

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO**

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

A EVOLUÇÃO JURÍDICA DOS ARRANJOS FAMILIARES

Orientador: Valtercino Eufrásio Leal

Orientanda: Marinei Aparecida dos Santos Braga

**RUBIATABA – GO
2011**

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER
CURSO DE DIREITO



MARINEI APARECIDA DOS SANTOS BRAGA

A EVOLUÇÃO JURÍDICA DOS ARRANJOS FAMILIARES

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba- FACER, como requisito parcial para conclusão e obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor MSc. Valtercínio Eufrásio Leal.

De acordo

Professor orientador

5-35901

Tombo nº	18388
Classif.:	
Ex.:	1
Origem:	d
Data:	09-02-12

RUBIATABA

2011

FOLHA DE APROVAÇÃO

MARINEI APARECIDA DOS SANTOS BRAGA

EVOLUÇÃO JURÍDICA DOS ARRANJOS FAMILIARES

COMISSÃO JULGADORA

**MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

RESULTADO: _____

Orientador: _____
Valtecinio Eufrásio Leal

Mestre em direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento

1º Examinador: _____
Denise Helena Monteiro de B. Carollo

Mestra em Ciências e História Social

Doutora em Ciências e História Social

2º Examinador: _____

Geruza Silva de Oliveira

Mestra em Sociologia

RUBIATABA - GO, 2011

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia ao meu filho Juvêncio, pois se aqui estou é em busca de um futuro melhor para ele. Ao meu marido Oriovaldo, por todo apoio, carinho, compreensão e incentivo que me dedicou durante esses 5 anos. Aos meus pais João e Maria, por terem me ensinado a dar valor às oportunidades que a vida nos oferece e à minha sogra Maria Abadia, por ter sido uma mãe para meu filho nos momentos em que eu estava ausente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que é meu escudo e minha fortaleza, pois se aqui cheguei não foi coisa do destino, mas uma obra de suas mãos. Ao meu filho Juvêncio e ao meu marido Oriovaldo por todo apoio, carinho e incentivo, por acreditar e me fazer acreditar que tudo é possível. Ao meu orientador, professor Mestre Valtercínio Eufrásio Leal, por toda paciência, dedicação e pela orientação firme e constante. A todas as pessoas que torceram por mim e contribuíram de forma direta ou indireta, para que eu alcançasse essa vitória em minha vida, especialmente meus colegas do 10º período por esses 5 anos que passamos juntos.

"O fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade" - John Locke

RESUMO: O objetivo da presente pesquisa é analisar as mudanças sofridas na estrutura familiar e a posição do direito frente a essas mudanças. A fim de discutir, buscando compreensões jurídicas que possam esclarecer se os novos arranjos familiares proporcionam os mesmos direitos humanitários e as mesmas garantias legais e constitucionais que as famílias monogâmicas, tutelada secularmente pelo estado de direito brasileiro. Utilizando-se de pesquisas bibliográficas realizadas em doutrinas, livros, artigos científicos e sítios eletrônicos, com temas relacionados ao assunto em questão, que leva à conclusão de que por mais que o direito tenha evoluído, não consegue acompanhar as mudanças ocorridas dentro da estrutura familiar, causando prejuízos no que tange ao direito desses novos arranjos.

Palavras chave: arranjos familiares, família, família homoafetiva, família monoparental, família anaparental, reconhecimento.

ABSTRACT: The objective of this research is to analyze the changes undergone in the family structure and position of the right front of these changes. In order to discuss seeking legal understandings that can clarify if the new family arrangements provide the same rights and humanitarian same legal and constitutional guarantees that the monogamous family, tutored by the secular state of Brazilian law. Using bibliographic searches performed on doctrines, books, scientific papers and electronic sites on topics related to the subject matter, which leads to the conclusion that for the right mission has evolved could not follow the changes occurring within the family structure, causing, losses regarding the right of these new arrangements.

Keywords: family, family, family homoaffective parent family, family anaparental recognition

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. NOÇÕES GERAIS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA.....	12
1.1. Noções Gerais.....	12
1.2. Família monoparental.....	14
1.3. União estável.....	16
1.4. Família anaparental.....	18
1.5. Uniões homoafetivas.....	20
1.6. Concubinárias impuras.....	22
2. ASPECTOS JURÍDICOS QUE INFLUENCIARAM NA MUDANÇA DA ESTRUTURA FAMILIAR.....	24
3. ANSEIOS DOS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES.....	33
4. AVANÇOS JURÍDICOS DOS MÚLTIPLOS ARRANJOS FAMILIARES.....	39
4.1. Uniões homoafetivas.....	39
4.2. Famílias Monoparentais.....	45
4.3. Família anaparental.....	49
4.4. Família recomposta ou reconstituída.....	50
4.5. Família poligâmica ou concubinária impura.....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS.....	58

INTRODUÇÃO

A família é a célula base da sociedade¹. É um lugar idealizado onde o indivíduo se encontra inserido, por laços sanguíneos ou afetivos², lá adquire seus valores e cria sua personalidade, pois esta é seu primeiro agente socializado³. A legislação brasileira atual não está conseguindo acompanhar o processo de evolução pelo qual está passando a estrutura familiar em decorrência da mudança de valores sofrida pela sociedade, ocorridas pelos avanços sociais, tecnológicos, científicos, políticos e culturais.

Observando-se esses aspectos, o objetivo geral desta pesquisa é analisar as mudanças sofridas na estrutura familiar e a posição do direito frente a essas mudanças, ou seja, analisar os arranjos familiares surgidos com o direito civil constitucionalizado, a fim de demonstrar quais os direitos e qual a proteção legal que é estabelecida a esses novos arranjos. Irá analisar a posição do direito frente a essas mudanças observando o que este tem feito para acompanhar essa evolução, resguardando os direitos das pessoas que compõem esses novos arranjos no seio das famílias brasileiras.

Terá também como objetivos específicos, primeiro: estudar a evolução histórica da estrutura familiar desde idade Média (Século V á XV) até os tempos atuais; segundo: analisar a posição do Direito frente a essas mudanças, observando como este evoluiu para acompanhar as transformações sofridas pela estrutura familiar.

O terceiro objetivo é compreender o que o Direito tem feito para acompanhar essas mudanças sem comprometer o direito das famílias tradicionais, buscando-se analisar, também, quais os anseios desses novos arranjos. No quarto e último objetivo específico pretende-se discutir se esses novos arranjos possuem os mesmos direitos estabelecidos na lei que as famílias tradicionais, e se podem ser classificados como família, visto que não se baseiam somente nos laços sanguíneos, mas também na afetividade.

¹ Constituição Federal 1988. Artigo 226.

² Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. Tese: novas modalidades de família. 2010, p.05. Acesso em 03/06/11. Disponível em: <http://www4.usp.br/index.php/busca-uspbr>.

³ Maria Berenice Dias. Manual de Direito de Famílias. Ed. Saraiva, 2009, p. 29.

Quanto à problemática, é pesquisar os novos arranjos familiares surgidos com o avançar do direito civil constitucionalizado, a fim de buscar compreensões jurídicas que possam esclarecer se as novas combinações familiares: a união estável, união homoafetiva, famílias monoparentais, anaparentais, poligâmicas, relações concubinárias impuras e outras, proporcionam os mesmos direitos humanitários e as mesmas garantias legais e constitucionais a todos que fazem a escolha de um modo de viver diverso daquele monogâmico tutelado secularmente pelo Estado de Direito no Brasil.

Vivenciamos atualmente a reformulação do conceito de família, onde o modelo tradicional já não é suficiente para acompanhar as mudanças sociais e tecnológicas experimentadas pela população, visto que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226 estabelece que na família a sociedade encontre seu ponto de partida prosseguindo rumo ao bem comum.

Dessa maneira, com essa pesquisa, se tem por finalidade analisar o que o direito brasileiro tem feito para proteger a família em meio a tantas mudanças, tendo-se em vista que o tema atinge os direitos de várias pessoas, inclusive o interesse de menores.

Esta pesquisa divide-se em quatro capítulos. O primeiro traz uma noção geral de família e seu conceito, assim como também sua evolução histórica até o surgimento dos novos arranjos, tais como, quando e em decorrência do que surgiram. Traz a evolução histórica de determinados arranjos familiares como família monoparental, anaparental, união estável, união homoafetiva.

O segundo capítulo busca demonstrar quais aspectos jurídicos influenciou para o surgimento desses novos arranjos, ou seja, qual a colaboração do direito brasileiro para o surgimento desses arranjos, observando as várias fases vividas pelo ordenamento jurídico brasileiro desde a influência do direito romano até chegarmos ao Código Civil de 2002. Busca demonstrar que o direito, mesmo que lentamente, evoluiu e criou novos mecanismos para acompanhar a evolução da família, como o rompimento do direito de família com o direito canônico; a criação do primeiro Código Civil em 1916; a criação do Estatuto da Mulher Casada; a instituição da Lei do Divórcio; a publicação da tão sonhada Constituição Democrática em 1988, que revolucionou o Direito de família e a promulgação do novo Código Civil de 2002.

No terceiro capítulo, busca analisar os anseios desses novos arranjos, ou seja, o que os mesmos buscam em nosso ordenamento jurídico, fazendo indagações de como fica sua situação em determinados casos específicos, tais como concessão de direito previdenciário a casais homossexuais, assim como direito sucessório, direito real de habitação, entre outros. Pretende-se, também, indagar a respeito dos direitos das famílias monoparentais, anaparentais.

No quarto capítulo, busca-se elencar quais os avanços múltiplos dos novos arranjos familiares ao longo de seu desenvolvimento, por meio de muitas lutas e batalhas árduas. Procura-se analisar quais os direitos que esses novos arranjos alcançaram e se todos os seus anseios, frente ao judiciário, foram alcançados, tanto quanto o que ainda falta ser regulamentado para que esses novos arranjos possam gozar de seus direitos, fazendo uso dos princípios constitucionais como da dignidade da pessoa humana, da liberdade sexual, da igualdade, entre outros.

Para a realização desta pesquisa foram utilizadas referencias bibliográfica, a qual se baseia na leitura de doutrinas e artigos jurídicos, materiais retirados de internet e leis, tudo relacionado com o tema em questão.

O método utilizado para o desenvolvimento é o de compilação, que segundo Marcone e Lakatos (2001, pg. 48) “é a reunião sistemática do material contido em livros, revistas, publicações avulsas ou trabalhos mimeografados”.

E, quanto ao raciocínio, o método utilizado é o dedutivo que, de acordo com Marcone e Lakatos, (2001, pg. 86) “parte-se de uma linha geral para a específica, sem criar conhecimentos novos”, este método foi importante para realização desta pesquisa para explicar o presente tema em foco.

1. NOÇÕES GERAIS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

1.1. Noções Gerais

Para melhor compreensão desse instituto chamado família e sua evolução com o passar dos anos, é necessário, primeiramente, analisar o seu conceito.

Segundo Venosa⁴, em um conceito mais amplo, “família é um conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar” e “em conceito estrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder⁵”.

Do mesmo modo, a doutrinadora Dias⁶, assim ensina:

A família é o primeiro agente socializador do ser humano. De há muito deixou de ser uma célula do Estado e hoje é encarada como a célula da sociedade. É contada como a base da sociedade e por essa razão recebe especial proteção do Estado.

Segundo a referida autora, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado” (XVI 30).

Já Patiño⁷ entende a respeito o seguinte: “A família pode ser compreendida como um grupo de pessoas ligadas por vínculos jurídicos e afetivos, decorrentes do casamento ou simplesmente do parentesco”.

⁴ Sílvio de Salvo Venosa. Direito de Família. Ed. Saraiva, 2011, p.15

⁵ Idem, p. 16

⁶ Maria Berenice Dias. Manual de Direito de Famílias. Ed. Saraiva, 2009, p. 29.

⁷ Anna Paulo Correia Patiño. Direito Civil: Direito de Família. 2ª Ed. 2008. p.01

No entendimento de Maluf⁸ “a família é originariamente o lugar onde o homem se encontra inserido por nascimento ou adoção e nela desenvolve, através das experiências vividas, sua personalidade e seu caráter”.

A Constituição Federal em seu artigo 226 estabelece que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Para Correia⁹ os antropólogos, a partir de suas observações de campo, afirmavam que de uma forma geral, a família está presente em toda a sociedade, “também definiam a família como uma união relativamente duradoura e socialmente aprovada entre homens, mulheres e respectivos filhos”.

Para Strauss (*apud* CORREIA 2006, p.) é necessário uma compreensão mais detalhada sobre a família e descreve por meio de um modelo idealizado, o qual a entende como um grupo social contendo três características:

(1) Tem sua origem no casamento; (2) é constituído pelo marido, pela esposa e pelos filhos provenientes de sua união, quanto seja lícito conceber que outros parentes possam encontrar seu lugar próximo ao núcleo do grupo; (3) os membros da família estão unidos entre si por (a) laços legais, (b) direitos e obrigações econômicas, religiosas ou de outra espécie, (c) um entrelaçamento definido de direitos e proibições sexuais e uma quantidade variada e diversificada de sentimentos psicológicos, tais como amor, afeto, respeito, medo, etc.

