

MECANISMO PARA LEGITIMAÇÃO DAS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

MECHANISM FOR THE LEGITIMIZATION OF HOMOAFECTIVE FAMILIES

Tayllany Rocha da Cruz¹Alcides Marini Filho²

Resumo: O presente artigo versa sobre a evolução do conceito de família, como a instituição familiar hierarquizada, imposta de forma rígida, em que o cristianismo empossava poder sobre os cidadãos e era considerada família apenas os casais de sexos opostos, matrimonializados com intuito de reprodução, findou cedendo espaço a novos arranjos familiares. Através do avanço social novos conceitos, costumes e valores instituíram-se em nosso meio e diversificados moldes familiares foram tomando espaço na sociedade, como exemplo de um deles, a família homoafetiva, na qual será dado enfoque neste artigo. De forma que, após o surgimento desta constituição familiar, veio consigo o preconceito social, no qual, segregava as famílias não habituais à vista do restante das pessoas e que por esta razão buscaram amparo jurídico para proteção que lhe era de direito, com isso, após anos de resistência por parte das famílias homoafetivas, houvera a necessidade de manifestação do ordenamento jurídico, que por sua vez, através da zetética, utilizou-se do princípio do afeto e a busca pela felicidade como postulados constitucionais reconhecendo e validando a pluralidade familiar, não baseando-se apenas em lei, mas em afeto. Este artigo foi fundamentado em ideias e pressupostos teóricos que apresentam significativa importância na definição e construção de conceitos, foi utilizado de fontes secundárias como trabalhos acadêmicos, artigos, livros, doutrinas e jurisprudência, transcorrendo a partir do método conceitual analítico.

Palavras-Chave: Direito Civil; Família; Legitimação; Princípios Constitucionais; Homoafetividade.

Abstract: The present article deals with the evolution of the concept of family, as the hierarchical family institution, imposed in a rigid way, in which Christianity took power over citizens and only couples of opposite sexes were considered family, married with the intention of reproduction, ended up giving way to new family arrangements. Through social advancement, new concepts, customs and values were instituted in our environment and diversified family molds took place in society, with the example of the homoaffective family, which will be focused on in this article. So that, after the emergence of this family constitution, social prejudice came with it, in which it segregated unusual families in view of the rest of the people and that for this reason sought legal support for protection that was their right, with that, after years of resistance by homo-affective families, there had been a need for the legal system to

¹ Graduanda em Direito em Centro Universitário Uninorte de Rio Branco/AC. E-mail: rochacruz19@gmail.com.

² Mestrando em Direito pela Universidade de Marília. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pelo Insituto Elpidio Donizete de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Campo Grande - Mato Grosso do Sul. Professor de Direito de Família e Direito das Sucessões do Centro Universitário Uninorte de Rio Branco/AC. Analista do INSS. E-mail: alcidesmf1975@gmail.com.

manifest itself, which in turn, through zetetics, used the principle of affection and the search for happiness as constitutional postulates recognizing and validating family plurality, not based only on law, but on affection. This article was based on ideas and theoretical assumptions that have significant importance in the definition and construction of concepts, it was used from secondary sources such as academic works, articles, books, doctrines and jurisprudence, proceeding from the analytical conceptual method.

Keywords: Civil right; Family; Legitimation; Constitutional principles; Homo-affectivity.

1 INTRODUÇÃO

Mecanismos para a legitimação das famílias homoafetivas transcorrem desde a concepção histórica de instituição familiar, quando era formada pelo homem como provedor de sua casa, sua esposa encarregada dos cuidados domésticos e cuidados com os filhos, a tradicional família heterossexual, matrimonializada e hierarquizada, ligada sempre a “moral e aos bons costumes” impostos a maioria das vezes pela religião.

Há indícios de que a homossexualidade não é algo atual, historicamente se fazia presente desde os tempos mais remotos, na Grécia Antiga, Império Romano e naquelas épocas a homossexualidade era vista como um ato mitológico, ritualista e até libidinoso.

