



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
SUPERINTENDÊNCIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FAMÍLIA NA SOCIEDADE
CONTEMPORÂNEA
MESTRADO EM FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

LYSANDRA COELHO LIMA LOURENÇO

O VALOR JURÍDICO DO AFETO

SALVADOR
2008

LYSANDRA COELHO LIMA LOURENÇO

O VALOR JURÍDICO DO AFETO

Dissertação apresentada por Lysandra Coelho Lima Lourenço, no Curso de Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador – UCSal, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Prof^a Dra. Livia Alessandra Fialho.

**SALVADOR
2008**

UCSAL. Sistema de Bibliotecas

L892 Lourenço, Lysandra Coelho Lima.
O valor jurídico do afeto / Lysandra Coelho Lima. – Salvador,
2012.
155 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Católica do Salvador.
Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em
Família na Sociedade Contemporânea.
Orientação: Profa. Dra. Livia Alessandra Fialho Costa.

1. Afeto 2. Valor jurídico 3. Reconhecimento jurídico
4. Dignidade 5. Direito 6. Família I. Título.

CDU316.356.2:34



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

ATA DE DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Ata de DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO de **Lysandra Coelho Lima Lourenço** no Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador.

Aos 01 de julho de 2008, às 14:30 horas, reuniram-se no Auditório da Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação, desta Instituição, a Banca Examinadora, composta pelos Professores Doutores Elaine Pedreira Rabinovich, Camilo de Lelis Colani Barbosa e por mim, Livia Alessandra Fialho da Costa orientador(a), para examinar a dissertação intitulada **O Valor Jurídico do Afeto** de autoria de **Lysandra Coelho Lima Lourenço**.

Após arguição e discussão, a banca examinou, analisou e avaliou o referido trabalho, chegando à conclusão de que *a candidate este aprovada, tendo a sua dissertação sido considerada relevante para a presença na disciplina sobre a família*

Nada mais havendo a ser tratado, esta Comissão Examinadora encerrou a reunião da qual eu, orientador(a) do(a) mestrando(a), lavrei a presente ATA, que após lida e achada conforme, vai assinada pelos examinadores, pelo(a) mestrando(a) e por mim.

Salvador, 01 de julho de 2008.

Elaine Pedreira Rabinovich
Orientador

Lysandra Coelho Lima Lourenço
Mestrando

Camilo de Lelis Colani Barbosa
Examinador
Livia Alessandra Fialho da Costa
Examinador

Agradeço a Deus, pela força que me dá para caminhar rumo ao progresso.

Aos meus pais, Joaquim e Maria Conceição, pelo amor e pela abdicação às muitas coisas de suas vidas, em prol da minha completude intelectual.

Aos meus avós, Antoninho e Dadá, pelo exemplo de vida, sem os quais eu dificilmente saberia o significado de ser um *plus*.

À Beto, pelo que nos mantém unidos.

Ao pequeno Antônio, que mesmo ainda não existindo no mundo dos homens, já se encontra presente pelo mundo dos sentimentos.

À Professora Lívia, pela generosidade.

Aos Professores Camilo e Elaine, pelas palavras doces e precisas que me foram ditas durante a qualificação e que contribuíram para o engrandecimento do texto final.

À Sandra, minha amiga, pela confiança em meu potencial.

À Geraldo, pelo carinho e lealdade.

***“Our proverbs want rewriting. They were made in winter,
and its summer now.”***

Oscar Wilde, *The picture of Dorian Gray* (1890), extraído do livro *The Plays Prose Writings and Poems*, London, Dent, 1975, p.126.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CC - Código Civil
CF - Constituição Federal
CPC - Código Processo Civil
DJ - Diário da Justiça
Min - Ministro
RESP - Recurso Especial
Rel. - Relatório
RJ - Recurso Julgado
RT - Revista do Tribunal
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ - Supremo Tribunal de Justiça
TF - Tribunal Federal
TFR - Tribunal Federal Regional
TJ - Tribunal de Justiça
TJRS - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJMG - Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Lourenço, Lysandra Coelho Lima. o valor jurídico do afeto. 2008. 155 f.
Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Família na Sociedade Contemporânea, Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2011.

