

Evolução do conceito de família - Juíza Ana Maria Gonçalves Louzada

Juíza Ana Maria Gonçalves Louzada

“Não é a cópula em si,
mas o afeto,
que constitui o matrimônio.”

ULPIANO

Breve panorama histórico:

A humanidade sempre se portou e se mostrou de forma aglomerada, tendo em vista a necessidade do homem de viver em comunidade. É psicologicamente difícil ao ser humano a vida segregada, sem compartilhamentos, sem trocas. E a partir desta junção de pessoas começaram a se formar as famílias. A idéia de família surgiu muito antes do Direito, dos códigos, da ingerência do Estado e da Igreja na vida das pessoas.

Em verdade, família é um caleidoscópio de relações que muda no tempo de sua constituição e consolidação em cada geração, que se transforma com a evolução da cultura, de geração para geração.[\[1\]](#)

Na Antiguidade, com o advento do Código de Hammurabi, o sistema familiar da Babilônia passou a ser por lei patriarcal e o casamento monogâmico, embora admitia-se o concubinato. Esta aparente discrepância era resolvida pelo fato de uma concubina jamais ter o status ou os mesmos direitos da esposa. Ademais, o casamento dito legítimo, só era válido mediante contrato. Naquela época, havia a possibilidade de casamentos entre diferentes camadas sociais, e o código regulava especificamente a herança dos filhos nascidos deste relacionamento. Também admitia-se o divórcio, onde o marido podia repudiar a mulher nos casos de recusa ou negligência em “seus deveres de esposa e dona-de-casa”. Qualquer dos cônjuges poderia repudiar o outro por mau procedimento, mas neste caso a mulher deveria ter conduta ilibada. No respeitante ao homem era, no máximo, cúmplice. Quando pegos, os adúlteros pagavam com a vida, entretanto o Código previa o perdão do marido.

O amor entre os homens era plenamente aceito entre os povos antigos, sendo, contudo, valorizado apenas o “pólo ativo” da relação. Isso se explica porque o machismo, já naquela época, vislumbrava o ato sexual ativo como a postura masculina, sendo o ato sexual passivo tido como a feminina. Em outras palavras, não era analisado o sexo biológico para a qual o homem direcionava seu amor, mas o papel sexual que ele desempenhava.[\[2\]](#) Com relação ao amor entre mulheres, não há dados esclarecedores, uma vez que sua sexualidade era ignorada.

Já no direito hebraico não havia qualquer menção à palavra matrimônio, pois este era um assunto particular entre duas famílias. Ressaltamos que todos os povos da Antiguidade admitiam o divórcio, que começou a ser proibido somente após o advento do cristianismo. Contudo, na legislação mosaica, somente os homens podiam divorciar-se, não cabendo às mulheres tal iniciativa. Além disso, deveria ocorrer algo vergonhoso

na esposa para que o marido pudesse repudiá-la. Também admitia-se o concubinato.

Com relação ao Código de Manu, este reiterou explicitamente a incapacidade da mulher de sozinha se reger. Apesar de também admitir o divórcio, a separação só poderia ocorrer caso a deficiência fosse da esposa, vale dizer, era o marido quem decidia sobre a manutenção ou não do casamento. A fidelidade no casamento era exigido por lei. Geralmente a pena de morte era aplicada no adultério.

No Direito Romano, a palavra família podia ser aplicada tanto às coisas como às pessoas. Aplicada às coisas, refere-se ao conjunto de um patrimônio. No respeitante às pessoas, pressupõe parentesco, podendo ter sentido estritamente jurídico, chamado *agnatio*, e outro biológico, a *cognatio*. O parentesco jurídico englobava todos sob o poder de um mesmo *pater familias*, sendo transmitido somente pela linha paterna. Durante a evolução do Direito Romano, estes dois tipos de parentesco foram, muitas vezes, postos em contraposição, o que gerou juridicamente a prevalência do princípio do parentesco consanguíneo sobre a *agnatio*.

Os romanos distinguiam duas espécies de casamento: o *cum manu* e o *sine manu*. No primeiro caso, a mulher saía da dependência do *pater familias* para a do marido e do *pater familias* da família do marido. O casamento *sine manu* não oferecia esta possibilidade de sujeição, podendo a mulher continuar sob o poder de seu próprio *pater familias*, conservando o direito sucessório de sua família de origem. Para os romanos, o casamento era um ato consensual de contínua convivência. Era um fato e não um estado de direito.

