

Uniões Homoafetivas

Alguns Aspectos Sociológicos, Psicológicos e Jurídicos

*Elenice Buda Canali*¹
*Fernando Silveira Melo Plentz Miranda*²

Resumo

O presente trabalho aborda alguns aspectos sociológicos, psicológicos e jurídicos da união homoafetiva. Enfrenta temas relativamente complexos dentre os quais; a família, as relações familiares e suas transformações. Tais temas preparam “o berço” para a abordagem do tema homoafetividade. Vários relacionamentos possuem a proteção jurídica estatal e foram acolhidos com o tempo e em virtude das transformações sociais na busca do ser humano pela felicidade. As manifestações preconceituosas de nossa sociedade e do legislador sempre existiram e a tendência diante de algo diferente e novo é, freqüentemente, de repulsa e discriminação, próprias do ser humano. Chegamos até a atualidade com novas e poucas visões que respeitam mais os princípios constitucionais tão importantes para uma sociedade fraterna e justa. A obtenção de conhecimentos, diminuição dos preconceitos e a verificação da possibilidade da aceitação jurídica dessas relações, cada vez mais presentes em nossa sociedade, foram temas propulsores para a minha pesquisa e a apresentação deste trabalho.

Palavras Chave: União, homoafetiva, aspectos sociológicos, psicológicos, jurídicos.

1. Introdução

O presente trabalho de conclusão de curso é desafiador. Nestes cinco anos em uma nova graduação procurei aliar meus conhecimentos de Psicologia ao que tenho estudado no curso de Direito.

¹ Psicóloga com Especialização em atendimento clínico e psicoterapêutico pelo IPPIA-SP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Ciências Contábeis de São Roque. (2010).

² Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bacharel em Administração de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pelo Centro Universitário FIEO (UNIFIEO). Professor de Direito Processual Civil do curso de Direito da Faculdade de Administração e Ciências Contábeis de São Roque (FAC São Roque). Advogado e Administrador de Empresas.

Durante este aprendizado uma das áreas que se mostrou mais instigante foi o Direito de Família. Acompanho, embora não de longa data, o que tem acontecido ao largo da história, especialmente, as modificações sociais envolvendo essa área do Direito Civil, que sofreu profundas modificações a partir da vigência da lei 6.515/77, que instituiu o divórcio e, assim, a dissolução do casamento.

A família, considerada a primeira célula social, sofreu várias mutações e, atualmente, continua se adequando a um mundo moderno e a cada dia mais dinâmico em razão dos acontecimentos sociais decorrentes da modificação dos costumes e que chegam até nós pelos vários meios de comunicação. Podemos perceber, também, que dentre estas modificações sociais, algumas, que são percebidas mais facilmente, derivam da liberdade da definição sexual.

A conseqüência é que passamos a ver com maior freqüência, o que não víamos em passado não muito remoto, as demonstrações de afetividade entre pessoas do mesmo sexo. Passamos então a ter, além da família tradicional, a família que se forma por pessoas que se unem por laços de afetividade diferentes daqueles em que a nossa sociedade se habituou, seja em função da cultura, da moralidade, da religiosidade, da lei e de preconceitos.

Neste novo ambiente social em que o casamento veste-se com uma nova roupagem deixando de ser indissolúvel e a união estável passa a ser reconhecida pelo Direito e, principalmente o **afeto** passa a ser o **elemento principal** para a constituição destas uniões amorosas, passamos para uma nova discussão, acerca das uniões homoafetivas, ainda pouco aceitas nesta sociedade preconceituosa em que vivemos, mas que é uma realidade social a que o Direito não pode se omitir. Esta nova relação social envolvendo pessoas do mesmo sexo será o foco principal do trabalho em discussão.

Almejando a obtenção de conhecimentos específicos sobre o tema da homossexualidade e sobre a união homoafetiva, sigo firme no propósito de tentar esclarecer, além dos meus próprios preconceitos, o preconceito de todos aqueles que de alguma forma, por meio deste trabalho ou no próprio dia a dia, entrarão em contato com a uma realidade cada vez mais presente no seio da sociedade. A assimilação de conceitos se faz necessária de forma a superar o senso comum e abrirmos os nossos olhos e interpretarmos os fatos sociais, bem assim a realidade, de forma crítica.

As necessidades que emergem da sociedade e a preocupação do legislador na absorção dessas mudanças sociais, fizeram com que o Poder Judiciário passasse a decidir, produzindo jurisprudência sobre o tema em alguns poucos Tribunais. A ocorrência da afetividade de pessoas do mesmo sexo que convivem sem vínculo reconhecido pelo Direito, ainda que não proibido, comparadas àquelas relações decorrentes de vínculo de pessoas de sexos diferentes, exceto aos aspectos biológicos, ambas podem ser baseadas em sentimentos de união, cumplicidade, companheirismo, dedicação e amor.

De outra parte, a família, pais e irmãos daquele casal homossexual, embora originários de uma mesma família, não mantém qualquer relação de afeto com esses, pelo contrário, muitas vezes o excluem do convívio do lar, não aceitando-os em virtude da sua definição sexual. Depois de todos os conflitos no âmbito da família, da falta de compreensão e aceitação, aqueles mesmos familiares, pais e irmãos que não os acolheram no momento em mais necessitavam, poderão futuramente herdar os bens adquiridos pelo esforço comum do casal homossexual.

Algumas mudanças sociais relacionadas à família ocorreram da necessidade de ajustes para a sobrevivência, levando os membros desta célula social a permanecer boa parte do tempo fora do lar, deixando os cuidados com os filhos não por desejo, mas guiados pelo espírito de adaptação à nova realidade trazida pelo mundo capitalista. Essa nova experiência familiar, e, conseqüentemente, os vínculos estabelecidos entre os seus integrantes, em decorrência de uma vivência cada vez mais competitiva possivelmente causaram algum impacto e influenciou aquelas crianças cuidadas por avós, tias e madrinhas entre outras.

Essa nova formatação da família, a sua constituição e os seus objetivos fizeram com que cada família em que ocorreu tal fenômeno passasse a ter uma característica própria, muitas vezes conflitando com o que a sociedade entendia por aceitável, esbarrando numa situação nova e que inevitavelmente acaba por trazer sofrimento a todos os membros desse núcleo familiar.

Da mesma forma a separação judicial, o divórcio e a união estável, esta última inserida recentemente em nosso ordenamento jurídico, modificaram sobremaneira a forma de enxergar e manejar os relacionamentos até então tidos por corretos.

De outra parte, as uniões homoafetivas tornam-se mais visíveis e comuns, bastando olhar ao nosso redor, seja na nossa família, no prédio onde moramos, nas

ruas, escolas, restaurantes, bares e em qualquer outro ambiente social. Não são mais confinadas a locais diferenciados e direcionados especificamente para o público homossexual. Assim, os casais homoafetivos estão se expondo mais e, também, chocando mais a própria sociedade em que vivem, que ainda se mostra preconceituosa diante de um fato social que, embora não seja novo, passa a ser mais exposto.

Ao longo do tempo a sociedade passou por várias transformações em relação à família: a mulher foi trabalhar, teve direito a voto, pôde se separar e adquirir vários direitos, o poder do marido deixou de existir, a sua participação profissional passou a ser uma necessidade, o controle de natalidade trouxe uma maior independência àquela que era tida como a parte frágil no casamento e tantas outras modificações que transformaram uma realidade até então tida por “correta” e que causaram profundas críticas, seguidas por reflexões mais aprofundadas e, por fim, uma aceitação por parte da sociedade menos conservadora.

O tema homoafetividade é árido, já que estamos diante de uma situação que se apresenta de forma diversa do que ocorria em tempos passados, e é árduo no sentido de manejar os próprios preconceitos e pensar que futuramente os profissionais do Direito, independentemente de convicções pessoais, poderão ser contratados para lidar e defender envolvidos numa relação homossexual.

Sendo o preconceito “*uma idéia formada antecipadamente e sem fundamento sério; Estado de abuso de cegueira moral*”³, vale dizer, o conhecimento “a priori”, como dizia Kant, da sociedade é de visualizar o homossexual como ser humano incomum, lhe tolhendo o direito à igualdade e dignidade com que devem ser tratadas todas as pessoas humanas, respeitando o seu direcionamento sexual e sua forma de expressão.

Aproveitando o entendimento de Maria Berenice Dias⁴, os casais homoafetivos não têm quase nenhuma segurança em relação aos aspectos jurídicos, especialmente aqueles patrimoniais. Com a morte de um dos parceiros o outro, por meio de processo judicial poderá conseguir a desconstituição da sociedade de fato, o que pouco significa. Ora, a sociedade de fato possui em seu núcleo o vínculo negocial e não o vínculo afetivo. A solução encontrada, o que demonstra a “cegueira” dos fatos sociais, é a negação deste vínculo afetivo. Negação, pois que não aceitando a possibilidade deste

³ FERREIRA. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 1975, p.1.027.

⁴ DIAS. 2006, p.137.

vínculo parental a justiça reveste um vínculo afetivo com um vínculo obrigacional, como se a relação existente ficasse limitada à prestação de bens ou serviços no exercício de uma atividade econômica.

Assim, mesmo sendo idênticos os vínculos afetivos de casais heterossexuais comparando ao dos casais homossexuais, estes últimos receberão um tratamento desigual, à margem do Direito.

Este é o desafio que nos propomos a enfrentar, com as limitações dos conhecimentos até então adquiridos.

2. Família

2.1. Definição de Família

O conceito de família vem sendo modificado através dos tempos. O primeiro núcleo familiar conhecido pelo homem, de viés religioso, foi Adão, Eva e seus filhos Caim, Abel e Sete. Acredita-se que no momento da constituição daquela primeira família na terra foi indispensavelmente necessária a prática incestuosa. Afirmam os religiosos que o objetivo de Deus era povoar a terra. Posteriormente, Deus fez surgir outra família visando uma humanidade menos envolvida com o pecado. Noé, sua esposa, os filhos “Sem”, “Cão”, e “Jafé”, bem como as noras, entraram na grande arca e buscaram novos tempos para a humanidade pois a situação se tornara insustentável.

Para Josué Ebenezes de Sousa Soares⁵ Deus não gostando do que o homem fazia se arrependeu e quis povoar a terra com menos pecadores por isso solicitou a Noé uma arca para depois mandar o dilúvio:

“O que percebemos é que ocorreu uma tolerância por parte de Deus, o fato de alguns homens terem possuído duas mulheres (bigamia) ou várias mulheres (poligamia), não é indicativo que Deus apóia esta pratica. ... O Antigo testamento mostra que toda vez eu os homens do povo de Deus tomaram esposas de outras nacionalidades houve complicações familiares, morais e espirituais que trouxeram conseqüências gravíssimas para a nação”.

Após a constituição de um “povo sem pecado”, descendentes da família de Noé que formaram o povo de Israel, os critérios estabelecidos pelas famílias eram de um modelo machista e patriarcal e esse formato perdurou em todo o antigo testamento.

O homem também foi criado primeiro, sendo que Deus providenciou uma mulher para ser sua companheira, em Gênesis, assim na própria criação do mundo e do

⁵ SOARES. Artigo: **Conceito de família no antigo testamento**. Gênesis. Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

homem. Já fica subentendida a idéia de que a liderança do lar deveria ser realizada pelo marido e que este deveria zelar pela ordem e perpetuação da família. Deveria seguir os mandamentos de Deus e à mulher só caberia ajudar o homem. Depois de comerem o fruto proibido Eva também foi condenada aos desejos do marido e a submissão.

A ciência, pela Antropologia, se empenhou na descoberta do início da civilização na terra. No aspecto psicanalítico, para Freud em *Totem in Tabu*, vale ressaltar alguns estudos realizados por ele sobre a passagem do homem do natural para o cultural em analogia ao mito darwiniano da “horda primitiva”.

O pai de um Totem da Austrália interditava todas as mulheres e castrava e bania os filhos homens. Mesmo assim, o pai supremo no Totem era admirado pela sua força e proteção e, por outro lado, era odiado por reprimir os desejos de todos os demais. O Totem significa a representação de um animal ou evento da natureza que tenha força. Cada Clã possuía um Totem e constantemente faziam rituais envolvendo-o.

Os sentimentos daqueles filhos homens pertencentes ao Totem eram ambivalentes, pois, ora odiavam ora admiravam o pai e, necessariamente, respeitavam-no. Vários estudos foram possíveis em vários Totens pelo mundo. Cada qual com seus ritos e cultura própria.

Uma das teorias assinala que em determinado momento, os filhos tendenciosos e com sentimentos mais hostis executaram o próprio pai. A partir daí conseguiram instituir a **moral** e o repúdio as relações incestuosas. Desta forma foi banida a “endogamia”, cruzamento entre mesma linhagem biológica, e concebida as relações com base na “exogamia”, cruzamento entre linhagens diferentes. O incesto não era mais permitido e os integrantes dos clãs totêmicos deveriam procurar outros clãs para cruzamento e miscigenação entre as raças.

Freud mostra-nos no texto Totem e Tabu as bases da construção antropológica de uma ética repressora de desejos em função dos tabus, religiosidade e rituais próprios que levaram o homem a passar de um estado mais primitivo para um estado mais civilizado.

Rodrigo da Cunha Pereira destaca a primeira lei e moral: a **Lei do Pai**. Esta lei guarda certa similaridade com o raciocínio de Freud, nasceu da necessidade do próprio homem, não foi escrita, mas foi “selada”. Fundamentada num **mito** do início da civilização, se relaciona à passagem do homem do estado da natureza para o estado

da cultura. Esta passagem se baseava na repressão de instintos sexuais com relação a sua prole, ou seja, o pai não poderia mais se relacionar sexualmente com a filha. Desta forma foi possível à estruturação da família e a aculturação da sociedade.⁶

Semelhantes teorias para uma mesma condição humana durante a fase da pré história.

A origem da família e das leis nos remete, também, a estudarmos o Direito Romano pela influência causada nos países Latino Americanos, dentre eles o próprio Brasil.

Este Direito refere-se ao conjunto de regras jurídicas observadas na cidade de Roma. Posteriormente foi aplicado ao território do Império Romano: dividido em Império Romano do Ocidente e Império Romano do Oriente. O primeiro foi considerado até o período de 476 d.C, porém sabemos que o Direito Romano continuou a influenciar a produção jurídica daquela época e abrange desde a *Lei das Doze Tabuas* (449 a.C.) até *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. (530 d.C).

De acordo com a história grego-romana a origem familiar estava intimamente ligada à religião. Cada família era um grupo isolado, chamados de “gens” considerado um clã evoluído. A religião era aquela que ditava todas as regras dentro da família e a autoridade era concentrada numa religião própria e totalmente ritualística.

O poder paterno era indivisível e concentrado, todos deviam obediência ao pai. Todos os integrantes da família eram considerados como seus, porém não havia explicação de onde vieram essas idéias, apenas havia a indicação de que foram baseadas na força do homem comparando a da mulher e na própria religião. Desta forma a *força seria a origem do direito*, o que seria uma *visão equivocada* já que a *força foi considera consequência da religião* e não a origem do direito.

A religião foi aquela que originou e estabeleceu as diretrizes daquela época. Tudo girava em torno dela. A mulher só era considerada “mulher” quando da cerimônia do casamento. Aquele filho que renunciava ao culto já não era considerado integrante daquela família. A filha que casava deixava aquela família e cultuava o Deus de seu marido, com orações e ritos determinados por ele. O filho adotivo participante do culto era considerado verdadeiro filho, pois passava a comungar. Aquele que não cultuava não tinha direito à sucessão. Desta forma, resta claro, que o eixo central era ditado pela religião. O culto ritualístico era realizado pelo pai, a autoridade máxima da família.