Durante muito tempo a homossexualidade foi tratada como “homossexualismo”, termo pejorativo na qual se referia com conotação de doença e enfermidade, e era destinado a pessoas com a orientação sexual diferente da considerada “normal” naquela época.

À medida que as pessoas homossexuais iam assumindo sua orientação sexual e ocupando espaços, o preconceito tornou-se mais forte, o conservadorismo, a patriarcalidade, o cristianismo que defendia a união restrita entre homens e mulheres, com o intuito de reprodução, uma discriminação e segregação social perene diante de pessoas homoafetivas e suas respectivas famílias.

Essa discriminação e segregação social, deixaram de ser maus olhares e passaram a ser agressões físicas, morais, carregadas de ódio meramente por pessoas serem quem são e viverem da forma que escolheram.

Após vários assassinatos e massacres contra homossexuais, a luta pelos

direitos dessas pessoas iniciou-se de forma firme e resistente, cobrando de pronto uma resposta do ordenamento jurídico, uma manifestação para tudo aquilo que estava ocorrendo, pessoas sendo caçadas, mortas, corpos e corpos empilhados e sem amparo.

O Código Civil de 1916 trazia em seu texto disposições de família de forma rígida, mesmo não caracterizando de maneira clara quais eram os requisitos para a validação de uma instituição familiar.

A cultura brasileira em tempos passados, foi por sua grande parte formulada através do Cristianismo e pelo Poder do Estado, no qual amarrava o conceito familiar diretamente a instituição do casamento entre homem e mulher.

Até que, com o advento da Constituição de 1988, o Código Civil de 1916 foi considerado ultrapassado, em virtude da incompatibilidade entre ambos, surgindo então a real necessidade de modificações para uma legislação que segue o mesmo caminho da Carta Magna que, por conseguinte, foi instituído através da Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Durante o decorrer dos anos, inúmeros obstáculos foram encontrados no caminho, mas, a luta pelos direitos homossexuais enrijeceu, adquirindo assim, aos poucos, através da filosofia e sociologia do direito, direitos humanos, ativistas e simpatizantes da causa, manifestações positivas do ordenamento jurídico, que por sua vez, deu enfoque para a matéria.

É importante frisar que as famílias homoafetivas atualmente gozam dos mesmos direitos que uma família heteroafetiva, que foram conquistados ao longo do tempo, como: adoção de crianças, casamento civil, acrescentar sobrenome do cônjuge, pensão alimentícia, direito à herança e até pensão previdenciária, no caso de morte.

Entretanto, foram direitos conquistados aos poucos, buscado através dos efeitos dos princípios constitucionais, para que causas fossem ganhas por influência de sua valoração.

Dificuldades foram sobrepujadas para que direitos pudessem ser alcançados e implementados a pessoas LGBTQIA+, contudo, o preconceito dito “cultural” assolam e amedrontam pessoas como todas as outras, apenas com orientações sexuais diferentes.

No ponto de vista social, há uma pujante necessidade de debater sobre matérias como esta e similares, para que haja cada dia mais um equilíbrio e eficácia entre o direito das pessoas e suas escolhas.

É de suma importância analisar estes princípios e sua caminhada até a atualidade, nos quais influenciou novas modalidades de famílias a serem implementadas na nossa sociedade, que durante muito tempo titularizou-se “tradicional”, conservadora e patriarcal.

O desenvolvimento deste artigo, baseou-se em ideias e pressupostos teóricos que apresentam significativa importância na definição e construção de conceitos, foi utilizado de fontes secundárias como trabalhos acadêmicos, artigos, livros, doutrinas e jurisprudência, transcorrendo a partir do método conceitual analítico..

