

TRANSCRIÇÃO DA PALESTRA “FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA”, PROFERIDA POR REYVANI JABOUR RIBEIRO, COMO PARTE DO PROJETO “SEGUNDA-FEIRA ÀS 18H” REALIZADA EM 10 DE OUTUBRO DE 2016

MESTRE DE CERIMÔNIAS: Bem-vindos a mais uma edição do projeto *Segunda-feira às 18h*, uma iniciativa do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público (Ceaf) que terá como tema de hoje a família contemporânea. Convidamos para a Mesa o coordenador da Coordenadoria de Defesa da Família, o procurador de Justiça Bertoldo Mateus de Oliveira Filho, e a procuradora de Justiça Reyvani Jabour Ribeiro. Para fazer a apresentação da palestrante, ouviremos o presidente da Mesa, Bertoldo Filho.

BERTOLDO MATEUS DE OLIVEIRA FILHO: A procuradora de Justiça Reyvani Jabour Ribeiro, graduada em Direito pela PUC Minas em 1989, ingressou no Ministério Público de Minas Gerais

em 1992. Professora de Direito Civil nos cursos de pós-graduação das Faculdades Milton Campos e Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais e de especialização do Instituto Elpídio Donizetti e Escola Superior dos Notários e Registradores do Estado de Minas Gerais, leciona Direito Civil em cursos preparatórios para concursos públicos e hoje nos brindará com uma palestra sobre a família contemporânea.

REYVANI JABOUR RIBEIRO: Nada de palestra, apenas uma troca de reflexões para alcançarmos o dinamismo necessário à nova concepção do Direito de Família, que exige coragem para quebrar preconceitos, superar a hipocrisia. Talvez nenhum outro ramo do Direito Civil tivesse sido tão sensível às mutações sociais como aconteceu com o Direito de Família. Talvez nenhum outro ramo do Direito tivesse vivenciado uma evolução legislativa tão significativa como aconteceu com o Direito de Família. Na versão original do Código Civil de 1916, havia tão somente um único modo de constituição de família legítima, que era por meio do casamento. As pessoas precisavam casar-se para legitimar a

família, para legitimar os filhos, porque todas as vezes que o legislador fazia menção a outras uniões extramatrimoniais, aquelas surgidas à margem do casamento, era para punir ou para negar qualquer tipo de proteção. Tanto que os filhos só eram legítimos se tivessem sido concebidos por pais casados, isto é, na constância do casamento. Para os filhos havidos fora do matrimônio, não se poupavam adjetivos para desqualificá-los. Eram denominados espúrios, bastardos, incestuosos, adulterinos, naturais. A mulher que convivesse com um homem com quem não se casara era denominada concubina, pouco importando se poderia ser ou não. Ainda que não houvesse entre essas pessoas nenhum impedimento matrimonial, elas não mereciam nessa convivência nenhum tipo de proteção, porque só se reconhecia mesmo, naquela época, o casamento advindo da união formal entre homem e mulher, cujo propósito consistia em constituir família legítima. Mas a Constituição de 1988, em um único dispositivo, acabou espancando anos e anos de preconceito e hipocrisia: emprestou juridicidade a outros arranjos familiares, talvez até muito mais desafiantes. Ao

lado do casamento, reconheceu-se também como entidade familiar a união estável, caracterizada pela convivência pública contínua e duradoura entre um homem e uma mulher que objetivasse constituir família. O legislador constituinte faz menção à denominada família monoparental, que se caracteriza pela convivência entre um dos pais e a sua prole. E, muito embora o avanço tivesse sido significativo, porque antes só havia casamento como modo de constituição de família, teria sido acanhado por ter o legislador constituinte perdido oportunidade de reconhecer outros modelos e núcleos familiares. A crítica é de que se poderia ter avançado ainda mais. Em outras palavras: casamento, união estável e família monoparental eram os únicos modelos de família ou poderia haver outros que não aqueles ali expressamente consagrados? Qual a relevância dessa discussão? É que desde a declaração universal dos direitos humanos a família tem sido cantada e decantada como sendo base da sociedade e, portanto, digna merecedora de respeito e de proteção especial do Estado. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de duas ações, uma Ação Direta de

Inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público Federal e uma ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta no estado do Rio de Janeiro pelo seu governador acabou, de certa forma, colocando uma pá de cal nessa discussão. Por quê? Porque para suprir a omissão do legislador estendeu às uniões homoafetivas as mesmas regras que regem ou disciplinam a união estável. Não vigora até hoje, no território nacional, nenhuma lei que discipline a convivência entre pessoas do mesmo sexo. Não se sabe se por incompetência dos nossos congressistas ou se por falta de coragem mesmo, os projetos ainda não se converteram em lei. Mas o julgador não pode eximir-se da função de julgar ao pretexto de que não existe uma lei em abstrato para ser aplicada a uma situação concreta. Na verdade, diante da omissão do legislador, o julgador tem de ser virar, como se diz. E uma das formas de se virar é integrar as normas ao critério da analogia. O que é analogia? É aplicar a uma situação não prevista em lei as mesmas regras que regem ou disciplinam uma situação semelhante. Sem nenhuma lei em abstrato aplicada a uniões

homoafetivas concretas, o Supremo Tribunal Federal criou esse precedente importantíssimo de aplicar às uniões homoafetivas as mesmas regras que regem a união estável, por serem situações semelhantes. E são mesmo. A única diferença entre união homoafetiva e união estável é a questão da igualdade e desigualdade de sexos. Usa-se a expressão união homoafetiva para substituir a palavra homossexual, sempre muito carregada de preconceito. Enquanto na união estável a convivência se dá entre pessoas de sexos diferentes, homem e mulher, um convívio heterossexual, nas uniões homoafetivas a convivência vai-se dar entre pessoas do mesmo sexo, homem e homem, mulher e mulher. Por ocasião do julgamento daquelas duas ações a que me referi, passou-se a aplicar a uniões homoafetivas a mesma regra que disciplina união estável, por serem situações semelhantes. Desde então, todos os direitos e deveres dos companheiros passaram a ser, também, direitos e deveres dos casais homoafetivos. Nas mesmas circunstâncias que um companheiro for havido como meeiro do outro, o convivente também terá assegurado meação. E se