⁶ PEREIRA. Artigo: **Pai porque me abandonaste**.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

Na língua romana a palavra utilizada para família era “*epístion*”, o que quer dizer “*aquilo que está junto ao fogo sagrado*”. Em cada casa grego-romana havia um altar e a família se reunia em torno deste “*fogo sagrado*” para fazer suas orações, pedidos e cânticos. Isto acontecia em determinados horários durante o dia. Ao redor da casa havia um túmulo que era considerado a segunda morada da família, ali descansavam vários ancestrais, sempre juntos e indissolúveis. A eles eram oferecidos em épocas certas banquetes com leite, vinho, frutas e pão. Ali, também, eram realizados os pedidos de prosperidade e vários agradecimentos.

Várias mudanças ocorreram, dentre elas, lutas e manifestações do povo. Acredita-se que uma nova forma de constituição familiar começou a ser assimilada aos poucos, com mudanças de uma família, depois de uma outra e assim sucessivamente. A autoridade do pai foi reduzida em decorrência da sua participação na cidade. Com as novas formas de estabelecimento da vida social, muito competitiva e possuindo o eixo central “a cidade”, acabou tornando-o mais fraco e diminuindo os seus poderes já que a cidade tinha poderes sobre todos.

Aqueles pais das famílias mais numerosas tinham maior força por causa do número dos integrantes e passaram a competir com os demais, todos tentavam enfraquecer uns aos outros. As famílias que viviam na cidade saíram de uma visão religiosa, única e fechada para uma visão mais flexível e voltada para a cidade. A sucessão foi modificada dando certa igualdade entre os irmãos e liberdade de decisão para o pai. Os rituais e a religião concentrados na figura do pai perderam sua força.

A obra Cidade Antiga relata bem os aspectos religiosos e a formação familiar na época grego-romana. Para Fustel de Coulanges⁷ :

“Não está na natureza do direito ser absoluto e imutável. O direito modifica-se e evolui, como qualquer obra humana. **Cada sociedade tem seu direito, como ela se formando e se desenvolvendo, como ela se transformando e, enfim, com ela seguindo sempre a evolução de suas instituições, de seus costumes e de suas crenças.** Os homens dos tempos antigos estiveram sujeitos a uma religião, tanto mais poderosa sobre suas almas quanto mais grosseira foi; essa religião ditara-lhe o direito, assim como lhes dera suas instituições políticas. Mas eis que a sociedade se transformou. **O regime patriarcal que essa religião hereditária engendrara, tornou-se, com o tempo, regime da cidade**”. (grifos nossos)

Esta nova visão aproximou a família da cidade, o interesse público começou a prevalecer aos interesses particulares e principalmente a religião não era mais o eixo

⁷ COULANGES. **Cidade antiga**. p. 246.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

central da família. Surgiram várias classes sociais, uma verdadeira renovação social. Antes o que era atribuído aos Deuses, à religião e ao próprio pai, possuidor de uma divindade e chefe da família inquestionável - ele mandava e todos os demais obedeciam - passou a ser modificada pelo regime da cidade. A lei passou a ser formulada não mais pela religião mais pelo próprio homem. Na realidade tudo mudou. Nem as instituições, nem o direito, nem as crenças, nem os costumes, desse novo período, foram o que haviam sido no precedente. Várias formas de governo foram aplicadas na cidade.

Na mesma obra o pensamento de Fustel de Coulanges:

“A religião fora, durante longos séculos, o único preceito do governo. Era preciso encontrar outro principio capaz de substituí-la e podendo, como a religião, governar as sociedades, colocando-as, tanto quanto possível, ao abrigo de flutuações e de conflitos. **O principio em que, dali em diante, se fundou o governo das cidades passou a ser o interesse público**”. (o grifo é nosso)

Cabe ressaltar que a constituição familiar daquela época não levava em consideração o afeto e o nascimento como condição para a composição familiar, o que na visão de Fustel de Coulanges⁸:

“No princípio da família não encontramos tão-pouco o afeto natural. O direito grego e o direito romano não levavam em consideração esse sentimento. **Podia este realmente existir no âmago dos corações, porém para o direito nada representava**. O pai podia amar muito a sua filha, mas não podia negar-lhe os seus bens. As leis da sucessão, isto é, aquelas leis de entre as demais que com maior exatidão traduzem as idéias formadas pelos homens sobre a família, essas estão em flagrante contradição tanto com a ordem de nascimento como o afeto natural”. (o grifo é nosso)

No Século IV, tanto no oriente como no ocidente, foram resgatados vários conceitos jurídicos, e o “*Corpus Iuris Civilis*” continuou a ser base do Império Romano no oriente. No ocidente, com a influencia de Justiniano, os reis germânicos promulgaram vários códigos legais, sendo que todas as tribos eram regidas por estes códigos.

Séculos após a queda do império romano no ocidente, descobriram na Itália vários manuscritos e iniciaram o estudo aplicando-o na Europa. Assim o Direito Romano foi re-introduzido na prática jurídica. Atualmente apesar da sua influencia em vários países o Direito Romano não é aplicado em nenhuma jurisdição.

⁸ Ibidem. Id. p. 33.

Um dos principais objetivos na constituição familiar na Europa e nos países que estavam em guerra, era a **procriação**, pois colaborava para a composição de seus exércitos. Desta forma a prole masculina era mais esperada com a perspectiva de segurança da nação e novas conquistas.

Em tempo um pouco mais recente, basicamente surgiram duas concepções sobre o termo família: uma relacionada ao dever cívico e outra relacionada a formação da prole.

No decorrer do tempo o conceito de família mudou, se voltando mais para a concepção de **continuidade familiar** e **perpetuação da espécie humana**.

Com a ajuda do dicionário podemos conceituar família como⁹:

“Pessoas do mesmo sangue aparentadas, que vivem, em geral, na mesma casa, particularmente o pai, a mãe e os filhos. Ascendência, linhagem, estirpe. Da história natural: Unidade sistemática ou categoria taxionômica constituída pela reunião de gêneros afins. Sociologicamente: Comunidade constituída por um homem e uma mulher, **conjunto de todos os parentes de uma pessoa, e, principalmente, dos que moram com ela**. Em sentido mais restrito, marido, mulher e filhos. **Pessoas que vivem na mesma casa**”.

Como podemos perceber no conceito acima, a palavra família indica a composição de uma **família nuclear** e **todos os demais que morarem sob o mesmo teto**. Conceito bem abrangente. O casamento entre homem e mulher, num próximo passado, foi o eixo central da constituição da família sendo que, posteriormente, começou a compreender novos tipos de construção.

Sabe-se que o Cristianismo teve efeito marcante na proposição do casamento e, conseqüentemente, na formação da família. As relações antes de cunho informal deram lugar a uniões duradouras e formais. Com o passar do tempo a igreja foi contrária ao divórcio e ao segundo casamento, salvo algumas exceções, apoiou as sanções relacionadas ao concubinato, relacionamento e nomenclatura utilizada na época que acabava por estigmatizar e segregar mulheres e os filhos havidos de união informal.

As rejeições da igreja, obviamente baseada na Bíblia, não frearam esses fatos sociais, vários casais sofreram devido à discriminação advindos do rompimento conjugal e estabelecimento de novo relacionamento, outros mantiveram o casamento apenas por pressão da sociedade e no lar eram extremamente infelizes.

⁹ Op.cit. p.609.

Antes da revolução industrial, a família exercia seu labor na própria casa, geralmente com trabalhos artesanais exercidos principalmente pelo chefe da família auxiliado pela mulher e filhos e algum estranho que buscava a aprendizagem.

Com o advento da revolução industrial aquele trabalho artesanal não conseguia competir com o fabril, razão pela qual vários integrantes da família buscaram trabalho nas fábricas, inclusive as mulheres acabaram por deixar os afazeres domésticos e o cuidado dos filhos para trabalhar fora.

Desta forma a família começou a ser reestruturada, bem como as tarefas e papéis daqueles que a compunham. Todos os integrantes passaram a colaborar para a subsistência da sua família.

Na história prevaleceu o regime patriarcal, no qual o homem mais velho exercia a autoridade. Na verdade, em poucas regiões do mundo e em curto espaço de tempo prosperou o regime matriarcal. Mesmo assim, na atualidade o regime patriarcal é alvo de críticas, principalmente pela forte dependência dos integrantes da família para com o pai.

Atualmente quando pensamos numa família fictícia, provavelmente nos vem a mente a figura de um homem e de uma mulher, casados, com um ou dois filhos, se possível um menino e uma menina. Ocorre que, já há muito tempo, às famílias já não se compõem desta forma, os vínculos sociais, jurídicos e psicológicos não são os mesmos que há pouco tempo atrás.

Percebemos que qualquer conceito, apesar de um pouco próximo a realidade em que vivemos, ainda é passível de reformulação. Existem várias formas de composição familiar e as sociedades apresentam diferenças nas maneiras de se estruturarem e formar seus grupos. As transformações tecnológicas influenciaram na forma e espaço do estabelecimento destas relações familiares, pois muitos casais se encontram apenas pela Internet durante parte do tempo e pessoalmente em outra parte.

No Dicionário Jurídico temos o seguinte conceito de família¹⁰:

“Reunião doméstica de pessoas, formada pelo casal, seus parentes e indivíduos que com eles vivam com ânimo de permanência. O conceito não se confunde com o enunciado pelo Direito Civil. Neste, predomina o aspecto da consangüinidade, decorrente de ascendente comum. No Direito Penal, ressalta-se o núcleo social, por isso, embora inexista o vínculo matrimonial,

¹⁰ HORCAIO. **Dicionário jurídico**, p. 417.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

há proteção deste ramo no mundo jurídico, existindo infrações contra a família, apesar de mera sociedade de fato”. (grifos nossos)

Cabe incluir o artigo 226 da nossa Carta Magna, citado, também, no Dicionário Jurídico que é base para verificarmos os direitos constitucionais que são atribuídos a este instituto¹¹:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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.

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

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Leonardo Barreto Moreira Alves, promotor de justiça do estado de Minas Gerais, fazendo uma nova análise do conceito de família amparou-se na Lei 11.340/2006, instituída em 07.08.2006:¹²

“A lei Maria da Penha tem como objetivo a coibição da violência doméstica, e **acabou por trazer uma inovação com relação ao conceito de família** no seu artigo 5º, II e parágrafo único.

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, sofrimentos físicos, sexuais ou psicológicos e dano moral e patrimonial:

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se considerem aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa (...).

Parágrafo único: As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. (grifos nossos)

Para a Prof^a. Giselda Maria Fernandes Novas Hironaka, a família¹³:

¹¹ Idem. Ibidem. p.417 e 418.

¹² ALVES. Artigo: **O reconhecimento legal do conceito moderno de família.**

¹³ HIRONAKA. **Família e casamento em evolução**, p.17.

“É uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada como os rumos e desvios da história dela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos (...); a história da família se confunde com a história da própria humanidade”.

Como vimos são muitas tentativas de conceituação e definição. Buscamos mencionar conceitos mais antigos e os mais atuais, desta forma fica nítida a evolução da família e todas as tentativas de abranger num conceito todas as possibilidades de sua formação, pois ela não é só uma instituição biológica, mas sim uma entidade dotada de caracteres culturais, sociais, psicológicos, dentre outros, que certamente foi modificada através dos tempos.

2.2. Significado Sociológico e Psicológico.

A família é a primeira célula social da qual o indivíduo faz parte. É encontrada em todos os agrupamentos humanos, variando apenas as suas estruturas e funcionamento. A família é verdadeiramente um fenômeno social.

O casamento é, de modo geral, aquele que estabelece o fundamento religioso e legal da família, mas sabemos que é muito comum o estabelecimento familiar mesmo sem casamento.

Para Eva Maria Lakatos¹⁴:

Se, originalmente, a família foi um fenômeno biológico de conservação e produção, transformou-se depois em fenômeno social. Sofreu considerável evolução até regular suas bases conjugais conforme as leis contratuais, normas religiosas e morais.

Ainda no aspecto sociológico, Segundo Murdock : “a família é um grupo social caracterizado pela residência comum, com cooperação econômica e reprodução”.¹⁵

Desde a revolução industrial a família tem sido considerada como “conjugal”, ou seja, um casal com filhos, considerada, “pequena família”. Com o passar do tempo passamos a encontrar as “famílias incompletas”, que são aquelas famílias compostas por mãe-solteira e filho, viúva e filhos, mãe-solteira com o filho e os avós e demais arranjos.

Esta evolução trouxe significativas modificações nas **funções** das famílias, para

¹⁴ LAKATOS, p.169.

¹⁵ MURDOCK, apud MARCONI in LAKATOS, p. 169.

João Mouta são elas¹⁶:

a) Função política: Perdeu a função política da família que existia no Direito Romano relacionado a “consangüinidade, varonidade, o pai, o *pater familias*”.

b) Função econômica: Perdeu a característica de unidade de produção, passando a ser unidade de consumo.

c) Funções educativas, assistenciais e de segurança: Foram assumidas pelo Estado e pela a sociedade.

d) Função patrimonial: Perdeu a característica de preocupação mais voltada à conservação e transmissão do patrimônio.

A ausência e reestruturação dessas funções passaram a tornar as uniões entre os casais mais fundamentadas e alicerçadas nos **aspectos afetivos** e na **intimidade**. Os filhos passaram a ter uma maior socialização.

Como vimos a Revolução Industrial ocasionou uma mudança considerável dentro da família, nos vínculos e relações estabelecidas. Os jovens e as mulheres começaram a participar financeiramente na manutenção do lar, porém, nos aspectos de convivência ocorreu um distanciamento maior, pois seus integrantes saíam para o trabalho e voltavam para casa tarde da noite.

Sabemos que durante a Revolução Industrial a massa de trabalhadores começou a se organizar, entre ela estavam mulheres e os jovens, que passaram a lutar e reivindicar direitos. O movimento de emancipação e liberação social da mulher e do jovem, principalmente da primeira, trouxe várias conseqüências, dentre elas: A maior aceitação das uniões informais, possibilidade de extinção do casamento por motivos outros que não o adultério e a morte, consagração do princípio da igualdade entre o homem e a mulher nas relações familiares e maior proteção aos filhos havidos ou não do casamento, inclusive aqueles biológicos e não biológicos.

A autoridade é outro aspecto importante a ser destacado. A família patriarcal em que a figura central é o pai, que possui autoridade de chefe sobre a mulher e os filhos, foi e ainda é muito questionada e vem perdendo força devido a essa emancipação da mulher e a formação dos filhos que passaram a questionar mais e exigir outra posição do pai que não apenas o autoritarismo.

De outro ponto podemos perceber o crescimento da família matriarcal, em que a figura da mãe é o eixo central, devido à inexistência do marido ou até a substituição da

¹⁶ MOUTA. Artigo: **Conceito de família**.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

figura paterna por novo parceiro da mãe. A emancipação da mulher, bem como a igualdade e liberdade, acabam por fazê-la em muitas situações a autoridade predominante na família.

Muitos são os casos das mães solteiras, sejam aquelas mais prematuras ou mais tardias. As primeiras, geralmente adolescentes, continuam fazendo parte da família e junto com o filho recém nascido tornam-se, ambos, dependentes dos avós maternos. Na segunda opção, mulheres economicamente ativas acabam por engravidar assumindo a “produção independente” sem a necessidade do casamento para a gestação e criação do seu filho.

Outra possibilidade é a divisão da autoridade entre o homem e a mulher. Atuando de forma equilibrada, ambos, acabam dividindo este papel na criação de filhos, enteados, sobrinhos, dentre outros.

Sabemos que a verificação do parentesco é uma forma de reconhecimento e ordenação social. Segundo Marconi “a família nuclear é ponto de partida para análise do parentesco”.¹⁷ Ela destaca três tipos de relações fundamentada no estabelecimento de vínculos:

- a) Por afinidade (marital ou legal): vínculo criado pelo casamento.
- b) Por consangüinidade: relação entre pais e filhos.
- c) Fictícios ou pseudo parentes: nos casos de crianças adotadas, irmãos de sangue, dentre outros.

