrar que devido ao fato tornou-se insuportável à vida em comum.

Desta forma, cabe ao cônjuge inocente provar que houve uma conduta desonrosa por parte do outro cônjuge, que devido a tal conduta houve a violação de um dos deveres do casamento, devendo demonstrar quais dos deveres foram violados, e que em razão da mesma se tornou insuportável à vida em comum.

Os motivos da insuportabilidade da vida em comum estão previstos no artigo 1.573 do Código Civil, que determina:

Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

- I – adultério;
- II – tentativa de morte;
- III – sevícia ou injúria grave;
- IV – abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;
- V – condenação por crime infamante;
- VI – conduta desonrosa.

Parágrafo único: O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

4.2.3 Do Divórcio

O divórcio é uma das causas que dissolvem o casamento e extingue os efeitos civis do matrimônio. Artigo 1.571, inciso IV: “A sociedade conjugal termina: Inciso IV – pelo divórcio”.

4.2.3.1 Do Divórcio Direto ou por Conversão

Conforme já dito anteriormente, o divórcio pode ser solicitado por um ou ambos os nubentes, desde que haja um prazo de 02 (dois) anos da separação de fato, conforme o artigo 1.580, parágrafo 2º: “O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

4.2.4 Conclusão acerca da separação e do divórcio como fatores determinantes da monoparentalidade

Após uma breve análise das espécies de separação e divórcio, o que podemos concluir é que a Lei n.º 6.515/77, que instituiu o divórcio no Brasil, não deu causa ao

grande número de dissoluções que ocorreram após a sua publicação, pois muitas famílias brasileiras já se encontravam separadas de fato ou em vias de se separar.

Percebe-se, também, que os maiores índices de divórcio se encontram nas classes mais baixas da população, em razão das dificuldades econômicas que acabam por gerar crises nos relacionamentos. Nas classes econômicas mais altas o que se percebe são casamentos aparentes, onde não existe mais o vínculo afetivo, mas as pessoas continuam casadas em razão de “status”.

Conseqüentemente, após a separação e o divórcio, a maioria dos antigos casais, que encontram novos parceiros, tende a não se casar novamente, e sim, a viverem em uniões estáveis ou em concubinatos, sendo mínima a porcentagem que optam em constituir novo matrimônio.

Com o grande número de separações e divórcios aumentou-se, conseqüentemente, o número de famílias monoparentais no Brasil e demais países, pois com a ocorrência do divórcio ou mesmo da separação, aumenta o número de mães solteiras, pais solteiros, etc.

Importante salientarmos que para uma parte da doutrina, apenas a família formada por um dos genitores e seus filhos é tida como família monoparental (por sua livre espontânea vontade), sendo que a família formada por um dos genitores e seus filhos, mas que é proveniente da morte de um dos cônjuges, de uma separação ou de um divórcio, não constituem famílias monoparentais, pois já foram casados. Para eles, a principal justificativa para a exclusão destas espécies de famílias de constituírem famílias monoparentais é que nestas famílias se pressupõe a escolha de não convolar núpcias e sim ter uma família sozinho.

4.3 Adoção

Segundo Arnold Wald (2000, p.197): “a adoção é uma ficção jurídica que cria o parentesco civil. É um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente”.

Para Orlando Gomes (1996, p. 30):

Adoção é o ato jurídico pelo qual se estabelece independentemente do fato natural, o vínculo de filiação. Trata-se de uma ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas do laço de parentesco do primeiro grau em linha reta.

A adoção é um instituto muito antigo criado em razão da religião.

O primeiro Código a regular a adoção foi o Código de Hamurabi. Este Código de aproximadamente 2.000 anos a.C., regulava o instituto da adoção, determinando que o marido poderia gerar filhos com outra mulher, caso a sua esposa não os pudesse gerar, artigo 185, do Código de Hamurabi: “Se um homem adotou uma criança desde o seu nascimento e a criou, essa criança adotada não poderá ser reclamada”.

O Código de Manu, aproximadamente 1.500 anos a.C., reservava a mulher à função única, na vida, de ser mãe e caso isso não ocorresse após oito anos do casamento, o marido poderia substituí-la por outra mulher.

A adoção para os romanos também tinha o caráter religioso, com a finalidade de propagar à religião.

Existiam duas formas de adoção, a *adoptio* e a *ad-rogatio*. A primeira consistia no ingresso de um terceiro na família, *aliena juris*³³, como se filho o fosse. O pai natural apenas perderia o poder sobre o filho se o vendesse por três vezes, desta forma, mesmo adotado o filho continuava ligado a seus pais naturais, só rompendo estes laços caso o pai o vendesse três vezes. A segunda forma de adoção era mais complexa, através dela um *pater familias*, chefe familiar, *sui juris*³⁴, passava a pertencer a outro *pater familias*, juntamente com todos os membros da sua família, conseqüentemente, com a *ad-rogatio* extinguia-se uma família e com isto, um culto religioso familiar, pois esta família passaria a pertencer à outra. Esta espécie de adoção era realizada somente em Roma e dependia de diversas solenidades para a sua concretização.

A lei romana também previu o instituto da adoção como meio de escolha utilizado pelos imperadores romanos para a escolha de seus sucessores, chefes de Estado, perdendo posteriormente este caráter e ficando exclusivamente utilizada por cônjuges estéreis.

³³ *Aliena juris*: palavra romana que significa pessoa sob autoridade alheia.

³⁴ *Sui juris*: palavra romana que significa pessoa não dependente de outrem.

A lei romana, Lei das XII Tábuas determinava: “Aquele que adotou como filho um filho que o pai lhe vendeu, tenha sobre ele o poder de vida e de morte e que esse filho adotivo seja considerado como se fosse nascido do adotante e de sua mulher”.

Para Arnoldo Wald (2000, p.199): O direito canônico não previu a adoção. A Igreja católica via o instituto como um modo de diminuir o número de casamentos, de famílias legítimas e de fraudar à lei reconhecendo como seus, filhos adulterinos ou incestuosos.

O Código de Napoleão, século XIX, regulou tal instituto, mas devido aos firmes requisitos era muito pouca utilizada, sendo que posteriormente foi-se facilitando a adoção.