Por outro lado, o casamento em Roma jamais foi indissolúvel, e desde o direito arcaico romano já previa o divórcio. No início, o divórcio somente podia ocorrer por vontade do marido. Com o passar do tempo, esta possibilidade foi estendida também às mulheres.

Na Idade Média o Direito Canônico passou a ter relevante importância na sociedade, tendo em vista o domínio da Igreja neste período. Como o poder laico enfraquecia pelo declínio do poder real, em consequência do feudalismo, a jurisdição eclesiástica aumentava seu poder também em relação aos leigos. A Igreja acabou sendo a única a julgar assuntos relativos a casamento, legitimidade dos filhos, divórcio, etc. O casamento deixou de ser contrato para ser considerado sacramento. Assim, como a Igreja só aceitava o sexo dentro do casamento e com finalidade de procriação, tudo o que se afastasse desta regra era tido como contrário a Deus.

O Direito Islâmico tem na família a sua base de formação da sociedade. É o casamento que dá a concessão social para a maternidade e paternidade, sendo ele essencial, pois os muçulmanos só atingem seu apogeu depois de terem filhos. O casamento possui duas fases: primeiramente se assina um contrato entre o marido e o representante legal da mulher, sendo este seu pai ou representante masculino mais próximo. Contudo, para sua validade é imprescindível seu consentimento, bastando, para isso, seu silêncio. Após assinaturas e consentimento, ambos são considerados casados e a ruptura do contrato se iguala ao divórcio. Destacamos que o casamento só se completa após a noite nupcial, tendo sido o casamento regulado objetivamente no Alcorão. As famílias poderiam intervir diretamente no matrimônio, pois ele não era tido somente como união entre marido e mulher, mas entre duas famílias. Há a possibilidade de o homem casar-se com várias mulheres, podendo também ter várias concubinas. Em suma, o casamento é

considerado como sendo o único objetivo na vida de uma mulher! Elas devem manter o pudor por completo, não exibir seu corpo, não olhar as pessoas nos olhos, devendo usar véu em público. Quanto ao divórcio, a mulher só pode ter iniciativa se houver no contrato este direito e se isso for permitido pela escola jurídica do lugar onde vive, não havendo qualquer ressalva em relação ao homem. Com o divórcio, se o marido quiser, poderá ter sua mulher de volta caso ela ainda esteja livre.

A Revolução Francesa foi um marco, um divisor de águas, na busca pela igualdade entre homens e mulheres, uma vez que estas últimas ainda eram consideradas incapazes. Contudo, ainda que se buscasse a reversão desta cruel discriminação, o Código Civil de Napoleão reforçou o poder patriarcal, outorgando ao pai maiores direitos sobre os filhos. Também ressaltou que o poder patriarcal é estendido à esposa, que continua sob seu jugo. O divórcio é admitido, sendo sempre o adultério feminino considerado como uma de suas causas, sendo aceito somente o masculino se o marido levar a concubina para dentro da residência. Também há diferenciação quanto aos filhos, sendo considerados filhos legítimos e ilegítimos, esses últimos nascidos fora do casamento. Sua legitimação só poderia ocorrer com o casamento dos pais. Caso o pai já fosse casado, poderia reconhecê-lo, mas este não teria os mesmos direitos do filho legítimo[3].

Assim, mesmo a visão iluminista, que via na liberdade sexual uma forma de atingir o progresso, a ordem e a felicidade, condenou com veemência o amor homoafetivo. Acreditava-se que os homens tinham apenas uma limitada quantidade de sêmen em seu corpo. Assim, não é à toa que esse período da história fez que a sexualidade não-heterossexual passasse a ser ainda mais condenada, pois se entendia que ela “gastava” a semente da vida de forma inútil, ou seja, não-procriativa.[4]

No século XIX passou-se a se afastar da dogmática religiosa, dirigindo-se para um estudo científico acerca da homossexualidade. Observa-se que primeiramente houve a definição da homossexualidade como doença, sem qualquer dado concreto. Isso fez com que tratamentos desumanos fossem abertamente utilizados, sem nenhuma punição estatal. Terapias com choque convulsivos, lobotomia e terapias por aversão foram largamente utilizadas. Queriam, a todo custo descobrir uma forma de reverter a homossexualidade. Obviamente que não conseguiram – pois não se cura algo que não é patológico.[5]

Somente ao final do século XX é que a ciência passou a aceitar a homossexualidade como forma de orientação sexual, e não mais como doença.