Estas relações, apesar de orientar-nos quanto à tentativa de delinear-mos a família, atualmente estão misturadas e cada vez mais complexas, pois acabam por agregar integrantes muitos distintos e distantes um do outro, às vezes até desconhecidos, todos agregados numa mesma família.

Para alguns estudiosos da psicologia, a família é um sistema funcional que se organiza conforme a interação de seus membros. Estas interações se relacionam à seus próprios integrantes, suas características pessoais, comportamentos, níveis de poder e função de seus membros.

A família que nos amparou e educou; nossos pais ou outra figura que os representa, bem como, nossos irmãos, avós e outros, acabam por influenciar a formação da nossa personalidade. Quando você escolhe alguém para ser seu parceiro, tudo o que você vivenciou e assimilou influencia nesta “escolha”. Para o

¹⁷ MARCONI, apud LAKATOS, p.176.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

estabelecimento de uma relação amorosa essas influências atuam, muitas vezes, de forma inconsciente, ou seja, não sabemos os motivos de nossas escolhas. Desta forma e neste aspecto de viés extremamente psicológico, o “livre arbítrio” torna-se questionável. Para alguns de forma inconsciente, já estamos pré-destinados a fazer nossas escolhas.

As relações amorosas se estabelecem de muitas formas. Existem aquelas com vínculos mais frágeis. Se seguirmos o mesmo raciocínio, o da ausência do livre arbítrio, a busca e encontro de um parceiro podem se dar por forças do inconsciente e que após cumprir o efeito psicológico desejado perdem a força. Podemos crer que o estabelecimento de uma união duradoura e profunda se torna mais difícil.

De outra parte a emancipação feminina e a proporção entre homens e mulheres trouxeram outras formas de se relacionar mais voltadas ao viver imediato e a conquista fácil e superficial. A juventude e o adulto eternamente jovem, tanto o homem quanto a mulher, vivem situações antagônicas; ao mesmo tempo em que procuram um parceiro ideal, pois não querem ficar só, acabam estabelecendo relacionamentos muitos conflitantes e superficiais. Não conseguem lidar com a frustração de não ter encontrado a pessoa ideal e rompem com muita facilidade, sem saber que não haverá nunca a pessoa ideal e sim a mais próxima de suas expectativas.

Antigamente se pensava muito para terminar um namoro, noivado e até o casamento. Alguns casais viveram infelizes durante um bom tempo ao custo de terem preservadas a sua imagem social; atualmente o casal não pensa muito, quer ir em busca da felicidade. Seria muito simplista relacionarmos a união e o rompimento amoroso às possibilidades que juridicamente são oferecidas. A sociedade mudou e tem o poder de “fazer acontecer diferente” pelos fatos sociais, o casamento não é uma instituição que garante o velho e almejado: “felizes para sempre”.

Podemos verificar que boa parte dos adultos considerados jovens ou até “eternamente jovens” estão “presos” às relações junto aos pais, com um lar confortável e pais provedores. Inexiste por parte destes jovens a vontade de sair do aconchego e conforto da casa dos pais, nem mesmo a perspectiva de alcançar a liberdade e independência em decorrência da maturidade. A liberdade já existe na casa dos pais. Basta conversarmos com pais de um jovem para perceber a angústia e a dúvida da decisão de deixar o filho e a namorada, por exemplo, dormirem juntos no mesmo quarto. Num tempo não muito distante isto era inconcebível e atualmente acontece em

várias famílias.

Vamos mais além, filhos também não são mais aqueles que “seguram” o casal unido. Vivemos numa sociedade machista e a “mulher independente” pode assustar o homem, que na verdade tenta se ajustar a este novo conceito.

Na visão de Ivone M. C. Coelho de Souza e Maria Berenice Dias¹⁸:

Hoje, a dinâmica das transformações impressas aos grupos familiares, especialmente na modernidade e na pós modernidade, deve ser revisitada sob a ótica da transformação dos papéis da mulher, sem que se incorra em distorção: a mulher sempre simbolizou no imaginário universal a afetividades, a capacidade de procriar, de cuidar, enfim, conceber e zelar pela sua prole, fenômenos que no gênero humano estão impregnados de um sentimento capaz de, por si só, diferenciar a espécie. Alias, os movimentos de mulheres, atualizados, postulam que nenhuma questão humana deve ser alheira ao feminismo. É fácil deduzir que a recíproca seja igualmente verdadeira.

Na realidade estamos ainda em um momento de transição, uma reformulação de valores e questionamentos. Questionamentos não só voltados aos relacionamentos heterossexuais, como, também, a criação dos filhos. Um casal, numa discussão num momento de ajuste, após alguns anos do compromisso firmado, poderá desistir de empregar esforços no relacionamento amoroso, em especial, porque o **afeto** entre eles já não existe.

Para Pontes de Miranda e Souza & Dias¹⁹:

“Qualquer ordem jurídica legítima cambia constantemente, uma vez que muda a sociedade. Essa afirmação prossegue com a idéia de que “o fato jurídico é antes um fato social e este, amiúde, um fato econômico” Se tal reflexão já está introduzida à função do Direito, à **Psicologia cabe apreender dinamicamente o estabelecimento dessas verdades, tentando sondar o inconsciente do homem, em que jazem as verdadeiras origens de seus comportamentos, suas inclinações e a capacidade com que pode ou não mudá-los. São efetivamente, formas de ser e agir influenciadas pela realidade externa enquanto também a influenciam. Um jogo interativo no qual o sujeito e ou objeto de constante ebulição”**. (grifos nossos)

A busca da felicidade, que na verdade não é um quantum ou um estado constante, se torna cada vez mais distante. O prazer infinito, apesar de ser o desejo humano, é inalcançável, pois o prazer é apenas uma parte de nossas vidas. Quando alcançamos um determinado objetivo ou condição, seja ela material ou social, ela num momento próximo torna-se insuficiente tendendo a ser renovada por outros desejos, ou

¹⁸ SOUZA & DIAS. **Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei.**

¹⁹ MIRANDA, apud SOUZA & DIAS. **Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei.**

seja, o ser humano capitalista tende a sempre buscar o novo e o poder.

Precisamos, necessariamente, sair de uma condição prazerosa para uma condição normal, o que nos assenta dentro da realidade. Como nossa realidade não se afigura como aquelas mais fáceis, a busca pelos meios mais rápidos de prazer continua num crescente assustador, haja vista o consumo crescente de álcool e drogas de muitas espécies.

Nossa proposta não é generalizar, pois existem milhares que almejam e conquistam a constituição de uma família pelo casamento e união estável. A resiliência – superação de situações críticas - e o auto conhecimento, contribuem para a manutenção da união entre um casal.

Podemos perceber quando da união de duas pessoas, no caso de parceiros de sexos opostos sejam eles casados ou convivendo em união estável, a incorporação familiar de vários parentes próximos, como sogra, sogro, irmãos, sobrinhos etc. Estas formas de compor a família acabam por influenciar a relação do casal e a criação de seus filhos.

Recentemente, em 03.08.09 foi sancionada a lei 12.010, que dispõe sobre a adoção. Esta lei altera alguns artigos existentes no Estatuto da Criança e Adolescente, revoga alguns artigos do Código Civil e busca tornar mais célere o processo de adoção. Não obstante a sua finalidade de adoção que será abordada mais a frente, neste trabalho, ela nos trouxe um conceito de família, especificamente, sobre o termo família ampliada no parágrafo único do art. 25:

“Entende-se por família extensa ou ampliada **aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal**, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de **afinidade e afetividade**”. (grifos nossos)

Como podemos observar, este conceito corrobora para a visão da família em nossa atualidade. O termo “afeto” vem sendo destacado em obras mais atuais e é foco principal do Direito de família moderno.

Para Durval e Miller²⁰ a família apresenta algumas funções :

“...**geradora de afeto**, entre os membros da família; **proporcionadora de segurança e aceitação pessoal**; promovendo um desenvolvimento pessoal natural; **proporcionadora de satisfação e sentimento de utilidade**; através de

²⁰ STANHOPE, Márcia. **Teorias e Desenvolvimento familiar**.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

atividades que satisfazem os membros da família, **asseguradora da continuidade das relações**; proporcionando relações duradouras entre familiares; **proporcionadora de estabilidade e socialização**; assegurando a continuidade da cultura da sociedade correspondente, **impositora da autoridade e do sentimento do que é correto**; relacionado à aprendizagem das regras e normas, direitos e obrigações características das sociedades humanas, **proteção à saúde**; ...A família, como uma unidade, desenvolve um sistema de valores, crenças e atitudes face à saúde e doença que são expressadas e demonstradas através dos comportamentos de saúde –doença dos seus membros.” (grifos nossos)

A conceituação de família pode ser pensada de diferentes formas e por todas as ciências sociais, sendo inegável a sua importância na formação psíquica humana.

O modelo tradicional de família com papéis familiares de pai, mãe e filhos, pré-determinados pelo sexo e idade das pessoas, incluindo a consangüinidade entre estes, contraria o modelo moderno de família, em que a atribuição dos papéis domésticos, profissional, de educação, são divididos entre o casal ou entre os demais membros.

Para Souza & Dias²¹:

“As famílias modernas ou contemporâneas constituem-se em um núcleo evoluído a partir do desgastado modelo clássico, matrimonializado, patriarcal, hierarquizado, patrimonializado e heterossexual, centralizador de prole reduzida, os papéis se sobrepõem, se alternam, se confundem ou mesmo se invertem, como modelos também algo confusos, em que a autoridade parental se apresenta não raro diluída ou quase ausente. Com a constante dilatação das expectativas de Cida, passa a ser multigeracional, fator que diversifica e dinamiza as relações entre os seus membros”.

O modelo de casamento, da forma institucional, o qual impõe o seu próprio interesse, ou seja, sobrepõe os interesses da igreja em detrimento ao interesses do casal, não mais atende as aspirações de algumas pessoas que desejam se unir pelo afeto, não mais pela instituição, mas pelos sentimentos que os une, pela necessidade de se vincular afetivamente ao outro.

2.3. Família no Aspecto Jurídico

Em tempos não muito distantes a mulher era considerada pessoa relativamente incapaz, versão do Código de Bevilacqua, sendo que em 1962 pelo Estatuto da Mulher Casada passou a considerá-la capaz. Em 1948 a ONU promulgou uma declaração Universal em que a igualdade de direitos entre homem e a mulher era considerada, porém, o Brasil não reconheceu como direito interno.

²¹ SOUZA & DIAS. **Famílias modernas: (inter) secções do afeto e da lei.**
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

Só em 1977, pela Lei n. 6.515, a possibilidade de extinção do casamento pelo divórcio e a realização do segundo casamento foi introduzida em nosso ordenamento jurídico. A lei acabou com a indissolubilidade do casamento e a idéia da família como instituição sacra. Anteriormente, o que existia era apenas o desquite equivalente à separação judicial de hoje, neste instituto não havia o rompimento do vínculo matrimonial e a possibilidade de contrair novo casamento e sim a comunicação da ruptura do casamento em sentido patrimonial.

Para Maria Berenice Dias ²²: “O Estado sempre resistiu em admitir vínculos de convivência formados sem selo de oficialidade”. O Código Civil de 1916 regulamentava apenas a família constituída pelo matrimônio. Limitava-se ao grupo originário do casamento. Impedia a dissolução e fazia distinção e discriminação das pessoas unidas sem casamento e, conseqüentemente, aos filhos nascidos dessas relações. Chamados de vínculos extra-matrimoniais e filhos ilegítimos para apenas lhes excluir direitos.

A família deixou de ser célula estatal e atualmente é considerada célula da sociedade e a base do Estado, obrigado a lhe prestar especial atenção, na forma do artigo 226 da nossa Carta Magna.

Mesmo com o repúdio da legislação e o não reconhecimento de qualquer união fora do casamento, chamadas de espúrias, os vínculos desta ordem começassem a surgir à margem do casamento e da lei. Assim, várias famílias se originaram destes vínculos, sem nenhuma possibilidade de serem formalizados.

De outro ponto, a Lei do Divórcio possibilitou o rompimento do vínculo matrimonial, além de ter alterado o regime de bens para a comunhão parcial e a faculdade do uso do nome do marido.. As mudanças sociais e legislativas foram avanços consideráveis. Mesmo após a lei abranger essas uniões, sabe-se que aquela parte da sociedade mais conservadora não a via com bons olhos.

O § 4º, do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, inseriu em nosso ordenamento jurídico a proteção à família e suas novas possibilidade de formação. Diante de tantos fatores e transformações sociais que afetaram a família, vários autores e estudiosos se inquietam e questionam sobre a família na atualidade e tentam cada qual em sua área definir família.

Alguns acreditam que o instituto está em crise, outros acreditam numa re personalização das funções de seus membros e um redimensionamento. As mudanças

²² DIAS, 2009, p.45.

sócio-econômicas estão ocorrendo, se fazendo necessária a reformulação de vários institutos, tendo como alicerce a concepção principiológica de nossa Carta Magna, das leis infra-constitucionais e principalmente na liberdade e dignidade da pessoa humana como elemento nuclear das relações jurídicas.

A Constituição Federal de 1988, considerada “**A Constituição Cidadã**”, para Zeno Veloso²³ “espancou séculos de hipocrisia e preconceito”. Dentre todas as mudanças, considerou a igualdade entre homem e mulher, a proteção integral da família e todos aqueles que a compõe, seja ela formada pelo casamento, união estável, por apenas um genitor e sua prole (família monoparental), tratou igualmente filhos havidos ou não do casamento, bem como, aqueles adotados.

Sabemos que o Código Civil, promulgado em 11.01.2003, teve o projeto inicial em 1975. Como estava defasado em relação a outras leis teve que sofrer mudanças. Mesmo considerado “novo” chegou “velho”. No dizer de Maria Berenice Dias²⁴:

‘Assim, o novo Código, embora bem vindo, chegou velho. Por isso é imprescindível que os lidadores do direito busquem aperfeiçoá-lo: proponham emendas retificativas, realizem quem sabe verdadeiras cirurgias plásticas, para que adquira o viço que a sociedade merece. Mas mudar era preciso. **Preferir que as coisas fiquem como estão – postura tipicamente humana, pelo medo do novo – é mais fácil. De outro lado, criticar sem nada acrescentar é atitude estéril que nada contribui para que algo seja melhorado**”. (grifos nossos).

Observamos que o Código Civil demorou vinte e oito anos entre a confecção do projeto inicial (1975) e a promulgação (2003), dentro deste período ocorreram várias mudanças jurídicas, políticas e sociais, devendo, pois, ser aperfeiçoado.

Além das mudanças da conceituação de família advindas da própria legislação, em especial aquela citada neste trabalho no pensamento de Leonardo Barreto Moreira Alves, p.21, recentemente foi promulgada a lei nº 12.010 de 03.08.2009 que dispõe sobre a adoção, alterando as leis nº 8.069/90, 8.560/92, bem assim como revoga os artigos nº 1.620 a 1.629 do Código Civil, além dos parágrafos 1º a 3º do artigo 392-A da CLT.

Especial atenção deve ser dada ao Parágrafo único do artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, inserido pela nova lei, sobre o entendimento de família e sobre o aspecto afetivo destacado:

²³ VELOSO, apud DIAS, p.31.

²⁴ Idem Ibidem. p.31.

“Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”. (grifos nossos)

Como se vê, legislador pátrio, ainda que de forma parcimoniosa, está se manifestando acerca não especificamente das uniões homoafetivas mas estabelecendo regras que sem maior esforço interpretativo podem ser utilizadas analogamente por nossos Tribunais, o que já vem acontecendo, para assegurar adoção por casais formados por pessoas do mesmo sexo, ainda que em nome de apenas um dos companheiros. De qualquer sorte, nos parece que este entendimento extensivo do conceito de família caminha para que essas adoções possam ser realizadas em nome de ambos os companheiros, o que certamente diminuiria consideravelmente a privação de direitos sucessórios, pensão previdenciária, assistência médica e securitária, entre outros, para o adotado.