A família, com o passar dos anos e com “a vastidão de mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais¹⁰” a muito deixou de ser o modelo tradicional, baseado em um homem e uma mulher, ligada pelo matrimônio e cercado de filhos; para dar lugar a novos arranjos familiares recompostos por famílias¹¹ anaparentais, monoparentais, união estável, união homoafetiva, poligâmicas, união concubinária impura, dentre outros.

⁸ Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. Tese: novas modalidades de família. 2010, p.05. Acesso em 03/06/11. Disponível em: <http://www4.usp.br/index.php/busca-uspbr>.

⁹ Lígia Correia. Cuidado da família ao idoso portador de doença crônica: análise do conceito na perspectiva da família. 2006, p.18. Acesso em 03/06/11. Disponível em: <http://www4.usp.br/index.php/busca-uspbr>

¹⁰ Maria Berenice Dias. Manual de Direito de Famílias. Ed. Saraiva. 2009, 40

¹¹ Idem.

Dentre os vários modelos de arranjos familiares acima, pretende-se, com esse estudo, analisar apenas alguns, pois, como a evolução é um processo contínuo, seria impossível e inapropriado analisar todos os modelos existentes.

1.2. Família monoparental

A industrialização acarretou o fim da família medieval que vivia sob regime patriarcal, na qual a economia se baseava na agricultura e as famílias eram extensas, sendo o pai a autoridade máxima. A indústria retirou, então, da família, o fator de produção e a autoridade do pai para com os demais membros, passando este a trabalhar nas fábricas e a mulher a ingressar no mercado de trabalho para ajudar no sustento do lar; e com isso, as famílias que até então eram numerosas, passam a se restringir, devido ao controle de natalidade, ocasionando uma revolução na estrutura familiar.¹²

No século XX, a família então, adquire uma nova estruturação, onde as escolas passam a ser responsáveis pela educação das crianças e o catolicismo não é mais predominante, tendo em vista que essa era a única religião aceita, além de ser majoritária. Por outro lado, a Igreja Católica também influenciava os chefes de Estado, em relação a todas as normas editadas, especialmente com relação à estrutura das famílias, não se admitindo o divórcio. No entanto, foram surgindo transformações dentro dos lares, onde marido e mulher ocupavam o mesmo patamar diante da família e da sociedade¹³

Com essa ruptura, diante dos novos tempos e suas realidades familiares, o casamento deixa de ser a única forma de união legítima passando a existir outras formas, instituindo-se então o divórcio. (Idem).

Surgiram então, em meados dos anos setenta, em um contexto no qual se debatia a crise da família tradicional, já pela força da evolução dos costumes e das transformações

¹² Jonábio Barbosa dos Santos e Morgana Santos da Costa. Revista jurídica. Família monoparental brasileira. 2009, p. 05. Acesso em: 06/06/11. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>

¹³ Idem, p.06

legislativas que a acompanhavam, a noção de famílias monoparentais¹⁴ a qual é formada por um dos cônjuges e seus descendentes.

Diante de tantas transformações, a Constituição Federal de 1988 revolucionou o conceito de família, pois rastreando os fatos da vida, viu a necessidade de reconhecer outras entidades familiares¹⁵, em seu artigo 226 §4º, elencou como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, recebendo tais entidades, em sede doutrinária o nome de família monoparental¹⁶.

Para Barbosa¹⁷ essa a definição trazida pela Constituição Federal de 1988:

Trata-se de uma definição abstrata que, pretende regular as situações cada vez mais crescentes de celibatários com filhos ou filhos nascidos de uniões livres, que não chegam a se tornar estáveis, ou as chamadas produções independentes, ou famílias transformadas pela ruptura do casal conjugal, decorrentes da separação, do divórcio e da viuvez.

Para a citada autora “os fatores determinantes da monoparentalidade são: a pobreza, a autonomia da mulher e a confiança na renovação da vida conjugal”.

Por outro lado, Diniz¹⁸ assim entende que:

A família monoparental ou unilinear desvincula-se da ideia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um de seus genitores, em razão de viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento da filiação pelo outro genitor, produção independente, etc.

¹⁴ Lefaucheur apud Yumi Garcia dos Santos. Mulheres chefe de família entre a autonomia e a dependência: um estudo comparativo entre Brasil, França e Japão. 2008, p.32. Acesso em: 27/05/11. Disponível em: <http://www5.usp.br/fam%EDlia%20homoafetiva&busca=g>

¹⁵ Maria Berenice Dias. Manual de Direito de Famílias. Ed. Saraiva 2009, p.41

¹⁶ Idem, p.48.

¹⁷ Águida Arruda Barbosa. Tese: Construção dos fundamentos teórica e práticos do código de família brasileira. 2007, p. 49. Acesso em: 27/05/11. Disponível em: www.usp.com.br/http://www4.usp.br/index.php/busca-uspbr

¹⁸ Maria Helena Diniz. Curso de Direito Civil brasileiro. 2002, p 11

Nesse mesmo entendimento, Oliveira (apud BARBOSA 2007, p. 50) diz que “a família monoparental tem existência constitucional, mas depende de regulação infraconstitucional para que tenha existência no Direito Civil”. Acentua também que, “como esse modelo de família não é reconhecida pelo Direito Público, há uma forte tendência de agravamento de seu caráter discricionário no âmbito social”.

1.1. União estável

Segundo Patiño (2008, p.183), denomina-se união estável “a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, entre homem e mulher, formando uma entidade familiar”.

Segundo Dias, (2009, p. 158) o “Código Civil de 1916, com intuito de proteger a família, constituída pelos laços sagrados do matrimônio, omitiu em regular as relações extramatrimoniais”. Ressaltou também que “até 1977 não existia o divórcio, sendo utilizado como forma de separação o desquite que não dissolvia a sociedade conjugal, impedindo assim um novo casamento, mas isso não impediu que surgissem relações destituídas de amparo legal”.

Com o mesmo entendimento, Venosa (2002, p. 32) diz que “o legislador do Código Civil ignorou a família ilegítima, fazendo apenas menções raras ao concubinato unicamente no propósito de proteger a família legítima, nunca reconhecendo direitos à união de fato”. Segundo o referido autor, “muitos foram os que entenderam, até as últimas décadas, que a união sem casamento era fenômeno estranho ao direito de família, gerando apenas efeitos obrigacionais”.

Do mesmo modo firma Miranda (apud VENOSA. 2002 p. 32) que:

O concubinato não constitui, no direito brasileiro, instituições de direito de família. A maternidade e a paternidade ilegítimas o são. Isso não quer dizer que o Direito de Família e outros ramos do Direito Civil não se interessem pelo fato de existir, socialmente, o concubinato.

Segundo Dias (2009, p. 158) os primeiros julgados que impulsionaram a construção de uma nova doutrina concubinária são da década de 60, os quais tratavam tão somente dos efeitos patrimoniais, a fim de não cometerem injustiças. De acordo com os ensinamentos da autora citada:

Nas situações em que a mulher não exercia atividade remunerada e não tinha outra fonte de renda, os tribunais concediam alimentos de forma “camuflada”, sob o nome de indenização por serviços domésticos, talvez em compreensão ao serviço de cama e mesa prestado por ela. O fulcro das decisões era a inadmissibilidade do enriquecimento ilícito: o homem que se aproveita do trabalho e da dedicação de uma mulher não pode abandoná-la sem indenização, nem seus herdeiros podem receber a herança sem desconto do que responderia ao ressarcimento.

De acordo com os ensinamentos de Gonçalves (2010, p. 179):

A primeira regulamentação da norma constitucional que trata a união estável adveio com a Lei n. 8.971 de 29 de dezembro de 1994, que definiu como “companheiros” o homem e a mulher que mantenham união comprovada, na qualidade de solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos, ou com prole.

Segundo o mesmo autor, o conceito de união estável definido acima foi alterado pela Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996 (2010, p. 179):

A Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, alterou esse conceito, omitindo os requisitos de natureza pessoal, tempo mínimo de convivência e existência da prole. Preceitua o artigo 1º que se considera entidade familiar convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

O Código Civil de 1916, com o intuito de proteger a família construída pelos laços sagrados do matrimônio, não mencionava a união estável. Este retratava a família patriarcal, na qual o homem era o chefe e autoridade superior, como podemos observar nos artigos 233, 240. (Código Civil de 1916)

“Art. 233 - O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos”.

“Art. 240 – A mulher, com o casamento, assume condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta”.

A sociedade concubinária não escapou das discriminações. Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, passou a ser reconhecida como estável e foi inserida no texto constitucional como entidade familiar, gozando, como tal, de proteção estatal (VILANOVA, 2008, p. 01¹⁹). É o que reza o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988:

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

Após o reconhecimento da união estável pela Carta Magna, esta ganhou espaço no Código Civil de 2002. Em seu Art. 1.723 traz a definição da união estável: “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”.

1.4. Família anaparental

Com a instituição do divórcio (Lei 6.515/77 e EC 9/77), no ordenamento jurídico brasileiro, com o surgimento de novos paradigmas, a mudança na realidade do país, e a evolução dos costumes desencadearam uma mudança na própria estrutura social e conseqüentemente na família; tanto na sua estrutura quanto em seu conceito.

Segundo Barros (apud GOMES 2007, p.01)²⁰:

¹⁹Larissa Vilanova. União Estável: surgimento e reconhecimento como entidade familiar. Publicado em: 5/04/2008. Acesso em: 23/05/11. Disponível em: <http://www.webartigos.com>

²⁰ Roseane dos Santos Gomes . Evolução do Direito de Família e a Mudança de Paradigma das Entidades Familiares. publicado em: 20/09/2007. Acesso em: 23/05/11. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1006>

A família anaparental decorre do prefixo “*ana*”, de origem grega, indicativo de “falta”, “privação”, ou seja, se caracteriza pela família sem a presença dos pais. Ela se constitui basicamente pela convivência entre parentes ou pessoas, em um mesmo lar, dentro de uma estruturação com identidade de propósito.

De acordo com Gomes (2007, p.01):

O principal papel da família agora é o suporte emocional que proporciona aos seus integrantes. Difícil consagrar a família com um único conceito, estática e imutável, pois a própria estrutura dos laços familiares é a sua dinamicidade.

Segundo Dias (2009, p. 48) “a convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação como entidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência familiar batizada com o nome de família anaparental”.

Nesse mesmo entendimento Kusano²¹ (2010, p. 01) afirma que:

A família anaparental possui como basilar o elemento afetividade, que se caracteriza pela inexistência da figura dos pais, ou seja, constitui-se basicamente pela convivência entre parentes do vínculo da colateralidade ou pessoas – mesmo que não parentes e sem conotação sexual - dentro de uma mesma estruturação com identidade de propósitos, que é o ânimo de constituir família.

Para melhor compreensão da estrutura da família anaparental, Dias (2009, p. 48), traz um exemplo: “A convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação de acervo patrimonial constitui uma entidade familiar”.

Para a autora citada, “mesmo que a Constituição Federal tenha alargado o conceito de família, ainda assim no seu rol não se encontram enumeradas todas as conformações

²¹ Susileine Kusano. Da família anaparental: Do reconhecimento como entidade familiar. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_Id=7559

familiares que vicejam na sociedade”. Mas defende a autora que essas estruturas de convívio em nada se diferem da monoparental e por isso merecem proteção constitucional. (DIAS. 2009, p. 48-49).

1.5. Uniões homoafetivas

O termo homossexual deriva do grego “*homos*” que significa o mesmo, e sexual vem do latim, que significa relativo ou pertencente ao sexo. O termo homossexual foi utilizada pela primeira vez em 1869, pelo médico húngaro Karoly Benkert e para a Psicologia a homossexualidade era considerada um distúrbio de identidade não hereditário e nem de opção consciente e deliberada. (Monteiro. 2010, p. 01²²)

Segundo Pinheiro (2003, p.02), a homossexualidade existe desde os primórdios:

Desde a primitividade a homossexualidade sempre esteve presente nas mais diversas civilizações e culturas. Como bem expressou Rodrigo da Cunha, "a homossexualidade existe desde que o mundo é mundo", antecede qualquer padrão de conduta que, porventura, o legislador tenha imaginado inserir em moldes normativos.

A esse respeito, Dias (2009, p.186) esclarece que:

A homossexualidade acompanha a história do homem. Não é crime nem pecado; não é doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justifica a dificuldade que as pessoas têm de ser amigas de homossexuais. É simplesmente uma outra forma de viver. A origem não se conhece. Aliás, nem interessa, pois, quando se buscam causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar a cura para algum mal. Mas tanto a orientação homossexual não é doença que, na classificação Internacional das Doenças - CID, está inserida no capítulo Dos Sintomas de Circunstâncias Psicossociais. O termo “homossexualismo” foi substituído

²² Anne Monteiro. A união homo afetiva e seus aspectos históricos, religiosos, moral, social e constitucional. Publicado em: 27/04/2010. Acesso.17/06/2011. Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br/textosjurídicos/2223485>

por homossexualidade, pois o sufixo “ismo” significa doença, enquanto o sufixo “dade” quer dizer modo de ser.