2 O DIREITO DE FAMÍLIA NA PÓS-MODERNIDADE

Com o decorrer dos anos e com a evolução da sociedade, iniciaram questionamentos referentes aos parâmetros da modernidade, Estado, governo, democracia, e também sobre direito de família e seus conceitos. Através de uma crítica pós-moderna foi fácil perceber que conforme a evolução histórica da família iniciava, novos costumes e valores também iam se introduzindo.

A modernização foi um processo histórico longo e teve diversas causas e consequências.

Não sabe-se ao certo quando a modernidade iniciou, mas houve dois grandes acontecimentos que foram decisivos e significativos para esta mudança, a Revolução Industrial, que transformou radicalmente a quantidade e a velocidade das mercadorias produzidas, provocando mudanças econômicas decisivas que aceleraram e consolidaram o capitalismo, e a Revolução Francesa, que por sua vez rompeu com a estrutura social e política do antigo regime e lançou as bases para a organização do Estado e da política moderna.

Zygmund Bauman (2015), um dos principais sociólogos do século XX, considerava como principal característica da modernidade derreter sólidos, ou seja, estruturas políticas, sociais e econômicas e até mesmo relações sociais sólidas eram recebidas e poderiam ser dissolvidas, havendo uma liquidez e após uma

reformulação.

E foi exatamente isso que Zygmund Bauman (2015) explicou em uma entrevista sobre seu livro “Modernidade Líquida”, ao dizer que “Modernidade é precisamente o grau de liquidez, eu estou dizendo grau de liquidez, porque toda modernidade foi líquida, toda modernidade se especializa em derreter sólidos, em derreter as estruturas recebidas, as formas de vidas recebidas e de refazê-las em um molde diferente.”

Para Bauman, existem dois tipos de modernidade, a sólida e a líquida, a modernidade sólida eram aquelas de tradições, enraizadas desde os tempos remotos, contudo, esta modernidade acabou não sendo suficiente para a sociedade, não pareceu bem sólido a vista das pessoas, que por assim iniciaram-se os questionamentos em variadas áreas sociais, já a modernidade líquida refere-se a dissolver os sólidos sociais e recriá-los conforme a realidade fática.

Válido ressaltar que essa era a ideia dos iluministas em épocas passadas, o intuito era dissolver e recriar novos sólidos, toda a estrutura social e organizacional com base na razão.

No entanto, segundo o diagnóstico de Bauman, um modelo sólido de modernidade teria ficado para trás. Na segunda metade do século XX ocorreu uma decepção com os sólidos criados pela modernidade, como o exemplo a crise da democracia representativa do Estado/Nação, a incapacidade do mercado de lidar com a desigualdade, entre outras.

Juntamente com isto, houve novos eventos como a globalização, a individualização e o grande avanço da tecnologia das comunicações, que transformaram muito a natureza da modernidade. Até chegarmos ao atual, a considerada pós-modernidade.

Todavia, na visão de Bauman nós nunca saímos da modernidade, ela somente se modificou, isso que dispõe a metáfora usada por ele, entre sólidos e líquidos, ou seja, a modernidade sólida era exercida de forma definida, estável e duradoura, já a modernidade líquida não tem forma, pois ela está em continua transformação, e assim é a nossa sociedade, os avanços trouxeram consigo modificações não só nas estruturas organizacionais de uma época, mas também nos costumes, conceitos, referentes a educação, segurança, individualidade, liberdade,

idades, trabalho, família, todas as áreas podem fluir com o passar dos anos e com os avanços sociais.

Após ocorrer à dissolução de muitos parâmetros considerados sólidos a época, no Direito de Família também houve modificações, novos arranjos familiares foram assumindo forma, buscando direitos e validade frente ao ordenamento jurídico.

Em razão da evolução social, a família passou a ser entendida pelo afeto, respeito, solidariedade, amor e não apenas por laços biológicos.

Considerando toda a situação, o ordenamento jurídico por sua vez, necessitou equiparar-se a realidade fática, para que sempre pudesse exercer os direitos necessários da melhor forma, para a convivência em coletividade.