3. Relações Familiares

As relações familiares podem ser estabelecer de várias formas. Abordaremos neste capítulo a maior parte delas, seja nos relacionamentos amorosos ou nos relacionamentos fraternos e filiais.

3.1. Casamento

Sabemos que o casamento é uma das formas de concepção familiar. Várias são as teorias para explicar como se iniciou o ritual do casamento. Uma delas relaciona-se ao aspecto religioso. Sabe-se que na Bíblia, no velho testamento, Jesus falava com o povo utilizando-se de parábolas e explicava o significado aos seus apóstolos. As parábolas muitas vezes continham o que era esperado do povo de Israel, delas sobrevieram algumas leis, chamadas de “leis cerimoniais”. Depois de Jesus ter sido crucificado e morto, o significado destas “leis cerimoniais” deveria ser obedecido.

A igreja e o Novo testamento selecionaram quais os cerimoniais que deveriam prosperar. O cerimonial descartado pela igreja foi o sacrifício de animais, comum na época, outros, foram modificados ao longo do tempo baseados na própria bíblia, como no caso do chamado “divórcio bíblico”. O divórcio bíblico ocorreu e foi sugerido, por consequência do casamento dos homens do povo de Israel com mulheres pagãs do povo de Canaã. Vários foram aqueles do povo de Israel, considerados o povo de

Cristo, que se uniram em casamento com mulheres pagãs de Canaã, gerando aqueles povos que significavam o pecado e sua sedução e tentações. Sabendo do que havia acontecido, os líderes de Israel decretaram uma lei de divórcio. Eles deveriam deixá-las, como a seus filhos, pois eram pecadoras e lhes faziam mal.

A lei das doze tabuas, do século V a.C., não regulamentava a forma do casamento. Na época romana, 445 a.C., a *Lei Canuléia* estabeleceu entre os romanos a possibilidade de casamento entre plebeus e patrícios. O interesse na época era fortalecer a classe patrícia, casando os patrícios empobrecidos com as plebéias abastadas. Os patrícios geralmente eram ricos e possuidores de terras e os plebeus os agricultores, artesãos e comerciantes. Desta união surgiu uma nova classe chamada de *Nobilitas*.

Nota-se a utilização da instituição do casamento para atendimento aos interesses políticos, econômicos e religiosos.

Assim como se deu o início do casamento na igreja, os conceitos e a natureza jurídica do casamento se modificaram com o tempo. Alguns autores ressaltam, ainda, a sua característica sacramental e indissolúvel que é a herança do Direito Canônico. Outros autores ressaltam a natureza contratual, e outros, por último, a natureza institucional pela situação de convivência, o *affectio maritalis*.

No dizer de Maria Helena Diniz²⁵:

“Bastante polêmica é a questão da natureza jurídica do casamento: contrato ou instituição? Faz referência a existência da corrente contratualista originária do Direito canônico e a concepção institucionalista que vê no matrimônio um estado em que os nubentes ingressam e a terceira corrente, chamada de eclética ou mista, nascida da divergência entre as duas primeiras, a contratual e institucional, considerando o casamento um **ato complexo**, ou seja, concomitantemente contrato na formação e instituição no seu conteúdo”.

Podemos citar a definição de casamento de Dimas Messias de Carvalho que abrange todos os aspectos acima apontados, a saber²⁶:

“...atualmente, como a união legal de um homem e uma mulher com o intuito de constituir família, vivendo em plena comunhão de vida e em igualdade de direitos e deveres. É um contrato especial de Direito de Família vinculado a normas de ordem pública que tem por fim promover a união de pessoas de sexo diferentes, em plena comunhão de vida, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum que porventura tiverem e se prestarem mútua assistência,

²⁵ DINIZ. 2008.p.40.

²⁶ CARVALHO. 2009. p. 24.

O casamento possui várias finalidades, dentre elas destacam-se: estabelecimento da plena comunhão de vida; a legitimidade da família matrimonial; a procriação e educação dos filhos; O estabelecimento de direitos e deveres jurídicos do casamento; adoção do nome do cônjuge e estabelecimento dos efeitos sociais do estado de casados. Abordaremos abaixo todas elas.

3.1.1. Estabelecimento da Plena Comunhão de Vida

As finalidades do casamento, como já mencionamos, são várias. O aspecto da comunhão de vida é considerado a razão do matrimônio, sendo firmado na igualdade de direitos tanto da mulher como do homem, como também no afeto entre o casal, além do socorro mútuo, material ou espiritual. Nesta condição o casal partilhará da existência comum. Podemos destacar ainda, dentro da própria comunhão de vida, a finalidade de legalização e satisfação sexual, o que envolve o costume e a religião da sociedade.

3.1.2. Legitimidade da Família Matrimonial

A finalidade do casamento, sem dúvida, se relaciona à legalidade que o referido instituto resguarda. As garantias legais acabam por favorecer a estabilidade jurídica, visto que ambos possuem direitos e deveres especificados na lei. É o casamento legitimando a família. É a família legitimada pelo Estado.

3.1.3. Procriação e Educação dos Filhos

A procriação dos filhos e, principalmente, a paternidade responsável, incubem aos cônjuges. A finalidade de procriação e educação é uma finalidade secundária, visto que, pode ser considerada uma consequência natural do casamento e muitos casais optam por não possuírem filhos.

3.1.4. Estabelecimento de Direitos e Deveres Jurídicos do Casamento

Com o casamento surgem direitos e deveres dos cônjuges, de ordem moral, espiritual e patrimonial. Destacamos os aspectos patrimoniais e a finalidade de resguardar o direito ao patrimônio pela definição do regime de bens, direitos sucessórios, condição de dependência para planos de saúde e previdência, dentre

Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

outros.

3.1.5. Adoção do Nome do Cônjuge

Atualmente ambos poderão adotar o nome do outro e ambos conferirem o nome aos filhos. Desta forma podemos considerar esta finalidade secundária, principalmente, relacionada ao nome da prole, pois mesmo sem o casamento a criança poderá ter o nome do pai e da mãe.

3.1.6. Estabelecimento dos Efeitos Sociais do Estado de Casados

O casal é considerado socialmente como uma família constituída pelo matrimônio e estabelecem-se vínculos de afinidade com a família do cônjuge.

Para Dimas Messias de Carvalho: A finalidade do casamento almejada pelos cônjuges é de foro íntimo. Leva-se em conta muitos aspectos, entre eles os religiosos, filosóficos, culturais etc. Para cada casal poderá ser verificada uma finalidade específica, porém, na atualidade uma finalidade principal e constante do casamento é a realização do homem e da mulher unidos pelo afeto, na plena e íntima comunhão de vida para cumprir cada um o seu destino.²⁷

O efeito social do estado de casado poderá ocorrer sem o ato jurídico propriamente dito, visto que aos olhos da sociedade, superficialmente, não sabemos se um casal é casado juridicamente e religiosamente.

3.1.7. Características, Princípios e Validade do Casamento

O casamento apresenta algumas características, dentre elas o exposto no artigo 1.514 do Código Civil, que se refere à manifestação de vontade que deverá ser realizada pelo homem e pela mulher. Desta forma, para a existência do casamento se faz necessário que os nubentes sejam de sexos opostos.

A liberdade de escolha do cônjuge é outra característica do casamento. Não se admite a escolha por outra pessoa daquele com quem vai se casar, sob pena de se anulado por vício de consentimento. Mesmo nos casamentos realizados por procuração deve haver em seu âmago à vontade de praticar o ato e consentimento da parte outorgante. Esta autonomia e a liberdade de escolha é um atributo da personalidade, portanto, deverá ser considerada não só como uma característica mas como um

²⁷ CARVALHO, Dimas Messias. **Direito de família**, p. 28.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

princípio constitucional.

A solenidade do ato nupcial é uma característica do casamento, pois para a sua ocorrência não basta a união do casal. Os requisitos formais para o estabelecimento do casamento devem ser observados. Os nubentes deverão previamente se habilitar para o casamento, depois haverá a cerimônia de celebração presidida por pessoa habilitada que ouvirá a manifestação de vontade do homem e da mulher, que os considerará casados na presença das testemunhas presentes ao ato solene. Ao levar tudo a termo estarão materializando tal solenidade do registro civil.

O regulamento por normas de ordem pública diz respeito a indiscutível aplicação da legislação matrimonial, por se tratar de norma de ordem pública ela não poderá ser modificada. O interesse do Estado é a proteção da família e vem acima do interesse particular.

O casamento possui característica de uma união permanente e durável, pois é considerada uma união por tempo indeterminado, o que poderá durar toda vida ou alguns anos. O casamento poderá ser dissolvido de acordo com a lei, porém, a plena comunhão indica a permanência e durabilidade, incluindo a construção de vida em comum. Não poderá ser dissolvido pelas partes, se faz necessária à intervenção do Estado, que também regula a sua dissolução, já que possui o interesse de proteção e permanência.

A comunhão indivisa é considerada não só uma característica mais um princípio. Refere-se à união das pessoas pelo afeto, com base em igualdades de direitos e deveres dos cônjuges, visando à construção de uma vida em comum. Sua previsão está contida no Código Civil, artigo 1.511.

No plano de existência, o casamento deverá atender algumas condições imprescindíveis, de forma a tornar o ato válido e protegido da possibilidade de anulação, são elas: a diversidade do sexo, celebração válida e consentimento dos nubentes. Tais características são encontradas no artigo 1.514 do Código Civil.

No plano de validade, o casamento poderá ocorrer nas condições mínimas de aptidão física, maturidade física, sanidade mental e intelectual. Da mesma forma deverão existir as condições relacionadas à ordem social, por exemplo o prazo de viuvez. De outra parte, deverão existir as condições de ordem moral, como exemplo a proibição do casamento entre parentes próximos e afins. Todas estas situações tornam o casamento nulo, bem como demais casos previstos nos artigos 1.548 e 1.521 do

Código Civil.

3.2. União Estável

Existiu sempre uma notória rejeição do legislador à constituição de vínculos afetivos “fora do casamento” e vínculos afetivos “sem o selo oficial do casamento”. O Código Civil de 1916 almejava a preservação da família composta apenas pelos laços do matrimônio, o legislador de então não admitia regular as relações extramatrimoniais.

As relações extramatrimoniais, que possuíam um cunho adulterino, foram punidas quando o legislador vedou as doações à concubina, o não reconhecimento de filhos nascidos dessas relações, além de impossibilitá-la de participar do testamento. Até 1.977 não existia divórcio e sim desquite e este não dissolviu a sociedade conjugal e impedia o novo casamento. Como podemos perceber eram muitas reprovações, **mas nada disso impediu que as pessoas estabelecessem outros tipos de relacionamento.** Para Maria Berenice Dias²⁸ “Não há lei, nem de Deus nem dos homens, que proíba o ser humano de buscar a felicidade”.

Assim as uniões havidas sem o “selo matrimonial” era chamadas de concubinato. Alguns julgados da década de 60 impulsionaram a construção de uma doutrina, as soluções que foram encontradas, basicamente, se relacionavam aos aspectos patrimoniais. Quando ocorreram as separações do concubinato alguns julgados concediam alimentos de forma “camuflada” com o nome de “serviços domésticos”. É fato que tais decisões impediam o enriquecimento ilícito, pois o homem não poderia se aproveitar de uma mulher, que contribuía para a aquisição do patrimônio, deixando-a sem indenização.

Os questionamentos eram muitos, e a Poder Judiciário passou a reconhecer a existência de uma “sociedade de fato”. Para a efetiva divisão dos bens a mulher deveria provar a contribuição para a aquisição do patrimônio na constância da relação. Na verdade foram subterfúgios para evitar o enriquecimento injustificado de um dos companheiros.

Paulo Luiz Netto Lobo tratou muito bem de relacionar o reconhecimento da sociedade de fato com características de cunho empresarial aos casais que conviviam amorosamente ²⁹:

²⁸ DIAS, 2009. p. 158.

²⁹ LOBO. apud DIAS, p.164.

“Não há necessidade de **degradar a natureza pessoal da família convertendo-a em fictícia sociedade de fato**, como se seus integrantes fossem sócios de empreendimento lucrativo. **Os conflitos decorrentes das entidades familiares** explícitas e implícitas **devem ser resolvidos à luz do direito das famílias e não do direito das obrigações**, tanto os direitos pessoais quanto os direitos patrimoniais e os direitos tutelares”.(grifos nossos)

A Constituição Federal de 1988, apesar de receber várias críticas, inovou com relação à visão da formação da família, inserindo o conceito de “entidade familiar” além de desconsiderar o casamento como a única forma de constituição familiar, equiparando a união estável ao casamento.

A união estável foi uma “abertura de olhos” do legislador. Nada pode conter os fatos sociais, vários casais se uniram a fim de constituir família e optaram por não casar, seja porque não tinham recursos financeiros para pagar as custas de um casamento, ou porque tiveram um casamento anterior e são separados apenas de fato, ou por questões de cunho religioso e filosófico e, ainda, existem aqueles que viveram a experiência do casamento e após a separação não pretendem mais se casar, dentre outras opções. São várias as possibilidades de explicação para um instituto que se tornou comum em nossa sociedade: a união estável.

Apesar da união estável fazer parte de um novo sistema jurídico continuou sendo tratada como direito das obrigações nas varas cíveis. Com relação à sucessão nada foi modificado, persistiu a vedação a conceder a herança ao companheiro. Desta forma a lei 8.971 de 29.12.1994 assegurou o direito de alimentos e de sucessão do companheiro, desde que a relação estável seja entre pessoas solteiras, judicialmente separadas, divorciadas e viúvas. Excluiu as uniões com pessoas separadas de fato e não quantificou o prazo de convivência, mesmo assim teve maior abrangência.

O Código Civil não definiu união estável, assim como não definiu família. Várias são as tentativas de conceituar união estável, a dificuldade existe devido a várias mudanças e ao dinamismo de suas ocorrências. Maria Berenice Dias numa tentativa de conceituação diz³⁰:

“Não é fácil conceituar união estável, um tema sujeito a tantas transformações sociais e culturais, pois começa e termina por entender o que é família, também difícil conceituação, ao deixar de ser núcleo econômico e de reprodução para ser espaço de afeto e amor. Nasce a união estável da convivência, simples fato jurídico que evoluiu para a constituição de ato jurídico, em face de direitos que

³⁰ DIAS, 2009. p. 161,162 e 163.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

surgem dessa relação, deixando, com isso, aos poucos, de ser união livre para ser união amarrada às regras impostas pelo Estado. **O casamento e a união estável são merecedores da mesma e especial tutela do Estado, inexistindo hierarquia entre os dois institutos**, apesar do desdém do legislador para com a união estável, disciplinando seus aspectos pessoais e patrimoniais em apenas quatro escassos artigos (art. 1.723 a 1.726,CC) e o direito sucessório em apenas um artigo (art. 1.790 CC), conferindo tratamento desigual, desastroso e inconstitucional. **O casamento e a união estável têm origem no elo afetivo, existindo quase uma simetria entre as estruturas de convívio.** A divergência ocorre só no modo de constituição, pois enquanto o casamento se realiza no momento da celebração (art. 1.514 CC), a união estável não tem termo inicial estabelecido, nascendo da consolidação do vínculo e convivência, de comprometimento mútuo, entrelaçamento de vidas e embaralhar de patrimônio”.(grifo nossos)

Alguns autores chamam a união estável de concubinato puro, união livre e estável entre duas pessoas de sexos diferentes, que não estão ligadas entre si por casamento civil³¹, ou ainda, a união do homem e mulher, fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para fim de satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade da mulher e do homem.³²

3.2.1. Distinção entre União Estável e Concubinato

Antes do atual código civil o (a) companheiro (a), concubino (a) e amante eram distinguidos tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

Com o advento da lei 8.971/94, lei que regula o direito da companheira à sucessão e alimentos, alterou em parte do conceito de companheiro pois incluiu o “separado judicialmente”, considerado até então concubinato.