Segundo a autora (2009, p. 47) houve certo preconceito da Constituição Federal em estabelecer juridicidade a união estável somente entre um homem e mulher.

Por absoluto preconceito, a Constituição emprestou de modo expresse, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, ainda que em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual.

Dias defende a ideia de que todos são iguais perante a Lei além dos princípios da dignidade da pessoa humana elencados no artigo 5º da Constituição Federal²³ (2009, p. 187):

O princípio norteador da Constituição, que baliza o sistema jurídico, é o que consagra o respeito à dignidade humana. O compromisso do Estado para com o cidadão sustenta-se no princípio da igualdade e da liberdade, estampado já no seu preâmbulo. Ao conceder proteção a todos, veda discriminação e preconceito por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito. Mais. Ao elencar os direitos e as garantias fundamentais, proclama (CF 5º): todo são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Nesse mesmo entendimento, o Procurador Gonçalves (apud LA FLOR 2008, p.15²⁴), em nome do Ministério Público Federal:

Negar o casamento a homossexuais implica diferenciar cidadãos apenas em virtude de sua orientação sexual. Esse comportamento viola o princípio da igualdade de todos perante a lei (CF art. 5º, caput), já que heterossexuais recebe tratamento privilegiado diante dos homossexuais; assim, viola também, ainda como projeção ao princípio da igualdade, a proibição

²³ Maria Berenice Dias. Manual de Direito de Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p.25

²⁴ Martiane Jaques La Flor. Família plural: A união homoafetiva a luz dos direitos fundamentais. Publicado em: 16/06/2008. Acesso: 17/06/11. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2008_1/martiane_jaques.pdf.

constitucional de criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si, encartada no artigo 19, inciso III, da Carta Magna, já que brasileiros heterossexuais são tratados de forma diferente do que brasileiros homossexuais, com preferência para os primeiros. Resta violada, de forma inconstante, a igualdade como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, como consta do preâmbulo da Constituição Federal.

Com opinião contrária Czakowski (apud LA FLOR 2008, p. 06) com relação aos princípios supracitados, comenta:

Por mais estável que seja a união estável de pessoas do mesmo sexo - que morem juntas ou não - jamais se caracteriza como com entidade familiar. A não configuração de família, neste caso, é resultante não de uma análise sobre a realização afetiva e psicológica dos parceiros, mas sim da constatação de que duas pessoas do mesmo sexo, não formam um núcleo de procriação humana e de educação de futuros filhos.

Depois de muitas discussões, com relação à união homo afetiva, no dia 5 de maio de 2011 às 22h33min o STF reconhece união estável homoafetiva por unanimidade, pelo placar 10 votos a 0, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. A partir de agora, companheiros em relação homoafetiva duradoura e pública terão os mesmos direitos e deveres das famílias formadas por homens e mulheres. (Motta, iG Brasília²⁵).

1.6. Concubinárias impuras

Segundo Diniz (2004, p. 345) “a união de fato ou o concubinato pode ser: puro ou impuro”.

²⁵ Severino Motta, iG Brasília. | Supremo reconhece união estável homo afetiva. Acesso: 17/06/2011. Disponível: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/supremo+reconhece+uniao+estavel+homoafetiva/n1300151572835.html>

Será puro (CC, art. 1723 a 1726) se se apresentar como união duradoura, sem casamento civil, entre homens e mulheres livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária. Assim vivem em união estável ou concubinato puro: solteiros, viúvos, separados judicialmente ou de fato e divorciados.

Já o concubinato impuro, de acordo com os ensinamentos de Diniz (2004, p. 346), trata-se “nas relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de se casar”.

Perante esses novos paradigmas, no capítulo seguinte serão demonstrados apontamentos sobre os problemas mais relevantes que afetam os conviventes em relações familiares diversificadas, a fim de se inferir ao final, que embora haja o reconhecimento doutrinário e jurisprudencial, muitos arranjos ainda vivem à margem da sociedade, enfrentando discriminações e prejuízos jurídicos diversos.

2. ASPECTOS JURÍDICOS QUE INFLUENCIARAM NA MUDANÇA DA ESTRUTURA FAMILIAR

Como se pode observar no capítulo anterior, a estrutura familiar sofreu inúmeras transformações para acompanhar o processo de evolução da sociedade, onde a família que antes era reconhecida somente pelo matrimônio, ou seja, baseada em valores econômicos e religiosos, cedeu lugar a estruturas familiares que têm por base o carinho, o afeto, o respeito e a mútua assistência²⁶. O Direito de Família, então, ganha uma nova versão, pois diante de tantas mudanças, o judiciário não poderia permanecer inerte, tendo em vista que é o Direito que organiza a sociedade, protegendo os indivíduos e intervindo para evitar colisão de interesses²⁷.

O Direito, de certa forma, teve grande influência nesse processo de mutação da estrutura familiar, pois ao passo que esta se modificava, surgiam novos conflitos de interesses e conseqüentemente, o Direito se modificava para acompanhar esse processo, criando novas normas para então garantir a solução dos conflitos que surgiam tendo em vista que se assim não o fizesse, se tornaria ineficaz. Neste sentido Gischkow (apud DIAS, 2009, p. 29)²⁸ defende que: “o regramento jurídico da família não pode insistir, em pernicioso teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações culturais e científicas, petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, ou sofrerá o mal da ineficácia”.

Na medida em que vão surgindo novos problemas dentro da sociedade, o Direito vai criando normas para se adequar e solucionar tais problemas. Desta forma ele procura evoluir de acordo com as necessidades da sociedade. Pode-se observar que ao longo dos anos ele foi se modificando. Em um primeiro momento, a família era regulamentada pelo Direito Romano, onde a família se organizava em torno da figura masculina, onde reinava o

²⁶ Anderson Eugênio Oliveira. Artigo: Análise crítica ao reconhecimento dos efeitos jurídicos das relações extraconjugais no âmbito do Poder Judiciário. Publicado em: 12/2010. Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18966>>. Acesso em: 2 set. 2011.

²⁷ Maria Berenice Dias. Manual de Direito de Família. Ed. Saraiva, 2011. 25

²⁸ Maria Berenice Dias. Manual de Direito de Família. Ed. Saraiva, 2011.29

autoritarismo e a falta de direitos para os demais componentes da família, principalmente no que no que diz respeito aos filhos e a mulher²⁹.

Em seguida, com a queda do Direito Romano e com a igreja no poder, o Direito de Família passou a ser regulado pelo Direito Canônico, que era constituído por normas imperativas, inspiradas na vontade de Deus ou na vontade do monarca³⁰, no qual a única forma de família aceita era a constituída através do casamento religioso que era comandado e ordenado pelo marido, e a mulher passa a cuidar da casa e da educação dos filhos, sendo este indissolúvel e suas regras rigorosas, ditadas pela igreja (Idem).

A igreja deu ênfase ao casamento religioso por ser uma forma de continuar o culto religioso, por isso este não se baseava no afeto, era apenas um dogma da religião doméstica³¹. A esse respeito, Coulanges (*apud* VENOSA 2011, p.05) afirma:

O casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objeto principal não estava na união de dois seres naturalmente simpatizantes um com o outro e querendo associarem para a felicidade e para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para ser continuador desse culto.

A partir do final do século XVIII, com a Revolução Industrial, a família baseada no cristianismo cedeu lugar à família moderna, na qual a mulher começou a ingressar no mercado de trabalho e no século XIX “a família a voltar-se à afeição, deixando de ser uma instituição voltada a manter os bens e a honra” (DILL, 2011. p.01) onde os modelos de família baseados no autoritarismo e no casamento cedem lugar à família fundada nos laços do afeto³². Mas o casamento não deixou de ser a única forma de constituir família.

²⁹Michele Amaral Dill e Thanabi Bellenzier Caderan. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 85, 01/02/2011 Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019. Acesso em 28/06/2011.

³⁰Silvio de Salvo Venosa. *Direito de família*. Ed. Saraiva, 2011.09.

³¹Silvio de Salvo Venosa. *Direito de família*. Ed. Saraiva, 2011. 04

³²Michele Amaral Dill e Thanabi Bellenzier Caderan. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 85, 01/02/2011 Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019. Acesso em 28/06/2011.

Com o passar dos anos, em decorrência das inúmeras transformações que ocorreram dentro da estrutura familiar, houve a necessidade de criar normas específicas que regulassem as relações oriundas do casamento. Surge então, em 1916, o primeiro Código Civil, que não trouxe muitas modificações, visto que esse regulava somente as famílias constituídas unicamente pelo casamento, além de impedir a dissolução desse. Fazia, também, distinção entre seus membros e tratava de forma discriminatória pessoas unidas sem casamento e os filhos havidos dessas relações.³³

A mulher foi ganhando mais espaço e garantindo cada vez mais seus direitos dentro da sociedade, forçando cada vez mais novas mudanças legislativas. Em 1962, a mulher conseguiu uma das maiores renovações dentro da família, o estatuto da mulher casada (Lei 4121/62), o qual outorgava plena capacidade à mulher casada e direitos nos bens adquiridos com seu trabalho. (Idem) A mulher casada passa, então, do estado de submissão ao homem para colaboradora deste, onde esta passa a ter mais direitos, tanto quanto aos filhos, como no que diz respeito à administração dos bens, profissão, autossustentação, entre outros³⁴.

Mas adiante, em 1977, o casamento deixa de ser uma união indissolúvel com a instituição da Lei do Divórcio (EC 9/77 e Lei 6515/77). A esse respeito, Dias (2011, p.30) leciona: “a instituição do divórcio acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia da família como instituição sacralizada”.

Para o autor Gomes (2007, p. 05) a lei do divórcio não resolveu o problema que as famílias enfrentavam na época, por ser um processo longo e complicado:

Mesmo com a promulgação da Lei do Divórcio em 1977 (Lei 6.515/77 e EC 9/77), como a família ainda lograva de uma visão matrimonial, o desquite se transformou em separação, passando então a vigorar duas formas de romper os vínculos sagrados: o divórcio e a separação. Na tentativa de manter a família unida, (“não separe o homem o que Deus uniu”), eram exigidos longos prazos, ou ainda a identificação de um culpado pela separação, dessa forma, ‘a vítima’ poderia intentar uma ação no processo de separação. O identificado como culpado pela destituição do casamento perdia direito a alimentos e era retirado o sobrenome do cônjuge. Também era sujeito a tais penalidades, aquele que tomava a iniciativa de romper o vínculo matrimonial sem atribuir responsabilidades.

³³Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p. 30

³⁴Maria Helena Diniz. Curso de direito Civil Brasileiro. Ed. Saraiva, 2011, p.34.

Após modificações, tanto sociais, quanto jurídicas, veio em 1988 com o advento da Constituição Federal, a maior de todas, pois em um único dispositivo acabou com anos e anos de hipocrisia e discriminação.³⁵ Determinou direitos iguais para homem e mulher, modificou o conceito de família, concedeu direitos iguais a todos os membros, passou a dar proteção à família constituída sem o casamento, tais como união estável e comunidade formada por qualquer de seus descendentes, conhecida como família monoparental, estabeleceu direitos iguais aos filhos ávidos fora do casamento ou por adoção (Idem). Enfim, revolucionou o conceito de família em que se baseava o código civil de 1916.

A esse respeito, Dias (2009, p. 31) afirma:

Instaurou a igualdade entre homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção a família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não serem recepcionadas pelo novo sistema jurídico.

Observemos, então, o que dispõe o art. 226 da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º inciso I e artigo 226 § 3º, 4º e 5º³⁶:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

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

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

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

³⁵ Zeno Veloso apud Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p.30

³⁶ Constituição Federal, 1988.

Após tantas alterações, tanto no conceito como na estrutura familiar, trazidos pela Constituição Federal de 1988, houve a necessidade de se criar novos mecanismos para se adequar aquela realidade, pois o Código Civil de 1916 ficou ultrapassado, de certa forma perdeu seu valor, porque seu texto não conferia com a Constituição, começa, então, a criação de um novo Código Civil.

Somente 14 anos após a publicação da Constituição Federal, em 11 de janeiro de 2003, foi que entrou em vigor o novo Código Civil. Este, porém, não era tão novo assim, pois seu projeto original era datado de 1975, antes mesmo da Lei do Divórcio e da própria Constituição Federal e por estar em completo descompasso com o ordenamento jurídico sofreu modificações profundas para se adequar à nova realidade trazida pela Constituição. Foram feitas inúmeras emendas e bombardeios por todos os lados, mas mesmo assim não conseguiu se adequar com clareza a nova realidade social³⁷.

A esse respeito, Gomes (2007, p.01) leciona: “O Código Civil que muitos doutrinadores chamam de novo já nasceu ultrapassado”:

O projeto original, contudo datava de 1975, sendo portanto anterior a Lei do Divórcio e a própria Constituição. Como estava em completo descompasso com o ordenamento jurídico, sofreu inúmeras alterações e emendas. Assim o nosso Código de 2002, já nasceu velho, porém procurou sempre se adequar e atualizar, sobretudo os aspectos pertinentes a família, e suas alterações sofridas no século XX.