A finalidade da adoção, deste às épocas remotas se alterou, passando de um instituto utilizado pelos casais estéreis com o intuito de terem filhos a uma função social como medida de proteção integral ao interesse do menor visando colocá-lo em uma família que possa lhe dar todos os direitos a ele atinentes, como educação, saúde, carinho, amor, dentre outros também importantes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente destinado à criança e ao adolescente, determinando em seu artigo 1º: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. ° 8.069/90, artigo 42³⁵, permite à adoção por uma pessoa, desde que esta seja maior de 21 (vinte e um) anos. Para a adoção não é levado em consideração seu estado civil, e sim o fato de a diferença de idade entre o adotante (quem vai adotar) e o adotado (quem vai ser adotado) ser superior a dezesseis anos³⁶. Além disto, faz-se necessário à análise da pessoa, ou pessoas que possuem o intuito de adotar, como medida de proteção ao menor. O que se analisará é a estabilidade familiar³⁷.

³⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 42, caput: Podem adotar os maiores de 21 (vinte e um) anos, independentemente de Estado civil.

³⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 42, §3º: O adotante há de ser, pelo menos, 16 (dezesseis) anos mais velho que o adotado.

³⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 42, §2º: A adoção por ambos os cônjuges ou concubinos poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado 21 (vinte e um) anos de idade, comprovada a estabilidade da família.

A adoção é irrevogável, no entanto, em razão da proteção integral à criança poderá os adotantes, ou o adotante, ser destituído ou suspenso do pátrio poder caso violem os interesses do menor. Neste caso, o menor poderá posto novamente à adoção.

O Estatuto regula como criança o indivíduo que tenha até doze anos de idade incompletos, e adolescente o indivíduo que tenha idade entre doze a dezoito anos de idade, com exceção de alguns casos onde o estatuto prevê a aplicação do mesmo para pessoas que estejam na faixa etária dos dezoito aos vinte um anos. Esta diferenciação é importante visto que para a adoção de menores não é necessário o consentimento do mesmo, sendo que, para a adoção de maiores de doze anos se faz necessário o seu consentimento.

O artigo 41 é de suma importância para o menor adotado, vejamos: “A adoção atribui a condição de filho ao adotando, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessório, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”. Isto porque a Constituição Federal de 1988 proibiu qualquer ato discriminatório contra a criança adotada.

O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) ao regular que podem adotar³⁸ independentemente do estado civil³⁹, autorizou às pessoas solteiras, que não possuem o intuito de convolar núpcias, mas tem a vontade de ter filhos ou ajudar a um menor desamparado, adotarem, constituindo, desta forma, famílias monoparentais. Para isso deverão cumprir outro requisito, ou seja, a diferença de idade entre o adotante e o adotado deverá ser no mínimo de 16 (dezesesseis) anos em razão do ECA em seu artigo 42, parágrafo 3º assim determinar.

Possibilitou-se, portanto, às famílias formadas por um dos pais e seus descendentes o direito de adotar.

4.4 Homossexualismo

³⁸ Existem duas espécies de adoção, a adoção plena, instituída pelo ECA, Lei n.º 8.069/90 e que visa preservar os interesses do menor de dezoito anos e do maior que estiver sob a guarda dos adotantes, e adoção simples, que é regida pelo Código Civil e pela Lei n.º 3.133/57, que trata dos indivíduos maiores de dezoito anos.

³⁹ ECA, artigo 42: Podem adotar os maiores de 21 (vinte e um) anos, independentemente do estado civil.

A adoção por homossexuais é defendida por grupos defensores do homossexualismo com o principal fundamento de proteção ao menor, pois através da adoção à criança passa a ter um lar.

Os grupos que defendem a homossexualidade alegam ainda que não pode haver discriminação de qualquer natureza contra os homossexuais visto que a nossa Carta Maior⁴⁰ proíbe qualquer tipo de preconceito, assegurando que “todos são iguais perante a lei” em seu artigo 5º, caput⁴¹. Além disto, o artigo 42 do ECA, já visto no capítulo 4.3 que trata da adoção dispõe que: “Podem adotar os maiores de 21 (vinte e um) anos, independentemente do estado civil”. Desta forma, o Estatuto não faz qualquer distinção quanto à sexualidade do indivíduo que pretenda adotar. Permitindo em razão disto a adoção por uma única pessoa independentemente de seu estado civil. Outro fundamento importante alegado pelos defensores da adoção por homossexuais diz respeito a Carta Magna, pois a Constituição Federal brasileira garante aos indivíduos o direito a adoção, não podendo ser restringido este direito em razão da preferência sexual de um indivíduo, o que conduziria a um tratamento discriminatório e oposto ao princípio da isonomia também assegurado em nossa Constituição de 1.988.

Outro dispositivo do ECA alegado pelos defensores para a autorização da adoção pelos homossexuais, é o artigo 43 que expressa: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Deste modo a adoção visa satisfazer o interesse do menor e observados os requisitos legais para a adoção a mesma não poderia ser negada em razão da sexualidade da pessoa adotante ou pessoas adotantes porque a própria lei que regula tal instituto não faz tal ressalva, não havendo motivos legais para a não autorização da adoção.

Para os grupos que defendem a não adoção por homossexuais, tal medida se encontra necessária para se manter os padrões éticos, morais e familiares, pois se estaria deturpando o instituto da família e a visão que a sociedade tem do instituto, isto é, a entidade formada por um homem e uma mulher com seus descendentes. Para a maioria destes defensores os homossexuais não são pessoas adequadas a criar um menores por

⁴⁰ Dá-se o nome de Carta Maior Constituição Federal Brasileira de 1.988 atualmente vigente em nosso país.

⁴¹ Constituição Federal atual, artigo 5º, caput: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade de direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

não serem bons exemplos, visto que os menores poderão vir a crescer acreditando ser este o comportamento adequado e comum numa sociedade.

Apesar disto, a possibilidade de adoção por homossexuais constitui um caso delicado que deveria ser analisado concretamente caso a caso, retirando-se a atitude atual de indeferir de plano a adoção por casais homossexuais, afinal legalmente não há meios de proibir tal ato restando apenas o preconceito, a discriminação e o repúdio de muitos a estas pessoas.