A lei 9.278/96 que regulou o § 3º, do art 226 da Constituição Federal, incluindo a União Estável, utilizou a expressão conviventes e não fez diferenciação entre companheira, concubina ou amante.

As relações extrapatrimoniais apresentavam-se com as seguintes distinções³³:

“Companheiro (a): os desimpedidos que convivem com solteiro (a), viúvo (a), divorciado (a) ou desquitado (a) Lei 8.971/94.

Concubino (a): o que vive com o casado (a), mas que separado (a) de fato, só vive com ele (a). Não amparado pela Lei 8.971/94, mas pela jurisprudência. Parte da doutrina e da jurisprudência entretanto, considerava o (a) concubino (a) como amante, fazendo apenas duas distinções: **companheiro (a)** (solteiro (a), viúvo (a), divorciado (a) e separado (a) judicialmente e **concubino (a)** (amante e separado de fato).

³¹ DIAS, apud CARVALHO. 2009. p. 247.

³² Idem ibidem.

³³ CARVALHO, 2009. p.251.

Amante: aquele que vive com homem ou mulher casado (a) ao mesmo tempo com o cônjuge, não está separado de fato, mantém relação afetiva e vive com os (as) dois (uas), existindo famílias paralelas”. (grifos nosso)

Em razão do atual Código Civil existe a seguinte distinção nas relações fora do casamento³⁴:

“União estável ou concubinato puro: São relacionamentos estáveis havidos entre pessoas livres, não comprometidas com deveres matrimoniais ou outra relação concubinária, ou se casados, estejam separados de fato (art. 1.723, CC), com atributos de entidade familiar;

Concubinato impuro: são os demais, onde existe vínculo efetivo de casamento com outra pessoa ou várias relações concubinárias (RT458/224 e art. 1.723, §1º do CC), incluindo, entre estes, os incestuosos e os demais impedidos de se casarem, posto que não pode ser convertido em casamento. São, portanto, os concubinos (amantes) e os impedidos de se casarem, exceto os separados de fato, e que são excluídos da proteção legal.(art. 1.727 CC)” (grifos nossos)

Percebemos que não caberá nos casos de união estável ou concubinato puro a união adúltera. De outra parte, várias são as “formas usuais” de se identificar os sujeitos da relação estável, o mais utilizado é o companheiro. Com relação ao termo concubinato, constata-se que no Direito Moderno não é muito empregada devido ao estigma da palavra em nossa história se referindo a relações pecaminosas. Para Maria Berenice Dias a palavra concubinato é envolvida por preconceito e estigmatizada de forma depreciativa, infelizmente ainda é utilizada para se designar os que vivem em união estável.

O legislador, no artigo 1.727 do CC utilizou, pela primeira vez, a palavra concubinato na tentativa de diferenciar **família paralela** e **união estável**: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, **impedidos de casar**, constituem concubinato”. (grifos nossos)

Para Maria Berenice Dias³⁵:

“O art. 1.727 restou incoerente e contraditório. Simplesmente parece dizer mais não diz – que as relações paralelas não constituem união estável. Pelo jeito a pretensão é deixar as uniões “espúrias” fora de qualquer reconhecimento e descoberto de direitos. Não é feita sequer remissão ao direito das obrigações, para que seja feita a analogia com as sociedades de fato. Nitidamente punitiva a postura da lei, pois condena à invisibilidade e nega proteção jurídica as relações que desaprova, sem atentar que tal exclusão pode gerar severas injustiças, dando

³⁴ Idem Ibidem, p.251.

³⁵ DIAS, 2009. p.163.

margem ao enriquecimento ilícito de um dos parceiros”.

Vejamos que os aspectos salientados por Maria Berenice Dias deverão ser considerados por dois motivos: O primeiro com relação à justiça, uma das funções do Direito, e segundo porque o Estado atua com postura autoritária e punitiva no momento que exclui tais relacionamentos. Parece que o Estado tenta dominar os fatos sociais escolhendo as formas como as pessoas devem se relacionar.

A tentativa de conceituar família torna possível conhecer as variações que ocorrem na sua formação. Dentre algumas delas podemos citar: as famílias formadas pela convivência, as famílias formadas pela monoparentalidade, as famílias formadas pela anaparentalidade, as famílias formadas pela socioafetividade, as famílias formadas pela pluriparentalidade, entre outras. Passaremos a expor no próximo capítulo cada uma delas, de forma a dirimir as dúvidas com relação a novos termos empregados para a formação de uma coisa antiga mas que através dos tempos vem se modificando.

4. Formação da Família na Atualidade

Atualmente existem algumas formas de composição familiar. Algumas delas decorrem de circunstâncias que fogem ao controle humano e outras que são opções culturais e filosóficas. A partir deste momento passaremos a explorar boa parte delas.

4.1. Famílias Formadas pela Monoparentalidade

As famílias formadas pela monoparentalidade (artigo. 226, § 4º, da Constituição Federal) são aquelas compostas pela mãe ou pelo pai que vive com seus filhos havidos de um relacionamento anterior. *Da monoparentalidade diz-se do homem ou da mulher que assume só o encargo de cuidar de um ou mais filhos. No caso da mulher, ela é então a mãe e chefe de família ao mesmo tempo.*³⁶

As famílias monoparentais passaram a ter uma maior visibilidade com o declínio do patriarcalismo e a inserção da mulher no mercado de trabalho. Muito comum principalmente com mulheres que acabam sozinhas e precisam arcar com as despesas da família, sendo que a discriminação do mercado de trabalho faz com que estas mulheres aceitem menores salários.

Não está distante o tempo que a sociedade atribuía a estas famílias

³⁶ HORCAIO, 2006, p. 710.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

monoparentais o fracasso pessoal; de outra parte, aquelas mulheres que optavam por esta constituição familiar eram marginalizadas.

Interessante ressaltar o pensamento de Evelune Sullerot, in Souza & Dias que diz³⁷:

“Temo a ausência da figura do pai, reduzida apenas ao sêmen, ou a uma célula, da qual a mãe poderia apropriar-se livremente. O papel fundamental, diante da Psicologia, a ser desempenhado pela figura paterna tende a esfacelar-se em alguns tipos de famílias monoparentais, assim instituídas já não tão raramente. O filho pode ser exposto aos riscos de não lhe ser de todo facilitada a constituição de triângulo edípico, raiz do desenvolvimento psicológico da criança. Por outro lado, a premência econômica da revisão nem sempre tranqüila das funções da mulher projetam-na para fora do âmbito doméstico, pressionando-a por vezes subestimar a maternidade maternagem. As repercussões sobre os filhos permanecem como incógnita. Além disso, ansiedades advindas do trabalho externo e a sobrecarga com as tarefas domésticas, ainda precariamente divididas, produzem um desgaste físico-afetivo perturbador”.

Os aspectos psicológicos evidenciados pela a autora, são coerentes porém cabe ressaltar algumas formas de analisar a constituição de tais relacionamentos. O favorecimento da “triangulação edípica” é objeto de estudo da Psicologia e é considerado crucial para o desenvolvimento saudável do infante. Devido a diversidade com relação à composição familiar é de ressaltar que a presença do próprio pai e da mãe para a triangulação é questionada.

É Necessário para o desenvolvimento psicológico da criança que seus responsáveis tenham aspectos relacionados à feminilidade e à masculinidade, não relacionados a aptidões físicas, mas principalmente a papéis desempenhados no seio familiar para que a criança construa a sua identidade.

Estaríamos diante de um problema sem solução, pois a monoparentalidade está presente na viuvez de um dos genitores, no caso da separação, na adoção por pessoas solteiras, na inseminação artificial na mulher solteira, na inseminação homóloga após o falecimento do marido. Logo a falta de um dos genitores, ensejaria uma dificuldade no desenvolvimento psicológico e indicaria a possibilidade de transtornos, mas percebemos que várias são as formas de adaptação do ser humano e que cada evento deve ser estudado com pena da Psicologia tender a generalizações.

³⁷ SOUZA & DIAS. **Famílias modernas: (inter) secções do afeto e da lei.**
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

4.2. Famílias Formadas pela Anaparentalidade

As famílias formadas pela anaparentalidade são aquelas compostas pelos irmãos, tendo como característica a união pelo afeto e a inexistência de hierarquias entre os seus integrantes até o final da vida. Mesmo com o crescimento deste tipo de família no Brasil, ela não tem muita atenção pelos estudiosos do direito e nem pelo Estado.

As últimas pesquisas do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- já demonstram que as famílias possuem perfis muito diversificados. Ocorre que aquelas mais diferenciadas acabam por serem enquadradas “em outro tipo de família”, impossibilitando os dados mais específicos. Mesmo assim, não é difícil encontrar este tipo de formação em nosso cotidiano.

4.3. Famílias Formadas pela Socioafetividade

As famílias formadas pela socioafetividade são aquelas compostas por integrantes que não possuem vínculo consanguíneo. A base para a sua formação é, também, o afeto entre os seus integrantes. Muito vista por ocasião da paternidade socioafetiva que ocorre quando um homem estranho àquela família passa a conviver com a mulher e os filhos havidos de outra relação. Este homem muitas vezes é considerado o pai socioafetivo, pois ele é que vive com aquelas crianças, educando, apoiando, contribuindo para o seu desenvolvimento. Outras formas de família socioafetiva podem ser exemplificadas, pois a partir do momento que existir o afeto envolvendo os seus integrantes e o desejo de permanecerem juntos se apoiando mutuamente, estamos falando de uma família sócio-afetiva. Um casal homoafetivo, desta forma, poderá ser considerado uma entidade familiar sócio-afetiva.

4.4. Famílias Formadas pela Pluriparentalidade.

As famílias formadas pela pluriparentalidade são aquelas compostas por parentes colaterais que não levam em consideração a igualdade ou diferença de grau de parentesco entre seus integrantes desde que na linha colateral. Este conceito também é utilizado nos vínculos que se formam com mais de duas pessoas desempenhando uma função parental, um biológico e o outro sócio afetivo, por exemplo dois pais. Esta é uma realidade freqüente nos casos de separação do casal e estabelecimento de novo relacionamento, bem assim nos casos de reprodução assistida, onde várias pessoas fazem parte do processo para a gestação da criança que está por nascer.

Desta forma, podemos perceber que se torna cada vez mais diversificada a composição familiar, e o Direito não poderá ficar a margem dessas mudanças sociais. Os fatos sociais se modificam e as normas não acompanham esta evolução. O Direito necessita mudar, regulando essas relações, sob pena de parar no tempo e deixar de cumprir seu real papel que não é de impor as formas de relacionamento, mas sim atender aqueles que precisam de justiça, além de proteger a família independente na sua forma de constituição.

5. Fim do Casamento

Como vimos a idéia de família sempre foi relacionada a casamento e aqueles vínculos sociais estabelecidos sem o casamento sofriam a reprovação social e eram punidos pela lei. O rompimento do casamento era considerado a ruína da família.

Vivendo numa sociedade conservadora e religiosa, o casamento sempre foi tratado como algo sagrado e indissolúvel. A única forma de romper com o matrimônio era o desquite. O desquite não impedia novos vínculos afetivos, já se disse, pois cessavam os deveres de fidelidade e vida em comum, porém, permanecia intacto o vínculo conjugal, impedindo novo casamento.

Como também já vimos, as uniões extramatrimoniais eram ignoradas e poucas referências legais invocavam a impossibilidade de concessão de qualquer benefício. Mesmo com a ojeriza social e da própria lei, esse tipo de união acontecia e foram chamadas de concubinato. Logo passaram a bater as portas do Poder Judiciário que acabou tendo que solucionar os conflitos decorrentes destas uniões. O judiciário foi forçado pela própria demanda reconhecer sua existência e atribuir alguns direitos. A jurisprudência acendeu nova possibilidade: O divórcio.

O divórcio foi inserido em nosso ordenamento jurídico em 1977 pela lei 6.515. A palavra desquite foi modificada para separação, porém, com as mesmas características: rompimento sem dissolução. Surgiram duas formas de separação: separação que poderia ser convertida em divórcio depois de um determinado lapso temporal, e divórcio direto em situações excepcionais. Para o divórcio era necessário que o casal estivesse separado de fato há mais de 5 anos. Este prazo foi implementado antes da alteração constitucional de 28.06.1977 e além dele a parte deveria comprovar a causa da separação.

Os avanços acabaram por institucionalizar os divórcios diretos, que perdeu seu

caráter de excepcionalidade, sendo reduzido o prazo para dois anos e desprezada a necessidade de identificar a causa da separação.

Atualmente a separação e o posterior divórcio é o caminho para o rompimento do casamento, fato muito criticado pela maior parte da doutrina, pois não se justifica a necessidade de duas fases: separação e divórcio, dentro de um lapso de tempo do qual o casal ficará atrelado sem a possibilidade de novo casamento, na verdade **ligado a uma relação que não faz mais sentido e foi extinta**. Portanto para muitos doutrinadores este duplo grau de trâmite processual é considerado, além de injustificável, dispendioso e oneroso para todas as partes, para o casal e para o Poder Judiciário..

O limite do intervencionismo do Estado começou a ocorrer quando foi instituída a possibilidade da separação pelo divórcio consensual por escritura pública no tabelionato, desde que os cônjuges não tivessem filhos menores ou incapazes.

A intervenção do Estado na vontade dos cônjuges, estabelecendo tempo ou identificando culpados, pode ser considerada inconstitucional, pois afronta os princípios da liberdade e dignidade da pessoa humana. Ninguém deve ser obrigado a se manter casado quando o casamento já não existe. Devemos questionar se o Estado possui legitimidade para restringir à vontade de romper o casamento.

Rolf Madaleno³⁸ comenta que a separação é um direito constitucionalmente assegurado, pois livra os cônjuges da degradação de continuarem infelizes. Para Ana Lucia Pedroni³⁹:

“Existe a tendência da separação se tornar um instituto cada vez mais obsoleto, até ser abolido, não fazendo mais sentido sua permanência. O divórcio assume a tarefa de dissolver a sociedade conjugal independente da imposição de prazos, harmonizando-se assim com a progressiva caminhada da humanidade”.

O Direito enquanto ciência “deve ser pensado”, com respeito àqueles mais positivistas. Não é exato, por mais que esteja na norma, ignorar a utilização de interpretação para a sua aplicação. Este é o impulso e o senso real que deveriam impregnar-se nos operadores do direito.

5.1. Separação de Fato

³⁸ MADALENO, apud DIAS, p. 275.

³⁹ Idem, Ibidem.

Existe uma confusão com relação ao término do casamento nos casos de anulação ou nulidade. Ambas, quando propostas, só põem fim ao casamento quando a sentença transitar em julgada.

A separação de fato é que põe fim ao matrimônio, todos os efeitos passam a correr no momento da ruptura da união. Cabe ressaltar que ser separados de fato não indica a separação de coabitação, o casal pode se separar e continuar sob o mesmo teto.

No momento que acaba a convivência e o afeto entre o casal o casamento não gera mais efeitos, ele simplesmente deixa de existir. O dever de fidelidade da mesma forma não existe e não há impedimentos para constituir união estável, porém, existe o impedimento para casar.

À data da separação de fato cessa o regime de bens, independente do regime adotado, portanto, este é o momento de verificar os bens para a partilha, sob pena de uma das partes sofrer prejuízos patrimoniais. A partir deste momento, os bens adquiridos por um dos cônjuges serão apenas dele.

5.2. Separação por Morte

De acordo com o artigo 1.571 do Código Civil, o falecimento de um dos cônjuges dissolve o vínculo conjugal. O cônjuge supérstite passa a ter o estado civil de viúvo. Este estado passará a fazer parte da vida do cônjuge que deverá citá-lo em suas qualificações.