Mas o legislador procurou sempre satisfazer às necessidades das sociedades através de emendas e leis complementares; procurou sempre se adequar à realidade do mundo, mas como este está sempre em profundas modificações, e como o Direito de Família é um ramo muito complexo do Direito, já que trata da célula base da sociedade³⁸; por isso necessita de um estudo mais aprofundado, mais intenso, para então propor uma modificação, pois, em se tratando de direitos inerentes à família, não se permite dúvidas ou erros, porque está em discussão o direito de todos, conseqüentemente da sociedade em geral.

³⁷ Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p.31

³⁸ Constituição Federal, artigo, 226.

Para Dias (2011, p. 31)

[...] é imprescindível que os lidadores do direito busquem aperfeiçoá-lo: proponham emendas retificativas, realizem quem sabe até verdadeiras cirurgias plásticas, para que adquira o viço que a sociedade merece. Mas mudar é preciso. Preferir que as coisas ficassem como está – postura tipicamente humana, pelo medo do novo – é mais fácil. De outro lado, criticar sem nada acrescentar é atitude estéril que em nada contribui para que algo seja melhorado.

Nesse mesmo entendimento, o doutrinador Gischkow (apud DIAS 2009, p. 29) adverte que se o legislador não acompanhar as modificações culturais e científicas que ocorrem dentro da sociedade, sofrerá do mal da ineficácia.

O Código Civil de 2002 trouxe uma nova visão de família, um novo conceito, o reconhecimento de novas entidades, tais como: família monoparental, união estável, os vínculos de parentesco, relações entre pais e filhos e igualdade de direitos aos filhos havidos fora do casamento, celebração e dissolução do casamento, a plena capacidade da mulher casada, enfim, teve por base as alterações trazidas pela Constituição Federal de 1988.

O Direito de Família passa a ter uma nova cara. Diniz (2011, p.17) traz uma definição de seu conceito.

Constitui o Direito de Família o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas do matrimônio, a dissolução deste, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.

Nesse mesmo entendimento, Gomes (2007, p.07) leciona:

O legislador constituinte alargou o conceito de família baseando-se na nova realidade social, e concedeu juridicidade às relações existentes fora do casamento. Afastou a ideia de família com pressupostos do casamento, identificando como família também as relações estáveis entre um homem e uma mulher. A convivência com diversas esferas familiares permite

reconhecer que houve a necessidade de reestruturar o conceito de família, tida agora como um meio, uma entidade de proteção aos seus membros.

No entendimento de Venosa (2011, p. 09), o legislador deveria ter alargado ainda mais o conceito do novo Código Civil, pois este não menciona as uniões sem casamento que representa grande parte da sociedade. “Faltou ao mestre, na época, referir-se as uniões sem casamento que o imitam e representam um vasto campo jurídico e sociológico”.

O novo Código Civil, apesar de ter conservado a estrutura do código anterior, procurou atualizar os aspectos essenciais do Direito de Família, tendo em vista que incorporou boa parte das mudanças legislativas que ocorreram, pois corrigiu alguns equívocos e incorporou orientações pacificadas pela jurisprudência; tais como não determinar compulsoriamente a exclusão do sobrenome do marido, assegurou direito a alimentos, mesmo ao culpado pela separação, mas deixou de promover alguns avanços que eram necessários, tais como: a guarda compartilhada, que só veio algum tempo depois, a filiação socioafetiva e as uniões homoafetivas³⁹.

A tarefa do legislador é sempre árdua, pois os novos temas que surgem no decorrer dos avanços sociológicos, políticos, religiosos, econômicos e principalmente científicos desafiam o legislador, pois a ciência evolui com muita rapidez se comparada ao passado onde as alterações eram quase exclusivamente sociológicas. Hoje o legislador tem que lidar com esses avanços trazidos pela ciência, tais como inseminações e fertilizações artificiais, os úteros de aluguel, as cirurgias de mudança de sexo, os relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo, a clonagem de células e de pessoas, entre outros⁴⁰; dificultando cada vez mais seu trabalho, pois este deve trazer soluções para os novos acontecimentos sem prejudicar os interesses das classes familiares já existentes.

As mais recentes modificações trazidas pelo legislador são com relação ao divórcio e às uniões de pessoas do mesmo sexo. O divórcio que antes era um processo lento onde era necessário a separação judicial prévia por mais de um ano ou a exigência de separação fática

³⁹ Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p.32

⁴⁰ Sílvio de Salvo Venosa. Direito de Família. Ed. Saraiva, 2011, p. 15

por mais de dois anos⁴¹ para a concessão deste, passa a ser feita de uma só vez, onde, por exemplo, o casal pode contrair matrimônio hoje e se divorciar amanhã sem nenhum problema. Essa alteração foi trazida pela Emenda Constitucional nº 66 de 2010, vejamos parte de sua redação: “§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”(NR)

As uniões entre pessoas do mesmo sexo, que antes não possuíam regulamentação, hoje por decisão unânime do STF, proferida no dia 5 de maio de 2011, possuem os mesmos direitos estabelecidos para união estável de casais heterossexuais. Segundo os ministros que votaram a favor do reconhecimento dessa modalidade de união, essas relações devem ser reconhecidas pelo fato de sempre terem existido e que irão continuar existindo, observando que se a sociedade evolui, o direito, conseqüentemente deve evoluir, e essas pessoas estão em busca de uma estrutura para construir um projeto de vida⁴².

A esse respeito, o Ministro Joaquim Barbosa fundamentou,⁴³ argumentando o seguinte:

Estamos aqui diante de uma situação de descompasso em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas mudanças sociais. Essas uniões sempre existiram e sempre existirão. O que muda é a forma como as sociedades as enxergam e vão enxergar em cada parte do mundo.

Nesse mesmo sentido, arguiu o Ministro Ricardo Lewandowski

Entendo que uniões de pessoas do mesmo sexo, que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, devem ser reconhecidas pelo Direito, pois dos fatos nasce o Direito. “Creio que se está diante de outra unidade familiar distinta das que caracterizam uniões estáveis heterossexuais”.

O Direito de Família ainda tem muito que fazer, para satisfazer as necessidades da sociedade, pois a cada dia surgem fatos novos, trazidos pelas grandes mudanças e inovações,

⁴¹ Mariana Pretel e Pretel. Comentários acerca da Emenda Constitucional nº 66. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17062/comentarios-acerca-da-emenda-constitucional-no-66>

⁴² Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/maioria-dos-ministros-do-stf-reconhece-uniao-homossexual.htm.l>

⁴³ Ministro Joaquim Barbosa. Acesso em: 28\11\11. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/maioria-dos-ministros-do-stf-reconhece-uniao-homossexual.html>

provocados pela inversão de valores, pela liberdade de sexo, pela modificações dos padrões de conduta social, entre outros, fatos que precisam de regulamentação, tendo o legislador que buscar soluções adequadas. Nesse sentido leciona a doutrinadora Diniz (2001 p. 32)

Com o novo milênio surge esperança de encontrar soluções adequadas aos problemas surgidos na seara do direito de família, marcados por grandes mudanças e inovações, provocados pela perigosa inversão de valores, pela liberdade sexual; pela conquista do poder (empowerment) pela mulher, assumindo papel decisivo em vários setores sociais, escolhendo seu próprio caminho; pela proteção aos conviventes; pela alteração dos padrões de conduta social; pela desbiologização da paternidade; pela rápida desvinculação dos filhos do poder familiar, etc. Tais alterações foram acolhidas, de modo a atender à preservação da coesão familiar e dos valores culturais, acompanhando a evolução dos costumes, dando-se à família moderna um tratamento legal mais consentâneo à realidade social, atendendo-se as necessidades da prole e de diálogo entre os cônjuges ou companheiro.

Neste capítulo foi estudada a colaboração do Direito para o surgimento de novos arranjos familiares, trazida por sua evolução junto com as transformações, e as necessidades trazidas pela sociedade ao meio jurídico. No próximo capítulo será analisado quais os direitos que essas novas estruturas, agora reconhecidas pelo Direito de Família, possuem.

3- ANSEIOS DOS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES

Mesmo após tantas mudanças e necessidades dentro da sociedade e, principalmente dentro da estrutura familiar, o Direito ainda deixa muito a desejar com relação às novas estruturas familiares, tendo em vista que “é função primordial do Direito acompanhar as evoluções sociais e, em favor delas, afastar o preconceito e criar leis compatíveis com os reais anseios da sociedade”⁴⁴, pois “essas estruturas familiares, mesmo rejeitadas pela lei acabaram sendo aceitas pela sociedade”⁴⁵.

Observa-se, no entanto, que a família há muito deixou de ser composta somente por pai e mãe. Existem, hoje, em nossa realidade, mães ou pais criando sozinhos seus filhos, ou famílias com dois pais e uma mãe, duas mães e um pai, tios e sobrinhos, avós e netos e até mesmo amigos que se cuidam mutuamente, famílias que muitas vezes são melhores que as consanguíneas⁴⁶.

Desse modo, a família é um lugar idealizado onde o indivíduo se encontra, junto de seus membros para realizar seus sonhos e principalmente realizar seu projeto pessoal de felicidade⁴⁷, por isso é consagrada pela Constituição Federal como a base da sociedade e merece total proteção do Estado;⁴⁸ e partindo dessa afirmativa, para se ter uma sociedade sadia é necessário se construir uma boa base. Esta garante também, igualdade de direitos a todos, sem distinção de raça, cor ou sexo, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁹. Então cabe ao legislador fazer valer, colocar em prática tais direitos.

Rios *apud* Dias (2011, p. 198) Manual de Direito de Família, assevera: “ventilar a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano”. Porquanto, esse entendimento deixa

⁴⁴Heloísa Helena de Farias Rosa. Família homoafetiva: novas formas de família e o olhar do judiciário. 2009 p.02 acesso em: 14/10/2011. Disponível em:

⁴⁵ Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011,p.47.

⁴⁶ Heloísa Helena de Farias Rosa. Família homoafetiva: novas formas de família e o olhar do judiciário. 2009, p. 02. Acesso em: 14/10/2011. Disponível em:

⁴⁷Débora Consome Gouveia. A autoridade parental nas famílias reconstituídas. 2010, p.32 acesso em: 14/10/2011. Disponível em:

<http://www5.usp.br/?s=%20A%20autoridade%20parental%20nas%20fam%EDlias%20reconstitu%EDdas&busca=g>

⁴⁸ Constituição Federal de 1988, artigo 226

⁴⁹ Constituição Federal de 1988, artigo 1º III

entrever que não se pode excluir um indivíduo da tutela jurisdicional familiar somente por causa de sua condição homoafetiva, por exemplo, pois “a constitucionalização da família implica assegurar a proteção ao indivíduo em suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual⁵⁰”

Nesse mesmo sentido, defende Barroso *apud* Nunes (2006, p.03) o seguinte:

O Direito Constitucional deve ser a janela pela qual se olha para o mundo. O Direito Constitucional passou a ser, não apenas um modo de olhar e pensar o Direito, mas também um modo de desejar o mundo: fundado na dignidade da pessoa humana, na centralidade dos direitos fundamentais, na busca por justiça material e na tolerância, no respeito ao próximo, assim o igual como o diferente.

Além dos princípios fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988, assegurando direitos e garantias legais a todos os cidadãos sem qualquer distinção, ela estabelece que a família passa a ser reconhecida não somente pelo casamento, mas sim pelo afeto, ou seja, um agrupamento ligadas pelo afeto, que se mutuamente se ajuda. Trata-se assim de pessoas que caminham com propósitos afins. Assim afirma Pereira *apud* Nunes (2006, p. 10):

Para que haja uma entidade familiar, é necessário um afeto especial ou, mais precisamente, um afeto familiar, que pode ser conjugal ou parental. Esse elemento, ou melhor, essa noção de família sustentada pelo afeto, deve conter, em seu núcleo, uma estrutura psíquica.

Apreende-se, assim, que os novos arranjos, há muito vêm sofrendo com essa falta de regulamentação e sempre buscaram, através de movimentos, como o caso do homossexualismo, fazer valer os princípios da liberdade, igualdade, democracia, dignidade da pessoa humana abordados pela Constituição Federal de 1988. É o caso da ABGLT - Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais - que há mais de 15 anos, é uma organização que se formou para lutar pela promoção da livre orientação sexual, pela liberdade, justiça social, democracia, pluralidade e diversidade de gêneros; e o Grupo Gay da

⁵⁰ Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p. 198.

Bahia, que, fundado em 1980, é a mais antiga associação que pretende defender os direitos dos homossexuais nas relações familiares⁵¹.

A Constituição Federal⁵² assegura que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Pois bem, se não há exclusão expressa das uniões homoafetivas significa que essa modalidade de relação familiar não é proibida, pois “tudo o que não está explicitamente proibido, está implicitamente permitido⁵³”. Diante disso, pode-se observar que a falta de regulamentação é puro preconceito do legislador.

Compreende-se, nessa esteira, que o juiz, diante de um litígio não pode se omitir em face da ausência de lei, pois em havendo lacunas, o julgador deverá decidir o caso, fazendo uso da analogia, costumes e princípios gerais do direito, ou seja, o magistrado não pode se eximir ou deixar de dar solução ao litígio submetido ao seu conhecimento⁵⁴.