Há de se ressaltar que apesar de a adoção por uma pessoa constituir uma família monoparental, a Constituição Federal no artigo 226 e parágrafos, determina como entidade familiar àquela formada pelo o homem e a mulher, desta forma a união de homossexuais não caracteriza uma entidade familiar, ou seja, uma família. Devido a isso, a adoção de um menor, poderá ser feita por apenas um dos homossexuais, pois o casal homossexual não é reconhecido juridicamente como família.

Neste contexto evidencia Francisco Pizzolante (1999, p.154):

É evidente que a união civil entre pessoas do mesmo sexo não poderá ser convertida, tampouco transformada em casamento, porque não se coaduna com os próprios elementos essenciais que este contrato típico e solene exige, justamente no inerente à distinção dos sexos dos contratantes; tampouco se pode pretender qualquer analogia da união civil entre pessoas do mesmo sexo a união estável, porque o dispositivo constitucional que estabelece a existência da segunda determina, claramente, que deve ser havida entre homem e mulher.

Ressalta Giselda Hironaka (1999, p.16):

Apesar disto, e como é amplamente sabido e repetido, o eventual e futuro reconhecimento de uniões que tais, como entidades familiares, deverá certamente percorrer, ainda, um caminho árduo e preconceituoso, cujo sucesso não pode ser objeto, hoje, de um prévio diagnóstico.

4.5 União livre

A partir dos anos 60 (sessenta) à sociedade passou por uma revolução sexual, iniciou-se uma mudança nos valores e culturas, as pessoas começaram a colocar outros valores antes do casamento, como os estudos, a profissão, passando o casamento a ser senão o último, um dos últimos objetivos da vida pessoal de um indivíduo. Outro fator

que estimulou a escolha pela união livre foi o problema decorrente do antigo desquite, onde os cônjuges já separados eram proibidos de convolar novas núpcias.

Com isto as pessoas começaram a optar pela união livre, ou seja, a união de duas pessoas, por prazo incerto, sem compromisso, e sem a exigência de formalidades para a sua concretização, bem como isenta de responsabilidades ou deveres de fidelidade.

A princípio a união livre foi utilizada por jovens como meio de prova para o matrimônio, se a união desse certo, o casal convolava núpcias. Também foi utilizada por casais que moravam juntos e que com a vinda de um descendente pretendiam regular esta situação.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite (1997, p.49) pode-se dividir a evolução das uniões livres em quatro fases:

1. Relações sexuais antes do casamento. Casamento e filhos;
2. Relações sexuais muito freqüentes antes do casamento, ou vida comum. Fecundidade mal dominada. Gravidez. Reparação pelo casamento;
3. Vida comum sem casamento. Fecundidade bem dominada. Em caso de desejo de filhos: casamento e filhos posteriormente;
4. Vida comum sem casamento. Fecundidade bem dominada. Decisão de ter filhos fora do casamento. Surgimento da criança independentemente de qualquer projeto parental.

Ressalta ainda, Eduardo de Oliveira Leite (1997, p. 49) que após grandes evoluções, a Constituição Federal de 1.988 em seu artigo 226, parágrafo 3º reconheceu a união entre homem e mulher com convivência duradoura, pública e contínua como entidade familiar garantindo a ela os mesmos direitos atinentes as famílias formadas com o casamento.

4.6 As mães solteiras

As mães solteiras sempre existiram, no entanto, somente neste século foram reconhecidas em razão da criação e previsão de direito à elas atinentes. Como prevê a Lei n.º 8.560 de 1.992 que autoriza à mãe solteira o ingresso de ação de investigação de paternidade como o reconhecimento da filiação, independentemente do pai da criança ser casado ou não com terceira mulher.

Segundo Dominique Frischer (1979, p. 09) os casos de mães solteiras podem ser de várias maneiras analisado, no entanto, sempre estão voltados para a anormalidade.

Segundo ele:

Para alguns é oriunda de um meio familiar dissociado e de uma certa categoria social. Para outros, com tendência psicológica, ela é invariavelmente descrita como uma sem rumo. Isto é, uma personalidade imatura, se ela é de origem modesta, uma temível neurótica, mais ou menos megalomaniaca, se ela é intelectual e economicamente evoluída.

Em todos os casos uma “irresponsável” cujo rebento só tem um destino: ser uma criança de risco.

Marilena Chauí (1991, p. 207-208) denomina a problemática das condutas desviantes como “o duplo nó”. O regime segundo a autora:

Se apresenta em toda parte no caso brasileiro, e o exemplifica, “na afirmação do destino essencial da mulher à maternidade e no desemprego das grávidas e mães”. Ou na humilhação das mães solteiras da classe trabalhadora (se amenina está na escola, é expulsa para não ‘contaminar’ as outras; se é empregada doméstica, é despedida para não dar mau exemplo às filhas de família, é despedida tanto mais depressa se, por acaso, a gravidez tiver sido causada pelo filho da família). Para as meninas da burguesia e da classe média urbana intelectualizada, três saídas: ida para uma escola na Suíça; aborto rápido e seguro; glorificação da independência. Como nas hipóteses de estupro ao mesmo tempo que a lei lhes garante o direito de reparação pela violência sofrida, essa mesma lei às submete às maiores humilhações, não só pelo exame do ‘corpo delito’, mas também pela investigação exigida pela sexologia forense, das provas de ‘resistência’ ou de não ‘consentimento’.

A mãe solteira, além destes problemas ora mencionados, ainda sobre com problemas de ordem econômica, deixando a mulher muitas vezes de trabalhar para ficar em casa cuidando especificamente do filho, em razão da falta do número de vagas em creches públicas.

Com a evolução dos métodos contraceptivos e a divulgação através da mídia dos meios de prevenção à gravidez, o que podemos notar é um aumento cada vez maior do número de maternidades planejadas e desejadas, diminuindo, com isto, a cada ano o número de gestações indesejáveis.

Também se faz necessário diferenciar as mães solteiras propriamente ditas das mães solteiras que vivem em união estável com o pai natural da criança e até mesmo um terceiro.

Isto porque, nestes casos, muitas vezes são mulheres amparadas que vivem em situação como se casadas fossem.

Desta forma, pode-se dividir as mães solteiras em quatro grupos:

O primeiro é decorrente da gravidez indesejada, resultando muitas vezes no abandono da criança após o nascimento.