O fato de informar o estado de viuvez poderá causar grande constrangimento, o que para Maria Berenice Dias⁴⁰, claramente constitui um ato de violação à intimidade, ela diz: A quem interessa saber se alguém casou e o seu cônjuge morreu? Dita identificação serve para saber a situação do patrimônio do viúvo e para isso não se faz necessário à rotulação como viúvo.

Com a morte, o cônjuge sobrevivente continua usando o nome do *de cujus*, existindo grande resistência para a adoção do nome de solteiro que poderá ocorrer com justificativa. Com a morte cessam, também, os impedimentos para o casamento, exceto para a mulher que deverá esperar 10 meses para novo casamento. Tal prazo se faz necessário para fins sucessórios, presumindo que possível gravidez foi concebida na constância do casamento o que, praticamente, poderia ser realizado com técnicas

⁴⁰ Idem Ibidem, p. 277.

modernas de exames como o DNA, para a superação do referido prazo.

Da mesma forma, a morte presumida e a declaração de ausência dissolvem o casamento. A morte presumida, como sabido, se dá quando o cônjuge estiver ausente e foram esgotadas todas as buscas, sendo muito provável a morte por estar em condições desaconselháveis para o ser humano médio. No caso da declaração de ausência, e aparecendo o desaparecido, existe uma divergência doutrinária, mas não podemos falar em bigamia e no caso de novo casamento não poderá ser considerado como inexistente pois não há previsão legal. Resta, portanto, que o regresso tenha o estado de solteiro, pois afinal não é mais casado. Tal posição, no entanto, não é uniforme.

6. Filiação

Para vários autores, filiação é o vínculo existente entre pais e filhos, tratando-se de parentesco consangüíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida. Dimas Messias de Carvalho e demais autores incluem no conceito não apenas os consangüíneos havidos pela união sexual dos pais, mas também por adoção, filiação socioafetiva e os havidos por reprodução assistida.

A Constituição Federal inovou com relação à filiação. Eliminou do ordenamento pátrio a distinção entre filhos legítimos, ilegítimos, legitimados e adotivos regulada pelo Código Civil de 1916.

Atualmente existem várias formas de concepção de um filho, dentre elas podemos destacar as: concepção natural, adoção, reprodução assistida heteróloga, reprodução assistida homóloga e socioafetiva.

A concepção natural tem origem na consangüinidade, estabelece a filiação pelos laços de sangue entre pais e filhos. Adiante trataremos de outras formas de estabelecimento da filiação.

6.1. Adoção

A adoção é um ato jurídico solene e bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas naturalmente estranhas umas as outras.⁴¹ Surgiu para perpetuação do culto doméstico na época grego-romana, para perpetuação do nome e continuidade familiar. Entrou em desuso quando a base religiosa parou de incentivá-lo

⁴¹ DINIZ Apud DIMAS, Messias de Carvalho p. 344.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

e retornou no Código Civil Francês por orientação de Napoleão, preocupado com a sua sucessão. No Brasil foi sistematizado no Código Civil de 1916, possibilitando a um casal maior de 50 anos que não possuíam filhos e teoricamente não poderiam concebê-los, suprir a falta com a adoção.

A Lei 3.133/1957 alterou o conceito anterior de adoção, passando a ter uma finalidade social. Permitiu a adoção por pessoas de trinta anos, independente de filhos, porém se existisse filhos consangüíneos os filhos adotivos não seriam considerados para a sucessão hereditária. O que lhe concedia um caráter totalmente discriminatório. A Constituição Federal de 1988 extinguiu definitivamente esta diferenciação, vedando qualquer forma de discriminação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, reduziu a idade dos adotantes para vinte e um anos e ratificou a finalidade social e proteção integral aos menores. Posteriormente o Código Civil de 2002 reduziu a idade do adotante para dezoito anos, sendo que deverá ser dezesseis anos mais velho que o adotado. Ambos os diplomas legais dispõem que não poderá ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável.

Outro ponto interessante a ser destacado é a possibilidade legal de adoção por apenas uma pessoa, situação mais comum no caso da adoção por um casal homoafetivo, porém, realizado apenas no nome de um deles.

Nos últimos anos podemos encontrar, tanto nas varas comuns ou varas especializadas de primeira instância, assim como em instâncias superiores, decisões com relação à adoção pelos dois parceiros de uma relação **homoafetiva estável**. Todas as decisões levaram em conta a mudança da família no tempo, na própria lei e a importância e obrigação do Estado de lhe prestar a tutela. Outro fato importante a considerar é o atendimento a outros princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e o direito da criança e do adolescente ter uma família, como se verifica no Estatuto da Criança e do Adolescente e, ainda, os vínculos afetivos que transcendem ao apego humano discriminatório e preconceituoso da sociedade.

Destaca-se a importância da ciência e a visão da homossexualidade não mais como doença. A comprovação de que casais gays não criam crianças potencialmente gays. O medo e o preconceito das possíveis influências psicológicas e da educação promovida por estes casais estão sendo aos poucos desmistificados, e experiências positivas já estão sendo produzidas e acompanhadas pelo próprio Poder Judiciário. O

número de crianças institucionalizadas a espera de uma família é gritante e o direito a pertencer a uma família não pode mais ser negligenciado.

Espera-se do grupo familiar, inicialmente, a base para a formação da personalidade daquelas crianças que o compõe. Esta condição de adoção não pode estar relacionada apenas à sexualidade dos integrantes de uma família. Outros aspectos são fundamentais para a possibilidade da adoção, fora àquelas condições legais imprescindíveis, como o amor, o afeto, a educação, o respeito, as condições de moradia e a estabilidade familiar, não poderão ser desconsideradas em detrimento de um aspecto de cunho sexual preconceituoso. No seio familiar aprendemos os valores morais, princípios e regras da convivência em família.

A criança tem no pai e na mãe referências e modelos para a sua formação. Este modelo não se relaciona apenas aos aspectos físicos e ao gênero masculino e feminino, mas aqueles aspectos subjetivos de proteção, autoridade, sensibilidade, fragilidade e compreensão, entre outros.

Para a criança recém nascida se fazem necessários os cuidados dos pais e um ambiente familiar estável e respeitoso. Os vínculos iniciais são fundamentais nos desenvolvimento da infância.

Adotar individualmente se tornou perfeitamente possível, diminuindo cada vez mais as resistências tormentosas no judiciário, em especial quando os adotantes têm uma relação homossexual. Tal fato não poderia ser diferente, pois a preferência sexual é constitucionalmente garantida e não pode ser, em qualquer hipótese, argumento para impedir a adoção.⁴² Assim, atualmente, várias crianças estão convivendo com casais homoafetivos. A ausência de regulação legal não os impede de realizar o desejo de serem pais. O Direito fecha os olhos, exclui as relações que considera preconceituosamente imorais e o fato social está ai aos nossos olhos. Pensemos se é correto estas crianças possuírem apenas um pai ou uma mãe e conviverem com um casal homoafetivo e, ainda, com a morte daquele que não consta no seu registro aquele filho socioafetivo ficará impossibilitado para herdar.

Cada vez mais se afastam as manifestações preconceituosas de que crianças não podem conviver com homossexuais. Trata-se de idéias fantasiosas. Se faz necessário uma melhor análise para serem definitivamente excluídas.

Existe um mito de que crianças criadas por homossexuais teriam prejuízo no

⁴² CARVALHO, Dimas Messias de, p 356.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

desenvolvimento psicológico e social. São feitas várias associações relacionadas a moral do homossexual, como se todos praticassem condutas desregradas, promíscuas e devassas. Trata-se de visão totalmente distorcida da realidade. O ser humano leigo aborda o que desconhece com a generalização, coloca no mesmo plano grupo de pessoas diferentes. Desta forma, corremos sérios riscos de pré-julgar e distorcer a realidade, não podemos colocar todos num “mesmo bolo”, pois, estaríamos massificando comportamentos e estigmatizando pessoas que possuem cada qual uma identidade e uma personalidade. Cada caso é único, portanto, perfeitamente possível o exercer da sexualidade homossexual com discrição, dentro de uma moral com o estabelecimento de um vínculo estável, afetivo e respeitoso.

A moral, o desregramento, a promiscuidade, a libertinagem independem da opção sexual! Basta olharmos os meios de comunicação para avaliarmos que vários homens e mulheres, independente de como exercem sua sexualidade, diariamente manifestam condutas que são socialmente, moralmente e juridicamente reprováveis; como o abandono de crianças, a violência doméstica, a violência sexual, o pedofilismo, e os crimes pela Internet, dentre outras.

Não é raro nos surpreendemos com condutas veladas por agentes considerados “normais”, ou seja, convivemos com nosso semelhante e aparentemente não percebemos que podem esconder para a sociedade aspectos de sua personalidade totalmente patológicos e nocivos. Esses sim são perigosos, pois são desconhecidos e anônimos para a sociedade e conseguem lesar física e psicologicamente adultos e crianças. Diferente de pessoas que assumem a sua homossexualidade e estabelecem um relacionamento homoafetivo sem esconder da sociedade, mesmo tendo que enfrentar vários preconceitos.

6.2. Reprodução Assistida.

Alguns casais por não alcançarem a possibilidade de serem pais pela relação sexual buscam na medicina a realização do seu desejo. A reprodução assistida é um dos caminhos para a tão almejada paternidade e maternidade. Não podemos negar que a ciência está a nosso serviço. Tivemos um aumento considerável do tempo de vida, as pesquisas com células-tronco e com DNA são a esperança para a cura de várias doenças. A ciência evoluiu e não seria diferente com relação à reprodução assistida. Vale ressaltar que o bebê de proveta, a inseminação artificial, também foi

muito criticada e, atualmente, mais aceita em nossa sociedade.

Atualmente existem várias formas de reprodução assistida. Sua indicação se dá com uma análise criteriosa dos problemas de fecundação. Podem ocorrer na célula reprodutiva da mulher, o óvulo, ou na célula reprodutiva do homem, o espermatozóide, ou, ainda, na união entre eles e condições para o seu alojamento na parede uterina.

Uma das reproduções assistidas é chamada de heteróloga e ocorre quando o casal encontra dificuldade em suas células e, dependendo do caso, se faz necessária à utilização de um material genético, óvulo ou espermatozóide, de terceiros.

A Reprodução assistida homóloga, também se refere às dificuldades no processo de fecundação, porém não se faz necessária à utilização de outro material genético para a fecundação. São utilizados, portanto, o espermatozóide e óvulo do pai e da mãe. O espermatozóide do pai e o óvulo da mãe, após a fecundação, podem ser implantados na barriga da mãe ou em uma barriga de aluguel.

6.3. Filiação Socioafetiva

A filiação socioafetiva está sendo muito discutida em nosso tempo. Possui a característica principal, como o próprio nome diz, da afetividade exercitada pela convivência nas relações familiares. Não se caracteriza pela genética, mas sim pelo afeto, amor e reconhecimento dos pais pelos filhos socioafetivos e vice versa.

Para Paulo Luiz Lobo: “a socioafetividade exige os seguintes elementos: pessoas que se comportam como pais e outra pessoa que se comporta como filho. Convivência familiar. Estabilidade de relacionamento e afetividade.”⁴³

Cada vez mais a jurisprudência consolida este tipo de filiação, desconsiderando a paternidade biológica e preservando a sócio afetiva. O ideal seriam os pais biológicos exercerem a paternidade socioafetiva, entretanto, vários são os fatos de cunho social, sentimental, íntimo e de caráter que acabam por distanciar os pais biológicos de sua prole.

Cabe ressaltar que é assegurada a busca pelo filho da sua identidade genética, porém, esta não deverá se sobrepor a socioafetiva construída com laços de amor e solidariedade.

7. Relações Homoafetivas

⁴³ LOBO. apud Carvalho 2009. p. 295.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

Antes de iniciar a discussão do tema propriamente, necessário que se faz algumas considerações preliminares. A primeira constatação que se faz é a quase inexistência de abordagem das uniões homossexuais nas obras didáticas de autores consagrados, certamente preocupados em enfatizar o que se encontra codificado, mesmo porque o Direito de Família, na forma legislada, trata apenas das relações envolvendo homem e mulher. Confesso que tal situação me deixou surpresa, principalmente porque ao ingressar no curso de Direito, nas primeiras aulas, ouvi de uma voz impostada *ubi homo, ibi jus* (onde está o homem está o Direito), e que “*a finalidade do direito é a de regular a vida das pessoas em sociedade*”.

Se o Direito fosse uma ciência exata estaríamos diante de uma grande contradição, pois se faria necessário excluir os homossexuais da sociedade e, ainda, não poderíamos considerá-los pessoas. Claro que tal entendimento é absurdo. Mas o fato relevante é que em pleno século XXI, na era do conhecimento, da informática de última geração, da robótica, do mundo virtual sem fronteiras, entre tantos outros avanços da ciência, o legislador pátrio ainda não se preocupou em regular uma situação real, que a todo instante se percebe, parecendo mesmo que aquele entendimento absurdo, mencionado um pouco antes, pode ser, no fundo, o real interesse do legislador.

Aliás, não poderia deixar de registrar um fato que me causou perplexidade. Em certa ocasião, numa dessas palestras da semana jurídica, determinado palestrante estava enfocando o homossexualismo e pude perceber que dois professores que estavam à mesa cochichavam entre si, sorrindo de forma debochada, mostrando sua desaprovação quanto ao tema. Ou seja, no ambiente acadêmico, onde se esperam mentes mais abertas, as relações homossexuais nem sempre são respeitadas. Na verdade o preconceito existe em toda parte inclusive nos bancos acadêmicos, ambiente onde deveríamos ampliar nossos horizontes e exercitar o respeito às diferenças.

No entanto nem tudo está perdido. Existem alguns juristas e doutrinadores mais ousados que se dispõem a pesquisar e discutir o tema de forma mais aberta. A eles meus sinceros agradecimentos, sem o que o presente trabalho não seria possível. Necessário, por fim, um tributo especial à douta Desembargadora Maria Berenice Dias, pelo pioneirismo e coragem de discutir um tema até então proscrito, abrindo precedentes a outros Magistrados e Juristas que se preocupam com a situação dessas

pessoas, tão dignas como todas as demais, mas infelizmente ainda tão discriminadas.

7.1. Origem e História

São encontradas informações, segundo Roberto Senise Lisboa, de que “a homossexualidade existe desde o período antediluviano. Em que pese o fato de o relato bíblico existente no Antigo Testamento demonstrar que os hebreus a repudiavam, os gregos e os romanos a admitiam”.⁴⁴

Maria Berenice Dias indica que o amor homossexual era vital para as civilizações antigas. Refere que era comum na Grécia antiga e no Império Romano. Ivone Coelho de Souza menciona que na Grécia, o livre exercício da sexualidade era verdadeiro privilégio dos bem nascidos, fazia parte do cotidiano dos deuses, reis e heróis.⁴⁵

Zeus e Gamimede foram um dos casais masculinos da mitologia grega. Lendas relatam o amor entre Aquiles e Patroclo e os raptos de jovens por Apolo. Não sabemos se tais práticas eram perversões admitidas, instituição pedagógica ou ritual iniciatório. A bissexualidade fazia parte do contexto social e a heterossexualidade era considerada inferior, apenas procriativa. A homossexualidade era considerada natural, restringia-se a ambientes cultos e com revelações autênticas da libido.

Nas Olimpíadas os atletas competiam nus expondo a beleza física. As mulheres eram impedidas de participar, pois não conseguiam admirar a beleza, assim como no teatro os homens se vestiam de mulheres para representar.