RESUMO

O valor jurídico do afeto é uma das temáticas que mantém movimentada a produção no Direito Contemporâneo. Trata-se de uma discussão palpitante, de caráter multidisciplinar, que, em seu âmbito envolve o Direito, a Sociologia e a Psicologia, três disciplinas que se concentram como área de interesse do Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea. O Direito de Família moderno encontra-se focado na realização personalística da afetividade e do desenvolvimento do ser humano, frutos das revoluções ocorridas ao longo dos anos, principalmente àquela que se denomina de revolução da intimidade. Se o objetivo do reconhecimento jurídico do afeto é respeitar a individualidade do ser humano e oferecer a ele, através da tutela jurídica, o seu quinhão de felicidade, o objetivo deste trabalho é de contribuir com a evolução do reconhecimento jurídico do afeto no sentido de que, reconhecido, possa vir a pertencer ao Direito de Família. Através da pesquisa doutrinária e de decisões prolatadas por diversos Tribunais de Justiça do País, buscou-se, entre os anos de 2002 a 2008, analisar de que forma o afeto vem merecendo a atenção jurídica a ponto de ser considerado, por determinados juristas, um valor a ser reconhecido. Pondera-se, contudo, que a valoração do instituto não goza de unanimidade entre os civilistas e os fundamentos desta dicotomia serve de base para o desenvolvimento da presente dissertação. A conclusão que se chega é a de que os princípios da igualdade, da liberdade, da intimidade, da pluralidade familiar, do desenvolvimento da personalidade, e, de modo central, da afetividade – todos bebem da mesma fonte: a dignidade da pessoa humana – e devem ser considerados sustentáculos legais suficientes para a concessão de efeitos jurídicos ao afeto. Deve-se, por conseguinte, conceder lugar à ética das relações familiares, ao que realmente interessa a uma pessoa, em suma: o que é capaz de torná-la feliz.

Palavras-chave: 1) afeto; 2) valor jurídico; 3) reconhecimento jurídico; 4) dignidade.

LawrencO, Lysandra Coelho Lima. the legal value of the affection. In 2008. 155f.
Thesis (MA) – Graduate Program in Family in Contemporary Society, Catholic
University of Salvador, Salvador, 2011.

ABSTRACT

The legal value of affection is one of the themes that the production in Contemporary Law busy these days. It is a lively multi-disciplinary discussion, which in its scope involves law, sociology and psychology, three areas of study that approach the theme of family in contemporary societies. Contemporary family law focus on the personal realization of affection and the development of the human being, which are fruit of the revolutions occurred along the years, particularly the one that is called the privacy revolution. If the objective of the legal recognition of affection is to respect the individuality of human beings and to offer them, through legal guardianship, their share of happiness, the objective of this work is to contribute to the evolution of the legal recognition of affection in the sense that once recognized, it may become part of Family law. Through the doctrinal research and the decisions pronounced by several Courts of Justice in the Country, an analysis of how affection has been seen by the legal system, between 2002 and 2008, up to the point of being considered by some jurists as a value that deserves legal recognition. However, the fact that there is no unanimity on the issue among civil law jurists served as the base for the development of this dissertation. The conclusion that we get to is that the principles of equality, freedom, privacy, family plurality, personality development, and, particularly, of affection come from the same source: the dignity of the human being. Besides it, they must be considered the only legal foundations for the concession of legal effect to affection. We must then grant the ethics of family relations the importance it deserves, that is, that of something that is actually capable of making someone happy.

Word-key: 1) affection; 2) legal value; 3) legal recognition; 4) dignity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A FAMÍLIA BRASILEIRA	18
1.1 ALTERAÇÕES FAMILIARES E GLOBALIZAÇÃO.	18
1.2 A ORIGEM DA FAMÍLIA BRASILEIRA: PATRIARCAL OU NÃO?	23
1.3 AS RECENTES ALTERAÇÕES TRAZIDAS À FAMÍLIA PELO DIREITO BRASILEIRO.....	33
2 O DIREITO FRENTE A UM (QUASE) DESCONHECIDO: O AFETO	38
2.1 O HOMEM: SUJEITO DE DIREITO E DE VONTADES.....	38
2.2 ÉTICA, MORAL, DIREITO E PSICANÁLISE: O ENFRENTAMENTO DO NOVO DISCURSO.....	43
2.3. O ENCONTRO DA PSICANÁLISE, DO DIREITO E DO AFETO.....	45
2.4 O AFETO NO BANCO DOS RÉUS.	46
2.5 AFETO E A SUBJETIVIDADE DO JULGADOR	49
3 O VALOR JURÍDICO DO AFETO	53
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: O DIREITO AO AFETO.	53
3.2 A PRINCIPIOLOGIA DO AFETO.....	55
3.2 TEORIA DOS VALORES.....	57
3.3 O VALOR JURÍDICO DO AFETO.....	59
3.4 ESTUDO DE CASOS.	63
3.4.1 Reconhecimento de união homoafetiva estável.	64
3.4.2 Reconhecimento de paternidade afetiva em detrimento da biológica...	74
3.4.3 Adoção de crianças por casal homossexual.	78
3.3.4 Indenização decorrente de abandono afetivo.	82
3.4.5 Direito de herança de parceira homossexual	87
3.4.6 Guarda compartilhada	91
3.4.7 Direito de visita em filiação homoparental.	95
3.4.8 Duplicidade de células em união estável.	99
3.4.9 Retirada de registro de filiação afetiva.	103
3.4.10 Reconhecimento de família homoerótica.	110