admitirmos que um companheiro possa participar da sucessão do outro, também vamos admitir que um convivente possa ser chamado à sucessão como herdeiro legítimo. Vê-se que esse precedente do Supremo Tribunal Federal passou a reger as uniões homoafetivas com as mesmas regras da união estável. Os conviventes homoafetivos passaram a ser protegidos desde o momento em que a união estável foi erigida à categoria de entidade familiar. Aplicam-se, pois, regras inerentes ao Direito de Família às uniões homoafetivas também. Em um outro momento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu acerca da possibilidade de dois irmãos adotarem conjuntamente uma criança. A adoção mereceu verdadeira repersonalização. A adoção servia para dar a um casal estéril pelos métodos naturais um filho de presente. Buscava-se a realização pessoal por intermédio dele. Agora, presenteia-se o filho com uma família acolhedora em uma família substituta. Tanto que a adoção só será deferida se realmente trouxer efetivos benefícios para aquele que se quer adotar. São os interesses do adotando que se levam em consideração para deferi-la. E

por ser uma forma de colocação em família substituta, duas pessoas só poderiam adotar conjuntamente se formassem uma família, pelo casamento ou pela união estável, comprovada a estabilidade daquela convivência. A partir do momento em que o STF mandou que se estendesse às uniões homoafetivas as mesmas regras que disciplinam a união estável, os dois conviventes passaram a adotar conjuntamente, por precedente jurisprudencial. Os dois irmãos podem adotar conjuntamente uma mesma criança, malgrado não vivam união estável ou união homoafetiva. Seria uma família substituta porque dois irmãos também constituem a chamada família anaparental. Família anaparental é aquela que se caracteriza pela convivência entre irmãos, entre tios, entre sobrinhos, ou seja, pessoas que não se casaram, e nem poderiam, mas que também estão em busca de uma comunhão plena de vida baseada na igualdade, na solidariedade, na responsabilidade e, sobretudo, na liberdade. Quando o STJ permite que dois irmãos adotem conjuntamente, verifica-se que o rol previsto na Constituição de 1988 cresce cada vez mais. Além dos vários precedentes

do STJ, uma miríade de decisões do nosso Tribunal de Justiça vem permitindo que, mesmo que a pessoa seja solteira, divorciada, viúva e viva sozinha alegue a impenhorabilidade do bem de família porque precisa de que lhe seja assegurado um patrimônio mínimo para que possa ter uma vida digna. Logo, a conclusão é de que existe família de uma pessoa só, e essa chamada família unipessoal vai merecer proteção e respeito assim como de outros arranjos familiares que não seriam ainda aqueles consagrados na Constituição. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, permitiu que um tabelião do cartório de notas daquele estado lavrasse uma escritura pública de união estável caracterizada pela convivência entre três pessoas, a chamada família poliafetiva, que nos tempos da minha avó era denominada bacanal. A orientação sexual — nem digo opção sexual porque, honestamente, não acredito que as pessoas optem por serem diferentes e receberem todo tipo de discriminação — é sinal dos tempos e precisamos saber respeitar. No Rio de Janeiro, esse tipo de escritura pública, no entanto, foi vedado recentemente. Não estou falando de uniões

estáveis paralelas, um homem em convívio concomitante com duas mulheres. Estou falando de um triângulo amoroso cuja convivência pública e contínua tem o objetivo de constituir família. Tenhamos cuidado: esses avanços trazem repercussão na divisão do patrimônio comum, ou seja, agora nem se vai falar de meeiro mais. Vamos ter que dividir a massa patrimonial comum por três e, por ocasião da morte de um deles, os outros dois seriam chamados à sucessão como companheiros sobreviventes. Até eu, que me reputo jovem, moderna e descolada, às vezes, tenho dificuldade em acompanhar toda essa evolução. Por quê? Porque a sociedade está evoluindo muito mais do que a própria mentalidade das pessoas. O que era incrível ontem, hoje já aceitamos com mais facilidade e amanhã passará a ser supernatural. Nós temos é que ficar atentos exatamente a essa modernidade das relações jurídicas familiares, porque as famílias tendem a ser cada vez mais desorganizadas, menos hierarquizadas e muito mais focadas nas relações de afeto do que nas próprias relações de consanguinidade. Sempre que falo às pessoas e

me refiro às relações jurídicas familiares, tenho minha avó como fonte de inspiração. Ela sempre foi uma mulher “porreta” porque mandava em todo mundo, inclusive no meu avô, que morreu aos 85 anos de idade acreditando que era o chefe da família, cabeça do casal. Ledo engano. De uma delicadeza tão singela, ela fez o meu avô acreditar ser ele que mandava mesmo. Mas hoje, definitivamente, isso não serve mais como fonte de inspiração, sobretudo na família tradicional mineira, que acabou cedendo espaço a outros arranjos familiares talvez muito mais desafiantes. Então, precisamos ter coragem para quebrar preconceitos, para superar as nossas hipocrisias. Por quê? Porque se não ficarmos atentos, não vamos perceber a evolução. A definição de casamento que dou hoje não é a mesma de alguns anos atrás. Eu definia o casamento como sendo uma união formal entre homem e mulher que tivesse o objetivo de constituir uma família legítima. Uma definição clássica, nos termos da lei, entre um homem e uma mulher. Convém ressaltar, entre um homem e uma mulher. Hoje passei a dizer pessoas. Casamento é, pois, união formal entre

pessoas exatamente porque já estou considerando a possibilidade de, no Brasil, termos casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Não por permissivo legal. Como eu disse, não há até hoje nenhuma lei vigorando no território nacional para disciplinar a convivência entre pessoas do mesmo sexo. Esse permissivo decorreu daquele precedente do Supremo Tribunal Federal a que me referi. Por quê? Porque o Supremo Tribunal Federal diz que nós deveríamos estender às uniões homoafetivas as mesmas regras que disciplinam união estável. Na Constituição, o legislador determinou que facilitássemos a conversão da união estável em casamento. A reboque, precisamos facilitar a conversão da união homoafetiva em casamento. Foi o primeiro passo dado no Brasil para passarmos a admitir casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Além de admitirmos a possibilidade de casamento entre pessoas de sexos idênticos, homem e homem, mulher e mulher, percebam que o objetivo do casamento também mudou, porque antes as pessoas casavam para legitimar a família e legitimar os filhos. Hoje, definitivamente, não é preciso mais se casar para esse fim. Por quê?