Observa-se também que, mesmo sem regulamentação e sem tutela jurisdicional, esses novos arranjos formados ao longo da evolução social, possuem seus direitos, e nesse prisma, necessitam e buscam regulamentação. Aliás, na formação de famílias, mesmo que diferentes daquelas constituídas pelo matrimônio, - que se institui a partir da união de um homem e uma mulher com o intuito de gerar filhos - onde existem indivíduos que trabalham juntos para aquisição do patrimônio, prestam mútua assistência, compartilham a mesma casa, a mesma comida, as mesmas dificuldades; enfim, dividem a vida uns com os outros e a justiça rejeita a prestação jurisdicional alegando que não há uma regra jurídica, confundindo carência de legislação com inexistência de direitos⁵⁵.

Segundo Dias, (2011, p.219) “a convivência familiar enseja o entrelaçamento não só de vidas, mas também de patrimônios”. Observa-se então que as relações patrimoniais resultam da vida em comum⁵⁶. Partindo dessa afirmativa, de que o patrimônio é resultado da vida em comum, como ficaria a questão dos bens adquiridos em uma união homoafetiva, por ocasião da morte de um dos integrantes da relação; ou mesmo por separação, tendo em vista

⁵¹ Homossexuais e assexuados- a organização, as dificuldades e a festa. Acesso: 14/10/2011, disponível em: <http://www5.usp.br/?s=fam%EDlia%20homoafetiva&busca=g>

⁵² Constituição Federal de 1988, artigo 5º, II.

⁵³ Heloísa Helena de Farias Rosa. Família homoafetiva: novas formas de família e o olhar do judiciário. 2009, p.03. Acesso: 14/10/2011, disponível em: <http://www5.usp.br/?s=fam%EDlia%20homoafetiva&busca=g>

⁵⁴ Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p.202

⁵⁵ Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p.202

⁵⁶ Sílvio Salvo de Venosa. Direito de Família. 2011, p. 323.

que os bens pertencem a ambos e se tais bens forem distribuídos aos parentes, seria hipótese de enriquecimento ilícito vedado legalmente. Como ficaria, então, a partilha de bens? Quem teria o direito sucessório? E o direito real de habitação? E se não existir parentes, pra quem iria o acervo patrimonial? As respostas levam a um denominador comum, pois conforme decidido recentemente pelo STF, tal união em nada se difere da união estável, apesar de a Constituição Federal de 1988, haver instituído apenas a união entre homem e mulher⁵⁷.

A esse respeito, Dias (2011, p.47) defende que: “não há como cancelar o enriquecimento injustificado e deferir, por exemplo, no caso da morte do parceiro, a herança aos familiares, em detrimento de quem dedicou a vida ao companheiro, ajudou a amealhar patrimônio e se vê sozinho e sem nada”.

Há que se destacar, também aspectos da questão previdenciária, tendo em vista que pessoas conviventes em relações parentais diferentes da tradicional ou com vida em comum, para quem iria a pensão? Para os descendentes? E se não os tiverem, para os ascendentes? Como fica a ordem hereditária desse arranjo familiar? E se houver a dependência econômica entre estas pessoas? O sobrevivente não terá direito a pensão?

Em situação igualitária, está a família anaparental, que se baseia na “convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com entidade de propósito⁵⁸”, onde, por exemplo, duas irmãs, duas amigas, conjugam esforços para a formação de um acervo patrimonial. As mesmas perguntas acima podem ser repetidas, ou seja, dentre outras, para quem vai o acervo dos bens? Seria justo dividir o patrimônio construído unicamente pelas duas com os demais irmãos, seguindo a ordem de vocação hereditária, tendo em vista que estes nada fizeram para a formação de tal patrimônio.

Disso tudo se vê que os novos arranjos familiares vêm sofrendo com essa inércia do legislador. A família monoparental, a qual se baseia na comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes⁵⁹, oriunda de diversos fatores que passam pela viuvez, pela separação e divórcio, pela liberdade procriativa, adoção por solteiros, inseminação artificial;⁶⁰

⁵⁷ Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p.47

⁵⁸ Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, p.48.

⁵⁹ Constituição Federal de 1988. Artigo 226 § 4º.

⁶⁰ Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. Novas modalidades de família na pós-modernidade. 2010, p.16. Acesso: 14/10/2011, disponível em: <http://www5.usp.br/?s=família%20monoparental&busca=g>

necessitam de especial atenção, pois na maioria das vezes, essa modalidade de família é sustentada só pela mulher e esta, quase sempre, é remunerada com um salário inferior ao do homem em decorrência da discriminação no mercado de trabalho; o que faz com que as mulheres enfrentem necessidades com seus filhos e aceitem essa discriminação por falta de opção⁶¹.

Nesse mesmo entendimento, Santos⁶² defende que:

Sem a presença do cônjuge, as mulheres devem fazer face à desigualdade de sexo no mercado de trabalho e na sociedade em geral, enfrentando sozinha a conciliação entre trabalho e família. A ausência do homem influencia igualmente as subjetividades das mulheres de acordo com o meio sociocultural ao meio ao qual pertencem, cada qual lidando diferentemente com o sentimento de insegurança ou de inferioridade por não se encaixarem à norma social que exige uma família biparental.

Pode se afirmar então que a família monoparental merece maior atenção do Estado por ser esta formada, na maioria das vezes, pela mulher, pois quando ocorre o fim da união entre o casal quase sempre a mulher fica responsável pela criação da prole. Nesse sentido, afirma Nunes⁶³, que:

É dever do Estado propiciar instrumento de proteção à mulher separada e divorciada com filhos, pois é essa que continua principal responsável pela prole ao fim da vida em comum do casal, devendo ser dada atenção, igualmente, ao aumento do número de famílias monoparentais, que pela própria estrutura, demanda maior assistência governamental.

Outra vertente relevante é inferir como fica a educação e a segurança das crianças que vivem dentro dessas estruturas, chefiada na maioria das vezes por mulheres. Como são formadas essas crianças, quanto aos quesitos saúde, educação, formação social e psicológica. Essas famílias possuem uma estrutura capaz de lidar com as dificuldades que encontram, com

⁶¹ Maria Berenice Dias . Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p. 212

⁶²Yumi Garcia dos Santos. Mulheres chefes de família entre a autonomia e a dependência: um estudo comparativo entre Brasil, França e Japão. 2008, p. 12. Acesso: 14/10/2011, disponível em: <http://www5.usp.br/?s=familia%20monoparental&busca=g>

⁶³ José Carlos Amorim de Vilhena Nunes. Novos vínculos jurídicos nas relações de família. 2009, p.09. Acesso: 14/10/2011, disponível em: <http://www5.usp.br/?s=familia%20monoparental&busca=g>

o preconceito, observando que essas crianças ficam boa parte do tempo sozinhas, visto que a mãe ou o pai saem para trabalhar e prover o sustento da família. Existiria alguma proteção a essas famílias?

O que se poderia falar também das famílias recompostas ou pluriparental, que são formadas por pessoas que vêm de outras uniões e muitas vezes trazem filhos concebidos nessas uniões anteriores e passam a ter também filhos em comum. Como assevera Dias (2011, p. 49) passam a existir “os meus, os teus, os nossos....”

E as uniões concubinárias impuras ou poligâmicas geram efeitos jurídicos? E com relação à herança e assistência, o cúmplice do cônjuge adúltero tem algum direito e aquele pode fazer doações ou transferir algum bem ao seu cúmplice? O direito a alimentos é um dever recíproco de socorro, no concubinato existe essa obrigação, enfim, há algum direito estabelecido para essas uniões?

Por mais que o direito tenha evoluído para acompanhar as mudanças ocorridas dentro das estruturas familiares, muito ainda deve ser feito, pois se verifica que existem muitas lacunas a exigir respostas ou soluções legais. Mas a Constituição Federal de 1988 traz os princípios norteadores do Direito, os princípios fundamentais. Princípios que garantem a todos igualdade, dignidade e liberdade. Desse modo, fica ao encargo da doutrina e da jurisprudência, estabelecer respostas a esses problemas e fixar para esses novos arranjos a usufruição de direitos equivalentes àqueles das famílias tradicionais.

No próximo capítulo se busca analisar então, como está a situação jurídica desses novos arranjos familiares surgidos a partir da evolução social, tecnológica, científica e cultural, além de se levantar se existem respostas do judiciário e da doutrina para as indagações emergidas a partir deste capítulo. Ainda, se buscará demonstrar quais direitos são conferidos a esses novos arranjos.

4. AVANÇOS JURÍDICOS DOS MÚLTIPLOS ARRANJOS FAMILIARES.

No decorrer desse estudo acerca dos novos arranjos familiares, surgidos ao longo dos anos, nota-se que muito avançou e muito inda se tem a fazer com relação aos direitos desses grupos. Depois de muitas lutas, os resultados favoráveis foram alcançados, através de movimentos, campanhas contra discriminação e tentando alcançar igualdade, dignidade, liberdade de sexo, de expressão, princípios que estão elencados na Constituição Federal de 1988, mas que não são devidamente regulados cumpridos pelo legislador, prevalece a omissão quanto à regulamentação a esses novos arranjos, deixando-os sem o devido respaldo legal; o que leva a contradições a tais princípios por puro preconceito e medo da reprovação de seu eleitorado⁶⁴.

Mas mesmo enfrentando muitos preconceitos e dificuldades esses novos arranjos, realidade vivenciada pela sociedade, necessitam de proteção jurídica. Vejamos a seguir, os direitos que esses grupos alcançaram ao longo de muito suor e luta, e que ainda não possuem completa e necessária regulamentação.

4.1. Uniões homoafetivas

As uniões homoafetivas vêm conquistando espaço na doutrina e encontrando reconhecimento no âmbito do judiciário. Assim, a magistratura brasileira vem, apesar de muita resistência, reconhecendo uniões de pessoas do mesmo sexo e fazendo valer seus direitos⁶⁵. Portanto, é rompendo as barreiras do preconceito, numa luta árdua e sem fim, que essas uniões vêm conquistando seus direitos e sendo compreendidos sem interrogações subjetivas acerca da identidade dos parceiros e sim mediante valoração da afetividade existente entre eles⁶⁶.

⁶⁴ Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p. 197.

⁶⁵ Heloisa Helena de Farias Rosa. Família homoafetiva: novas formas de família e o olhar do Judiciário. 2009, p.

⁶⁶ Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p. 197

Uma das primeiras conquistas alcançadas pelas uniões homoafetivas foi o reconhecimento pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), que traz no seu artigo 5º, II e parágrafo único, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar; ao mencionar que no âmbito da família, compreendida como comunidade familiar, indivíduos unidos por laços afetivos ou por vontade expressa⁶⁷ e que o enunciado do referido artigo trata das relações pessoais independentemente da orientação sexual⁶⁸. Vejamos o que prevê tal redação:

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

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Contextualizando essa concepção, assim esclarece Rosa (2009, p.08):

Por certo que com a aplicação da analogia, mesmo com a expressão “para os efeitos dessa lei”, há de forma cristalina o reconhecimento de uma família homoafetiva. Ainda, pelo princípio da igualdade, mesmo que o foco da lei seja a mulher, essa previsão deve ser aplicada para ambos os gêneros.

Nesse mesmo entendimento, Ribeiro (p.01), leciona:

Diante da expressão legal, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma unidade doméstica, não importando o sexo dos parceiros. Assim, quer as uniões formadas por um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta identidade de gênero, todas configuram entidade familiar. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, fato é que ampliou o conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros.

⁶⁷ Lei nº 11.340/2006. Artigo 5º, II

⁶⁸ Lei nº 11.340/2006. Artigo 5º, parágrafo único.

Segundo os ensinamentos dos doutrinadores Farias e Rosenvald (2008, p.55) a Lei Maria da Penha reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar ao taxar como violência doméstica contra a mulher, aquela praticada por outra mulher. Dessa forma, afirma o doutrinador a respeito da citada Lei:

A norma é de clareza solar ao explicitar que as relações pessoais (e, por conseguinte, familiares) das quais podem decorrer violência doméstica, tratadas pela citada norma, independem de orientação sexual. Consagra-se, pois, em sede infraconstitucional, a tese de que as uniões familiares não são, exclusivamente, heteroafetivas.

E ainda, nesse mesmo sentido, afirma Alves (*apud* FARIAS E ROSENVALD): “pela primeira vez foi consagrada no âmbito infraconstitucional, a idéia de que a família não é construída por imposição da lei, mas sim por vontade de seus próprios membros.”

Após esse reconhecimento infraconstitucional, a união homoafetiva passou a ser reconhecida pela Lei complementar nº 1012, de 5 de julho de 2007, que trata dos dependentes do servidor para fins do recebimento da pensão, o que contempla direitos àquelas pessoas do mesmo sexo que convivem em união familiar. É o que dispõe o artigo 147, II: “Artigo 147 - São dependentes do servidor, para fins de recebimento de pensão”: II - “o companheiro ou a companheira, na constância da união homoafetiva.”