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	122
4.1. A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: CAUSA OU CONSEQUÊNCIA?	122
4.2 EFEITO: O RECONHECIMENTO DO VALOR JURÍDICO DO AFETO PELA TEORIA DO FATO CONSUMADO.	123
CONCLUSÃO	128
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	130
ANEXOS	135
ANEXO 01 - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (ART. 226 A 230)	135
ANEXO 02 - CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO (ART. 1591 A 1638)	138
ANEXO 03 - ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE (LEI FEDERAL 8069/90) (ARTS. 01 A 52)	143
ANEXO 04 - LEI MARIA DA PENHA (LEI FEDERAL 11340/06) (ART. 01 A 06)	152
ANEXO 05 - DADOS DOS PROCESSOS OBJETO DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL – ESTUDO DE CASOS.....	153

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, o afeto é elemento fundamental para a caracterização da família. Embora, à primeira vista, pareça despicienda a discussão sobre a presença ou não de afetividade numa relação familiar, deve-se considerar que o moderno Direito de Família cinge-se ao entendimento de que sem tal elemento, não existe *juridicamente* uma família.

O estudo do valor jurídico do afeto é muito recente no direito contemporâneo, notadamente nos Direitos Civil e Constitucional, não possuindo sequer 06 (seis) anos. Explica-se este fenômeno porque até o ano de 2002, quando foi publicado o novo Código Civil, o afeto era considerado elemento presumido de relação familiar, sendo irrelevante do ponto de vista jurídico.

A partir do novo Código Civil, a doutrina se rendeu ao entendimento de que para que se pudesse configurar uma relação familiar, seria imprescindível a existência do afeto, independentemente do jeito que se traduzia esta “nova ordem” familiar. Assim, a partir de 2002, ele foi alavancado do limbo dogmático, da insignificância jurídica, para a condição de requisito *sine qua non* de caracterização de relação família. Passou de elemento coadjuvante para principal. E é por causa dessa “elevação” ao estado da indispensabilidade, que o estudo do afeto hoje causa “*frisson*” no meio jurídico.

Observar atentamente este fenômeno sócio-jurídico é o propósito do presente trabalho. Empreende-se, por conseguinte, a uma busca teórica sobre como compreender socialmente o reconhecimento do afeto na formação de um grupamento familiar e, no plano jurídico, amalgamar este reconhecimento ao plano da concretude (eficácia normativa).

Contudo, considerando que o objetivo precípua deste empreendimento é o de elaborar uma dissertação de mestrado em família, deve ser ressaltado, em primeiras linhas, que não se pretende contornar completamente o problema, do

ponto de vista filosófico, jurídico ou sociológico. Isto porque as decisões que culminam no valor jurídico do afeto são inesgotáveis, por ser inesgotável o fundamento jurídico ou social do seu embasamento. A verve pela qual se embasa uma sentença não é formada somente por uma realidade específica, mas por várias realidades jurídicas condicionadas a determinado fato social, decorrentes da conduta social subjetiva ou não-objetiva (quando inexistente norma jurídica para reger a conduta humana). Ademais, adicione-se às realidades fáticas/jurídicas encapsuladas, a subjetividade da conduta daquele que elabora uma sentença ou acórdão, que inexoravelmente carrega consigo sua carga de experiência profissional e emocional (afetiva), transportando-a invariavelmente para o Direito, tornando-o, assim, uma ciência matizada, não-cartesiana, dada a quantidade de variações que pode se chegar com relação a uma mesma decisão, por conta da carga de subjetividade que a comporta. A imparcialidade da decisão deve ser vista, aqui, de forma relativizada, em vista de se tratar de fatos humanos julgados por homens, tendentes, pois, à compreendê-los e reduzi-los de acordo com sua própria convicção pessoal (intelectual e afetiva), moral ou ética.