O segundo, também decorrente da gravidez indesejada, mas que resulta na aceitação da criança pela mãe.

O terceiro grupo, cada vez mais freqüente diz respeito a gravidez voluntária, desejada.

O quarto grupo decorrente de uma relação de união estável ou convivência, em que o casal decide, conjuntamente em ter um filho. Neste último caso não se considera como família monoparental, pois existe efetivamente um casal, e para a caracterização da família monoparental faz-se necessário a existência no lar de apenas um dos pais, podendo, neste caso, ser reconhecida como união estável ou concubinato conforme o caso.

4.7 A viuvez

A viuvez constitui um dos fatores que desencadeiam na origem das famílias monoparentais.

Antigamente a viuvez constituía uma das principais causas de monoparentalidade, sendo que atualmente a maior incidência ocorre por livre escolha do indivíduo.

A viúva de antigamente passava por diversas dificuldades, visto que a maioria das mulheres aprendia somente os afazeres domésticos e não eram educadas para o estudo, apresentando, na maioria dos casos, apenas o primeiro grau.

No entanto, atualmente, o fato da ocorrência de morte de um dos cônjuges, e o nascimento de uma família monoparental, visto que o cônjuge supérstite permanece, em

regra, com os filhos, não traz mais dificuldades, pois as mulheres atuais, estão tão voltadas para o trabalho quanto os homens. Sendo o estudo aplicado igualmente a população feminina sem distinção.

4.8 Inseminação Artificial

Segundo Álvaro Villaça Azevedo (1995, p. 145):

Reprodução humana assistida é a fecundação, com artificialidade médica, informada e consentida por escrito, por meio de inseminação de gametas humanos, com probabilidade de sucesso e sem risco grave de vida ou de saúde, para a paciente e para seu futuro filho.

Atualmente existem duas espécies de inseminação artificial:

A inseminação homóloga, também denominada de auto-inseminação, ocorre quando o sêmen introduzido é do próprio marido ou companheiro.

A inseminação heteróloga ou hetero-inseminação ocorre quando o sêmen utilizado é proveniente de terceira pessoa ou mesmo quando a mulher é solteira.

Segundo Christian de Paul de Barchifontaine (1996, p. 175) em Portugal a reprodução assistida é terminantemente proibida “quer por procriação de uma mulher isolada (sem ligação, nem de direito, nem de fato, a um homem) ou de um homem isolado (por recurso a mãe de substituição)”.

Na Suécia, a Lei n. ° 1.140 de dezembro de 1.984, somente autoriza a inseminação artificial nos casos onde fique comprovado o casamento ou, no mínimo, a união de duas pessoas de sexos opostos.

O direito francês autoriza a inseminação artificial apenas aos casais que estejam casados ou que apresentem um contrato de convivência conjugal.

Na Espanha a “*ley de técnica de Reproducion Assistida*” autoriza a reprodução assistida pela mulher independentemente de seu estado civil.

Heloísa Helena Barboza (1993, p. 38) diz que:

Nos EUA, o entendimento prevalecente, a partir de alguns julgados é no sentido de que o casamento e a procriação são fundamentais para a própria existência da espécie humana, razão pela qual não pode o Estado interferir na decisão de gerar ou obter uma criança, podendo ser adotado o método da procriação de escolha do interessado.

Como assevera Eduardo de Oliveira Leite (1994, p. 30), para os americanos o ato de casar, ter filho e os educar: “são considerados pelo povo norte americano como setores eminentemente privados onde a atuação da legislação é aceitável com considerável dificuldades, o que gera, freqüentemente, conflitos entre a família e o Estado”

A Constituição do Rio de Janeiro, artigo 291 assevera:

O Estado garantirá assistência integral à saúde da mulher em todas as fases de sua vida através da implantação de política adequada, assegurando (...):
II – direito à auto-regulação de fertilidade com a livre decisão da mulher, do homem ou do casal, tanto para exercer a procriação quanto para evitá-la.
V- adoção de novas práticas de atendimento relativas ao direito de reprodução mediante consideração da experiência dos grupos ou das instituições de defesa da saúde da mulher.

No direito brasileiro, a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina Brasileiro, artigo 2º, prevê: “Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado”.

No entanto, apesar de alguns doutrinadores defenderem que a legislação brasileira admite a inseminação artificial de pessoa solteira, pois o direito de ter um filho é direito fundamental do ser humano, outros como Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 354) discorrem:

Afasta-se o invocar precipitado e equivocado do artigo 226, §4º do texto constitucional com o argumento legitimador da inseminação artificial da mulher solteira, separada ou divorciada. Enfim, mulher só. O dispositivo constitucional, de forma louvável, apenas inseriu na esfera de proteção estatal, “as famílias monoparentais”, em momento algum as reconheceu com vistas a proliferação das mesmas, isto porque, segundo o autor a inseminação artificial não teve por finalidade atender a interesses egoísticos.

Na verdade não há justificativa plausível para a proibição visto que é autorizada a adoção de menor por qualquer indivíduo, homem ou mulher, casado ou não.

Outro problema que surge em razão da inseminação artificial diz respeito a paternidade, havendo atualmente em nosso ordenamento duas correntes, uma biologistas,

que prioriza o genitor, ou seja a paternidade biológica, e outra sociologista que dispõe que a paternidade é determinada pela função de pai na família, ou seja, pai é quem cria, educa.

Uma das justificativas desta corrente diz respeito ao marido que consentiu na inseminação artificial heteróloga não ter direito à contestar a paternidade futuramente, conferindo à ele o estado de pai, e ao filho concebido o estado de filho matrimonial, protegendo o menor de sofrer algum prejuízo com uma possível dissolução dos vínculos matrimoniais, ou da dissolução da união estável, afinal pai é quem educa e dá amor, em decorrência do princípio atualmente chamado de “paternidade-socioafetiva”.

No entanto, nada foi regulamentado com relação ao doador do sêmen. Alguns doutrinadores superficialmente alegam o direito deste doador à informações quanto ao seu sêmen, podendo inclusive pleitear ação de investigação de paternidade com o intuito de assumir a paternidade do indivíduo que foi gerado com seu sêmen.