Alguns dos novos arranjos familiares já possuem validade e gozam de proteção frente a legislação e doutrinas brasileiras, em contrapartida, outras ainda buscam a admissão do Estado, ultrapassando os fundamentos do preconceito e da segregação social.

3 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

O Direito é um conjunto de normas desenvolvido para regimentar a atividade da sociedade de modo geral, inclusive referindo-se as atitudes dos que vivem em coletividade.

Originalmente, na sociedade considerada primitiva, havia costumes diferenciados, como por exemplo a poligamia, que era predominantemente exercida pelos homens, em contrapartida a poliandria, exercida pelas mulheres, ou seja, era normalizado naquela época a junção carnal e afetiva de um mesmo ser, masculino ou feminino a mais de uma pessoa, até que com a evolução dos anos foram considerando isto uma forma errônea de constituir família.

Por conseguinte, começaram a extinguir essas modalidades familiares, inicialmente pela poliandria, sendo proibida a relação matrimonial de uma mulher com mais de um homem, contudo, pessoas do sexo masculino, mesmo que matrimonializados, continuavam a gozar do privilégio da infidelidade mesmo que, nesta época, a considerada força maior da família era representada pela figura feminina, contudo, esta ideia não durou por muito tempo, sendo consumida pela

supremacia masculina.

Logo após a instituição da Constituição Federal de 1916, a representatividade feminina passou a ser considerada com submissão aos seus cônjuges por serem eles os provedores do alimento, e a família apontada como hierarquizada e patriarcal, além de haver também naquela época, a proibição do divórcio, que durou até o ano de 1977, com o advento da Lei nº 6.515.

Conforme o conceito familiar caminhava a passos gradativos, desta forma acompanhava o ordenamento jurídico, até que, com o advento da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 3º, dispôs em seu conceito familiar que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Com a chegada da Constituição Federal de 1988, a evolução social e estudos filosóficos, o direito familiar começou a ser visto de outra forma e mudanças estariam a caminho juntamente com o Código Civil de 2002, o qual trouxera diversas interpretações doutrinárias e princípios consideráveis.

Atualmente com a evolução social e a busca pela felicidade, novos conceitos familiares foram aparecendo em todo o mundo. Conceito esse que não segregava mais, e sim unia uns aos outros independentemente do sexo, raça, cor, a família agora seria plural.

Inclusive, há pouco tempo houve uma tentativa de validação da família poliafetiva, na qual foi proibida pelo Conselho Nacional de Justiça, conforme disposto a seguir:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. INAPTIDÃO PARA CRIAR ENTE SOCIAL. MONOGAMIA. ELEMENTO ESTRUTURAL DA SOCIEDADE. ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA. LAVRATURA. VEDAÇÃO. (CNJ – Processo 0001459-08.2016.2.00.0000, Relator João Otávio de Noronha, Data do Julgamento: 26/06/2018, 48ª Sessão Extraordinária).

No presente momento, a sociedade dispõe de diversos modelos familiares já instituídos, entre eles estão as famílias matrimoniais, que segue nos moldes do

conceito familiar enquadrado na Constituição Federal de 1916, com modificações referentes apenas a responsabilidade na criação dos filhos, e a possibilidade do divórcio.

Outro arranjo familiar e bem comum é a família monoparental, formada por um dos genitores e seus descendentes, sua validação encontra-se disposta no art. 226, §4º da Constituição Federal de 1988.

Dispomos também da família anaparental, composta por agregados e parentes colaterais, inexistindo a figura de pais ou genitores, e tendo como base o vínculo afetivo.

Ainda nesta esteira, temos a família pluriparental ou mosaico como também é chamada, trata-se da junção da família atual que convive com frutos da relação amorosa antiga, muito comum a figura do padrasto ou madrasta neste arranjo familiar.