Se do plano do conteúdo da pesquisa em si mesmo considerado, torna-se impossível delimitar o objeto do trabalho por conta da variedade de pressupostos subjetivos que influem numa decisão jurídica, como dito acima, no plano espacial a dificuldade é de outro nível. Pode-se, aqui, delimitar o objeto pela simples significação “do que existe”, existindo o afeto, e “o que não existe”, não existindo, por conseguinte, o afeto, considerada a análise científica dos casos, e sopesada a distância de uma situação para a outra, espacial e temporal. Assim sendo, “existe”, por exemplo, a situação de um agrupamento familiar formado por homossexuais, que vivem há vários anos uma união estável e com base no afeto reciprocamente considerado, buscam o reconhecimento estatal desta união, ou o direito de adotar uma criança, quando em nenhuma dessas situações exista lei que os ampare, tão somente um princípio jurídico (afetividade). De outra banda, “não existe”, por exemplo, uma valorização negativa do afeto ou um desvalor científico do instituto. Exemplo para a valorização negativa do objeto é o mesmo caso, acima citado, onde os homossexuais *não* desejam o reconhecimento dos seus direitos como um grupamento familiar ou *não* se importam em ser ou não ser reconhecidos juridicamente como uma família, o que difere do desvalor científico do instituto, que

pode se exemplificar pela marginalização do afeto através da pornografia, que conclama o sentimento de sexo de consumo, do sexo sem amor, do afeto em sua forma plastificada, estando, pois, fora do campo de observação da presente obra.

A análise sociológica do instituto busca reconhecer o afeto como um fato presente, real, dotado de significação social por existir numa gama enorme de agrupamentos familiares, vivendo esta mesma realidade, presente em todas as classes sociais. Mesmo não pertencendo a um sistema de significações, que é típico da matéria jurídica, contracena este *realissimum* com a realidade dominante dos Tribunais, sendo que a última distancia o afeto da marginalização social, motivo pelo qual se torna útil a sua análise científica.

A presente dissertação incita, ainda, uma discussão que aproxima os discursos jurídico e psicanalítico. A interação direito-psicanálise é abordada em um capítulo e tem por objetivo refletir sobre a descoberta do homem como sujeito de direito e sujeito de vontades que se flexiona a ciência jurídica para atingir, através do princípio da afetividade, o discurso principal a que se propõe: o de reconhecer o afeto como um valor jurídico. A partir dessa breve discussão sobre a interação entre as duas ciências, depreende-se que o direito moderno não deve se pautar unicamente nos valores morais. A moral sexual encontra-se, neste momento, submetida à ética – passando o discurso jurídico a pender muito mais para esta do que para a moral. E é justamente por se submeter à ética, e, por conseguinte, aos valores oriundos do desejo do “dever-ser” subjetivo, que se torna razoável defender o reconhecimento jurídico do instituto.

Como acima disposto, percebe-se ainda que na presente obra pretendeu-se fugir ao sistema de normatização da própria matéria de Direito, de se querer regulamentar todas regras sociais, condicionar todos os fatos às normas de conduta, como se o Direito se esgueirasse num sistema único de símbolos, ou, como diz Warat¹, “num conto poético de significações”, cuja verdade única não leva à nada. Nestes termos, cumpre alertar, nestas linhas iniciais, que realidade jurídica imperativa é a verdade que “está acontecendo”. “Está acontecendo”, pois, nos

¹ WARAT, Luís Alberto. *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*. 2ª Ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, pág. 38.

Tribunais espargidos pelo país, a valorização jurídica do afeto, e não querer enxergar o que “está acontecendo” significa não querer enxergar uma realidade assistêmica, diferenciada do que está descrito, interpretado ou classificado nos códigos, nas leis, nas normas jurídicas como um todo. Implica, destarte, em não ter a sensibilidade de enxergar e entender a presença de um fator decisivo de mudança social e teimar em aceitar a realidade impregnada nos códigos como a única verdade factível, abusando, destarte, da consciência normativa – jurídica e epistêmica -, que encerra-se num único discurso: somente enxergar “o que aconteceu”, ou seja, o que já foi descrito, interpretado e classificado juridicamente.

Perceber-se-á, que na maioria das vezes, o afeto atuará não só como um elemento de ousadia para impor a visibilidade de um determinado comportamento social, mas também como um elemento supra-normativo, isto é, atingindo situações em que nem mesmo a norma legal penetra, onde existe a vedação pelo ordenamento jurídico.