Para Eduardo de Oliveira Leite (1997, p. 57):

O aspecto voluntário da decisão (ter um filho) não deve se limitar à mera concepção, mas coerentemente, deve acompanhar os efeitos posteriores ao nascimento, fazendo com que o mesmo voluntarismo e desenvoltura, presentes na decisão unilateral, persistam na guarda e educação do filho desejado.

Com a inseminação artificial permite-se ao casal que possui problemas de fecundação, uma chance de serem pais, e desta forma, de formarem uma família. Conforme Genival Veloso França (1998, p. 207):

Ninguém discute que, em alguns casos a esterilidade humana cria estados psicóticos complexos num casamento. Porém, é de se perguntar se um filho gerado com sêmen mandado à distância não traria problemas muito mais graves e mais transtornos entre o homem e a mulher. O que se pode pensar de uma lei que autoriza e legitima um homem enviar seu esperma a uma mulher que ele nem conhece? E que aceita tal prática mesmo sabendo das injunções sobre seu filho?

Quanto a multiparentalidade, ou seja, a possibilidade de mais de um pai ou de uma mãe, tal não é considerada, tem-se por primordial o reconhecimento apenas dos pais socioafetivos, sendo desconsiderada a paternidade ou a maternidade biológica, no

entanto, persistindo apenas as restrições à impedimentos matrimoniais, e possuindo os mesmos direitos e deveres que seriam aplicados aos pais naturais.

Em razão destes problemas não resolvidos ainda pela doutrina e jurisprudência, deve-se utilizar as técnicas de inseminação artificial heteróloga somente nos casos onde haja maturidade do casal para a aceitação de um filho gerado com sêmen de um terceiro, evitando com isso constrangimentos e conflitos não só em relação ao casal, mas também em relação ao filho inseminado, garantindo à este os direitos constitucionalmente conferidos à todo cidadão.

Desta forma, a matéria necessita de regulamentação legal, devendo ser assegurado ao filho inseminado a faculdade de decidir se quer pleitear uma ação para saber quem é seu pai, da mesma forma que a lei garante este direito aos filhos de mães solteiras gerados sem a necessidade da inseminação artificial, em razão de ser este direito inerente à sua personalidade e desta forma não podendo ser obstacularizado.

O Conselho Federal de Medicina, na Resolução 1.358/92, devido a estas questões decidiu de forma contrária, determinando que as informações atinentes aos doadores e pacientes pertence unicamente às clínicas e demais centros que disponibilizem os serviços de procriação artificial, ou seja, tais informações são sigilosas.

Apesar disto, alguns doutrinadores afirmam ser possível pleitear a investigação de paternidade haja vista que a Constituição Federal e as leis federais prevalecem em face da Resolução, podendo desta forma o indivíduo utilizar-se da ação de investigação de paternidade para garantir o seu direito. Outros afirmam ainda que isto faria com que não houvesse mais doadores de sêmen, pois tais poderiam vir a ser surpreendidos por uma ação de investigação de paternidade ou mesmo uma paternidade indesejável e que não admitiriam.

5 ROMPIMENTO DOS LAÇOS DE FILIAÇÃO E O ADVENTO DA FAMÍLIA MONOPARENTAL

Com a anulação da paternidade, a separação, o divórcio ou o rompimento da união estável, a criança se vê sem o pai ou a mãe.

As crianças passam a conviver com um dos pais, em família monoparental, ou em outras vezes, a mãe ou o pai que detém a guarda do menor passa a conviver com outro parceiro.

Outro fator importante decorre do exame de DNA, pois através dele se sabe com segurança se um indivíduo é ou não pai de uma determinada criança. Com o resultado negativo do teste de DNA a vida da criança pode ser alterada de forma drástica. Ou seja, o menor passa de uma hora para outra a se ver privado do pai ou da mãe em razão de motivos que o mesmo desconhece ou não é capaz de entender. Passando a viver, na maioria das vezes somente com a mãe, constituindo uma família monoparental.

5.1 Direito de ter pai e mãe e a monoparentalidade

A criança possui o direito de saber quem são seus pais, mas em alguns casos, devido a ausência de legislação e problemas éticos, este direito pode lhe ser suprimido, conforme veremos neste item.

Atualmente as pessoas possuem o livre arbítrio de adotar e, gerarem um filho por meio natural, inseminação artificial homóloga, heteróloga. A Constituição Federal de 1.988, em seu artigo 226, §7º determina que:

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

Apesar da Constituição Federal garantir o direito ao planejamento familiar, é muito importante que os indivíduos não se esqueçam que um filho traz muitas dificuldades e que deverá ser educado, criado com amor, carinho e atenção. Isto porque muitas pessoas sentem o desejo de ser mães e pais, mas imaginam somente as

maravilhas dos primeiros meses de gestação, vindo a se preocupar com as necessidades da criança muito tarde e alguns preferem criar seus filhos de forma “largada”. O ideal seria que todos os pais tivessem seus filhos de forma planejada e que assumissem verdadeiramente a sua função, seja de pai ou de mãe, com o intuito de satisfazer as reais necessidades do menor.

Constitui-se a família monoparental pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Desta forma, o menor teria o direito de saber quem é o seu pai, ou a sua mãe?

Sobre esta discussão atualmente existem dois posicionamentos, vejamos: Segundo alguns autores, não se poderia obrigar o genitor que convive com o menor a dizer quem é seu pai ou sua mãe em razão do princípio da intimidade, consagrado na Carta Magna, artigo 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O segundo posicionamento relativo ao estado das pessoas protege os interesses do menor, e garante à ele o direito de ser revelado que é seu verdadeiro pai ou mãe.

No que tange à revelação ao menor da sua situação de adotivo, Jason Albergaria (1995, p. 101) aconselha:

Sem embargo, a adoção deve ser revelada ao filho adotivo, para o seu próprio benefício. Realmente, são conhecidos os males causados pela revelação tardia da adoção. Pode o adotado saber a verdade por acaso e de maneira repentina, o que poderá causar mudança em seu comportamento determinando no adotado sentimentos de revolta, inferioridade e agressividade.