Na pós-modernidade, muito embora ainda possamos enxergar algum ranço preconceituoso, já é possível aceitarmos a família como sendo um conjunto de indivíduos unidos por laços de afetos.

Foi a Dinamarca quem primeiramente regulou as uniões homoafetivas, quando autorizou seu registro com os mesmos efeitos do casamento (com exceção apenas ao direito de adotar), nos idos de 1989. Em 1993 foi a vez de a Noruega permitir o registro destas uniões. No ano de 1995, a Suécia pronunciou-se sobre o tema, concedendo os mesmos direitos que anteriormente haviam sido deferidos pela Dinamarca. Em 1996 a Islândia oficializou o registro das uniões homossexuais. Neste mesmo ano, a África do Sul proibiu constitucionalmente a discriminação por sexo. A França, através do Pacto

Civil de Solidariedade (Lei n. 99.944/99) garantiu o direito à sucessão, imigração e declaração de renda conjunta. Em 1999 a Inglaterra reconheceu o status de família aos casais homossexuais. A Argentina, notadamente Buenos Aires, no ano de 2003 passou a autorizar uniões civis entre homossexuais, acompanhada pela Cidade do México e o Uruguai no ano de 2007.

Muito embora já haja o reconhecimento de uniões homoafetivas em diversos países desde 1989, somente foi possível este reconhecimento em relação ao casamento civil no ano de 2001, na Holanda. A seguir, no ano de 2003, o mesmo aconteceu na Bélgica. Em 2005, também a Espanha, o Canadá e a Grã-Bretanha passaram a admiti-lo. Nos Estados Unidos, o estado de Massachusetts autoriza o casamento de pessoas do mesmo sexo desde 2004. Em 2006 foi a vez de a África do Sul. No ano de 2008 a Noruega veio a se juntar ao rol dos países que admitem casamento entre homossexuais. Hoje, a Argentina é o primeiro país latino-americano a reconhecer o casamento entre homossexuais em 2010.

Para ilustrar, destacamos uma decisão da Suprema Corte do Estado de Massachusetts dos Estados Unidos [\[6\]](#)

“O casamento é uma instituição social vital. O compromisso exclusivo de duas pessoas uma à outra nutre amor e mútua assistência; ele traz estabilidade à nossa sociedade. (...) Uma pessoa que entra em uma união íntima e exclusiva com outra do mesmo sexo e tem acesso barrado às proteções, benefícios e obrigações do casamento civil é arbitrariamente privada do acesso a uma das instituições mais estimadas e compensatórias da nossa comunidade. Essa exclusão é incompatível com os princípios constitucionais de respeito à autonomia individual e à igualdade perante a lei”.

Em sentido oposto encontra-se o direito no Irã, onde além de ser proibida a relação entre pessoas do mesmo sexo, ainda há a punição com pena de morte.

Note-se, que o que se repudia é o objeto de desejo da pessoa homossexual, demonstrando um preconceito desmedido e vergonhoso. [\[7\]](#)

Em relação às características intrínsecas das diversas modalidades de família, que vêm se descortinando, podemos entender que convivem simultaneamente a família casamentária, a família formada por união estável, a família concubinária, a família monoparental, a família homossexual e a família formada nos estados intersexuais, que embora representem um campo farto de discussões no direito brasileiro, no plano internacional, fincam-se cada vez mais garantidas. [\[8\]](#)

Tal digressão mostra-se necessária para ressaltar que o Direito veio a subsidiar os anseios da sociedade em cada momento histórico. Assim, com o decorrer do tempo, com a evolução do pensamento humano, com a quebra de paradigmas, não cabe mais ao legislador escudar-se atrás do véu da hipocrisia e deixar de outorgar direitos aos casais homoafetivos. É certo que a homossexualidade sempre existiu e que em épocas passadas os casais homoafetivos não possuíam direitos, tendo em vista que a sociedade ainda mostrava-se avessa em aceitar tal condição, talvez por imposição da Igreja que

insiste ainda em dizer que se cuida de pecado.

Dada a dependência e o desamparo emocional que é da natureza humana, a finalidade da família, embora sofra variações históricas, mantém-se essencialmente como instituição estruturante do indivíduo em função das diferenças entre os elementos que a compõe e que determinam lugares que este ocupa e funções diferentes que exerce, de acordo com o ciclo vital.[\[9\]](#)

A família é muito mais que a um casamento estabelecido entre um homem e uma mulher. Família é comunhão de afetos, troca de amparo e responsabilidade.