Partindo desta premissa, torna-se relevante o aprofundamento do assunto, porque muito embora seja o instituto de natureza recente, a existência de tais realidades ou condicionamentos tutelados pela jurisprudência dos Tribunais, significa a demonstração da evolução do pensamento social. Ou seja, da aceitação de determinado comportamento social para ensejar sua posterior proteção estatal. O caso da separação judicial e do divórcio são exemplos típicos deste condicionamento de condutas. O que era um tabu passou a ser socialmente tolerado e se transformou em norma jurídica, através da Lei Federal 6515/77. Assim como ocorreu com a separação e o divórcio, acontecerá, futuramente, com as situações decorrentes da afetividade (reconhecimento da união homoafetiva, abandono afetivo, guarda compartilhada, etc). E a lei surge exatamente a partir de tal fenomenologia. E tal fenomenologia encontra-se, hoje, amparada em princípio jurídico.

O papel do Direito não é fabricar, mas reconhecer, regular aquilo que já existe, não é a lei que cria a realidade, mas essa é reconhecida por aquela. A valorização decorre exatamente das reiteradas necessidades de se adequar aquele entendimento ao “dever-ser” ético. E chega-se a hora das consequências do afeto serem integradas juridicamente. Compartilhando esta mesma linha de intelecção é

que Dias apud Carbonera², discorre que “amplo é o aspecto do afeto, mola propulsora do mundo e que fatalmente *acaba por gerar consequências que necessitam se integrar ao sistema normativo legal*”.

Contudo, não podemos deixar de reconhecer que a nossa realidade jurídica ainda está muito distante do distanciamento da moral sexual condicionante, pois o que vivenciamos atualmente, com relação às consequências do afeto é do não-reconhecimento, do desamparo legal, não-proteção e não-tutela por ausência de legislação.

Assim, buscou-se adotar o método da análise fenomenológica, essencialmente descritiva, baseada no estudo das dimensões sociais causadas pelo afeto, o que não distancia o trabalho de um método científico, por ser empírico. Têm o condão de analisar a forma como o reconhecimento jurídico do afeto vem transformando a realidade das famílias, através do recorte de 10 (dez) julgados dos Tribunais de Justiça Estaduais do Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, durante os anos de 2002 a 2008, selecionados através de pesquisa jurisprudencial.

Daqui a alguns anos, provavelmente, tais situações, hoje recortadas por força do ineditismo, venham a significar “lugares comuns” - como hoje é “lugar comum” a situação de alguém separado judicialmente. Mas, por enquanto, profissionais de Direito vêm se debatendo com os casos que “estão sendo”. E é justamente esta observação, “*do que está sendo*” transformado, que importa no caso presente.

Na esteira deste pensamento, deve-se considerar que não mais interessa, para os estudiosos do Direito, se a família é constituída por pai-mãe-filhos, se é constituída por avós-netos, por duas pessoas do mesmo sexo ou até mesmo, por apenas um integrante (família monoparental): o que interessa é a presença da força indissolúvel que os une, do carinho, da estima entre os membros

² CARBONERA, Silvana Maria. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. In: Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1998, pág. 277.

que constituem aquele microsistema – adjetivos estes que se traduzem simplesmente na palavra afeto.

Assim, “o merecimento da tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, *àquelas afetivas* que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida”, como fundamenta Perlingieri³. Neste ínterim, as modificações vivenciadas pela família necessitam de novos regramentos, que se adequem à condição contemporânea específica.

Muito embora esta explicação seja objeto de esclarecimento mais aprofundado nos capítulos seguintes, uma coisa, neste momento, não se pode deixar de esclarecer: a sociedade se transforma, sofre as pressões do seu dinamismo, e o fruto deste processo culmina na exigência ao legislador de elaboração de uma lei que se subsuma à transformação vivida, para regulação da (nova) conduta experimentada pelos sujeitos sociais. Quando a sociedade passa por transformações marcantes, necessitando de regra de conduta e esta regra não é objeto de legislação, aciona-se então um sistema de condicionamento ou tolerância moral de tal comportamento que, mesmo não previsto em lei, passa a ser tutelado pelo Estado, através da opinião reiterada dos estudiosos no assunto – é o que chamamos de jurisprudência.

E, *in casu*, a jurisprudência respalda-se na ética.

Entretanto, para que naveguemos com segurança nesta (nova) seara jurídica, torna-se necessário o percurso de um determinado *iter*, de um determinado caminho. Este caminho escolhido tem por objetivo estudar aquilo que no campo do Direito é conhecido como “evolução do afeto”, que encontra sua moldura no *princípio da afetividade*.