Ainda sobre o assunto dispõe José Luiz Mônaco da Silva (1995, p. 119-120):

Inexiste no Estatuto, e também no Código Civil, norma legal que obrigue o adotante a revelar ao menor a adoção levada a cabo. No entanto, estudos na área psicológica recomendam a revelação da adoção (...). Vez ou outra, os pais adotivos se vêem em situação bastante delicada: preferem desprezar a orientação que receberam a contar ao menor a sua condição de filho adotado, mas acabam sendo vítimas de sua própria incúria. O adotado vem tomar ciência do fato por intermédio de terceiros, o que não raro impõe-lhe sofrimento, descontrole emocional e revolta. Muitos pais adotivos acham, sem razão, que a revelação da adoção poderá ter o condão de obnublar o espírito do menor e propiciar com isso a ruptura dos laços afetivos fortemente estabelecidos entre adotante e adotado.

A Lei n.º 8.560 de 29 de dezembro de 1.992 regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências, ela possibilita ao Ministério Público intentar a ação de investigação de paternidade⁴² sem prejuízo a quem tenha legítimo interesse para intentar a ação.

Apesar desta garantia, a Lei n.º 8.560/ de 29 de dezembro de 1.992 em seu artigo 4º dispõe que somente haverá o reconhecimento do filho maior se este consentir. Isto se impõe para evitar que os filhos reconhecidos, em não aceitando a paternidade, venham a interpor ação de exclusão de paternidade em face dos pais, desta forma previne-se a interposição destas ações exigindo para o reconhecimento dos filhos maiores que haja a prévia autorização destes para o reconhecimento.

O pai que não obtenha o consentimento do suposto filho poderá ajuizar uma ação de investigação de paternidade, para que judicialmente tenha sua paternidade declarada.

Desta forma, atualmente tem-se entendido que a criança tem o direito de saber quem é o seu pai ou a sua mãe, isto na maioria das vezes serve de base para a criança saber sua origem, definir sua personalidade, e diferenciar-se das demais pessoas.

Além da ação de investigação de paternidade, a Constituição Federal garante o direito do próprio interessado, ou seja, o indivíduo que queira saber sua paternidade e maternidade impetrar Habeas Data ou Mandado de Segurança para ver seu direito garantido. Constituem essas ações remédios constitucionais para que o adotado possa tomar ciência das informações constantes em bancos de dados, entidades governamentais ou registros públicos, desde que o indivíduo não pretenda fazê-lo de forma sigilosa.

Dispõe a Carta Maior, artigo 5º, XXXIII:

Todos tem direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo, ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

⁴² Lei n.º 8.560/92, artigo 2º, §5º: A iniciativa conferida ao Ministério Público não impede a quem tenha legitimidade interesse de intentar investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade

Segundo Michel Temer (1989, p. 212):

Finalmente, todos os dados referentes ao impetrante devem ser fornecidos. Não valerá na hipótese de Habeas data, a alegação de sigilo em nome da segurança do Estado. Tal restrição está expressamente prevista no caso do artigo 5º, XXXIII, por meio do qual se autoriza a certificação de informações, ressalvando-se aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado no preceito referente ao Habeas data não se verifica essa restrição. Não há como em matéria de direito individual utilizar-se de interpretação restritiva. Ela há de ser, nessa matéria ampliativa.

Em relação ao direito do indivíduo pleitear ação de investigação de paternidade decorrida de inseminação artificial heteróloga vide item 5.8.

5.2 A ausência paterna

A monoparentalidade, proveniente de mãe e sua prole, faz com que ela supra as necessidades do pai, ou seja, será ao mesmo tempo pai e mãe. O que prejudicará em parte o desenvolvimento do menor, que não terá como observar, copiar e se identificar com o pai ausente.

A figura tanto do pai como da mãe presentes no lar conjugal transmitem a criança maior segurança, sendo que na fase pré-escolar o indivíduo sente a maior necessidade em tê-los consigo, em razão das perguntas e cobranças feitas pelos outros alunos de sua idade.

Desta forma, as famílias monoparentais, devem procurar dar elementos necessário para que o menor possa se desenvolver sem dificuldades, mediante a presença constante e amigável do genitor presente no lar a fim de suprir a figura do pai ou da mãe ausente, de forma eficaz.

5.3 Peso da decisão unilateral

A decisão em se ter ou criar uma criança de forma independente poderá vir a ocasionar problemas no futuro, como o excesso de carinho, possessividade e a carência causada pela falta do outro genitor.

Desta forma, deverá o indivíduo pensar seriamente sobre as vantagens e desvantagens não só em relação à ele, mas em relação ao menor, visto que ele será o mais prejudicado com a postura dos pais no futuro.

Com a decisão de se formar uma família monoparental deverá o genitor se conscientizar de que a criança não necessita de excesso de zelo e sim do necessário como qualquer outra criança evitando, discussões futuras por excesso de pressão no menor.

Além disso, deverá o genitor ter habilidade para lidar com a criança visto que a mesma, em muitas vezes, sentirá a falta do outro genitor, querendo fazer perguntas sobre o seu paradeiro, se ele gosta dela, e outras perguntas mais subjetivas que demonstram a falta do ente, principalmente em datas comemorativas, como aniversário, dia das crianças, dia dos pais, das mães, natal etc.

5.4 Noção do Interesse do Menor

Segundo Eduardo Oliveira Leite (1997, p. 195):

O interesse do menor serve, primeiramente, de critério de controle, isto é, de instrumento que permite vigiar o exercício da autoridade parental sem questionar a existência dos direitos dos pais. Assim, na família unida, o interesse presumido da criança é de ser educado por seus dois pais; mas se um deles abusa ou usa indevidamente suas prerrogativas, o mesmo critério permitirá lhe retirar, ou controlar mais de perto, o exercício daquele direito. O interesse do menor é utilizado, de outro lado, como critério de solução, no sentido de que, em caso de divórcio, por exemplo, a atribuição da autoridade parental e do exercício de suas prerrogativas pelos pais depende da apreciação feita pelo juiz do interesse do menor.

H. Fulchiron apud Eduardo de Oliveira Leite (1997, p. 196) conclui: “O critério só adquire sua eficácia no exame prático do interesse de cada criança. Convém, pois, não considerar o interesse do menor como um fim em si, mas como um instrumento operacional, cuja utilização é confiada ao juiz”.