Porque há um modelo de entidade familiar caracterizado pela simples convivência de fato. As pessoas, mesmo que convivam de maneira informal, estarão aptas a caracterizar uma entidade familiar que foi equiparada ao casamento e à união estável. Desde a Constituição de 1988, os filhos são absolutamente iguais, vedada qualquer forma de tratamento diferenciada entre eles. Portanto, não importa se foram concebidos na constância do casamento, se foram havidos fora do casamento, se são considerados pelo critério biológico ou pelo critério socioafetivo, adoção, por exemplo, porquanto terão direitos idênticos, absolutamente iguais. Então, se é desnecessário casar-se, já que a união estável marcada pela convivência de fato caracteriza núcleo familiar e os filhos são legítimos qualquer que seja a origem, por que as pessoas se casam? Aí entra o momento romântico. As pessoas se casam porque querem ser felizes, objetivando exatamente estabelecer uma comunhão plena de vida. E aí me vão perguntar o que é comunhão plena de vida. É exatamente a busca pelo carinho, pelo afeto, pelo amor, baseada na solidariedade, na responsabilidade, na igualdade e, sobretudo, na

liberdade. O maior desafio do casamento é propiciar felicidade. Buscam-na, embora o casamento não seja a garantia dela. Vejam que há pessoas que se bastam, conseguem viver sozinhas e serem extremamente felizes. Outras, como eu, como o poeta, acreditam que é impossível ser feliz sozinho e vão se unir a outras pessoas exatamente em busca dessa felicidade. E a Constituição de 1988, que emprestou juridicidade a outros arranjos familiares, editou a Emenda Constitucional 66, passando a permitir o divórcio direto sem fazer qualquer exigência de tempo mínimo de casamento, de prévia separação judicial ou administrativa ou de tempo mínimo de separação de fato. Quem se casou ontem e quiser hoje se divorciar poderá fazê-lo diretamente. E houve quem sustentasse que a EC 66 veio banalizar, vulgarizar o casamento. Como as pessoas que se casaram ontem, sem o menor período de convivência, podem divorciar-se hoje? Nada disso, pessoal. Essa Emenda Constitucional não é para incentivar ou fomentar o divórcio. Ela veio desdramatizar o fim do casamento, que traz uma dose muito grande de mágoa, de ressentimento, porque sempre há a tendência de

um querer atribuir ao outro a culpa pelo fim do sonho do amor eterno, quando nem sempre se tem culpado. Às vezes, podem existir causas mais imediatas, mais visíveis, mas o que está atrás da vida a dois? Então, a Emenda Constitucional 66 quis facilitar o término do casamento. Do mesmo jeito que as pessoas são livres para se casar, elas precisam ser livres para se descasar. Casaram-se porque pretendiam ser felizes e, portanto, só deverão permanecer casadas enquanto se sentirem bem. Quanto mais rápido se resolver o fim do casamento, menos dramático, menos traumático e menos doloroso é para todo mundo. Quem milita ou militou nas varas de família sabe o quanto é doloroso tomar a iniciativa de pedir a separação. Divórcio é muito triste porque é sinal de frustração de ter querido ser feliz e não se sentir mais. Hoje, separação e divórcio passaram a ser direitos potestativos de qualquer pessoa casada. O único requisito para separar é estar casado. Não é preciso mais discutir culpa nas ações de separação, de divórcio. Por quê? Porque provar culpa na vida a dois se torna muito difícil. O que se passa na intimidade do casal vai saber? Eu mesma já

participei de um processo em que o marido tinha provas irrefutáveis de que a mulher o traía. Entrei com uma ação de separação litigiosa e nas audiências de conciliação a juíza com quem eu trabalhava à época tentou reconciliar o casal, o que foi impossível. Sem conseguir a reconciliação do casal, ela propôs converter o pedido de separação litigiosa em separação consensual. A mulher, a requerida, disse que concordava. O marido, o requerente, não. A mulher voltaria a usar o nome de solteira, abriria mão dos bens móveis, porque imóveis eles não tinham, teria aberto mão da guarda dos filhos, ou seja, ela aceitou tudo que ele pleiteou na petição inicial. Mesmo assim, reiterou que com ela não haveria acordo, já que ele tinha provas irrefutáveis da traição e não sei o quê. Vejam que loucura! Tentei intervir naquele momento, para convencer as partes a acabarem com aquela discussão que não levaria a lugar algum. O advogado dele foi extremamente atrevido comigo ao dizer que era direito o cliente obter prestação da atividade jurisdicional de ter decretado a separação por culpa da mulher. Eu, que sempre tive o estopim muito

curto, argumentei: “Doutor, francamente: o que o cliente do senhor vai obter com essa sentença? Reconhecimento judicial de que é corno, chifrudo? Ele quer a separação, a mulher concordou. É o caso de decretar a separação imediatamente”. Mas não. Ele queria que fosse decretado com base na culpa dela, ou seja, queria reconhecimento de que era chifrudo. Uma moça que trabalha na minha casa há muitos anos, quanto mais tempo passa, mais atrevida fica. Ela me humilha e me ofende, mas está lá até hoje porque preciso muito mais dela do que ela de mim. Ela vive me dizendo que entende de lei. Fico humilhada porque estudo e chego à conclusão de que de lei não sei nada. Ela diz que entende e, nessas de entender de lei, outro dia contou que tinha orientado a vizinha. Confesso que fiquei curiosa. O marido da vizinha estava desempregado, só chegava à casa dele bêbado, drogado e batendo nela. Meu Deus, ele faz isso tudo? – indaguei. “Nossa, está toda machucada”. Qual orientação deu a ela? – quis saber. “Não sair de casa, senão ela perde os direitos”. Argumentei que ela corre muito mais o risco de perder ficando do que saindo. Caso fique, ela pode perder os