Esta evolução dirige-se ao afeto, visto em primeiro plano enquanto fenômeno social, e em segundo plano como fenômeno jurídico, estudado à luz de sua relevância para a constitucionalização do Direito de Família. Seu

³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2ª Ed. Rio de Janeiro, Renovar, pág. 243.

reconhecimento e legitimidade traz grandes alterações, não somente para o sistema normativo em si, onde passa a “existir” (sendo, pois, descrito, interpretado e classificado como é próprio de toda a regra jurídica), como também para todos aqueles que almejam a dignidade de pertencer a uma família e não são visualizados pelo Estado como sujeito de direitos, mas tão somente sujeito de vontades, porque algumas regras jurídicas forçam a sociedade a ver a realidade dominante como a dogmática e a aceitá-la como se fosse inexorável.

Reexaminar regras, analisar realidades e avaliar criticamente o sistema jurídico-normativo: este é o desiderato que se pretende extrair da presente dissertação.

1 UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A FAMÍLIA BRASILEIRA.

1.1 ALTERAÇÕES FAMILIARES E GLOBALIZAÇÃO.

Antes de analisar as transformações ocorridas hodiernamente com a família brasileira, importa relacioná-las com as transformações vividas pela sociedade como um todo, decorrentes do fenômeno da globalização.

Impossível analisar uma e outra transformação de forma apartada, pois existe uma revolução de costumes, evidente e acelerada, que o direito não consegue acompanhar, por não se encontrar apto para normatizar sobre tais fatos sociais. Lenski e Lenski, citados por Sztompka⁴, disseram que “o aspecto mais notável da vida contemporânea é o ritmo revolucionário da mudança social. Nunca antes as coisas haviam mudado tão rapidamente para uma parte tão grande da humanidade. Tudo é afetado: arte, ciência, religião, moralidade, educação, política, economia, vida familiar, até mesmo os aspectos mais íntimos das nossas vidas – nada escapa”.

Ladeada e ao mesmo tempo internamente ligada à revolução social capitaneada pelas diferentes formas de pensar e enxergar como vem se processando o mundo, existe uma revolução silenciosa que diz respeito à sexualidade, relacionamento, casamento e família. É a revolução da intimidade. Ela encontra-se intrinsecamente relacionada à revolução familiar, que por sua vez, relaciona-se com a revolução dos costumes. Segundo Giddens⁵, é uma revolução que avança de maneira desigual em diferentes regiões e culturas, encontrando muitas resistências. Estas alterações sublimam fronteiras e é muito raro, hoje em dia, não presenciar um local no mundo onde não se discute o futuro da família e as questões que lhe são inerentes, como a sexualidade, filiação, igualdade de gênero, casamento, etc.

⁴ SZTOMPKA, Piotr. *A sociologia da mudança social*. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1998, p.43.

⁵ GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade*. São Paulo, Ed. Vunesp, 2000, p.14.

As transformações que acontecem atualmente nas famílias são oriundas, outrossim, do progresso científico e econômico, capitaneada pelo tripé Revolução Industrial (1750), Revolução Sexual (1960) e Revolução Tecnológica (sempre presente). Não podemos olvidar que sempre que há uma ruptura entre o sistema científico antigo, como por exemplo, a introdução da mecanização no sistema fabril, dando origem à produção seriada de manufaturas, há alteração na vida social, que necessita se adequar à nova realidade, devendo a família se amoldar aos novos costumes. A Revolução Industrial e a Revolução Francesa causaram o declínio do patriarcalismo, marcando um novo ciclo histórico, a Idade Contemporânea. A partir daí começa a se acentuar o movimento feminista, considerada a grande revolução do Século XX. No Brasil, por exemplo, esta revolução, no campo jurídico, teve seu marco inicial em 1960, originando renovações na legislação como o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4121/64), que posteriormente foi substituído pela Lei de Separação e Divórcio (Lei 6515/77) e que atualmente foi substituído pela Lei 11.441/2007. A igualdade entre os sexos, também promovida pela Revolução Sexual, causou uma alteração no desenvolvimento dos papéis femininos e masculinos, fazendo com que tudo seja repensado na organização jurídica familiar. De outra banda, o progresso tecnológico tornou mais rápido o acesso a novas – e diferentes – formas de desenvolvimento, traduzidas pela globalização.