De acordo com Eduardo de Oliveira Leite (1997, p. 197): “a jurisprudência e a repetição de certos acórdãos permitem precisar algumas tendências: o desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social constituem pontos de referência do interesse do menor”.

Diante do exposto, cabe ao profissional do direito e demais profissionais interessados no interesse do menor analisar cada situação separadamente a fim de definir em cada caso qual o melhor interesse da criança e do adolescente.

6 A MONOPARENTALIDADE E O DIREITO, A AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

6.1 Exegese do parágrafo 4º, do artigo 226 da Constituição Federal

A Magna Carta de 1.988, veio regular a família monoparental em seu artigo 226, parágrafo 4º, reconhecendo-a como entidade familiar e garantindo-lhe direitos constitucionais, determinando: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Para Rodrigo da Cunha Pereira (1997, p. 74) esse texto procura se adaptar a realidade social existente, alcançando principalmente os grandes centros urbanos, onde é maior o número de pessoas solteiras ou descasadas, que moram com seus filhos, sem a existência de um companheiro para dividir as responsabilidades.

Com o reconhecimento constitucional das famílias monoparentais, e da união estável como entidades familiares, alguns doutrinadores, teceram e tecem diversas críticas à família atual, expondo que tal instituto, encontra-se em crise e discordam serem estas, espécies de família, e sim entidades familiares. Discorrem, ainda, que ao invés de uma evolução no direito de família, com este reconhecimento houve a desmoralização do instituto, causada por diversos fatores, como o enfraquecimento da família, dos vínculos matrimoniais, o aumento das liberdades sexuais, como já vimos nos item 2.5.

No entanto, apesar disso é importante se observar que a família, desde as épocas mais remotas sofreu e sofre diversas evoluções, sendo necessário, à partir de então, proteger todas as espécies de famílias, proibindo qualquer tipo de preconceito ou discriminação, tanto da sociedade, como dos meios jurídicos a fim de se preservar os princípios à nós garantidos constitucionalmente. Com o reconhecimento das famílias monoparentais como entidade familiar o legislador pátrio procurou resolver outros problemas, como a discriminação, o preconceito, o direito à pensões alimentícias, à seguros de vida, e assistência à estas famílias ora excluídas do mundo jurídico.

Rodrigo da Cunha Pereira (1999, p. 74) observa ainda que:

É de se indagar se essas mães, ou pais, sozinhos, que vivem com seus descendentes constituíram mesmo uma família. Como já dissemos neste trabalho, para a Psicanálise, o que determina a constituição de uma família é sua estruturação psíquica. Isto é, importa saber se cada membro ocupa o seu lugar de filho, de pai ou de mãe. A não-presença física do pai, ou a sua permanência, não é definidora da situação; este pai ou esta mãe não precisam ser, necessariamente, biológicos. Qualquer um pode ocupar esse lugar, desde que exerça tal função. A paternidade e a maternidade é uma questão de função. Prova disso é a existência do instituto milenar da adoção. Prova em contrário soa os casais que tem filhos dentro de um casamento religioso, civil e nos moldes dos “padrões de normalidade” e que não conseguem estruturar uma verdadeira família: as funções paterna e materna são mal-exercidas; é um eterno desajuste psíquico e social. Muitas vezes o pai ou a mãe biológica não são os que exercem as funções paterno e materna. Não raro essas funções são exercidas pelos avós, vizinhos, amigos, namorado, etc.

Faz-se necessário refletir que as famílias monoparentais foram incluídas no parágrafo 4º do artigo 226, como já vimos, no entanto, é importante observarmos o caput deste mesmo artigo juntamente com o parágrafo que instituiu as famílias monoparentais:

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

(...)

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

Percebemos que o legislador utilizou-se da palavra casamento ao falar da família, e da palavra entidade familiar ao discorrer sobre à família monoparental e à união estável, deixando claro que em nenhum momento equiparou as entidades familiares à família, e sim regulou os institutos a fim de protegê-los, prevendo que a conversão da união estável em casamento seria facilitada. Carlos Alberto Bittar (1990, p. 60) conclui que:

(...) foram assim conceituadas apenas para efeito de proteção do Estado, através de mecanismos assistenciais, não se integrando, portanto, ao plano do Direito de Família, ou seja, na parte especial do Código Civil, como tal. Essas relações constituem matéria de Direito comum submetidas à vontade dos interessados, cabendo ao Estado interceder, apenas, por meio de órgãos administrativos de assistência, ou órgãos judiciais de solução de conflitos, conforme o caso.

Eduardo de Oliveira Leite (1997, p. 29) faz uma observação importante sobre a família:

Os defensores da nova noção encaram, entretanto, nesta vida isolada e individualista também uma permanência de família, já que a relação paterno-filial ou materno-filial subsiste. De acordo com suas concepções, o parentesco biológico e os laços jurídicos são elementos tradicionais, mas

ultrapassados, da família. o que faz a família segundo suas concepções – é a vida cotidiana, são as relações sexuais, é o socioafetivo.

Com o reconhecimento da existência de outras espécies de família, anteriormente ignoradas pela sociedade e pelo mundo jurídico, avançou-se substancialmente o direito de família, retirou-se a idéia de ser a família constituída apenas com o casamento e de haver a necessidade de um pai e uma mãe com o intuito de terem filhos. Buscou-se, com este reconhecimento, solucionar conflitos jurídicos antes sem resposta, e garantir direitos e deveres a estas famílias, como às formadas com o casamento.

O problema maior em face das famílias monoparentais seria a sua regulamentação, visto que apenas a Constituição Federal conceitua a espécie, não estabelecendo parâmetros para a sua caracterização, o que faz surgir diversas dúvidas não só com relação a doutrina, mas também com relação às jurisprudências, o que dificulta a garantia de direitos atinentes à essas entidades familiares, como a caracterização da família monoparental decorrente da adoção por homossexual, o estabelecimento do bem de família, guarda e outros direitos garantidos pela Carta Maior.

7 CONCLUSÃO

Ao findar deste trabalho monográfico podemos chegar a conclusão de que com a evolução da sociedade a família passou por diversas transformações, chegando nos dias de hoje a existirem, reconhecidas constitucionalmente, a família monoparental e as uniões estáveis, ambas chamadas de entidades familiares.