Além destes, temos o considerado conceito atual, a família endeumonista, que por sua vez, busca a realização pessoal de todos, utilizando como base o afeto, respeito, existindo ou não vínculo biológico entre os que convivem neste molde.

E por fim, a família homoafetiva razão de enfoque neste artigo, na qual, só foi reconhecida frente ao ordenamento jurídico em 2011, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132.

Inclusive, em diversas destes julgamentos, encontrava-se presente como *aminus curiae*, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, que foi criado no ano de 1997, com intuito de desconstruir conceitos e auxiliar para um Direito de Família justo, que proteja todas as famílias independente da sua configuração.

As pessoas LGBTQIA+ começaram a ter seus direitos observados de fato, pelo ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição Federal de 1988, e por conseguinte, pelo Código Civil de 2002, que trouxeram consigo diversas transformações na sociedade brasileira, principalmente através do Art. 5º, inciso I no qual dispõe que: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Através da aplicabilidade do princípio do afeto como postulado constitucional, as novas modalidades familiares constituídas por laços familiares, nem sempre instituídos pelo casamento – como exemplo da união estável - passaram a ter a

proteção do Estado para uma vida plena, com os direitos nos quais eram essenciais para sua existência, posto que, o direito de constituir família de forma livre e espontânea estava reconhecido na Carta Magna.

Após isto, as mudanças começaram a acontecer, evoluir, ganhando com isso, novas modificações nas entidades familiares, visto que, a partir de lá independente de quem seria na relação familiar, teriam direitos igualitários.

Além do direito à igualdade, pessoas homoafetivas estariam - na teoria - protegidas também pelo direito à privacidade e a intimidade, previstos na Carta Magna de 1988, art. 5º, inciso X. À medida que os anos se passavam, pessoas LGBTQ+ obtinham manifestações positivas do ordenamento jurídico, e assim, a esperança de gozar da proteção e cuidado que lhes eram de direito.

E foi assim que, os doutrinadores com o passar dos anos, repararam na necessidade de normatização algumas matérias, com isso, considerando os princípios constitucionais implícitos e explícitos passaram a discorrer sobre diversos assuntos, incluindo o Direito de Família.

A sociedade é composta por diversidades desde tempos remotos, portanto se esta variante está presente em todas as áreas das nossas vidas, como não estaria no âmbito familiar?

Sendo assim, pessoas consideradas diferentes a vista de parte da sociedade, não merecem ser julgadas, mortas e segregadas apenas por serem quem são.

Com o vigor da Constituição Federal de 1988, trouxe consigo a pluralidade de famílias com base em seu art. 226, o qual prevê a proteção estatal à família, instituindo em seu texto não só a união estável, o casamento, a família monoparental, mas também as constituídas por laços de afeto, como a família homoafetiva, socioafetiva, entre outras, que cumprem os requisitos essenciais para que sejam reconhecidas como instituições familiares.

Atualmente apesar da legislação positivada, e a homofobia criminalizada através da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, o preconceito ainda existe. No Brasil já se chegou a informar com base no Disque 100, um instrumento criado pelo Ministério de Direitos Humanos – MDH, a ONG Grupo Gay da Bahia – GBB que atua a mais de 40 (quarenta) anos na coleta de informações e divulgação dos homicídios a pessoas LGBTQ+, indica que no ano de 2019 foram mortas de forma

violenta 297 pessoas e 32 suicídios no Brasil, importante ressaltar que esses índices já foram bem maiores no ano de 2017, no qual registrou 445 mortes.

Válido ressaltar que com base no relatório, não é primeira vez que os índices diminuem, entretanto, precisa-se considerar o aumento surpreendente nas duas últimas décadas, visto isso, não há que se afastar a problemática que pessoas continuam sendo assassinadas por conta da LGBTfobia.

4 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E A BUSCA PELA FELICIDADE – ZETÉTICA JURÍDICA

O Direito de Família deve acompanhar as mudanças da sociedade, os fatores não só biológicos, mas também afetivos.