A globalização que torna visível as transformações familiares por todo o mundo se originou a partir da Declaração Universal de Direitos, de 1948, que serviu de espelho para grande parte da principiologia constitucional moderna. Segundo o entendimento de A. Coote, H. Harman e H. Hewitt, citados por Glanz⁶, as transformações familiares modernas são, no geral, representadas pelos seguintes aspectos:

- **Casamento** – as pessoas se casam mais tarde e cada vez casa-se menos;
- **Divórcio** – mais pessoas se divorciam e muitos divórcios são iniciados por mulheres;
- **Coabitação** – mais pessoas coabitam e após o divórcio, a coabitação dura mais;

⁶ GLANZ, Semy. *A família mutante - sociologia e direito comparado*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p.34.

- **Novo casamento** – muitos casamentos incluem ao menos um divorciado, mas o novo casamento de divorciados vem diminuindo; o segundo casamento está mais sujeito ao divórcio que o primeiro (especialmente se um ou ambos têm filhos do primeiro casamento);
- **Monoparentalidade** – mais mulheres criam filhos por sua conta, tal aumento é de mulheres divorciadas casadas ou solteiras;
- **Nascimentos** – as mulheres estão tendo menos filhos; aumentam os nascimentos sem casamento; aumentam as mulheres que ficam sem filhos;
- **Situação dos filhos** – cada vez mais os filhos fora do casamento são registrados por ambos os pais; a grande maioria dos filhos vive com ambos os pais naturais; muitas crianças têm um padrasto; mudanças mais acentuadas situam-se entre 0 e 4 anos de idade; aumenta a experiência de crianças com mudanças na família;
- **Pessoas mais idosas** – há mais pessoas acima de 65 e 75 anos de idade; cada vez mais mulheres idosas vivem com parentes e não com maridos;
- **Trabalho e família** – cada vez mais as mulheres casadas trabalham fora; mães solitárias parecem trabalhar fora em menor proporção; mães com filhos abaixo de 5 anos têm menos empregos na Inglaterra que em outros países da Comunidade Européia; a maioria dos pais trabalha em tempo integral; as mulheres fazem a maior parte do trabalho doméstico;
- **Atendimento a crianças** – poucas crianças têm atendimento em creches além de escolas, os mais pobres na Inglaterra são semelhantes aos dos demais países europeus;
- **Diferenças étnicas** – observam os autores que os dados devem considerar as diferenças de origem étnica, no sentido de origem das famílias; assim, as de origem afro-caribenhas e asiáticas divergem, não sendo uniformes as estatísticas.

Como previsão para o Século XXI os mesmos autores indicam as seguintes tendências:

- Mais pessoas nunca se casarão;
- Mais casais coabitarão sem casamento;
- Mais crianças nascerão de casais não casados;
- Um terço a dois quintos dos casamentos terminarão em divórcio;
- Menos pessoas se tornarão a casar;
- Mais crianças viverão apenas com um dos pais;
- Mais crianças viverão apenas com padrasto ou madrasta;
- Haverá mais pessoas idosas aos cuidados de parentes, em casa.

Se, de um lado, o Brasil reconhece legalmente a separação judicial e o divórcio e, a depender da condição do casamento, pode-se separar judicialmente utilizando-se de simples expediente cartorário (Lei Federal 11.441/2007), de outro lado, a China, por exemplo, cogita em tornar o divórcio mais difícil, tendo em vista as leis muito liberais que foram aprovadas, por conta da Revolução Cultural. Se em países como os Estados Unidos e Inglaterra o casamento continua muito prestigiado, de forma paralelamente oposta à estes dois países, na Escandinávia uma grande proporção de pessoas permanece solteiras, mesmo vivendo conjuntamente e com filhos. Se, ainda, no Brasil, as mulheres lutam pelo reconhecimento da igualdade de direitos para com os homens, em alguns países da Europa o discurso é invertido, no sentido de retomada dos papéis masculinos e femininos tradicionais ou à denominada “desigualdade socialmente permitida”.

Nestes termos, pode-se concluir que a revolução da intimidade existe, mas não é linear. A única linearidade que se encontra e se permite identificar, neste âmbito específico de globalização, é no sentido de perpetuação da família em decorrência do que se denomina de “função ecológica do amor”, citada pelo Papa João Paulo II na Encíclica *Centesimus Annus* e interpretada pelo chileno Pedro Morandé, no discurso de abertura do Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica de Salvador, cuja tradução se encontra no livro “*Família, Sociedade e Subjetividades*” (2005).