dentes. Se sair, não se perde nada porque hoje a guarda compartilhada passou a ser regra. O juiz confere guarda compartilhada para minimizar os efeitos traumáticos da separação dos pais para os filhos, que são os que mais sofrem. Se for impossível a guarda compartilhada, a guarda unilateral é deferida em favor daquele pai que melhor preservar os interesses do filho. A mulher pode até ter abandonado o lar, o marido ter traído a mulher, mas o juiz não vai imiscuir na briga do casal. Ele quer saber o que é melhor para o filho. Já a partilha dos bens, é feita de acordo com o regime escolhido antes de se casarem. Para amealhar o patrimônio comum, o juiz não leva em consideração de quem é a culpa, de quem é a inocência na separação. Ele vai perquirir o quê? O regime de bens. Quanto ao nome, o cônjuge culpado perderá o direito de usar o nome do cônjuge inocente. Isso se tiver adotado, porque nos tempos atuais não estão exercendo a faculdade de acrescentar a seu sobrenome o do outro, já pensando nas facilidades para o divórcio. Vejam quanta intolerância! Já se casa pensando na separação. Mas ainda que o cônjuge tivesse acrescentado a seu sobrenome o do outro, ele só vai

perder se o cônjuge inocente requerer, e ainda que o cônjuge inocente requeira, ele não perderá, se provar prejuízo para a sua identidade ou para a dos filhos. Então, o juiz vai levar em consideração a culpa de regra sim, mas admite-se que ela possa ser refutada para assegurar ao outro continuar a usar o nome conjugal. Na questão de alimentos, o cônjuge culpado pode pleitear alimentos do cônjuge inocente. Nesse caso, porém, os alimentos serão fixados só para lhe garantir subsistência, isto é, para que não morra de fome, enquanto que o cônjuge inocente teria direito a alimentos que lhe manteriam o mesmo padrão social. E fico pensando se no padrão social da vizinha da minha empregada vale a pena continuar apanhando para conseguir que os alimentos sejam fixados num patamar maior, se o cara está desempregado e não vai pagar. Mas não subestimem minha empregada. Ela, realmente, sabe de Direito. Criaram o famigerado usucapião familiar, que caminha em sentido diametralmente oposto ao trilhado pelo Direito de Família. Enquanto no Direito de Família se avança para desdramatizar o término do casamento ao facilitar a separação e não mais nos

preocuparmos em achar um culpado para justificar o fim do sonho do amor eterno, essa modalidade nova de usucapião permite que um cônjuge ou ex-companheiro possa usucapir a meação do outro que o teria abandonado e caminha em sentido oposto ao caminho trilhado pelo Direito de Família moderno, porque o abandono está muito ligado à ideia de culpa. Quer nos parecer que o legislador quis proteger o pobre coitadinho, que foi abandonado. Gente, ele foi abandonado, a fila anda e a catraca é seletiva. O que é abandono se posso divorciar--me do meu marido na hora em que quiser. Basta-me querer. Se eu formular o pedido, não há nada que ele possa fazer para resistir à minha pretensão, porque, como disse, divórcio é direito potestativo de toda pessoa casada. Por que não posso sair de casa? O que vai caracterizar abandono se não sou obrigada a conviver com outra pessoa o resto da minha vida? A única coisa, realmente, que ela perderia é a possibilidade de o marido usucapir a meação dela, se o abandono do lar ficar caracterizado como indicativo de culpa dela. Graças aos avanços da Constituição de 1988, houve reflexos no casamento

não só para que ele possa ser contraído por pessoas do mesmo sexo como também, a reboque, a Emenda Constitucional 66 facilita o fim do casamento ao permitir que o divórcio direto seja decretado independentemente de prévia separação, independentemente de tempo mínimo de separação de fato. Também houve repercussão nas uniões estáveis, as quais passaram a ser modelo de entidade familiar equiparado ao casamento e, portanto, regido pelo Direito de Família. Mas cuidado porque nem toda convivência vai ser conhecida como entidade familiar. De fato, união estável decorre de convivência, mas nem sempre quando as pessoas estão de fato a conviver caracteriza união estável. Às vezes, a convivência gera mero concubinato, e é preciso muito cuidado para não o confundirmos com união estável. A união estável é entidade familiar e vai ser regida pelo Direito de Família. O concubinato é uma simples sociedade regida pelo Direito Obrigacional. Tratamos na união estável os companheiros como membros de uma mesma família. No entanto, consideramos os concubinos como sócios porque a relação concubinária é uma sociedade de fato.

Sendo a união estável entidade familiar regida pelo Direito de Família, há reflexos: possibilidade de um companheiro adotar o nome do outro, de pleitear alimentos do outro, de um companheiro ser herdeiro do outro. Na relação concubinária, o concubino é tratado como sócio, e daí ser regida pelo Direito Obrigacional. Então, um companheiro pode fazer jus a meação dos bens adquiridos pelo outro. A divisão dos bens na união estável vai ser de acordo com o regime. Por quê? Salvo contrato escrito, à união estável se aplicam regras que disciplinam o regime da comunhão parcial de bens. O contrato escrito, o contrato de união estável, o contrato de convivência estão para a união estável assim como o pacto antinupcial está para o casamento. Do mesmo jeito que os noivos são livres para eleger um regime e negociar o que lhes aprouver no aspecto patrimonial, os companheiros também poderão. E a depender do regime, mesmo que o bem tiver sido adquirido por um, o outro fará jus à sua meação, contanto que esse bem tenha sido conquistado na constância daquela convivência. Já no concubinato, a divisão dos bens não se dá por força do regime. Baseia-se naquela regra de

ouro que não admite o locupletamento ilícito e nem o enriquecimento sem causa. E o critério distintivo entre a união estável e o concubinato é que se as pessoas que estão de fato a conviver estiverem impedidas de casar, a convivência entre elas caracterizará simples concubinato. Para a união estável, é preciso que estejam de fato a conviver e só optaram por não se casar porque acreditam que quem ama com fé casado é. Se quisessem se casar, poderiam. Não existe impedimento que os inibam de constituir o vínculo matrimonial. Nas mesmas circunstâncias de não se poderem casar em virtude do parentesco ou por caráter ético, moral, elas estão impedidas de caracterizar a união estável. Entre elas há simples concubinato, tratado como uma sociedade de fato, questão interessante da família moderna. Gente casada, mesmo que separada de fato há 50 anos, continua ostentando o estado civil que a impede de se casar de novo. Mas pessoas casadas que já estiverem separadas de fato, um dia que seja, estarão livres para constituir uma nova família. É possível, mesmo que ostente nos assentos o estado civil casado, possa ter uma outra família constituída não pela