Este presente trabalho visa discorrer sobre as diversas espécies de famílias monoparentais, bem como os problemas e dúvidas decorrentes da ausência de leis regulamentando-as.

As famílias monoparentais podem ser constituídas em razão da separação dos cônjuges, divórcio, viuvez, adoção, celibato ou mesmo através das técnicas atuais de inseminação artificial.

Diante disso, surgem diversas dúvidas com relação à terminologia aplicada, haja vista que o artigo 226, § 4º da Constituição Federal de 1.988, ao reconhecer às famílias monoparentais empregou o termo “entidades familiares”. Devido a isto, para alguns doutrinadores, às famílias monoparentais, não constituiriam famílias, e sim entidades familiares, devendo apenas equipará-las às famílias para fins de direitos e deveres.

Outro problema surge com relação a quais dessas espécies realmente conduziram a família monoparental, como por exemplo, o divórcio e a separação onde alguns autores afirmam que a família monoparental não seria originada nessas duas hipóteses, por não haver a escolha do indivíduo por este tipo de “família”.

Outra polêmica referente às famílias monoparentais diz respeito a questão da paternidade na adoção por pessoa solteira e decorrente da inseminação artificial heteróloga. O problema surge quando o indivíduo adotado ou inseminado expõe a intenção de saber quem é seu verdadeiro pai biológico. Esse direito à paternidade se contrapõe ao direito à intimidade dos pais e ao dever de sigilo das empresas que realizam a inseminação artificial (Resolução 1.358/92). Desta forma, neste caso cabe ao profissional do direito aplicar o princípio da proporcionalidade a fim de se aplicar a inteira justiça, no entanto, hoje há quem entenda que o direito à investigação de

paternidade estaria realmente excluído em face da proteção aos doadores e à sociedade em geral, pois com a autorização de investigação de paternidade nestes casos, estar-se-ia acabando com este instrumento de fertilização, visto que os doadores estariam desprotegidos e obrigados a reconhecer filiações involuntárias.

Desta forma, faz-se necessário a existência de normas regulamentadoras das famílias monoparentais com o intuito de sanar todas as dificuldades práticas e teóricas do instituto, definindo quais as causas de monoparentalidade, efeitos e conseqüências, e igualando-as às famílias em direitos e deveres, para que somente assim elas possam, sem distinções e preconceitos serem reconhecidas como verdadeiras famílias que são.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Jason. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Do concubinato ao casamento de fato**. Cejup, 1986.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Ética, direito e reprodução humana assistida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e a fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Bioética e reprodução medicamente assistida**: In: PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. (Coord). **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil comentado**. São Paulo: Francisco Ales, 1954, v. 2.

BÍBLIA Sagrada. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. rev. e corr. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995

BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito civil na constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BITTENCOURT, Edgard Moura. **Concubinato**. 3.ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1985., p.17.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luis de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes – 29. ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI. Yussef Said. **Divórcio e separação**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CASTANHO, D. Amaury. Bispo de Jundiaí. **Jornal de Jundiaí**, 03.12.1996. p. 03.

CHAUÍ, Marilena. **Repressão sexual: essa nossa (des)conhecida**. 12.ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

DESROSIERS, H. et LE BOURDAIS, C. **La dynamique de la monoparentalité féminine au Canadá**. in European Journal of Population. (Wetherlands), n.º 09, 1993. p. 09.

DINIZ, Maria Helena. **Vocabulário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. Obra em 4 vol.

ENGELS, Friederich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Global, 1986.

ESCARDÓ, F. **Anatomia de la familia**. Buenos Aires: Ateneo, 1955.

FACHIM, Luiz Edson. **O novo código civil**. R. CEJ, Brasília, n. 09, set/dez 1999, p. 24.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo aurélio**. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

FRISCHER, Dominique. **Les mères célibataires volontaires**. Paris: Stock 2, 1979.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma**. São Paulo: Hemus, 1996. 12.ed.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro. Introdução – abordagem sob a perspectiva civil-constitucional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Famílias não fundadas no casamento**. RT 771. ano 2000, 89ºano. P. 51/76., p.63.

GIRARD, Paul Frédéric. **Manuel élémentaire de droit romain**. 8.ed. Paris: Rousseau et Cie., 1929., p. 13.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 12.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 40.

GUIMARÃES, Luiz Paulo Cotrim. **A paternidade presumida no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 1, p. x-x, abr-jun, 1999. p. 16.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A família monoparental como entidade familiar. In PINTO, Teresa A.A. (Coord). **Direito de família: aspectos constitucionais, civil e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 2.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiras, de pais e mães separados e filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de família no novo código civil brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família: direito matrimonial**. vol. I. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. vol. II. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NALINI, José Renato. **A família brasileira do século XXI**. Revista Brasileira de Estudos da População, 1992. Obra citada em revista de direito privado, p. 17.

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

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

OSORIO, Luiz Carlos. **Família hoje.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1996 (Revista de Direito Privado – 1 pg. 10 e pg. 14 – José Renato Nalini.

PALMA, Rubia. **Famílias monoparentais.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil; direito de Família.** rev e atual. vol. V. 13.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito de família.** 2. ed. Rio de Janeiro: Typ. Da Tribuna Liberal, 1889.

PEREIRA, Sérgio Gischkow in PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim. **Um novo conceito de família. Reflexos doutrinários e análise da jurisprudência.** In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Direitos de família e do menor. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 84.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica.** 2. ed., rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PIZZOLANTE, Francisco E. O. Pires e Albuquerque. **União estável no sistema jurídico brasileiro.** São Paulo: Atlas, 1999.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **A Igualdade dos cônjuges no direito brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, José Luiz Mônaco da. **A família substituta no estatuto da criança e do adolescente.** São Paulo: Saraiva, 1995.

SOARES, Orlando. **União estável.** São Paulo: Forense, 1999.

SULLEROT, Evelyne. *Pour le meilleur et sans le pire.* Paris: Fayard, 1984.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito de família e do menor**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Direito de Família. Vol. VI., 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

VILLELA, João Baptista. **As novas relações de família**. p. 643 . In. XV Conferência da OAB, Foz do Iguaçu. Anais. Foz do Iguaçu: OAB, 1994.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. Vol. IV., 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.