Conceito de Família no Direito Brasileiro:

A evolução legislativa demonstra as necessidades mais pungentes da sociedade em cada época. Nota-se que a Constituição de 1824 não fez qualquer menção relevante à família, havendo como determinante, somente o casamento religioso. Naquele tempo, a Igreja assumiu um caráter delineador da moralidade, não aceitando qualquer outra forma de união que não aquela por ela definida.

Assim, até 1891, as pessoas apenas podiam se unir para formação da família, através do casamento religioso. A partir de então, passou-se a admitir o casamento civil indissolúvel. A primeira constituição a se preocupar em delinear a família em seu contexto, foi a de 1934. Nesta, houve a determinação da indissolubilidade do casamento, ressaltando somente os casos de anulação ou desquite. Também foi sob sua égide que foi autorizado as mulheres votar. Já a Constituição de 1937 nos trouxe a igualdade entre os filhos considerados legítimos e naturais. A de 1946 não inovou no conceito de família e a de 1967 manteve a idéia de que família somente era aquela constituída pelo casamento civil. Em contrapartida, a emenda constitucional de 1969, que manteve a indissolubilidade do casamento, foi modificada com o advento da Lei do Divórcio de 1977, passando-se a haver aceitação de novos paradigmas.

O Código Civil de 1916 admitia unicamente o casamento civil como elemento formador da família, muito embora a doutrina, jurisprudência e leis especiais já passassem a admitir o reconhecimento das uniões estáveis. Contudo, inovou a Constituição Federal de 1988 quando, de forma exemplificativa, admitiu a existência de outras espécies de família, notadamente quando reconheceu a união estável e o núcleo formado por qualquer dos pais e seus descendentes, como entidade familiar. Ou seja, trouxe à seara constitucional outros arranjos de convivência de pessoas, que não somente aquele oriundo do casamento. E o fez erigindo o afeto como um dos princípios constitucionais implícitos, na medida em que aceita, reconhece, alberga, ampara e subsidia relações afetivas distintas do casamento.[\[10\]](#)

Ainda que se busque identificar a possibilidade do casamento homoafetivo, há quem entenda que a união entre pessoas do mesmo sexo só pode ter tratada pelo direito das obrigações, por se tratar de uma sociedade de fato. Outros acatam somente a idéia de que se o par homossexual possui os mesmos direitos da união estável heteroafetiva.

Destacamos que na sociedade de fato as pessoas que dela fazem parte são consideradas

sócias, e não companheiros, visando lucro e não comunhão de vida. Ademais, para a divisão do patrimônio comum, necessário se faz a prova de sua contribuição.

Com relação à união estável, não há dúvidas de que, efetivamente, se duas pessoas do mesmo sexo se unirem por laços de afeto, de forma pública, duradoura, contínua e com objetivo de constituição de família, estabelecerão entre elas um vínculo familiar de união estável.

O que se quer evidenciar é que o instituto do matrimônio civil não é privilégio dos heterossexuais. Há que haver esta possibilidade também para os homossexuais, que não podem se ver alijados de seus direitos, tendo em vista a orientação sexual que possuem. Não é crível que no dias de hoje ainda se queira impor tratamento diferenciado aos homossexuais, considerando-os como pessoas menos dignas e tratando suas uniões como de segunda categoria.

O discurso não pode ser mais homofóbico, vez que sublinha a hierarquização das sexualidades. Vale dizer, o indivíduo é categorizado tendo em vista o objeto de seu desejo. Aquele que deseja pessoa do mesmo sexo é considerado uma categoria inferior de cidadão, não podendo usufruir de direitos outorgados aos heterossexuais.[\[11\]](#)

Na esteira de subsidiar preconceito por sexo, surgiram algumas correntes que visam impedir o reconhecimento do casamento civil homoafetivo, notadamente as que defendem a idéia da impossibilidade jurídica do pedido ou de sua inexistência.

Assim, o conceito de família restou flexibilizado, indicando que seu elemento formador precípua é, antes mesmo do que qualquer fator genético, o afeto. Hoje o afeto dá os contornos do que seja uma família. Se tivermos em mente que é o afeto o elemento fundante da família, e que a Constituição Federal nos trouxe um rol exemplificativo de núcleos familiares, forçoso admitir que duas pessoas do mesmo sexo, unidas pelo afeto, formam uma família. Neste sentido Paulo Lobo[\[12\]](#): “os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família, indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade”.