convivência com o cônjuge, mas com outra pessoa que também tenha o objetivo de constituir uma família. Antes, concubina era a mulher que convivia com o homem com quem não era casada. Hoje, aquela mulher, embora pudesse ser chamada de concubina, deve ser é companheira, porque ela também formou ali naquela convivência uma família. O terceiro modelo de entidade familiar que foi consagrado na Constituição recebeu denominação de família monoparental, que resulta exatamente da convivência entre um dos pais e a sua prole. Também houve reflexos no vínculo jurídico de filiação. Dois critérios o determinam: o clássico, tradicional, que é o critério biológico, o qual se fundamenta nos laços de sangue e resulta na relação de consanguinidade; o moderno, mais de vanguarda, que é o critério socioafetivo resultante da posse do estado de filho. Mas o que é posse? Posse é o exercício de um direito diante de situação fática na qual uma pessoa, malgrado não tenha com outrem laços de consanguinidade, é tratada e nomeada como filha. O critério socioafetivo é o que resulta dos laços de afetividade, e nosso ordenamento jurídico pátrio prestigiou

tanto o critério biológico quanto o socioafetivo. Exame de DNA é maravilhoso para comprovar ou para negar paternidade para o critério biológico, porém imprestável para detectar ou para afastar a paternidade pelo critério socioafetivo, porque se reputam pai e filho, embora não exista entre ambos laços de consanguinidade ou de vínculo biológico. E vejam que o nosso ordenamento jurídico quando admite adoção prestigia o critério socioafetivo, já que adotar é tomar o filho de outro como se nosso próprio fosse, colocando-o na situação análoga aos filhos de sangue. Os por adoção são os filhos do coração porque são os eleitos. São os filhos que os pais escolhem ter, e entre adotante e adotado não há laços de sangue. O que existe é uma relação de afetividade. Todos os filhos são absolutamente iguais, vedada qualquer forma de tratamento diferenciado entre eles. Não importa se os filhos foram concebidos na constância do casamento, se foram havidos fora do casamento. Todos terão direitos idênticos, absolutamente iguais. Mas não podemos negar uma pitadinha de vantagem em relação aos filhos quando concebidos na constância do casamento. Não estou dizendo, e nem poderia,

que esses filhos tenham mais direitos. Digo é que eles têm uma pitadinha de vantagem, e essa vantagem a que me quis referir é a presunção de paternidade que milita em favor deles, porque até que se prove o contrário, todos os filhos concebidos na constância do casamento da mãe, presumir-se-ão filhos também do marido dela. Claro que é uma presunção relativa, 'iuris tantum', porque desafia que se prove o contrário. Se o filho foi concebido na constância do casamento da mãe, isto é, por uma mulher casada, presumir-se-á filho também do marido dela. E, para presumir a paternidade, o legislador levou em consideração não só os métodos naturais de concepção como também os métodos artificiais, incluindo ali técnicas de reprodução humana assistida. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos 180 dias contados do início da convivência conjugal. É como se a mulher tivesse engravidado no primeiro dia pós-casamento de convivência conjugal e ter dado à luz a um filho com um prazo mínimo gestacional de seis meses completos, no sétimo mês de gravidez. Ou os que nascerem dentre de 300 dias contados da dissolução da

sociedade conjugal, como se a mulher tivesse engravidado no último dia de convivência com seu filho e ter dado à luz a um filho com prazo máximo gestacional de 300 dias, nove meses completos no décimo mês de gravidez. Esses são métodos naturais de concepção, mas também se presumem concebidos na constância do casamento os filhos decorrentes de uma inseminação artificial homóloga, mesmo que o marido tenha falecido. Inseminação artificial homóloga é aquela feita com material fecundante fornecido pelo próprio casal. A mulher casada entra com o óvulo e o marido com o esperma. A inseminação artificial que for feita poderá gerar um filho que a lei presume ter sido concebido na constância do casamento, e, portanto, o filho do marido também, mesmo que falecido. Esse inciso, costumo brincar, serviria para mostrar o poder de nós mulheres conseguirmos fazer filhos independentemente da vida dos nossos maridos. No contrapé, um aluno muito mais esperto que eu disse que, ao contrário, o inciso vinha para mostrar o poder dos homens, porque conseguiam fazer filhos mesmo depois de mortos. Basta imaginarmos a possibilidade de eles terem deixado o material

fecundante congelado. Se o homem morre, mas deixa sêmen congelado, caso a viúva faça uma inseminação artificial utilizando o material genético deixado por ele, ela terá um filho que a lei presume concebido na constância do seu casamento e, portanto, filho do marido também. Hoje é perfeitamente possível um morto ser considerado pai de alguém. Vai ser filho, mas será que vai ser herdeiro? Por quê? Porque o Direito de Família está avançando muito mais do que o Direito Sucessório. Minha intenção é mostrar o quão veloz está caminhando e tende a caminhar considerarmos o filho como sendo do morto, mas não ser ele herdeiro porque se legitima herdar apenas quem já nasceu ou tiver sido concebido no momento da abertura da sucessão. Quando o pai morre e o filho não houver nascido nem sequer concebido, o rebento não tem vocação hereditária para participar da sua sucessão. Também se presumem concebidos na constância do casamento os filhos decorrentes de embriões excedentários que resultaram de inseminação artificial homóloga. A qualquer tempo que os embriões forem introduzidos no aparelho reprodutor de uma mulher receptora, ela terá um

filho que a lei presume concebido na constância do casamento e, portanto, do marido ou ex-marido, ou seja, a possibilidade de um casal ter um filho no momento em que já se descasou. Além desses critérios biológicos determinantes da paternidade, presume-se que a relação sexual tenha sido mantida pelo fato de o marido ter sido o fornecedor do material fecundante. Mas a lei também prestigiou o critério socioafetivo quando também presumiu concebido na constância do casamento os filhos decorrentes de inseminação artificial heteróloga, que é aquela feita com material fecundante fornecido por um terceiro doador. Se a mulher for casada e estiver autorizada pelo marido a fazer uma inseminação artificial usando o esperma de um terceiro, o filho dela teria sido concebido na constância do casamento e, portanto, é filho do marido também. Vejam que estamos considerando pai não aquele que forneceu o material fecundante, mas quem quis ter o filho, porque quando o marido autoriza a mulher a fazer uma inseminação artificial heteróloga é como se ele estivesse adotando o filho de outro antes mesmo da concepção. Ou seja, constitui com esse filho um vínculo de pura