A partir da Constituição de 1988, o princípio do afeto foi reconhecido no tecido constitucional, respeitando a dignidade da pessoa humana e a solidariedade familiar. O que oferece validade à socioafetividade, multiparentalidade e ao casamento homoafetivo.

A Filosofia do Direito, trata em seus estudos de dois termos muito interessantes, a zetética e dogmática. A zetética é um método analítico, ou seja, para a resolução de um problema, haveria de ser necessário vários questionamentos, tem como objetivo dissolver e modificar opiniões, colocando-as em dúvidas, não se preocupando apenas se o ocorrido é constitucional ou legal, mas também se é justo ou injusto.

A dogmática é uma forma de enfoque teórico, presa a conceitos fixos, doutrinadores, contendo premissas de argumentações inquestionáveis e adapta os problemas às premissas.

Por mais que os juristas durante muito tempo atribuíram maior importância as questões dogmáticas do que as zetéticas, elas são correlatas em sua funcionalidade, separadas apenas por análises. (FERRAZ JR, 2019, p. 90)

Através desses dois termos e seus estudos, juntamente ao princípio do afeto e da busca pela felicidade, uma evolução no que tange os direitos das famílias homoafetivas.

Passando a serem assistidos pelo nosso ordenamento jurídico, nas mesmas

condições que as famílias heterossexuais necessitam e gozam.

Os princípios constitucionais, são usados para interpretações de normas e ou de situações atípicas, inclusive, permitindo uma melhor adaptação à evolução social.

Ambos nascem com um ideal filosófico, com enfoque na felicidade e bem-estar do ser humano.

O princípio do afeto e a busca pela felicidade passou, a influenciar os avanços da matéria familiar baseando-se no princípio da dignidade humana, sendo reconhecido e fundamentado pelo nosso ordenamento jurídico. Conforme Maria Berenice Dias (2000):

Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características.

Por sua vez, o princípio do afeto além de atuar como mecanismo para legitimação dos novos arranjos familiares, de certa forma, afasta também a ideia da família patriarcal e tradicional que conciliavam a instituição familiar com a excessiva preocupação para com os interesses patrimoniais, levando em consideração que, estes interesses ainda existem, mas, não da forma como foi fundado na nossa sociedade por décadas.

5 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDÊNCIAL, E A NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA – LEGITIMAÇÃO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA

O referido tema foi matéria de diversos debates e entendimentos similares, desde quando feitos por doutrinadores, estudiosos de Filosofia do Direito e Direito de Família até os dias atuais, nos quais já nos trazem normatização e manifestação do ordenamento jurídico.

Diversos escritores e estudiosos de Direito de Família, como Maria Berenice

Dias, Rodrigo da Cunha Pereira, Marco Túlio de Carvalho Rocha, Paulo Roberto Lotti, Paulo Luiz Netto Lôbo, discorrem sobre o tema, além de também ser abordado em trabalhos de conclusão de curso e artigos de acadêmicos de graduação em filosofia e direito, visto que, a abordagem da matéria é ampla.

Estudiosos concordavam – em sua grande maioria - no mesmo sentido, que o princípio do afeto não se tratava apenas de um sentimento humano, mas, de um princípio implícito, que ganhou valor jurídico através de sua construção histórica, a todo momento descrevendo sua essencialidade para a consagração das novas modalidades familiares.

Nesta esteira, Rodrigo da Cunha Pereira (2011) tem em seu entendimento que “Através do princípio da afetividade, o afeto ganhou status de valor jurídico através de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis, vez que o desejo e amor começam a ser vistos e considerados como o verdadeiro laço conjugal e da família.”

Os princípios no sentido jurídico na visão de Wellington Pacheco Barros (2006, p. 14):

São proposições normativas básicas, gerais ou setoriais, positivadas ou não, que revelando os valores fundamentais do sistema jurídico, orientam e condicionam aplicação do direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito.