Ainda que não haja norma expressa neste sentido, é importante refletir sobre o fato de que “o silêncio sobre a diversidade sexual é atrelado à naturalização da heterossexualidade – a heteronormatividade. Esta deixa pouco espaço para que outros sentidos da sexualidade surjam. O silêncio heteronormativo reflete visões homofóbicas de mundo, pois prioriza os discursos que ligam a sexualidade à reprodução, de maneira que a relação sexual heterossexual se torna a única possibilidade legítima. A heteronormatividade, ao silenciar sobre a diversidade sexual, acaba por não contribuir para o enfrentamento da homofobia”.[\[13\]](#)

As formas idealizadas dos gêneros geram hierarquia e exclusão. Os regimes de verdades estipulam que determinadas expressões relacionadas com o gênero são falsas, enquanto outras são verdadeiras e originais, condenando a uma morte em vida, exilando em si

mesmos os sujeitos que não se ajustam a idealizações.[\[14\]](#)

Destarte, ainda que o discurso homofóbico muitas vezes se apresente somente nas entrelinhas do silêncio, das palavras não pronunciadas, mostra-se ainda mais perverso e dizimador, pois fere a alma, a dignidade do ser humano. Novos paradigmas devem nos levar a novas realidades, realidades estas pautadas em isonomia de tratamento. A discriminação contra o negro e a mulher, apesar de ainda persistirem em nossa sociedade, são objetos de cuidados legislativos, enquanto que a discriminação contra os homossexuais continua a ser velada, sóbria e sórdida, pois os pares homoafetivos são tratados como pessoas inexistentes, pessoas sem direitos, mas com muitas obrigações perante o fisco. Não se cuida de se fazer apologia ao não pagamento de impostos, mas prega-se, sobretudo a igualdade de condições, de oportunidades, de tratamento. Se os homossexuais possuem os mesmos deveres perante o Estado, o mínimo que se espera é que este mesmo Estado lhe estenda todos os direitos que tem os cidadãos heterossexuais.

É imprescindível que a lei dialogue com as transformações sociais. Por óbvio que a união de pessoas do mesmo sexo pautadas em afeto, respeito e cumplicidade descortinam o nascimento de uma nova família. Não pode o preconceito se sobrepor à dignidade, à igualdade, e ao direito à felicidade.

Família Homoafetiva:

Se considerarmos e entendermos somente o casamento, a união estável e a família monoparental como elementos fundantes de entidade familiar, deixaremos desabrigados um enorme feixe de indivíduos, que destinam seus afetos a pessoas de sexos iguais ao seu.

Se retrocedermos um pouco, observamos que antes somente o casamento era elemento formador de família. É dizer, havia uma separação entre os que eram casados e os que não eram e entre aqueles que tinham o direito de casar e aqueles a que estes direitos não eram reconhecidos. Para os pares homoafetivos, esta possibilidade lhes é retirada. Continuam a ser uma minoria ostracizada e privada de direitos.

A reivindicação do casamento “gay” não exprime simplesmente a aspiração, que seria o sinal de uma abdicação diante de modos de vida heterossexuais, de certos homossexuais a entrar na instituição matrimonial; ela traria, também, caso se realizasse, uma mudança profunda na própria instituição, que não poderia mais ser a mesma que antes, e isso ainda mais que, se os *gays* podem hoje reivindicar o direito de a ela ter acesso, é porque já não é mais o que era. É a dessacralização do casamento que torna possível a própria reivindicação de que se deva abri-lo aos casais do mesmo sexo.[\[15\]](#)

Nota-se que a aversão à outorga de direitos a homossexuais, quer no sentido de aceitar o casamento, o reconhecimento de uniões estáveis homoafetivas, ou direito a adoção, esta a infirmar uma superioridade biológica que se desenha pela dualidade de sexos numa

relação. Critica-se a alteridade e alberga-se a exclusão do outro.

Não há vontade política em deferir direitos, apenas para outorgar deveres. O discurso heteronormativo ainda constitui a base do pensamento político pós-moderno no Brasil, colocando os pares homoafetivos numa situação de inferioridade simbólica no espaço social.

A sexualidade é uma das dimensões do ser humano que envolve gênero, identidade sexual, orientação sexual, erotismo, envolvimento emocional, amor e reprodução. É experimentada ou expressa em pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, atividades, práticas, papéis e relacionamentos. Envolve, além do nosso corpo, nossa história, nossos costumes, nossas relações afetivas, nossa cultura.[\[16\]](#)

A heterossexualidade se define em grande parte por aquilo que ela rejeita, da mesma maneira que, de modo mais geral, uma sociedade se define por aquilo que ela exclui, como dizia Foucault em *História da Loucura*.