Observe-se que, os casais que vivem em união homoafetiva, se houver dependência, a falta de um não deixará o outro desamparado, pois atualmente, existe proteção previdenciária a essas pessoas, especialmente no caso de falecimento do convivente, sendo melhorada essa proteção, caso o falecido seja agente público.⁶⁹

Nesse sentido é o seguinte pensamento de Dias (2011, p. 206):

A pensão por morte ao companheiro de relacionamento homoafetivo também já foi concedida pelo STJ, assim como o direito de ser enquadrado no rol dos dependentes preferenciais do segurado, no regime geral, e dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas.

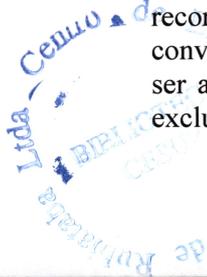
⁶⁹ Lei complementar nº 1012/07 artigo 144.

Confirma esse contexto, várias decisões jurisprudenciais no sentido de conceder ao companheiro de união homoafetiva do servidor público, quando restar comprovada a sua dependência financeira, uma pensão, é o que sugere a jurisprudência do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PÚBLICA. IPERGS. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRO. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE.

O companheiro de segurado falecido tem direito à pensão. Inteligência do julgamento de procedência da ADI 4277 e da ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de dar interpretação conforme a constituição ao art. 1.723 do Código Civil, reconhecendo a proteção jurídica da união estável entre pessoas do mesmo sexo *observadas as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.* (Apelação Cível Nº 70043762699, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 18/08/2011)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA. 1 - A teor do disposto no art. 127 da Constituição Federal, "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis." In casu, ocorre reivindicação de pessoa, em prol de tratamento igualitário quanto a direitos fundamentais, o que induz à legitimidade do Ministério Público, para intervir no processo, como o fez.¹²⁷Constituição Federal² - No tocante à violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez admitida a intervenção ministerial, quadra assinalar que o acórdão embargado não possui vício algum a ser sanado por meio de embargos de declaração; os embargos interpostos, em verdade, sutilmente se aprestam a rediscutir questões apreciadas no v. acórdão; não cabendo, todavia, redecidir, nessa trilha, quando é da índole do recurso apenas reexprimir, no dizer peculiar de PONTES DE MIRANDA, que a jurisprudência consagra, arredando, sistematicamente, embargos declaratórios, com feição, mesmo dissimulada, de infringentes.⁵³⁵Código de Processo Civil³ - A pensão por morte é : "o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes." (Rocha, Daniel Machado da, Comentários à lei de benefícios da previdência social/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior.lei de benefícios da previdência social⁴. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p.251). 4 - Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal



preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, § 3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o Direito ao caso em análise. 226§ 3º Constituição Federal 226§ 3º 5 - Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva. § 3º 168.2136- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico: "Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º." 7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito. 8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia erga omnes. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento 9 - Recurso Especial não provido Carta Política (395904 RS 2001/0189742-2, Relator: Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Data de Julgamento: 12/12/2005, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 06.02.2006 p. 365RIOBTP vol. 203 p. 138, undefined).

A relação entre casais homossexuais passou a ser reconhecida como entidade familiar, em 05 de maio de 2011, por decisão unânime do STF, ou seja, ganhou status de união estável. Assim os casais homossexuais, que vivem em união pública, contínua e duradoura passam a ter os mesmos direitos estabelecidos em lei, que os casais heterossexuais que vivem em união estável, nos termos do artigo 226 da CF/88.

A decisão foi inovadora e unânime, pois todos os ministros votaram a favor do reconhecimento da união estável para casais homossexuais. Seus votos foram fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana, no fim do preconceito, na liberdade de expressão e na liberdade sexual. Vejamos os principais argumentos.

Estamos aqui diante de uma situação de descompasso em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas mudanças sociais. Essas uniões sempre existiram e sempre existirão. O que muda é a forma como as sociedades as enxergam e vão enxergar em cada parte do mundo⁷⁰.

Aqueles que fazem a opção pela união homoafetiva não podem ser desiguais da maioria. As escolhas pessoais livres e legítimas são plurais na sociedade e assim terão de ser entendidas como válidas. (...) O direito existe para a vida não é a vida que existe para o direito. Contra todas as formas de preconceitos há a Constituição Federal⁷¹.

Entendo que uniões de pessoas do mesmo sexo, que se projetam no tempo e ostentam a marcada da publicidade, devem ser reconhecidas pelo Direito, pois dos fatos nasce o direito. Creio que se está diante de outra unidade familiar distinta das que caracterizam uniões estáveis heterossexuais⁷².

O limbo jurídico inequivocamente contribui para que haja um quadro de maior discriminação, talvez contribua até mesmo para as práticas violentas de que temos notícia. É dever do Estado dar proteção e é dever da Corte Constitucional dar essa proteção se, de alguma forma, ela não foi engendrada ou concedida pelo órgão competente⁷³.

De acordo com Dias (2011, p. 206) “a histórica decisão, proferida por unanimidade, dispõe de eficácia contra todos os efeitos vinculantes, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

A partir dessa decisão, os casais homossexuais, que possuem uma convivência pública, duradoura e contínua, tendo as características de lealdade e com a intenção de se construir família⁷⁴, passam, então a ser reconhecidos como entidade familiar usufruindo dos mesmos direitos estabelecidos em lei, em equivalência com união estável heterossexual, o que compreende uma proteção ampla inerente às seguintes garantias: Pensão alimentícia, Pensões do INSS, Planos de saúde, Políticas públicas, Imposto de Renda, Sucessão, Licença-gala, Adoção (Idem). Porquanto além de ser concedido auxílio por morte, a previdência social concede também auxílio reclusão e a superintendência de seguros privados concede aos

⁷⁰Ministro Joaquim Barbosa. Acesso em: 28\11\11. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/maioria-dos-ministros-do-stf-reconhece-uniao-homossexual.html>

⁷¹Ministra Cármen Lúcia. Acesso em: 28\11\11. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/maioria-dos-ministros-do-stf-reconhece-uniao-homossexual.html>

⁷²Ministro Ricardo Lewandowski. Acesso em: 28\11\11. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/maioria-dos-ministros-do-stf-reconhece-uniao-homossexual.html>

⁷³Ministro Gilmar Mendes. Acesso em: 28\11\11. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/maioria-dos-ministros-do-stf-reconhece-uniao-homossexual.html>

⁷⁴Naiara Leão, Fernanda Simas e Danilo Fariello. Veja os direitos que os homossexuais ganham com a decisão do STF. 2011, p.01. Acesso em: 29\11\11. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/veja+os+direitos+que+os+homossexuais+ganham+com+a+decisao+do+stf/n1300153607263.html>

companheiros do mesmo sexo o benefício do seguro DPVAT⁷⁵. Alguns desses direitos, como previdenciário, adoção e outros, já vinham sendo concedidos porém agora, passam a ter proteção garantida e célere.

Uma das precursoras na proteção desses direitos é Dias (2011, p. 208) que assim preceitua:

A eficácia da nova Lei é imediata, passando as uniões homossexuais a merecer a especial proteção do Estado. Não cabe sequer continuar falando de sociedade de fato, subterfúgio de conotação nitidamente preconceituosa, pois nega o comportamento de natureza sexual e afetiva dos vínculos homossexuais, além de negar vigência à vigência da lei federal.

Desse modo através da decisão proferida pelos ministros do STF, os casais homossexuais passam a ter seus direitos preservados, pois podem recorrer a justiça para que seja reconhecida a união estável entre estes. Ressalta-se no entanto o único direito que não conseguiram foi o casamento civil, pois este exige um registro e muitas vezes aprovação religiosa⁷⁶.

4.2. Famílias Monoparentais

Existem comunidades formadas por um dos genitores e sua eventual prole, em decorrência do crescente índice de famílias assim constituídas⁷⁷ e para garantir a proteção dos direitos humanitários a tais comunidades, a Constituição Federal⁷⁸, a reconheceu como entidade familiar. Essa modalidade de família merece especial proteção do Estado, pois são núcleos formados por pessoas sozinhas que vivem com sua prole⁷⁹ e esses núcleos são formados na maioria das vezes por mulheres que precisam enfrentar o preconceito da

⁷⁵ Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p. 208.

⁷⁶ Os 112 direitos conquistados pelos homossexuais após decisão do STF. Acesso em: 06\12\11. Disponível em: <http://dialogospoliticos.wordpress.com/2011/05/10/os-112-direitos-conquistados-pelos-homossexuais-apos-decisao-do-stf/>

⁷⁷ Ingrid Maria Bertolino Braido. Família monoparental e seus filhos – como o Direito pode agir para dar condição de vida digna a essas crianças. 2006, p.37. Acesso em: 08\12\11. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br/posdireito/Ingrid.pdf>

⁷⁸ Constituição Federal. Artigo 226, § 4º.

⁷⁹ Farias e Rosendal. Direito das famílias 2008, p.49.

sociedade, principalmente no mercado de trabalho, onde recebem salários bem menores do que o homem, para prover o sustento da prole⁸⁰.

As famílias monoparentais geram conseqüências jurídicas, principalmente com relação aos filhos como a guarda, fixação de alimentos, assistência material, proteção do bem de família⁸¹ entre outros, e ainda há a preocupação com relação ao psicológico das crianças, que normalmente fica bastante afetado por ter apenas uma das figuras dos pais.

A guarda, na maioria das vezes fica com a mãe, o que não impede que o poder familiar seja exercido por ambos os pais⁸², pois é dever dos pais assistir, criar e educar os filhos⁸³. A guarda pode ser também exercida de forma compartilhada, sendo esta um pouco mais complicada, pois, como ensina Venosa⁸⁴ “a guarda compartilhada só é possível quando os genitores residem na mesma cidade possui relação de respeito, cordialidade e maturidade”. Não sendo possível a guarda compartilhada o genitor que não a possuir terá o direito de visitas, que será regulamentado pelo juiz, e deverá este, também, colaborar com as despesas referentes à saúde, educação e bem estar da criança.

Cabe, portanto, aos genitores, mesmo que não estejam juntos, cuidar de seus filhos e prover-lhes o sustento mutuamente. Quando o devedor primário dos alimentos não tiver condições de prestá-los, essa responsabilidade passa subsidiariamente para os avós. Esse entendimento já foi reconhecido pela Superior Tribunal de Justiça: “os avós, tendo condições, podem ser chamados a complementar o pensionamento prestado pelo pai que não supre de modo satisfatório a necessidade dos alimentados⁸⁵”.

Mas essa assistência não ocorre em todos os casos. A família monoparental não decorre somente do divórcio, no qual fica evidente a obrigação de prestar assistência. Essa modalidade de família decorre também de viuvez, inseminação artificial, adoção por pessoas solteiras e mães solteiras, casos em que ficam sozinhas e cuidam dos filhos sem receber nenhuma assistência.

⁸⁰ Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p. 212.

⁸¹ Farias e Rosendal. Direito das Famílias 2008, p.50.

⁸² Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p. 213.

⁸³ Constituição Federal, artigo 229

⁸⁴ Silvio Salvo Venosa. Curso de Direito de Família, 2011, p. 186.

⁸⁵ Farias e Rosendal. Direito das famílias 2008, p. 51.

Em muitos desses casos a própria lei colabora para o surgimento das famílias monoparentais, pois esta permite que uma pessoa possa adotar, independente do seu estado civil⁸⁶, permite, também, que seja utilizado o esperma do marido pré-morto⁸⁷ e até mesmo a reprodução assistida por mulheres solteiras ou casais homossexuais, que no caso ao registrar a criança esta terá somente o nome da mãe, formando uma família monoparental.

Nos casos em que não há assistência por parte do genitor e a mãe arca sozinha com a criação dos filhos, estes se desenvolvem com certa deficiência, pois tanto o pai quanto a mãe são peças fundamentais na criação e no desenvolvimento saudável da criança⁸⁸. É na família que a criança irá adquirir seus primeiros valores. A mãe, nos primeiros meses de vida é a principal responsável pela sobrevivência dos filhos, pois estes são dependentes dela para tudo: alimentação, higiene, carinho e outros cuidados em geral.

Quando a criança atinge os três anos de idade começa a conhecer o mundo exterior e se relacionar com as pessoas: irmãos, escola, vizinhos, babás; enfim, começa a se socializar, e precisa do apoio do pai, principalmente se for menino, pois é nessa idade que começam a diferenciar o feminino do masculino, necessitam de uma figura masculina para se identificar e na maior parte das famílias monoparentais a figura do pai se encontra ausente (idem), ficando as crianças sem esse apoio tendo que se identificar em outra pessoa.

Não é somente na infância que os pais fazem falta na vida dos filhos, pois estes entram na adolescência começam a ver a vida com outros olhos. É nesse momento que se iniciam os conflitos, pois estes enfrentam muitas mudanças e precisam de um apoio emocional e psicológico dos pais para se sentir apoiados e seguros para enfrentar as dificuldades que irão surgir e aos poucos irão se separando de seus pais e para atingir vida individual saudável e segura⁸⁹.

Para que essas crianças, que vivem em famílias monoparentais cresçam com dignidade, é necessário que se busque preservar seus direitos e principalmente o princípio da

⁸⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 42.

⁸⁷ Código Civil, artigo 1597.