afetividade. Então, é possível determinarmos a paternidade por outro critério que não seja o biológico. Nesse caso, se o marido autorizou a mulher a fazer uma inseminação artificial heteróloga, ele vai ser o pai. E não adianta nada entrar com uma ação negatória de paternidade e pedir exame de DNA, porque ainda que o exame de DNA aponte 99,99% de probabilidade de ele não ser o pai, haverá de ser mantido como tal porque o critério determinante da sua paternidade não é o biológico, mas sim o socioafetivo. Os filhos havidos fora do casamento não têm a pitadinha de vantagem, porém precisam ser reconhecidos. Como tirar proveito dessa situação? Se a mulher casada comparecer ao cartório para registro de nascimento do filho provando que o concebera na constância do casamento, mesmo que vá sozinha, ela poderá registrar o filho em seu próprio nome e no do marido. Mas se a mulher solteira, viúva, separada ou divorciada concebera um filho fora do casamento e for registrar o nascimento dele em nome do pai, o pai vai ter que ir lá para o reconhecimento voluntário a fim de admitir o filho como dele, feito pelo critério biológico ou pelo

critério socioafetivo. Inclusive o Provimento nº 16 do CNJ permite na adoção à brasileira que qualquer pessoa que for ao cartório e se declarar pai, desde que o filho ainda não tenha registro, possa incluir o nome paterno sem qualquer questionamento. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que consta nos assentos do nascimento. Então, se uma criança só estiver registrada em nome da mãe, qualquer um pode comparecer ao cartório e se declarar pai, pelo critério socioafetivo, mesmo que não tenha laços de consanguinidade, e sim um vínculo de afetividade. Depois, portanto, se quem fez a adoção à brasileira entra com uma ação negatória de paternidade, não adianta nada pedir exame de DNA, porque mesmo que o exame de DNA dê 99,99% de probabilidade de ele não ser o pai, haverá de ser mantido pelo critério socioafetivo. Aliás, a primeira decisão proferida no país que julgou improcedente uma ação negatória de paternidade, exatamente pelo critério socioafetivo, saiu daqui de Belo Horizonte, para orgulho de nós mineiros. Numa adoção à brasileira, um sujeito registrou o filho de sua mulher como se seu próprio fosse e criou um laço de afetividade. Por 12 anos

ele tratou, reputou e nominou o filho da companheira como se dele próprio fosse. Só que os anos se passaram, a convivência entre os dois tornara-se insuportável, veio o divórcio. Já divorciado, ele entrou com ação negatória de paternidade e, para provar que não era o pai, pediu o exame de DNA, cujo resultado não poderia ser diferente do esperado. No entanto, ele foi mantido como pai. A mídia criticou a decisão ao argumento de que os juízes de Minas queriam ser mais realistas do que rei, embora o exame de DNA tivesse negativado a paternidade com aquela precisão toda. A crítica foi injusta porque eles deturparam a decisão: negou-se a paternidade pelo critério biológico, mas o manteve como pai pelo critério socioafetivo porque durante 12 anos aquela criança foi tratada, reputada e nominada como filho. Ela vivenciou a posse do estado de filho e, do mesmo jeito, se não tivermos o reconhecimento voluntário, vamos ter que partir para o reconhecimento forçado. Reconhecimento forçado é o que se busca numa ação de perfilhação compulsória, e hoje já temos ação de investigação de paternidade sendo julgada procedente tanto pelo critério biológico como pelo

critério socioafetivo. Existem sentenças declarando o suposto pai como pai do investigante, independentemente dos laços de consanguinidade, mas simplesmente por uma relação de afetividade. E parte da doutrina até critica essa investigação de paternidade pelo critério socioafetivo ao argumento de que estaríamos forçando uma pessoa a adotar o filho de outro. Não é isso. Essa investigação de paternidade tem natureza declaratória da preexistência de uma situação. Ora, se aquela pessoa não quisesse adotar o filho de outro, então não brincasse de ser pai, porque brincou de ser pai enquanto quis e agora não quer mais o filho. Logo, isso serve para regularizar a situação dos filhos de criação, aqueles que são tratados na família como verdadeiros filhos. No ato registral, sem o reconhecimento voluntário, não foram nem adotados à brasileira nem pelo devido processo legal. Para participarem da sucessão e ser reconhecidos como herdeiros, eles precisam antes ser reconhecidos como filhos. Então, entra-se com uma ação de investigação de paternidade pelo critério socioafetivo exatamente para que o juiz declare que ele, de fato, vivenciou aquela posse do

estado de filho. E, uma vez reconhecido o filho, ele vem com a ação de petição de herança para agora ser reconhecido como herdeiro. Lamentavelmente, nenhuma fórmula matemática estabelece qual critério é mais ou menos importante. O critério biológico é apenas um dos critérios determinantes da filiação. O Supremo Tribunal Federal reconheceu recentemente, como tema de repercussão geral, a necessidade de se ponderar qual critério deve prevalecer. Tudo vai depender das circunstâncias do caso concreto. Numa situação, o pai sabia não ser o pai biológico, faz a adoção à brasileira do filho e depois quer negar a paternidade pelo critério biológico. Noutra, quem achava ser o pai desenvolve uma relação de afetividade com o filho e depois descobre a infidelidade da mulher. Nas duas situações, o STJ considerou que, se tem afetividade, deve ser mantido como pai. Mas vejamos: no segundo caso, o pai só teve relação de afetividade porque ele acreditava que o filho fosse dele. Às vezes, é difícil determinar quem vai ser o pai. Curiosamente, um pai biológico quando soube do nascimento do filho refutou. Não quis saber, e o pai socioafetivo assumiu a paternidade. Só que os anos se