Maria Berenice Dias (2003), por sua vez, tratando o princípio do afeto como um princípio implícito: “significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico”.

E ainda, Gilselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2000), sobre o enfoque e a importância da busca pela felicidade:

Não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de grupo familiar a que ele pertence – o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.

A que verse sobre o princípio do afeto e seu valor normativo, temos Paulo Luiz Netto Lôbo (2008):

Um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava. A eficácia meramente simbólica frustrava as forças sociais que pugnavam por sua inserção constitucional e contemplava a resistente concepção do individualismo e do liberalismo jurídico, que repugnam a intervenção dos poderes públicos nas relações privadas.

132

Referente a influência do afeto para decisões referente a legitimação da união homoafetiva, dispõe Ricardo Lucas Calderón (2017):

A presença da afetividade no sistema, ao lado dos demais institutos e princípios de direito de família, poderá facilitar as diversas outras construções teórico-práticas que ainda terão de ser enfrentadas. Um exemplo foi a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu as uniões homoafetivas, na qual houve clara contribuição do reconhecimento jurídico da afetividade para o resultado obtido.

Ao longo dos anos doutrinadores versaram de diversas formas sobre o conceito de família e conseqüentemente, sobre as novas instituições familiares. Com base na filosofia do direito e nos princípios constitucionais que serão apresentados no decorrer deste artigo, como resposta, o Informativo nº 635, Processo RE - 477554, que por meio do princípio do afeto e a busca pela felicidade, passaram a ter valor normativo e assim, influenciar para que a classe LGBTQ+ (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais) obtivesse mais um ganho em sua luta pelos seus direitos reconhecidos, predominando então nas constituições familiares o princípio do afeto.

Os direitos das famílias homoafetivas frente aos Superiores Tribunais também foram reconhecidos, mesmo que a passos lentos, a Ação de Inconstitucionalidade 4277, que se iniciou como ADPF 178, buscou frente ao Superior Tribunal Federal o reconhecimento da união estável homoafetiva, solicitando a equiparação de direitos que as famílias heteroafetivas gozam, conforme ementa a seguir:

RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA.

PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferiva.

(STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341).

Além deste, ainda no Superior Tribunal Federal temos o ADI 5971, no qual a ementa dispõe:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 6.160/2018 DO DISTRITO FEDERAL. RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO PARA IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE VALORIZAÇÃO DA FAMÍLIA NO DISTRITO FEDERAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. Inexistência de inconstitucionalidade formal. Dispositivo de lei distrital (art. 2, I) que disciplina entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre homem e mulher, por meio de casamento ou união estável. Disciplina semelhante à do art. 1.723, caput, do Código Civil, cuja constitucionalidade já foi examinada pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADI 4.277 e ADPF 132). 2. Inconstitucionalidade material e interpretação conforme. A única interpretação do artigo 2º, inciso I, que se mostra compatível com o texto constitucional é aquela que não exclua do conceito de entidade familiar, para fins de aplicação das políticas públicas previstas na Lei 6.160/2018, o reconhecimento de união estável contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo. 3. Ação Direta julgada PARCIALMENTE PROCEDENTE, para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 2º, I, da Lei 6.160/2018 do Distrito Federal, nos termos acima especificados. (STF - ADI: 5971 DF - DISTRITO FEDERAL 0074102-74.2018.1.00.0000, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 13/09/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-210 26-09-2019).

Ainda nesta esfera, o Superior Tribunal de Justiça compartilha de entendimentos já consolidados, através do REsp 148.897 EM 1998 tratou de partilha de bens de um casal homoafetivo, o REsp 932.653 em 2001 a 6ª Turma confirmou o direito de pensão pós morte ao companheiro de um servidor público federal, a 3ª Turma por sua vez, permitiu que um funcionário da Caixa Econômica Federal incluísse seu companheiro como dependente no plano de saúde, além de, entendimentos também referentes a homofobia e adoção de crianças por casais homoafetivos.