Os jovens denominados *Efebos* se sentiam honrados ao serem escolhidos para o ritual de iniciação sexual. Os *Preceptores* tinham a sabedoria, por vezes guerreiros que transmitiam seus conhecimentos. As obrigações dos *Preceptados* eram servir o *Preceptores* sexualmente de forma a se tornarem bem treinados para a guerra e para a política, sendo considerados desviantes o que não se submetiam a tais práticas.

Ivone Coelho de Souza⁴⁶, menciona:

“... existia uma crença de que no período da infância e da puberdade o jovem se identificava com a figura materna, fase abandonada pela iniciação homossexual, por meio da qual o menino adquiria identidade e se integrava à comunidade masculina. Em Roma, a sodomia não se ocultava... A homossexualidade era vista como precedência natural, ou seja, no mesmo nível das relações entre casais, entre amantes ou de senhor e escravo. O preconceito da sociedade romana decorria da associação popular entre passividade sexual e impotência política”.

⁴⁴ LISBOA, 2009, p. 183.

⁴⁵ DIAS, 2006. p. 25.

⁴⁶ SOUZA. Apud Dias, 2006. p. 26.

Para Silvia Morici⁴⁷:

“A censura recaía somente no caráter passivo da relação, na medida em que implicava debilidade de caráter. Como quem desempenhava o papel passivo eram rapazes, mulheres e escravos – todos excluídos da estrutura do poder – clara a relação entre masculinidade-poder políticos e passividade-feminilidade-carencia de poder”.

A religião possui papel fundamental no estabelecimento do preconceito contra homossexuais. Sabemos que na Idade Média a presença da homossexualidade se dava nos mosteiros e nos acampamentos militares, mesmo assim a Inquisição era a maior perseguidora dos homossexuais. O fato de a Bíblia preservar a gênese e estabelecer a essência da vida entre o homem e a mulher – Adão e Eva – nada revela a condenação e repugnância à homossexualidade. A igreja considera tais relações como perversão, como a pouco considerava a masturbação, a infertilidade e a relação sexual prazerosa como transgressão a ordem natural. A relação sexual era vista como um fim procriativo e restrita ao casamento. As relações homossexuais entre mulheres vistas como lascívia, talvez menos perigosa, já a homossexualidade entre os homens era mais condenável. A sodomia era mais penalizada do que o sexo entre mãe e filho.

Na Idade Média, houve a sacralização da união heterossexual sem perdas com relação ao caráter patrimonial. O sexo somente era permitido após o casamento, devendo ser evitado e no caso de praticado deveria ocorrer com muito recato e, principalmente, para a perpetuação da espécie humana. O sexo foi associado definitivamente à noção de pecado.

Desde o cristianismo os homossexuais convivem com a intolerância. Algumas mudanças sociais ocorreram até então e o declínio da influência da igreja consolidou o prazer sexual entre homem e mulher não mais como um crime ou pecado, o casamento deixou de ser indissolúvel e o afeto passou a ser valorizado.

As décadas de 60 e 70 foram marcantes no sentido de maior visibilidade das diversas expressões sexuais. O Festival da Woodstock, reconhecido como maior evento da música popular de todos os tempos, pode mostrar a todos o poder dos jovens hippies proclamando a paz, a contra-cultura e o amor, se reunindo em campo aberto e abandonando preconceitos.

⁴⁷ MORICI. Apud Dias, 2006. p. 27.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

No dia 28 de junho de 1969 ocorreu uma rebelião de travestis no Greenwich Village, em Nova Iorque denominada motim de Stonewall. Esta manifestação foi imbuída de protestos, sendo que vários foram os conflitos com a polícia. A data é lembrada e intitulada como o Dia do Orgulho Gay, instituída pelo Projeto de Lei 379 de 2003, cuja autoria é da Deputada Laura Carneiro.

A manifestação do movimento do orgulho gay pode se verificada nas “paradas” que são realizadas em todas as partes do mundo, aqui bem perto podemos citar uma das maiores do mundo que é a de São Paulo, este ano na sua 13ª edição e outra realizada na cidade de Sorocaba na sua 4ª edição. As paradas movimentam economicamente a cidade, aliás, vários são os empresários que possuem visão para o atendimento desta clientela homossexual, como agências de turismo e eventos. Percebe-se que o grupo homossexual está mais articulado, sabedor dos seus direitos, com consciência de sua própria identidade e atuante com relação à sociedade que não os aceita.

Cabe ressaltar que neste ano, em 01.04.09 foi votado na Câmara Municipal de São Roque o projeto de lei denominado “Dia da Diversidade Sexual” elaborado pelos vereadores Julio Mariano e Rafael Marreiro. Por pressão de líderes religiosos e facções representativas da sociedade local não houve a necessária aprovação do projeto. O projeto tinha o intuito de possibilitar as discussões, palestras e atividades diversificadas de forma a esclarecer e conscientizar sobre o tema. Seria possível colocar no foco temas como a saúde, prevenção, direitos civis, discriminação, dentre outros. Nas palavras do edil Julio Mariano⁴⁸:

“Trata-se de um projeto polêmico, mas que não traria mal nenhum a comunidade, pelo contrário, do ponto de vista democrático, seria um marco importante para São Roque, apontando o respeito que temos pelas diferenças...Não sou um vereador de uma só igreja, de uma só Associação, nem mesmo de um só Bairro. Entendo que fui eleito para defender os interesses dos sãoroquenses e as vezes não dá para agradar todos”.

Na sessão estavam presentes os ativistas da Ong Movimento São Roque pela Diversidade, a idealizadora do projeto, e vários grupos evangélicos. Os vereadores contrários à lei argumentaram ausência de preconceito contra os homossexuais, defenderam-se de acusações homofóbicas e mencionaram que “a comunidade gay já

⁴⁸ MARIANO, 2009, blogger.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

poderia se sentir vitoriosa por estar ali, no entanto iam votar de acordo com a suas consciências.”

Sabemos que a palavra homossexualidade foi criada pelo médico húngaro Karoly Benkert e foi introduzida na literatura técnica em 1.869. Raiz da palavra *homo* que significa semelhante e da palavra latina *sexus*, portanto, sexualidade semelhante.

Na medicina da Idade média a homossexualidade era considerada como uma doença, acarretava a diminuição das faculdades mentais, mal contagioso decorrente de um defeito genético. Talvez por isso, nas culturas ocidentais contemporâneas, a homossexualidade tem sido até então a marca de um estigma.

A ciência estudou durante anos o sistema nervoso central, hormônios, funcionamento dos genitais e não obteve uma diferenciação significativa entre homossexuais e heterossexuais. Tentou também utilizar várias técnicas para mudar o comportamento dos homossexuais e os resultados foram negativos.

A Classificação Internacional de Doenças (CID), identificava o homossexualismo como um desvio ou transtorno sexual. Somente em 1993 a Organização Mundial de Saúde inseriu o capítulo “dos sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais”. Em 1995 o CID 10 classificou o homossexualismo como “transtorno de preferência sexual”, sendo o sufixo “*ismo*”, que significa doença, retirado e, incluído o sufixo “*dade*”, que significa modo de ser. **Neste momento a homossexualidade deixou de ser doença.** A busca da origem da homossexualidade flutua entre os aspectos biológicos, psicológicos e sociais.

A genética, ramo muito produtivo no ramo da pesquisa científica, obteve alguns resultados. Primeiro nos Estados Unidos numa pesquisa que envolvia gêmeos e irmãos adotivos, sendo um deles homossexual. Os resultados foram maiores nos casos dos gêmeos idênticos - 52 % sendo ambos homossexuais. Os gêmeos distintos o resultado caiu para 22 % e os irmãos adotivos o número foi menor - 11 %.

A neurocientista Simon Lê Vay, estudando o hipotálamo, região do cérebro que controla os impulsos sexuais, concluiu que esta parte do cérebro dos homossexuais possui a metade do tamanho dos heterossexuais.

O que prevalece é que a homossexualidade provém do estado da natureza, possuindo origens biológicas e não culturais. Outro estudo foi realizado por Américo Luís Martins da Silva, do Canadá, revelando que as impressões digitais dos homossexuais tem características femininas, levando a crer que a homossexualidade

integra as características biológicas de uma pessoa.

7.2. Aspectos Psicológicos do Homossexualismo

O médico romano Caelius Aurelianus, no século V, classificou a passividade masculina como uma inversão de gêneros e perturbação mental. No século XIX os desvios sexuais adquiriram uma conotação de psicopatologia, ou seja, de doença. Somente em 1973 foi retirada da lista de distúrbios mentais.

Para Freud, pai da psicanálise, o homossexual não deveria ser considerado um invertido sexualmente, um perverso ou enfermo. Acreditava que com análise poderiam viver melhor. No estudo de Leonardo Da Vinci ressaltou alguns potencializadores tanto da homossexualidade como dos desvios sexuais. Naqueles submetidos a análise se descobre um intenso enlace infantil de caráter erótico com a figura feminina e um distanciamento do pai.

Vários autores analisam a homossexualidade no ponto de vista dos estágios iniciais do desenvolvimento psicológico, outros destacam os fatores ambientais e sociais. Para a psicologia a homossexualidade é um distúrbio de identidade, não é geneticamente hereditário mas destaca-se o caráter ambiental que desenvolveu este determinismo psíquico considerado primitivo pois vai da concepção até por volta dos quatro anos de idade. O homossexual aceita o seu corpo mas seu desejo é voltado para o mesmo sexo o que o diferencia do transexual que repudia o seu sexo biológico e deseja modificá-lo anatomicamente.

Desta forma estamos longe em chegar numa concordância com relação a gênese da homossexualidade, sendo um desafio para a psicologia e psicanálise. O Conselho Federal de Psicologia baixou uma portaria tentando evitar o preconceito que algumas práticas terapêuticas que visam a “cura” do homossexualismo.

Recentemente uma Psicóloga de religião presbiteriana foi punida pelo Conselho Federal de Psicologia pois alega que “cura” o homossexualismo, tanto do homem quanto o da mulher.

Independente do descobrimento de sua origem, é certo que não devemos tratar a homossexualidade como doença ou como uma escolha. O sofrimento experimentado pelo homossexual esta mais relacionado a sua consciência de que sofrerá com rejeição do que com a homossexualidade em si mesma. Ninguém escolhe ser homossexual e se pudessem escolher com certeza não seriam pelo sofrimento e estigma decorrentes

do preconceito social. A escolha de ser gay talvez ocorra quando a orientação sexual torna-se visível socialmente.

Para Souza & Dias se faz necessário⁴⁹:

“Encarar essa realidade sem preconceitos, **pois a homossexualidade é considerada um distúrbio de identidade e, sendo um determinismo psicológico inconsciente, não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar quem exerce orientação sexual diferente, já que, negando-se a realidade, não se irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento de tais relações.** Não se pode negar a ocorrência de enriquecimento injustificado em proveito dos familiares – que normalmente hostilizaram tal opção sexual-, em detrimento de quem dedicou a vida a um companheiros, ajudou a amealhar um patrimônio e se vê sozinho, abandonado e sem nada”. (grifos nossos)

O adolescente ao descobrir sua atração pelo mesmo sexo, inicia um processo confuso e angustiante, pois além de todo o enfrentamento social, ele mesmo poderá acabar se condenando assim como a própria sociedade o condena.⁵⁰

Maria Berenice Dias comenta:

“Posturas mais conservadoras ainda tendem a explicar a homossexualidade como uma anomalia dos tempos presentes. Objeto da intolerância social, é vista como um ato de indignidade. As reações sempre são de ironia ou de franca hostilidade e agressividade”.

A sociedade é voltada ao modelo heterossexual e a hostilidade é fato para com os homossexuais. Quando alguém se descobre homossexual fugindo do isolamento passa a conviver em comunidades, guetos, bairros, bares e locais rotulados para este público. Como o preconceito não escolhe classe social, características físicas, biológicas e mentais, o homossexual sofre preconceito em todos os locais. Até mesmo em consultas médicas o que pode levá-lo a não buscar um tratamento preventivo, se sujeitando a problemas de saúde mais sérios.

7.3. Aspectos Jurídicos – A Omissão Legal

Como podemos perceber, o tema homossexualidade é deveras polêmico, não só em nosso país como no resto do mundo. O que podemos comprovar é que nos países com nível sócio econômico cultural mais alto o tratamento dado à minoria é de inclusão, favorecendo a identidade deste grupo. A existência de vários ordenamentos

⁴⁹ SOUZA & DIAS. **Famílias modernas: (inter) secções do afeto e da lei.**

⁵⁰ GUIMARÃES. Apud DIAS, 2006. p. 42.

jurídicos permite uma classificação dos países desde o mais repressivo até aqueles que respeitam liberdade e a orientação sexual.

Os países islâmicos e muçumanos são extremamente repressivos. Tanto a manifestação de homossexualidade feminina ou masculina equivale a pena de morte. No Paquistão os homossexuais estão sujeitos a prisão perpetua e no Irã podem sofrer amputações do pés, mãos ou ser condenado a morte. No mundo cerca de 70 países consideram a homossexualidade um crime sujeito a penalidade. Na América do Sul, o Chile é o único país que criminaliza o homossexual. No Estados Unidos alguns Estados aplicavam sanções, o que foi derrubado pela Suprema Corte. Já os países da Europa foram aos poucos revogando leis de caráter punitivo.

Em junho de 1989 foi reconhecida a primeira união entre homossexuais na Dinamarca, com registro de união civil com os mesmo direitos dos parceiros heterossexuais e, ainda, a possibilidade de troca de nome. Em agosto de 1993 a Noruega andou no mesmo caminho, apenas os direitos dos homossexuais não eram iguais as uniões heterossexuais. Em 1995 a Suécia concedeu registro, assegurando os mesmos direitos das uniões heterossexuais e ainda a utilização do nome do parceiro. Em 28 de setembro de 2001 foi a vez da Finlândia, que permitiu o casamento entre iguais com os mesmos direitos dos heterossexuais, porém, sem a possibilidade de adoção e utilização do nome. Em julho de 2002 a Alemanha permitiu o registro civil dos casais homoafetivos. Nos cinquenta Estados Norte Americanos, Vermont foi o primeiro a regular a união civil de pares do mesmo sexo com os mesmo direitos dos casais heterossexuais e com possibilidade de adoção. Portugal, em 15 de março de dois mil e um, decretou medidas de proteção as uniões de fato com mais de dois anos, independente da sexualidade, mas a adoção para parceiros do mesmo sexo não foi concedida. Na América Latina inexistente legislação que trata do tema. Buenos Aires foi a primeira cidade a garantir o registro publico de pessoas do mesmo sexo, para planos de saúde e pensão, sem admitir o casamento e a adoção.

A Holanda, em 01 de abril de 2001, foi o primeiro país a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com possibilidade de adoção. A Bélgica, em 01 de fevereiro de 2003 foi o segundo país a autorizar o casamento homoafetivo, sem a possibilidade de adoção. Massachusetts em maio de 2004 foi o primeiro Estado Americano a permitir o casamento de pessoas do mesmo sexo, e em 10 de julho de 2004 o Estado de Nova Iorque autorizou o casamento entre homossexuais.

A Espanha, em 21 de abril de 2005, aprovou o casamento e a adoção, e o Canadá, em 19 de julho de 2005, aprovou o casamento entre homossexuais com possibilidade de adoção.

Com relação à adoção a Finlândia, em outubro de 2001, concedeu custódia de duas crianças de 12 e 14 anos para a companheira de sua mãe que havia falecido. A Dinamarca no dia 05 de junho de 2002, foi o primeiro país que permitiu a adoção.

Em 1997 o Congresso Mundial de Sexologia elaborou a Declaração de Direitos sexuais sendo que após dois anos no próprio Congresso em assembléia geral foi aprovado e referendado.⁵¹

Entre nós, o legislador ainda não esboçou regras acerca da união entre pessoas do mesmo sexo. Não por falta de projetos, já que muitos vêm tramitando pelo Congresso Nacional, dentre os quais destacamos o da então Deputada Federal Marta Suplicy, Projeto de Lei nº 1.151/95; assim também o Substitutivo Adotado pela Comissão Especial Projeto de Lei nº 1.151/95. Destaque-se também as Propostas de Emenda à Constituição nº 66/2003, da Deputada Maria do Rosário e a de nº 70/2003, do Senador Sérgio Cabral, entre outros projetos.