passaram, o pai biológico resolveu reivindicar o filho. Quem é o pai? Aquele que forneceu material fecundante, que manteve relação sexual com a mãe, ou aquele que deu carinho, afeto, amor? Nessa situação, tende-se a ir para o caminho do pai socioafetivo. Mas imaginemos uma situação diferente. Quando minha mãe ficou grávida, meu pai sumiu no mundo. Fui criada, sustentada, educada pelo companheiro da minha mãe, que acreditava ser meu pai. Só que agora apareceu um moço dizendo ser meu pai biológico e que não sabia do estado gravídico da minha mãe e nem da minha existência. Tirar dele a chance de ser pai não foi justo, porque se ele soubesse, poderia ter tido comigo relação de afetividade. O Supremo Tribunal Federal admite a multiparentalidade, a possibilidade de a pessoa ter dois pais: um biológico e outro pelo critério socioafetivo. E já tivemos aqui em Nova Lima sentença proferida em uma ação de adoção que constitui um vínculo jurídico novo pelo critério socioafetivo sem desconstituir o vínculo anterior pelo critério biológico. Permitiu-se que nos assentos de nascimento de uma criança constasse o nome de duas mães e de um pai. A mãe biológica

morreu no parto e a mãe socioafetiva, a tia, adotou o sobrinho. Desde janeiro de 2010 (ou 2011) vigora um modelo de certidão de nascimento no qual não constam mais os campos distintos: pai e mãe, avós paternos, avós maternos. Agora é campo único, para caber na filiação o nome de dois pais e de uma mãe; o nome de duas mães e de um pai; o nome de duas mães só; o nome de dois pais. Talvez o nome de um pai e de uma mãe acabe virando raridade, a depender do avançar das coisas. Desde o momento em que a união estável foi erigida à categoria de entidade familiar, em que a união homoafetiva passou a ser regida pelas regras da união estável no âmbito da filiação, há situações nas quais o pai morreu faz muito tempo e o filho foi criado pelo companheiro da mãe, a quem considera como seu pai, quer ser adotado por ele, contudo sem querer retirar o nome do pai biológico dele. Isso soava estranho outrora. Hoje é perfeitamente possível, como naquele caso de uma socialite do Rio de Janeiro que falou para o marido: “Meu filho não é seu filho. Meu filho é filho do Acioli, né?”. E mesmo sabendo que não era o pai biológico, mesmo tomando conhecimento da traição da

mulher, ele ponderou: “quero o filho porque o considero como meu; estou com ódio de você porque você me traiu, mas nosso filho não tem nada com isso”. E o pai biológico, ao saber que o filho era seu, também quis reivindicar a paternidade. “Opa, o filho é meu e eu quero. Pelo critério biológico, ele é meu. A relação de afetividade é do outro porque eu não sabia da existência desse filho”. Nesse caso específico, a justiça do Rio decidiu pela paternidade em favor do Acioli porquanto prestigiou o critério biológico, o que se afigura extremamente injusto porque quem educou, criou, manteve relação de afetividade foi o outro. O reconhecimento jurídico da afetividade como determinante de um núcleo familiar é prestigiado ao admitir que união estável e união homoafetiva sejam consideradas entidades familiares equiparadas ao casamento. Prestigia-se a afetividade quando admitimos a adoção à brasileira e a possibilidade de a pessoa ter no seu ato registral dois pais. O outro reflexo a que chegamos é de que vínculo biológico e socioafetivo estão no mesmo grau de hierarquia jurídica. Não há uma fórmula matemática a apresentar quanto ao critério mais

ou menos importante. Tudo depende da circunstância do caso concreto. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, a hierarquia jurídica é a mesma. Tanto é filho aquele que mantém com o pai laços de consanguinidade como aquele que mantém laços de afetividade por ser tratado, reputado e nominado como tal. E, finalmente, a possibilidade jurídica da multiparentalidade. O casamento com duas pessoas, a bigamia, ainda é crime. No entanto, se admitirmos uniões poliafetivas, o passo seguinte vai ser descriminalizar e passar a admitir casamento entre três pessoas. Hoje, chocante? Pode ser, mas quem viver verá. Por isso é que precisamos de muita coragem para quebrar os nossos preconceitos, superarmos as nossas hipocrisias, porque não há nenhum outro ramo do Direito que seja tão sensível a essas votações cruciais.

BRUNO: Meu nome é Bruno, da Fundação João Pinheiro, estudante de Administração. Em relação àquela mulher que vai registrar o filho sem a presença do pai, por desconhecimento ou por ele não haver se identificado, baseando-se na união

homoafetiva já reconhecida e no casamento também, não seria possível, no lugar de aparecer um pai e fazer a adoção à brasileira, uma outra mãe fazer também?

REYVANI JABOUR RIBEIRO: Existe um código de normas de Minas Gerais que estabelece a seguinte diferença: quando a mulher for casada e provar a condição de casada, ao conceber o filho na constância do casamento, poderá registrá-lo em nome dela e no do marido, mesmo que ele não vá junto. Se a mulher tiver um filho fora do casamento e for solteira, viúva, separada ou divorciada, no ato do registro poderá, se quiser, declinar o nome do suposto pai. Se ela afirmar que o suposto pai é o companheiro, o próprio oficial registrador notifica-o a ir lá para reconhecer ou não a paternidade que lhe foi atribuída. Se não reconhecer, expede para o juiz o procedimento. Se a mulher solteira, viúva, separada ou divorciada deu o nome de uma outra pessoa que não seja nem marido e nem companheiro, as declarações são imediatamente enviadas ao juízo, para o registrador providenciar a oitiva administrativa. O juiz faz a intimação para

que o pai reconheça voluntariamente, embora não espontaneamente, a paternidade que lhe foi atribuída. Se o suposto pai reconhecer, lavra-se o termo e vai ser averbado no registro de nascimento da criança. Se, ao contrário, o pai negá-la, os autos são enviados ao Ministério Público ou, em algumas comarcas, à Defensoria Pública, para que seja proposta ação de perfilhação compulsória. Aí me vão perguntar por que a mulher solteira ou casada pode registrar o filho em nome dela e do marido e a companheira não pode registrar o filho em nome dela e do companheiro se a união estável foi erigida à categoria de entidade familiar. Se essa é a dúvida, tenho uma resposta singela: a mulher casada tem prova pré-constituída do seu estado civil de casada, enquanto a companheira da união estável mantém uma convivência informal sem uma prova pré-constituída de que a união estável, a reboque, presuma que o filho dela seja também do companheiro.

BRUNO: Não, minha pergunta era se ela estivesse em uma relação homoafetiva com outra mulher, entendeu?