⁸⁸ Ingrid Maria Bertolino Braidó. Família monoparental e seus filhos – como o direito pode agir para dar condição de vida digna a essas crianças. 2006, p. 52. Acesso em: 08/12/11. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br/posdireito/Ingrid.pdf>

⁸⁹ Maria Bertolino Braidó. Família monoparental e seus filhos – como o Direito pode agir para dar condição de vida digna a essas crianças. 2006, p. 55. Acesso em: 08/12/11. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br/posdireito/Ingrid.pdf>

dignidade da pessoa humana⁹⁰. Muitas vezes as crianças se submetem à exploração do mercado de trabalho, isso porque na maior parte das famílias monoparentais, a mãe é quem provê o sustento e como esta, muitas vezes, vem de um relacionamento anterior desgastante ou de uma gravidez ocorrida por sexo casual⁹¹, conseqüentemente passa por dificuldades para se adaptar à nova vida; e como o mercado de trabalho é escasso e discriminatório com relação à mulher, sendo estigmatizadas e sem proteção estatal, seus filhos acabam se sujeitando a uma situação calamitosa, pois a renda é muito pouca e não terão vida digna e sem o auxílio do Estado para reverter essa situação surgirão crianças marginalizadas e revoltadas⁹². Segundo Braido (2006, p.151) uma vida digna consiste:

[...] em uma vida de respeito à criança e ao adolescente, com seus direitos preservados, fora das ruas, da miséria, da criminalidade, dos maus tratos, da promiscuidade; além disso, entende-se, também, por vida digna, aquela pautada na responsabilidade dos pais para com seus filhos, no carinho, no amor, enfim, uma vida que seja regada pela paternidade responsável, ou seja, pais que dão amor, carinho, sustento, educação, alimentação, saúde, afeto, enfim, tudo o que uma criança necessita para seu saudável desenvolvimento.

Nesse aspecto, prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 18 : “É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

As famílias monoparentais merecem mais atenção do Estado, pois “têm estrutura mais frágil”,⁹³ “em face dos encargos mais pesados que são impostos ao ascendente que cuidará, sozinho, do seu descendente”⁹⁴ e em se tratando de família monoparental chefiada por mulheres, as dificuldades são bem maiores, pois os serviços são bem menos remunerados, o salário é menor em relação ao homem, a taxa de desemprego é maior, existem dificuldades em conciliar trabalho e cuidados com os filhos, o que leva a supor que a renda dos domicílios

⁹⁰ Constituição Federal artigo 1º, III.

⁹¹ Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p. 214

⁹² Maria Bertolino Braido. Família monoparental e seus filhos – como o Direito pode agir para dar condição de vida digna a essas crianças. 2006, p. 154.

⁹³ Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p. 217

⁹⁴ Farias e Rosendal. Direito das famílias 2008, p.52

monoparentais é bem menor com relação aos domicílios que contam com o auxílio masculino⁹⁵.

A esse respeito, leciona Dias, (2011, p.217):

Quem vive sozinho com a prole acaba com encargos redobrados. Além dos cuidados do lar e com os filhos, também necessita buscar meios de prover o sustento da família. Assim, é imperioso que o Estado atenda tais peculiaridades e dispense proteção especial a esses núcleos familiares. É necessário privilegiá-los por meio de políticas públicas, como, por exemplo, dar-lhes preferência ao realizar assentamentos. Também na hora de comprovar rendas para aquisição da casa própria é preciso atentar a peculiaridade de haver somente uma fonte de rendimento.

Pela dificuldade encontrada pela família monoparental de criar sozinho os filhos, deve o Estado buscar meios de privilegiá-los, através de políticas públicas, como concessão de benefícios previdenciários, reconhecimento da proteção do bem de família, deferimento de vantagens para aquisição da casa própria⁹⁶, entre outros; buscando adotar medidas para evitar que essas crianças e adolescentes caiam na marginalidade, pois as medidas não tomadas contribuirão para o aumento da criminalidade entre jovens, bem como para a desumanização desses menores⁹⁷.

4.3. Família anaparental

A família anaparental ou simplesmente parental não encontra respaldo na legislação atual. A convivência entre pessoas parentes ou não parentes geram efeitos jurídicos, pois, durante a convivência por determinados anos, estas conjugam esforços e adquirem um acervo patrimonial. Quando, da falta de uma, a outra fica sem amparo e esse patrimônio é dividido

⁹⁵ Yumi Garcia dos Santos. Mulheres chefe de família entre a autonomia e a dependência: um estudo comparativo entre Brasil, França e Japão. Acesso em: disponível em:

<http://www5.usp.br/fam%EDlia%20homoafetiva&busca=g>

⁹⁶ Farias e Rosenthal. Direito das Famílias 2008, p. 53

⁹⁷ Maria Bertolino Braidó. Família monoparental e seus filhos – como o Direito pode agir para dar condição de vida digna a essas crianças. 2006, p. 154. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br/posdireito/Ingrid.pdf>

com os irmãos ou outros parentes, sendo isso uma injustiça para com quem dedicou a vida para cuidar do outro e contribuiu para o crescimento do patrimônio⁹⁸.

Reconhecer esses núcleos como sociedade de fato, para conceder metade dos bens a parentes parece injusto, pois no caso de irmãos, por exemplo, estes nada fizeram para contribuir com o crescimento daquele patrimônio. O mais certo a fazer, ao que parece, seria conceder à pessoa com quem a falecida convivia, a integralidade do patrimônio, ainda que não haja qualquer conotação de sexualidade. A convivência implica em comunhão dos esforços, cabendo aplicar as disposições que tratam sobre o casamento e a união estável, ou seja, deve se aplicar a analogia, para resolver o caso concreto, pois essas estruturas merecem reconhecimento e proteção constitucional⁹⁹.

4.4. Família recomposta ou reconstituídas.

As famílias reconstituídas são entidades que apresentam uma estrutura mais complexa, pois, essas relações apresentam pessoas que vem de outro relacionamento e conseqüentemente, traz dessas relações filhos e dessa nova união nascem outros filhos¹⁰⁰. Então, se verifica aqui, a dificuldade de lidar com esses novos arranjos, visto que há filhos que são em comum do casal e filhos que pertencem à apenas um deles.

A esse respeito, Farias e Rosenthal¹⁰¹ (2008, p. 62):

São entidades familiares decorrentes de uma recomposição afetiva, nas quais, pelo menos, um dos interessados traz filhos ou mesmo situações jurídicas decorrentes de um relacionamento familiar anterior. É o clássico exemplo das famílias nas quais um dos parceiros é padrasto ou madrasta de filho anteriormente nascido. É também o exemplo da entidade familiar em que um dos participantes presta alimentos ao ex-cônjuge ou ao ex-companheiro.

⁹⁸ Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p.49

⁹⁹ Idem .

¹⁰⁰ Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p.49

¹⁰¹ Farias e Rosenthal. Direito das Famílias , 2008, p. 62

A constituição de um novo vínculo não significa que o vínculo do genitor com seus filhos tenha acabado; pois este continua tendo os mesmos direitos e deveres para com aquela criança. A lei prevê também a possibilidade de adoção pelo companheiro do genitor, que necessitará de uma autorização do pai biológico¹⁰².

Segundo Dias¹⁰³, a adoção por parte do companheiro do genitor recebe o nome de adoção unilateral e esta não irá interferir no vínculo de filiação com relação ao pai ou mãe biológica, pois a criança continuará registrada no nome de seu pai biológico sem registro da condição de adoção do adotante. A criança passará a ter um vínculo complexo, ou seja, haverá duas situações: com os parentes da nova família e um poder familiar exercido por ambos os genitores, estabelecendo-se o parentesco com os parentes de cada um destes. De acordo com decisão jurisprudencial¹⁰⁴ “o alicerce, portanto, do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e a adotando, atualmente composta também por filha comum do casal”.

O artigo 41, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, trata da adoção unilateral. Vejamos sua redação: “Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

A jurisprudência, e também a Lei 11.924/09, concede à criança o direito ter seu sobrenome acrescido com o sobrenome do padrasto ou madrasta. Esse entendimento se dá pelo fato de a criança ter sido criada pelo padrasto desde a tenra idade e querendo por isso se apresentar com o nome usado pela mãe e pelo marido dela¹⁰⁵. Mas isso não irá excluir o poder familiar do genitor¹⁰⁶.

¹⁰² Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p.50

¹⁰³ Idem, p. 489

¹⁰⁴ (REsp 1106637/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/06/2010, DJe 01/07/2010). Acesso em: 06\12\11. Disponível em: http://celitodebona.blogspot.com/2011/02/jurisprudencia-selecionada-familias_16.html

¹⁰⁵ Farias e Rosendal. Direito das Famílias, 2008, p. 63

¹⁰⁶ Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p. 50

A Lei nº 8.112/90- Estatuto dos Servidores Civis da União reconhece o direito do benefício previdenciário aos enteados do servidor público até os vinte e um anos de idade. Observe o que prevê o texto legal:

Art. 217. São beneficiários das pensões:

II - temporária:

- a) Os filhos, ou enteados, até 21 (vinte e um) anos de idade, ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez;

As famílias recompostas são caracterizadas por suas estruturas complexas em decorrência da multiplicidade de vínculos, ambiguidade de funções dos novos casais para com os filhos e a interdependência; onde a administração de interesses que visa o equilíbrio acaba levando à estabilidade das famílias e a lei não se preocupa com elas¹⁰⁷, na qual o acolhimento dessas famílias depende do compromisso de cada jurista em vencer a imagem distorcida e pejorativa de padrasto e madrasta que persiste em meio à sociedade¹⁰⁸.

4.5. Família poligâmica ou concubinária impura

A poligamia não é permitida por nossa legislação atual. O Estado considera a bigamia crime¹⁰⁹ e é também considerado um impedimento para o casamento¹¹⁰; mas não deixa, apesar de ser proibido, de existir e gerar seus efeitos jurídicos, pois dessas relações podem advir filhos, e a lei proíbe qualquer discriminação com relação aos filhos nascidos dessas relações e até os equiparou aos filhos legítimos, banindo do ordenamento jurídico a expressão “filhos ilegítimos”.

Este é o preceito normativo: Artigo 1596. “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

¹⁰⁷ Idem

¹⁰⁸ Farias e Rosendal. Direito das Famílias, 2008, p. 64

¹⁰⁹ Código Penal, artigo, 235

¹¹⁰ Código Civil, artigo 1521,VI

Apesar de essas relações serem reprovadas pela sociedade e pela lei, elas não deixam de existir, pois, não há nenhum meio capaz de coibir a sua prática. A esse respeito, leciona Farias e Rosenthal¹¹¹:

Como existem, não há como simplesmente ignorá-las.... Rejeitar qualquer efeito a esses vínculos é condená-los a invisibilidade, é ensejar o enriquecimento ilícito. O resultado é mais que desastroso, é perverso. Nega-se diviso de patrimônio, nega-se obrigação de alimentar, nega-se direito sucessório.

Sobre esse assunto o Código Civil de 2002 estabelece algumas restrições com relação ao concubinato, tais como: proibição de realizar doação em favor do concubino, e se assim o fizer esta será nula; proibição estipular seguro de vida em favor de concubino; proibição contemplar herança ou legado, em testamento, beneficiando o concubino e impossibilidade de receber alimentos¹¹². Os alimentos só poderão ser reclamados pela prole se assim comprovada a paternidade atribuída ao alimentante¹¹³.

Quando a mulher alega desconhecer a duplicidade de vidas do concubino, esta adquire direitos, pois, deve se reconhecer o vínculo obrigacional e a ser tratando-os como sociedade de fato, privilegiando a boa-fé da mulher que foi enganada¹¹⁴. A esse respeito, leciona Dias¹¹⁵:

A essa amante somente se reconhece direitos se ela alegar que não sabia da infidelidade do parceiro. Para ser amparada pelo Direito precisa valer-se de uma inverdade, pois, se confessa desconfiar ou saber da traição, recebe um solene: bem feito! É condenada por duplicidade, “punida” pelo adultério que não é dela, enquanto o responsável é “absolvido”.

Como se observa em relação ao concubinato poucos direitos são reservados à concubina. Ressalva-se somente o direito dos filhos havidos dessas uniões e se ficar provada a boa-fé da mulher essa deve receber metade dos bens adquiridos na sua constância, através da

¹¹¹ Farias e Rosenthal. Direito das famílias, 2008, p.388

¹¹² Farias e Rosenthal. Direito das famílias, 2008, p. 390

¹¹³ Maria Helena Diniz. Curso de Direito Civil brasileiro, 2011, p. 424

¹¹⁴ Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva, 2011, p. 51

¹¹⁵ Idem

prova de participação efetiva para a aquisição patrimonial¹¹⁶. Se o legislador estabelecesse direitos ao concubino, estaria contrariando o princípio da monogamia elencada no Código Civil¹¹⁷.

Se observa assim ao longo deste capítulo que apesar de a Constituição Federal ter alargado o conceito de família e admitido outras estruturas, não conseguiu abarcar todas, e muitas ainda buscam reconhecimento. Muitos dos direitos inerentes aos novos arranjos familiares estão sem regulamentação, tendo que ser aplicada a analogia na maioria das vezes. Com isso se percebe que os princípios constitucionais acham-se bem estabelecidos, mas não são cumpridos a contento, especialmente no que tange à igualdade, liberdade de escolha sexual, dignidade da pessoa humana, entre outros.