Diante da omissão do Estado, surgem entidades que buscam à margem da Lei regular situações fáticas, como ocorre com a APOGLBT (Associação da Parada do Orgulho Gay de São Paulo), que desde 2004 “disponibiliza à comunidade o serviço de elaboração e registro de documento de União Homoafetiva”, destacando-se benefícios como:

- a) Inclusão do(a) companheiro(a) como beneficiário(a) em planos de saúde e de assistência médica, de previdência privada, em seguro de vida, INSS e entes públicos (federais, estaduais e municipais);
- b) Regramento da situação patrimonial a vigorar(o que prevê comunhão dos bens adquiridos a título oneroso no curso da relação);
- c) Administração de bens pessoais e negócios financeiros em conjunto;
- d) Direitos patrimoniais diversos (inclusive os sucessórios);
- e) Concessão de curadoria ao (à) companheiro(a), na hipótese de incapacidade temporária do (a) outro(a)”.

Referido registro conta com cerca de 200 (duzentas) uniões homoafetivas.

⁵¹ Texto da Declaração de Direitos Sexuais.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

Segundo Cléo Dumas, coordenador do projeto⁵²:

“independentemente de uma legislação específica, a regularização dessas uniões de forma contratual transcende a particularidade dos lares para tornar-se estatística que comprova a existência dessas novas famílias, o que, aliás, é o primeiro passo em direção à regulamentação”.

De toda sorte, ainda que não tenhamos a regulação do Estado, não temos também a proibição. Assim, diante da lacuna legislativa, nossos Tribunais menos conservadores vêm decidindo no sentido do reconhecimento de direitos aos casais formados por pessoas do mesmo sexo, tendo referidas decisões se iniciado no TJRS, TJSC, TJRJ e outros órgãos do Poder Judiciário de segundo grau pelo país afora.

Acreditamos que o amadurecimento da idéia pela sociedade fará com que as portas do legislativo nacional se abram para regular a situação fática por todos conhecida.

8. Adoção por Casal Homoafetivo

A adoção por casal homoafetivo está sendo muito debatida entre os especialistas do Direito de família. Encontramos forte resistência na jurisprudência e doutrina, que ao interpretar o artigo 1.723 do Código Civil e o artigo 226 da Constituição Federal, entende que a união estável necessita da diversidade de sexo. A criança não pode ter dois pais ou duas mães. Ora, como se dá a participação de vários doadores na reprodução assistida? Uma mãe impedida de gerar poderá receber o óvulo de outra mulher que foi fecundado pelo seu marido. Após a gestação a criança não terá duas mães e um pai? Portanto tal justificativa não poderá encontrar respaldo, pois deverão existir neste momento várias crianças com mais de dois pais ou mães, mesmo que um deles tenha sua identidade guardada.

Por mais questionável que seja a equiparação da união homoafetiva com a união estável, não se justifica a restrição da adoção por casal homoafetivo, pois a constituição da família, descrita em nossa Carta Magna, é meramente exemplificativa, existindo, como pudemos ver até o momento, várias formas de composição familiar que não devem ser relegadas a segundo plano.

“Não se justificam as restrições para o deferimento da adoção por um casal

⁵² DUMAS. uniaohomoafetiva@paradasp.org.br.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

homoafetivo, pois as únicas exigências são as que apresentam reais vantagens para o adotando e fundam-se em motivos legítimos. Sequer o registro público é óbice para adoção do menor por pessoas do mesmo sexo, bastando constar, no registro, que a criança é *filha de* e acrescentar o nome dos pais sem a discriminação pai e mãe, excluindo dos avós a identificação do materno e paterno. A resistência de que a criança poderia enfrentar problemas no ambiente escolar, ausência de referência de ambos os sexos para o seu desenvolvimento, entre outros, trata-se de preconceito de discriminação em aceitar pares do mesmo sexo prejudicando o menor institucionalizado de ter uma família e uma afeto. Da mesma forma, não se justifica vedar a possibilidade de um dos parceiros adotar o filho do outro, especialmente se já vive como casal homoafetivo”.⁵³

Algumas restrições com relação a vivência da criança com pais homoafetivos não passam de especulativas e preconceituosas. Nos aspectos psicológicos podemos destacar que o importante para a criança e seu desenvolvimento sadio são modelos de figuras positivas, sejam elas, masculinas ou femininas. Os aspectos psicológicos supridos pela mãe, como os cuidados e a delicadeza, podem ser supridos por um homem, pois não é o aspecto físico o importante e sim a conduta desempenhada e os modelos introjetados pela criança. A criança precisa ser amada, ter o afeto, a compreensão, a educação e o incentivo. Características que qualquer casal, seja ele heterossexual ou homossexual poderá cumprir, desde que, se proponha a adotar.

O preconceito pode estar impedindo a adoção de varias crianças, haja vista que os casais homoafetivos, pela própria vivência social, pela mentalidade mais aberta acabam por serem menos exigentes que os casais heterossexuais, que na maior parte das vezes não querem adotar as crianças negras e maiores de três anos.

Atualmente a mídia torna público alguns fatos que ainda não possuem uma definição judicial. Entre tantos, um deles diz respeito aos gêmeos gerados por uma mãe, com a implantação do óvulo de sua companheira e o sêmen de um doador. O registro de nascimento só pode ser realizado no nome daquela que os gerou impossibilitando a inclusão das crianças no plano de saúde da companheira e, conseqüentemente, a realização de uma cirurgia necessária a uma delas. Tal situação envolve o Direito enquanto uma ciência e uma decisão equivocada poderá ferir princípios basilares e fundamentais.

Desta forma claro se mostra a necessidade da ciência ser pensada e reformulada com pena de pararmos no tempo por puro preconceito e receio do novo e do incerto.

9. Decisões Judiciais

⁵³ DIAS. apud Carvalho. p.357.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

Abaixo mencionamos algumas decisões, colocando-as exatamente na forma como obtidas junto ao respectivo Tribunal, com o objetivo de demonstrar como as nossas Instâncias de 2º grau têm decidido a situação fática controvertida que é objeto deste trabalho.

De lembrar que a grande maioria das decisões envolvendo as Uniões Homoafetivas tramitam em segredo de justiça, daí a dificuldade de se obter os fundamentos utilizados pelos Magistrados que têm enfrentado o fato em discussão.

De outra parte, como já disse, vários fatos relacionados às uniões homoafetivas são veiculados nos meios de comunicação o que causa impacto em nossa sociedade e no próprio Estado o que vem ensejando algumas possibilidades de mudança e aceitação definitiva destas relações na sociedade, o que, posteriormente, deverá ser incluída em nosso ordenamento jurídico.

EMENTA: SUCESSÕES. INVENTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNIÃO HOMOAFETIVA NOMEAÇÃO DO SEDIZENTE COMPANHEIRO COMO INVENTARIANTE. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. Ainda que a alegada união homoafetiva mantida entre o recorrente e o “*de cujus*” dependa do reconhecimento na via própria, ante a discordância da herdeira ascendente, o sedizente companheiro pode ser nomeado inventariante por se encontrar na posse e administração consentida dos bens inventariados, além de gozar de boa reputação e confiança entre os diretamente interessados na sucessão. Deve-se ter presente que inventariante é a pessoa física a quem é atribuído o múnus de representar o Espólio, zelar pelos bens que o compõem, administrá-lo e praticar todos os atos processuais necessários para que o inventário se ultime, em atenção também ao interesse público. Tarefa que, pelos indícios colhidos, será mais eficientemente exercida pelo recorrente. Consagrado o entendimento segundo o qual a ordem legal de nomeação do inventariante (art. 990, CPC) pode ser relativizada quando assim o exigir o caso concreto. Ausência de risco de dilapidação do patrimônio inventariado. RECURSO PROVIDO (ART. 557, §1º-A, CPC). (Agravado de Instrumento Nº 70022651475, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 19/12/2007)

EMENTA: UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO PARADIGMA. NÃO SE PERMITE MAIS O FARISAÍSMO DE DESCONHECER A EXISTÊNCIA DE UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E A PRODUÇÃO DE EFEITOS JURÍDICOS DERIVADOS DESSAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS. EMBORA PERMEADAS DE PRECONCEITOS, SÃO REALIDADES QUE O JUDICIÁRIO NÃO PODE IGNORAR, MESMO EM SUA NATURAL ATIVIDADE RETARDATÁRIA. NELAS REMANESCEM CONSEQÜÊNCIAS SEMELHANTES AS QUE VIGORAM NAS RELAÇÕES DE AFETO, BUSCANDO-SE SEMPRE A APLICAÇÃO DA ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO, RELEVADO SEMPRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. DESTA FORMA, O PATRIMÔNIO HAVIDO NA CONSTANCIA DO RELACIONAMENTO DEVE SER PARTILHADO COMO NA UNIÃO ESTÁVEL, PARADIGMA SUPLETIVO ONDE SE DEBRUÇA A MELHOR HERMENÊUTICA. APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE, POR MAIORIA, PARA ASSEGURAR A DIVISÃO DO ACERVO ENTRE OS PARCEIROS. (Apelação Cível Nº 70001388982, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 14/03/2001)

EMENTA: Pensão por morte - Relação homoafetiva. Lei 498/2006 reconhece o direito pleiteado. A recusa ofende os princípios constitucionais da dignidade humana, isonomia e liberdade. "Não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las, também, perante a vida, ainda que minimamente". Recurso provido.

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO - Pensão - Pedido de ex- companheiro de servidor falecido - União homossexual - Direito do parceiro sobrevivente de receber a pensão - Relação de dependência - Sociedade de fato comprovada - Mandamentos constitucionais da igualdade e da vedação de discriminação por opção sexual - Precedentes - Sentença que reconhece situação de fato - União estável - Ação julgada improcedente - Juros de mora de 6% ao ano, a partir da citação - Recurso provido.

EMENTA: UNIÃO HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE JURÍDICA. Observância dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. Pela dissolução da união

havida, caberá a cada convivente a meação dos bens onerosamente amealhados durante a convivência. Falecendo a companheira sem deixar ascendentes ou descendente caberá à sobrevivente a totalidade da herança. Aplicação analógica das lei nº 8.871/94 e 0.278/96. POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente à união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo século constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DA ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado Provimento ao apelo.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que

constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006)

10. Considerações Finais

Diante do presente Trabalho de Conclusão de Curso que me propus a elaborar para obter o grau de bacharel em Direito, com a certeza de que é um trabalho inconcluso diante de tantas outras facetas que deveriam ser abordadas, acredito poder concluir com a certeza de que em futuro não muito distante as Uniões Homoafetivas superem o estágio da reprovação, que ainda está sedimentado em parcela da nossa sociedade, em especial as lideranças religiosas e famílias mais tradicionais. O caminho a trilhar, nos parece, se assemelha àquele que culminou com a instituição do divórcio pela lei nº 6.515/77, que também contava com grande resistência afinal superada.

Como vimos ao longo do trabalho, na Grécia e em Roma era não apenas admitida, mas fazia parte daquilo que os gregos denominavam uma necessidade natural digna dos ambientes cultos, em que até mesmo nas representações teatrais os papéis femininos eram desempenhados por homens. Na idade média a homossexualidade era abominada e considerada crime muito pior que as relações incestuosas. Foi considerada doença, distúrbio de caráter e opção “desavergonhada”, sendo discriminada entre nós até a promulgação da Constituição de 1988, que vedou taxativamente qualquer tratamento diferenciado em razão da sexualidade.

No entanto, essa mesma Constituição, tida como cidadã, de forma injustificada, afrontando Princípio Fundamental nela esculpido, inciso III, do artigo 1º, “Dignidade da Pessoa Humana”, fez constar do § 3º, do artigo 226, a saber: “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”. Assim também o artigo 1.723 do Código Civil vigente, o que me faz crer tratar-se, também aqui, de uma afronta ao Princípio Fundamental apontado.

A nosso ver, pela ótica constitucional, em que pese à regra do § 3º do artigo 226 antes citado, e considerando o Princípio maior, o Estado não se pode deixar de

assegurar ao cidadão, independente da sua sexualidade, a mesma proteção que confere aos casais formados por homem e mulher. A dinâmica do Direito e a necessidade de regular fatos sociais, como as Uniões Homoafetivas, movida pelo afeto, não permite que um Estado Democrático de Direito ignore as diferenças existentes em considerável parcela da sociedade. A omissão que se constata não pode permanecer por muito mais tempo, de sob pena de acentuar a discriminação.

Referências Bibliográficas

ABERASTURY, Arminda. **Abordagens à psicanálise de crianças**. Porto Alegre: Artmed, 1996.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **O reconhecimento legal do conceito moderno de família**. On line: Disponível em: www.jusnavigandi.com.br. Acesso em: 24 de setembro de 2009.

Associação da Parada e Orgulho Gay. **Registro da união homoafetiva**. On-line: Disponível em: www.paradasp.org.br. Acesso em: 01 de setembro de 2009.

Associação dos Advogados de São Paulo. **Justiça de 9 estados e do DF já reconhece união homossexual**. On line: Disponível em: www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=6015. Acesso em: 24 de agosto de 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **União entre pessoas do mesmo sexo**. Brasília: Revista Consulex, n. 28, 1999.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de família**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

COULANGES, Fustel de. **Cidade antiga**. Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: o que diz a justiça!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **União homossexual – o preconceito & a justiça**. 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Manual de direito das famílias**. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 22ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v5.

_____. **Curso de direito civil: direito de família.** 23^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v5.

Direito Romano. On line. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_romano. Acesso em: 24 de setembro de 2009

DOWER, Godoy Bassil Dower. **Curso moderno de direito civil: sucessões.** São Paulo: Nelpa, 2004. v6.

_____. **Curso moderno de direito civil: família.** São Paulo: Nelpa, 2004. v5.

Família. On line: Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Fam%C3%ADlia>. Acesso em: 23 de setembro de 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FIORELLI, Jose Osmir, Maria Rosa Fiorelli e Marcos Julio Olive Malhadas Junior. **Psicologia aplicada ao direito.** São Paulo: Ltr, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v6.

GRAÑA, Roberto B. **Homossexualidade: formulações psicanalíticas atuais.** Porto Alegre: Artmed, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito e responsabilidade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Família e casamento em evolução.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. **Institutas do imperador Justiniano.** 2^a. ed. Trad. J.Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARCELLI, D. **Manual de psicopatologia da infância de ajuriaguerra.** 5^a. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MARIANO, J. **Projeto de lei da diversidade sexual.** On-Line: Disponível em: j.amariano@uol.com.br. Acesso em: 29 de Novembro de 2009.

MATOS, Ana Cralas Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MELVIN, Levis, Fred e Wolkmar. **Aspectos clínicos do desenvolvimento da infância e da adolescência.** 3^a. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família.** 16^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

RATACHESKI, Irã Sfeir. **A união homoafetiva frente à sociedade e a constituição federativa do Brasil**. On line: Disponível em: www.artigos.com/indez2.php?option=com_mtree&task=print&link_id=2513&Ite...
Acesso em: 01 de setembro de 2009.

SOARES, José Ebenézer de Souza Soares. **Conceito de família no antigo testamento**. On line: Disponível em: webartigos.com. Acesso em: 24 de setembro de 2009.

SOIFER, Raquel. **Psiquiatria infantil operativa**. 3ª. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

SOUZA & DIAS. **Famílias modernas: (inter) secções do afeto e da lei**. On-Line. Disponível em: www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20080118105713713 e buscalegis.cj.ufsc.br. Acesso em: 25 de novembro de 2009.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. On-line. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito civil: direito de família**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.