Os ordenamentos jurídicos têm influência no desenvolvimento das famílias, têm influência efetivamente afetiva, incluindo ou excluindo da pertinência à família mais ampla, o social. O tratamento que as famílias recebem deste representante paterno, que é o Estado e o Judiciário, em muito influenciará seu destino.[\[17\]](#)

O modelo familiar hoje, é o da família eudemonista, onde cada indivíduo é importante em sua singularidade, tendo o direito de ser feliz em seu contexto, independentemente de sua orientação sexual. Pautar direitos tendo como parâmetro o sexo a quem é destinado nosso afeto, é perverso e injusto.

A família é muito mais do que reunião de pessoas com o mesmo sangue. Família é encontro, afeto, companheirismo, é dividir para somar.

E o sentido de cidadania é justamente o da inclusão social. Não é humano e tampouco jurídico deixar ao desabrigo pessoas que possuem os mesmos deveres perante o Estado, mas têm subtraídos direitos.

Ainda que o direito brasileiro hodierno não admita o casamento entre homossexuais, é de mister relevância que seja aceita como união estável, com todos os direitos daí advindos.

A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela analogia, implica a consideração da presença de vínculos formais e a presença de uma comunidade de vida duradoura entre os companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre com os companheiros de sexo diferentes, valorizando sempre, e principalmente, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da não discriminação em virtude de sexo ou orientação sexual.[\[18\]](#)

Neste sentido a jurisprudência de vanguarda:

AÇÃO ORDINÁRIA - UNIÃO HOMOAFETIVA - ANALOGIA COM A UNIÃO ESTÁVEL PROTEGIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRINCÍPIO DA IGUALDADE (NÃO-DISCRIMINAÇÃO) E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA DE UM PARCEIRO EM RELAÇÃO AO OUTRO, PARA TODOS OS FINS DE DIREITO - REQUISITOS PREENCHIDOS - PEDIDO PROCEDENTE. - À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. - O art. 226, da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. - A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito. (TJMG, APC 1.0024.06.930324-6/001, rel. Des^a. Heloisa Combat, j. 22.05.2007, d.p. 27.07.2007)

O silêncio legislativo não pode ser interpretado como falta de direitos, e sim, como descaso institucional. Infelizmente, as minorias ainda sofrem nas mãos de alguns parlamentares que insistem em não se comprometer com medo de perderem votos para a próxima eleição.

DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA - ART. 226, §3º DA CF/88 - UNIÃO ESTÁVEL - ANALOGIA - OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - VERIFICAÇÃO. - Inexistindo na legislação lei específica sobre a união homoafetiva e seus efeitos civis, não há que se falar em análise isolada e restritiva do art. 226, §3º da CF/88, devendo-se utilizar, por analogia, o conceito de união estável disposto no art. 1.723 do Código Civil/2002, a ser aplicado em consonância com os princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, caput, e inc. I da Carta Magna) e da dignidade humana (art. 1º, inc. III, c/c art. 5º, inc. X, todos da CF/88). (TJMG, APC 1.0024.09.484555-9/001, rel. Des. Elias Camilo, 8ª Câmara Cível, j. 25.11.2009, d.p. 12.02.2010)

Conclusão:

Como visto, é da natureza do ser humano, da sua essência, a diversidade de orientação sexual.

Veja-se que a união homoafetiva passou a ser aceita somente no ano de 1989, na Dinamarca, tendo sido reconhecido o como casamento civil apenas no ano de 2001 da Holanda.

É bem verdade que em nosso ordenamento jurídico positivo, não há qualquer regra específica para o tema, quer no que diz com a união estável ou casamento.

Contudo, é de se ver que a Constituição Federal, através de seus princípios, princípios estes que norteiam todos os vetores nas normas infraconstitucionais, reconhece, subsidia, ampara e autoriza o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Destacamos o princípio da dignidade da pessoa humana, onde cada um deve ser respeitado em sua individualidade. Ratificamos o fato de que nenhum indivíduo possui a faculdade de escolher com que cor de olhos quer nascer, nem sua orientação sexual. A pessoa simplesmente nasce desta ou daquela forma. Assim, mostra-se hipócrita a sociedade quando aceita o ódio entre os homens, mas recrimina o seu amor.[\[19\]](#)

Ao depois, nunca é demais nos reportarmos aos princípios da igualdade, (que ratifica a isonomia de tratamento a todas as pessoas), da liberdade, (que embasa a livre escolha de parceiros), do pluralismo das entidades familiares (pois a Constituição ampliou o conceito de família) e da afetividade (onde o que efetivamente importa na relação familiar, muito mais do que o aspecto biológico ou sexual é o afeto que a envolve), princípios estes que direcionam todo o contexto do novo direito de família.