¹¹⁶ Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. Ed. Saraiva 2011, p.54

¹¹⁷ Código Civil artigo, 1521.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família há muito deixou de ser um modelo tradicional na qual se vê a figura do pai, da mãe e dos filhos sem restar lugar para outras figuras que não sejam estas, onde o indivíduo só se encaixaria por nascimento ou adoção. Hoje, a família não se baseia tão somente nos laços sanguíneos, pois sua estrutura comporta pessoas ligadas pela afetividade, como é o caso das famílias anaparentais, homoafetivas, reconstituídas entre outras, estudadas nessa pesquisa.

A estrutura familiar, com o passar dos anos ganhou nova roupagem e não há como se estabelecer um conceito definitivo, pois esta pode ser definida como núcleo formado por pais e filhos que vivem sobre o pátrio poder ou simplesmente como um grupo de pessoas ligadas pela afetividade.

Ao final desta pesquisa conclui-se que a cada época, de acordo com a mudança de valores da sociedade, a família foi se modificando não conseguindo o legislador brasileiro acompanhar essa evolução, pois se nota que é um processo célere e contínuo; e o Direito deve agir após o surgimento de um conflito, ou seja, no momento em que vão aparecendo novos conflitos de interesses, é necessário que este estabeleça um mecanismo que possa resolver tal conflito. Portanto, em se partindo da idéia de que o direito age após surgir um conflito, e como os conflitos surgem de forma muito rápida, em decorrência das transformações sofridas pela sociedade, este não consegue acompanhar e resolver todos os conflitos com a mesma celeridade.

Ao analisar os novos arranjos familiares surgidos com o avanço do Direito Civil constitucionalizado, se conclui que as novas combinações não proporcionam os mesmos direitos e garantias legais que as famílias tradicionais; pois, apesar de serem aceitas e vivenciadas pela sociedade, o judiciário ainda não regulamentou esses novos arranjos para que gozem os mesmos direitos e as mesmas garantias legais que são estabelecidas para as famílias tradicionais, tendo em vista que a concessão de direitos a esses arranjos não irá prejudicar em nada os interesses das famílias tradicionais ou da sociedade em geral.

Mas se nota que existe certa resistência ou puro preconceito da legislação em reconhecer esses novos arranjos familiares surgidos com as mudanças sociais, culturais e

religiosas ocorridas dentro da sociedade. Pois, em muitos desses arranjos é notório o descaso do legislador, como é o caso das famílias monoparentais, por exemplo.

A Constituição Federal a reconheceu como entidade familiar, mas pouco adiantou, pois esta não foi inserida no Código Civil, não sendo regulamentada. Seus direitos não se sabem. As crianças que vivem nesses lares não possuem proteção do Estado e se veem desamparadas, pois na maioria dos casos são criados pelas mães, sem o auxílio e assistência dos genitores, tendo esta que enfrentar as dificuldades e a escassez do mercado de trabalho, submetendo-se a baixos salários e à exploração de suas crianças por não terem outra alternativa, pois a renda é muito pouca, estão submetidas às mesmas condições. Sendo que o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura que é dever dos pais, do Estado e da sociedade zelar pela proteção da criança e do adolescente; e a Constituição Federal assegura que todos são iguais perante a lei sem distinção de raça, cor, ou sexo, além de garantir a dignidade da pessoa humana.

As famílias anaparentais também não encontram respaldo na legislação atual, cometendo o legislador injustiça ao determinar que o acervo patrimonial dessas famílias seja dividido com pessoas que nada podem ter feito para sua aquisição, sendo que quem contribuiu e dividiu a vida com aquele fique sem nada. Esta é uma modalidade de família que mesmo sem reconhecimento produz efeitos jurídicos, portanto merece proteção do Estado.

As uniões concubinárias impuras estão na mesma situação, pois se salva somente o direito dos filhos advindos dessas uniões, não possuindo a concubina direito algum sobre o patrimônio de seu companheiro, sendo proibida qualquer forma de doação em nome desta; e na segunda os filhos também são amparados.

Nas famílias reconstituídas os filhos também possuem proteção legal, pois o genitor não perde o direito de assistência e exercício do familiar, podendo ser a criança também adotada pelo padrasto ou madrasta ou somente utilizar o nome deste acrescido ao seu.

Após muitas lutas e batalhas árduas, o arranjo familiar que mais conseguiu respaldo na legislação atual foram as uniões de pessoas do mesmo sexo. Hoje podem recorrer ao judiciário para obter reconhecimento como união estável e desfrutar dos mesmos direitos que são estabelecidos para os casais heterossexuais.

Portanto, conclui-se que o Direito ainda não acompanhou totalmente a evolução transformadora da estrutura familiar, tendo em vista que ela é a base da sociedade e que está sempre em constante transformação e que esses novos arranjos familiares possuem os mesmos direitos das famílias tradicionais, pois um dos princípios do Direito de Família é a efetividade; e esses novos arranjos baseiam-se somente na afetividade. Mas diante da inércia do Direito ainda persistem amarras e discriminações que nos tornam atrelados a padrões antigos, ao ponto de não enxergar a simplicidade desses arranjos que só buscam um denominador comum: viver em um núcleo que esteja de acordo com seus desejos e suas necessidades, dividindo suas vidas e compartilhando seus desejos, o que em nada difere das famílias tradicionais. Pois a família é o primeiro agente socializador do ser humano e é onde este se encontra a fim de suprir suas necessidades e garantir proteção e apoio.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 5º edição – revista atual e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de Direito de Família.** 8º edição- – revista atual e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. 26ª edição - São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias. Editora: Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Sinopses jurídicas. 10ª edição. v. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARCONE, Maria de Andrade. LACATOS, Eva Maria. Fundamentos de Metodologia Científica - 4º edição revista e ampliada- São Paulo: Atlas 2001.

PATIÑO, Anna Paulo Correia. Direito Civil: Direito de Família. 2ª edição- São Paulo: Atlas, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 11º edição. São Paulo, Editora Atlas, 2011.

Leis

Lei Complementar nº 1012, de 5 de julho de 2007 de São Paulo. Acesso em: 14/11/11. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/230847/lei-11924-09>

Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. Acesso em: 14/11/11. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm

Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009 <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/230847/lei-11924-09>

Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Acesso em: 14/11/11 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm

Código Civil Brasileiro. Lei 10406/ 2002. Brasil. Código Civil de 2002. 6º Ed. São Paulo

Lei Maria da Penha - Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Acesso em: 14/10/11. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm

Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 .
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm

Código de Civil de 1916. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Acesso em: 14/10/11
 Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103251/codigo-civil-de-1916-lei-3071-16>

Constituição Federal de 1988. Acesso em: 03/06/11 Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm

Código Penal Brasileiro. Acesso em: 14/10/11. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm

Lei nº 10.127, de 21 de dezembro de 2000. Acesso em: 14/10/11. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10127.htm

Artigos científicos retirados da internet

(REsp 1106637/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 01/07/2010). Acesso em: 06/12/11. Disponível em:
http://celitodebona.blogspot.com/2011/02/jurisprudencia-selecionada-familias_16.html

(REsp 1106637/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 01/06/2010, DJe 01/07/2010). Acesso em: 06/12/11. Disponível em:
http://celitodebona.blogspot.com/2011/02/jurisprudencia-selecionada-familias_16.html

BARBOSA, Águida Arruda. Tese: Construção dos fundamentos teórica e práticos do código de família brasileira. 2007. Acessado em 27/05/11. Disponível em:
www.usp.com.brhttp://www4.usp.br/index.php/busca-uspbr

BARBOSA, Joaquim. Acesso em: 28/11/11. Disponível em:
<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/maioria-dos-ministros-do-stf-reconhece-uniao-homossexual.html>

BRAIDO, Ingrid Maria Bertolino. Família monoparental e seus filhos – como o direito pode agir para dar condição de vida digna a essas crianças. 2006, p.37. Acesso em: 08/12/11. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br/posdireito/Ingrid.pdf>

CORREIA, Ligia. Cuidado da família ao idoso portador de doença crônica: análise do conceito na perspectiva da família. 2006. Acesso em 03/06/11. Disponível em:
<http://www4.usp.br/index.php/busca-uspbr>.

DILL, Michele Amaral. CALDERAN, Thanabi Bellenzier. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 85, 01/02/201. Acesso em 28/06/201. Disponível em:
http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Concubinato e união estável. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Acesso em: 5\06\11. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/545>>.

GOMES, Roseane dos Santos. Evolução do direito de família. E as mudanças de paradigmas das entidades familiares. 2008. Acesso em: 22/06/11. Disponível em: http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S010412822006000200003&script=sci_arttext- <http://www5.usp.br/?s=familia%20monoparental&busca=g>

GOUVEIA, Debora Consone. A autoridade parental nas famílias reconstituídas. 2010. Acesso em: 14/10/2011. Disponível em: <http://www5.usp.br/?s=%20A%20autoridade%20parental%20nas%20fam%EDlias%20reconstitu%EDdas&busca=g>

<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/maioria-dos-ministros-do-stf-reconhece-uniao-homossexual.htm>

KUSANO, Susileine. Da família anaparental: Do reconhecimento como entidade familiar. Acesso em: Disponível em:

LA FLOR, Martiane Jaques. Família plural: A união homoafetiva a luz dos direitos fundamentais. Publicado em: 16/06/2008. Acesso: 17/06/11. Disponível: http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2008_1/martiane_jaques.pdf.

LEÃO, Naiara, SIMAS, Fernanda e Fariello, Danilo. Veja os direitos que os homossexuais ganham com a decisão do STF. 2011, p.01. Acesso em: 29\11\11. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/veja+os+direitos+que+os+homossexuais+ganham+com+a+decisao+do+stf/n1300153607263.html>.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Acesso em: 28\11\11. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/maioria-dos-ministros-do-stf-reconhece-uniao-homossexual.html>

LÚCIA, Cármen. Acesso em: 28\11\11. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/maioria-dos-ministros-do-stf-reconhece-uniao-homossexual.html>

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Tese: novas modalidades de família. 2010. Acesso em 03/06/11. Disponível em: <http://www4.usp.br/index.php/busca-uspbr>

MENDES, Gilmar. Acesso em: 28\11\11. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/maioria-dos-ministros-do-stf-reconhece-uniao-homossexual.html>

MONTIERO, Anne. A união homoafetiva e seus aspectos históricos, religiosos, moral, social e constitucional. Publicado em: 27/04/2010. Acesso: 17/06/2011. Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/2223485>

MOTTA, Severino. iG Brasília. Supremo reconhece união estável homoafetiva. Acesso: 17/06/2011. Disponível em:

<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/supremo+reconhece+uniao+estavel+homoafetiva/n1300151572835.html>

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Breves considerações em torno do direito de família no contexto dos direitos fundamentais. RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, **NUNES, José Carlos Amorim de Vilhena. Novos vínculos jurídicos nas relações de família.** 2009, p.09. Acesso: 14/10/2011, disponível em: <http://www5.usp.br/?s=família%20monoparental&busca=g>

Bauru, v. 1, n. 46, p. 103-118, jul./dez. 2006. Acesso em: 22\06\11. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18537/Breves_Considera%C3%A7%C3%B5es_em_Torno_do_Direito.pdf?sequence=2

Os 112 direitos conquistados pelos homossexuais após decisão do STF. Acesso em: 06\12\11. Disponível em: <http://dialogospoliticos.wordpress.com/2011/05/10/os-112-direitos-conquistados-pelos-homossexuais-apos-decisao-do-stf/>

PINHEIRO, Fabíola Christina de Souza. Do preconceito ao reconhecimento como núcleo de família. Publicado em: 2003. Acesso: 17/06/2011. Disponível: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6495/unioes-homoafetivas>

PRETEL, Mariana. Comentários acerca da Emenda Constitucional nº 66. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17062/comentarios-acerca-da-emenda-constitucional-no-66>

SANTOS, Jonabio Barbosa dos Santos e SANTOS, Morgana santos da Costa. Revista jurídica. **Família monoparental brasileira.** 2009. Acessado em: 06/06/11. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>

SANTOS, Yumi Garcia dos. Mulheres chefe de família entre a autonomia e a dependência: um estudo comparativo entre Brasil, França e Japão. C. Disponível em: <http://www5.usp.br/s=fam%EDlia%20homoafetiva&busca=g>

SILVA, Máira Santos Antunes. O novo direito de família e a paternidade socioafetiva. 2010. Acesso em: 22/06/11. Disponível em: <http://www.coisasdebebe.com.br/bebe/index.php/seus-direitos/16-seus-direitos/82-o-novo-direito-de-familia-e-a-paternidade-socioafetiva>

Vilanova, Larissa Vilanova. União Estável: Surgimento E Reconhecimento Como Entidade Familiar. Publicado: 5/04/2008. Acesso em: 5\06\11. Disponível em <http://www.webartigos.com/articles/5199/1/Uniao-Estavel-Surgimento-Reconhecimento-Como-Entidade-Familiar/pagina1.html#ixzz1PBLEjI3S>