Além disto, recentemente as pessoas LGBTQ+ conquistaram um novo ganho

frente ao Supremo Tribunal Federal, considerado tardio, inclusive, o qual, através da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, por 8 votos a 3, determina que atos de homofobia – termo que engloba o ato preconceito à classe LGBTQIA+ - devem ser enquadrados como tipo penal na Lei de Racismo nº 7.716/1989 que trata-se de crime inafiançável e imprescritível, tendo como punição de 1 (um) a 5 (cinco) anos de prisão e em alguns casos, multa, ou seja, no nosso país foi criminalizada agressões físicas e morais à pessoas LGBTQIA+ no ano de 2019.

Ante exposto, conforme entendimento de diversos doutrinadores de Direito de Família, Superior Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, argumentando pela valoração do princípio do afeto e pelo direito da busca pela felicidade, demonstrando assim, a essencial influência do princípio para o reconhecimento dos atuais direitos das famílias homoafetivas.

6 CONCLUSÃO

Diante das informações supracitadas, torna-se ainda mais perceptível a influência do mecanismo de legitimação no qual tratamos, perante os efeitos dos princípios constitucionais implícitos e explícitos, e da necessidade de equiparar os direitos a toda pluralidade familiar, o ordenamento jurídico brasileiro voltou-se para esta matéria de forma capaz a modificar, reparar e normatizar os direitos de pessoas e famílias homoafetivas.

Contudo, há e sempre haverá a necessidade da atualização do Direito e suas legislações, que neste caso em específico, seria a atualização no Código Civil de 2002, o qual dispõe em seu texto que a união é entre homem e mulher, o que deveria ser entre duas pessoas sem distinção de gênero.

Considerando que, vivemos em coletividade, em constante evolução social e modificações humanas, torna-se de suma importância o regimento jurídico atualizado, seguindo o caminho evolutivo.

É imprescindível que a nossa justiça brasileira seja flexível e evolua conforme a realidade fática, utilizando-se dos princípios como postulados constitucionais, para haja melhor interpretação das normas, optando sempre para desenvolvimento social desde que obedecendo as leis e preservando a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BARROS, Wellington Pacheco. **A proporcionalidade como princípio de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Ed. Zahar, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Jurisprudência. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=DE5A3222422A59727199EC826B62482C?jurisprudencialdJuris=51260&indiceListaJurisprudencia=6&firstResult=7875&tipoPesquisa=BANCO>. Acesso em: 12/11/2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002.

BRASIL; **Supremo Tribunal Federal. Informativo STF**. Brasília: 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo635.htm> Acesso em: 10/11/2020.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/26/principioda-afetividade-no-direito-de-familia/>. Acesso em: 10/11/2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13ª. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 11ª. ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2019.

HIRONAKA, Gilselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDEIROS; Amanda. **A evolução histórica da intolerância a homossexualidade**. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <https://amandamedeiros.jusbrasil.com.br/artigos/255042093/a-evolucao-historica-daintolerancia-a-homossexualidade>. Acesso em: 28/10/2020.

OLIVEIRA; José Marcelo Domingos de. **Mortes Violentas de LGBT+ no Brasil; 2019:**

Relatório Grupo Gay da Bahia/José Marcelo Domingos de Oliveira; Luiz Motti. – 1ª ed. Salvador: Editora: Grupo Gay da Bahia, 2020. Disponível em: <https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/> Acesso em: 08/10/2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípio da afetividade**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Acesso em: 28/10/2020.

ZYGMUND, Bauman: **Liquid Modernity revisited** [S. l.: s. n], 2015. 1 vídeo (1h11min16s). Publicado pelo canal Robert Voogdgeert. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4QVSisK440w&t=0s>. Acesso em: 08/10/2020.

136

Recebido em: 03/08/2021

Aprovado em: 14/09/2021