Já é hora de deixarmos de lado o descaso, o preconceito e o desrespeito. De pararmos para refletir que o homossexual não é melhor nem pior que o heterossexual, apenas se distinguem em sua orientação sexual. É bem verdade que os mais conservadores assustam-se com o diferente, com o novo, e o inaudito. Contudo, precisamos ter coragem para tirarmos a venda da repulsa e do menosprezo, e alcançarmos direitos às relações homoafetivas.

A relação de casal tem se mostrado um grande concentrado da vida psíquica familiar em qualidade e intensidade de emoções que é capaz de mobilizar. Os humanos, pelo menos desde o ingresso na adolescência, passam a ser atravessados pela conjuntura do casal, isto é, ter presente a alternativa de fazer parte de um casal. Não haverá quem fique de fora destas questões, mesmo aqueles que venham a optar pela renúncia à vida em casal, estabelecendo outras prioridades para a sua existência[\[20\]](#).

Como já dito alhures, há quem sustente que as uniões homoafetivas devem ser tratadas no âmbito do direito das obrigações, uma vez que não a Constituição Federal ao mencionar o instituto da união estável teria se referido à união entre homem e mulher. Olvidam-se que se cuida de norma de caráter exemplificativo, não tendo a Constituição da República abarcado todos os tipos de relacionamento possíveis. Ademais, dizer que uma relação afetiva entre indivíduos do mesmo sexo deva ser tratada como se sócios fossem, é efetivamente elevar o preconceito em detrimento do justo.

Com relação à união estável, pensamos que não há qualquer óbice para seu reconhecimento, ainda que não tenhamos lei específica para tanto. Ademais, é só nos ampararmos no texto constitucional para alcançarmos os mesmos direitos referentes às

uniões estáveis heterossexuais.

Mas avançamos mais: entendemos que a aceitação do casamento civil homoafetivo independe de lei específica, uma vez que a própria Constituição assim o autoriza. Não há qualquer artigo do Código Civil que faça restrição de que casamento é privilégio dos heterossexuais. É de se ter em mente também que o reconhecimento do casamento homoafetivo não traria prejuízo a quem quer que seja. Ao contrário, visaria apenas estabelecer igualdade e dignidade àqueles que possuem como objeto de seu desejo, pessoas de seu mesmo sexo.

É imprescindível que a Igreja deixe seus dogmas para seus fiéis, não devendo manifestar-se com relação a leis civis que visem à proteção de direitos de uma minoria que é por ela, reiteradamente, repudiada.

Até mesmo o Superior Tribunal de Justiça, quando instado a se manifestar sobre o sentido que deve-se dar à entidade familiar insculpida na Lei 8.009/90, considerou a possibilidade de ser os irmãos solteiros que vivem juntos, o viúvo sem descendentes, o cônjuge separado, dentre outros. Ou seja, a própria Constituição Federal, albergada no princípio da dignidade da pessoa humana, ampara diferentes formas de entidade familiar.

É que o amor e o afeto independem de sexo, cor ou raça, sendo preciso que se enfrente o problema, deixando de fazer vistas grossas a uma realidade que bate à porta da hodiernidade, e mesmo que a situação não se enquadre nos moldes da relação estável padronizada, não se abdica de atribuir à união homossexual os efeitos e natureza dela.^[21]

O reconhecimento da união homoafetiva como família é apenas a consequência lógica de uma sociedade democrática, que tem por fim último a dignidade de cada pessoa, que deve ser respeitada em sua individualidade de forma integral e absoluta. Até porque nascemos para sermos felizes e há de chegar o dia em que a infelicidade será considerada apenas uma questão de prefixo, como diria Guimarães Rosa.