REYVANI JABOUR RIBEIRO: Entendi. Se estiver numa união homoafetiva, ela pode registrar o filho em nome dela, porque ela o teve fora do casamento. O vínculo na outra linha é o da adoção. Então, a companheira homoafetiva pode adotar o filho dela pelo devido processo legal. Agora, se o Provimento 16 for aplicado mesmo para os casais homoafetivos, ela pode também se declarar como mãe, uma atitude audaciosa que deve passar pelo crivo do Poder Judiciário, até para verificar se isso vai trazer, efetivamente, benefício para o filho. Se a mulher homoafetiva registrou o nascimento do seu filho biológico, a forma de constituir o vínculo socioafetivo com a outra mãe é pelo devido processo de adoção. Não acho juridicamente impossível a companheira requerer a adoção do filho da sua outra companheira e constituir uma maternidade dupla. Sinal dos tempos...

ORADORA NÃO IDENTIFICADA: Conheço um caso concreto de amigas minhas que tiveram um filho. As duas parceiras tiveram o filho usando o óvulo de uma com o espermatozoide de um doador anônimo. Ambas participaram da fertilização

e nasceu uma menina, que já deve ter uns seis anos. Embora morem em São Paulo, elas tiveram que procurar um juízo ou algum advogado no Rio Grande do Sul para conseguir registrar a filha no nome delas. Na certidão da menina, inclusive, consta o sobrenome das duas mães.

REYVANI JABOUR RIBEIRO: Costumo dizer que o Código Civil de 2002 foi cantado e decantado como novo, mas esse código já veio velho, obsoleto e ultrapassado. A Glória Peres está anos-luz à frente do nosso legislador porque a novela *Barriga de aluguel* passou há mais de 20 anos e até hoje o nosso Código Civil não traz nenhuma regra sobre a maternidade sub-rogada. Lembro bem que no final da telenovela, depois da discussão de quem é a mãe, as duas personagens saem carregando felizes a criança na praia. Quer dizer, se em Minas não há praia, não dá nem para ter final feliz. Mas a tendência é essa mesmo. Não há fórmula matemática nem solução na lei para determinar quem é mãe, quem forneceu o óvulo, quem deu à luz ou quem quis ter o filho? Na Santa Casa foi pior. A mulher usou o óvulo de uma segunda mulher,

fez a fecundação com o esperma do marido e esse óvulo já inseminado foi introduzido no útero de uma terceira mulher. Então, uma quis ter o filho, a outra forneceu o material fecundante e a terceira gerou. Quem é a mãe? Considerem--se as três. Nessas questões de reprodução assistida, o legislador foi muito tímido e não há solução na lei. As duas vão ser mães e, se quiserem pôr o nome do suposto pai, desde que a identidade dele tenha sido revelada, porque normalmente o doador não tem a identidade revelada, o nome dos três. Isso também já foi tema de novela.

ORADORA NÃO IDENTIFICADA: A decisão do STF de agora um filho ter na sua certidão de nascimento o nome do pai biológico e o do pai socioafetivo reconhece os efeitos jurídicos em ambas as hipóteses. Não haveria quebra de isonomia em relação às outras pessoas um filho com duas linhas sucessórias quando o resto da população só tem um pai e uma sucessão? Será que esse paradigma poderia acarretar uma inseminação heteróloga da qual o filho requeira saber quem é o doador anônimo?

REYVANI JABOUR RIBEIRO: Posso começar pela segunda pergunta? O Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece a todos um direito imprescritível de saber a sua origem genética, mas nem sempre essa descoberta vai interferir no ato registral. O direito de saber quem é o pai genético não significa dizer que no ato registral ele vai ser. A lei diz que ninguém pode vindicar estado contrário ao que consta dos assentos de nascimento, salvo provando erro ou falsidade. Então, se há um pai biológico no registro, não posso vindicar outro, a não ser que eu prove falsidade ou erro. Do mesmo jeito, se há um pai socioafetivo que fez a adoção à brasileira, para eu vindicar um outro pai eu teria que anular o registro anterior. Só que, às vezes, o registro anterior não apresenta erro. O pai que consta no ato registral ou é biológico ou é socioafetivo, mas há um outro socioafetivo-biológico. Por exemplo, fui registrada com nome do companheiro da minha mãe, porém descobri quem é meu pai biológico. Tenho o direito de vindicá-lo como meu pai sem desconstituir a paternidade socioafetiva porque no meu registro não há erro. Ele verdadeiramente é meu pai, por outro

critério. Admitindo-se, porém, que no assento de nascimento conste concomitantemente dois pais, todas as decorrências da filiação virão a reboque: pleitear alimentos dos dois, ter direitos sucessórios dos dois. Aí se pergunta se isso quebra a igualdade. Não, vejo a possibilidade de uma pessoa participar de duas sucessões. Meu pai biológico faleceu, minha mãe ficou viúva, participei da herança da sucessão do meu pai biológico. Minha mãe, viúva, casou-se de novo e o marido dela entrou com processo de adoção. Ele me adota, constitui comigo vínculo biológico e morre. Estou participando da sucessão dele também. Agora, se os dois vão ser considerados pais, todos os reflexos decorrentes da filiação vão vir a reboque: alimentos, direitos hereditários, questão do nome e tudo mais.

ORADOR NÃO IDENTIFICADO: O casamento entre pessoas do mesmo sexo, conforme falou, foi um permissivo do STF que reconheceu a união estável homoafetiva e também é um precedente de uma decisão do STJ que coloca a união estável e o casamento como entidades familiares equiparados?

REYVANI JABOUR RIBEIRO: Antes mesmo de o Supremo Tribunal Federal colocar a pá de cal nessa decisão, o STJ vinha admitindo que casais homoafetivos pudessem adotar conjuntamente porque, na prática, um só entrava com processo de adoção. Um homem adotava, mas o adotado seria inserido na convivência com os dois. Como a adoção não era deferida aos dois conjuntamente, não se podiam pleitear alimentos do outro, não se podia ser dependente do plano de saúde e nem se adquiria direito hereditário do outro, embora convivesse com os dois. Estudos demonstram que isso não interfere absolutamente nada no desenvolvimento psicológico, já que o que importa é a pessoa ser amada na convivência com o casal homoafetivo. Há filhos que têm pai e mãe. Mas lhes falta esse carinho, esse amor. Então, o STJ, antes da decisão do Supremo, já vinha deferindo a adoção a casais homoafetivos.