Referências Bibliográficas:

- ABRAMOVAY, M. Juventude e Sexualidade, Brasília, UNESCO Brasil, 2004;
- BARROSO, Luiz Roberto, Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, acessado no site <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br>, no dia 17.7.2009

- BENTO, Berenice. O que é transexualidade. Ed. Brasiliense, São Paulo, 2008;
 - BUTLER, Judith, *The Psychic Life of Power. Theories in Subjection*, Stanford (Califórnia), Stanford University Press, 1997;
 - CASTRO, Flávia Lages de, *História do Direito Geral e do Brasil*, 7ª ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris:2009;
 - GIORGIS, José Carlos Teixeira, *Direito de Família Contemporâneo*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010;
 - GROENINGA, Giselle Câmara, *Direito e Psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia*, coord. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira, ed. Imago, 2003, Rio de Janeiro;
 - LÔBO, Paulo, *Direito Civil – Famílias*, São Paulo: ed. Saraiva, 2ª ed., 2009;
 - LOUZADA, Ana Maria Gonçalves, *Direito das Famílias - em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*, org. Maria Berenice Dias Comentado, São Paulo, ed. RT, 2009;
 - MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade*, ed. Atlas, São Paulo, 2010;
 - POCAHY, Fernando, OLIVEIRA, Rosana e IMPERATORI Thaís. *Cores e dores do preconceito: entre o boxe e o balé*, in *Homofobia e Educação*, Brasília: ed. UNB, 2009;
 - RIOS, Roger Raupp. *A igualdade de tratamento nas relações de família em A justiça e os direitos de gays e lésbicas*. Porto Alegre, Ed. Sulina, 2003;
 - TURKENICZ, Abraão, *A Aventura do Casal*, ed. Artes Médicas, Porto Alegre, 1995;
 - VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti, *Manual da Homoafetividade*, ed.. Método, Rio de Janeiro, 2008
- www.mass.gov.br/courts/courtsandjudges/courts/supremejudicialcourt/goodridge.html, em julho de 2009

[1] GROENINGA, Giselle Câmara, *Direito e Psicanálise – Rumo a uma nova*

epistemologia, coord. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira, ed. Imago, 2003, Rio de Janeiro, p. 125

[2] VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti, Manual da Homoafetividade, ed.. Método, Rio de Janeiro, 2008, p. 42

[3] Dados obtidos do livro “História do Direito Geral e do Brasil”, Flávia Lages de Castro, 7ª ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris:2009

[4] VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti, ob. cit. p. 59

[5] Ibidem, p.61

[6] Acessado pelo www.mass.gov.br/courts/courtsandjudges/courts/supremejudicialcourt/goodridge.html, em julho de 2009

[7] LOUZADA, Ana Maria Gonçalves, Direito das Famílias - em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira, org. Maria Berenice Dias Comentado, São Paulo, ed. RT, 2009, p. 246

[8] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade, ed. Atlas, São Paulo, 2010, p. 28

[9] GROENINGA, Giselle Câmara, op. cit. p. 137

[10] LOUZADA, Ana Maria Gonçalves, ob. cit. p. 244

[11] Ibidem, p. 247

[12] LÔBO, Paulo, Direito Civil – Famílias, São Paulo: ed. Saraiva, 2ª ed., 2009, p. 61

[13] POCAHY, Fernando, OLIVEIRA, Rosana e IMPERATORI Thaís. Cores e dores do preconceito: entre o boxe e o balé, *in* Homofobia e Educação, Brasília: ed. UNB, 2009, p.118

[14] BENTO, Berenice. O que é transexualidade. Ed. Brasiliense, São Paulo, 2008, p. 35

[15] BUTLER, Judith, The Psychic Life of Power. Theories in Subjection, Stanford (Califórnia), Stanford University Press, 1997, p. 137

[16] ABRAMOVAY, M. Juventude e Sexualidade, Brasília, UNESCO Brasil, 2004, p. 29

[17] GROENINGA, Giselle Câmara, op. cit. p. 141

[18] RIOS, Roger Raupp. A igualdade de tratamento nas relações de família em A justiça e os direitos de gays e lésbicas. Porto Alegre, Ed. Sulina, 2003, p. 191

[19] “Na década de 70, nos Estados Unidos, um soldado que havia sido condecorado por bravura na Guerra do Vietnã escreveu ao Secretário da Força Aérea declinando sua condição homossexual. Foi imediatamente expulso da corporação, com desonra. Ao comentar o episódio, o militar produziu uma frase antológica: ‘Deram-se uma medalha por matar dois homens, e uma expulsão por amar outro’.” BARROSO, Luiz Roberto, Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, acessado no site <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br>, no dia 17.7.2009

[20] TURKENICZ, Abraão, A Aventura do Casal, ed. Artes Médicas, Porto Alegre, 1995, p. 5

[21] GIORGIS, José Carlos Teixeira, Direito de Família Contemporâneo, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 295