Neste sentido, é a família que propicia os aportes emocionais e materiais necessários ao desempenho e bem-estar dos seus integrantes. Desempenha ela papel fundamental na educação formal e informal, sendo, em seu espaço, construídos e absorvidos os valores fundamentais do ser humano e aprofundando os laços afetivos. Segundo Leclercq⁷ a família é, por excelência, o princípio da continuidade social e da conservação das tradições humanas; é o elemento conservador da civilização, sendo fator essencial da virtude e felicidade.

A família, enquanto forma particular de agregação, têm dinâmica e vida própria, afetada pelo processo de desenvolvimento sócio-econômico, e, sujeita, portanto, às mutações oriundas de sua origem, da base social em que se desenvolveu e do impacto relativo destes fatores com o Estado em seus regramentos jurídicos, políticos e econômicos.

Não há, para ela, um modelo único a ser perseguido, mas, segundo Luiz Edson Fachin, em “*A Desinstitucionalização do Modelo Familiar: Possibilidades e Paradoxos do Neoliberalismo*”, autor citado por Mello⁸, uma “família sociológica plural”, coexistindo “o *living apart together*, o *long-distance marriage* e a concepção eudemonista de família”.

E é justamente neste espaço que valoriza juridicamente o afeto. No entender de Carbonera⁹, com as consideráveis mudanças no seio familiar e na estrutura organizacional, as entidades familiares mudaram seus costumes, como, por exemplo, na drástica redução do número de filhos, dando margem, assim, a um relacionamento mais próximo de seus membros, permitindo uma maior abertura para o afeto, mostrando um início de mudança no eixo tradicional: a família deixou de ser apenas um centro de produção.

⁷ LECLERCQ, Jacques. *A família*. Trad. de Américo Gama. Editora Quadrante. Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1968, p.124.

⁸ MELLO, Celso Albuquerque de. *Anuário de Direito e Globalização*. Ed. Renovar, 1999, p.12.

⁹ CARBONERA, Silvana Maria. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. In: Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1998, p.38.

1.2 A ORIGEM DA FAMÍLIA BRASILEIRA: PATRIARCAL OU NÃO?

O fato de não existir uma compreensão única sobre a sua origem; sobre a base social em que se desenvolveu, sob a unicidade de fatores que influíram para a formação atual da sociedade, no caso particular do Brasil, após a experimentação da colonização (em seus variados aspectos) – traz consigo a resposta de que, atualmente, não mais é possível caracterizar a família moderna de uma forma única, linear, muito embora seja única, linear e uníssona a *vontade* do povo brasileiro em constituir uma família (MACHADO, 2001).

Assim sendo, é impossível aglutinar numa só expressão a família brasileira moderna, porque esta significação está além do conceitual – ela é tendencial. Histórica. Multifacetada. Plurissignificativa. Desvendar, pois, esta “tendência” é justamente o que se pretende no decorrer deste tópico. Em primeiro lugar, devemos ter em vista que a família brasileira evoluiu. Passou do modelo patriarcalista para o molde nuclear. Da família nuclear, temos, hoje, o que se denomina de família pós-nuclear¹⁰

Assim, se o patriarcalismo consagrou o modelo arraigado, produtivo e segmentado de família, deve-se levar em consideração que não era típico naquele sistema estrutural a consideração da família como sendo apenas o do “núcleo familiar restrito”, compreendido pelo casal-filhos, mas, o contrário: a família patriarcal, além de contemplar mulher e filhos, contemplava também os parentes diretos, indiretos e os que possuíam a afinidade do casal e dos filhos deste, como, por exemplo, os sobrinhos, os escravos privilegiados e os compadres do senhor da Casa Grande.

A título de informação, interessa salientar que GILBERTO FREYRE ao escrever “*Casa-Grande & Senzala*”, definiu a família rural brasileira como patriarcal – agrária, escravocrata e híbrida –, portanto.

¹⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Aspectos sociais e jurídicos relativos à família brasileira – de 1916 a 1988*. Disponível em http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/dir-sexuais-reprodutivos/docs_atuacao/ParecerBarroso%20uniao%20homossexuais.pdf. Acesso em 03.03.08.

Naquela época, as relações familiares encontravam-se erigidas sobre o Código Civil de 1916, possuindo o Direito de Família essência eminentemente patrimonial, ou seja, utilizado para reger o patrimônio familiar. A limitação que se compreedia o Direito de Família era similar ao conceito de família em sentido restrito, determinado pelos cônjuges e sua prole. A família, nestes idos, era equiparada à uma unidade de produção, objeto impulsionador de riqueza.

Contudo, merece observação que a classificação de família utilizada por Freyre¹¹ (patriarcal baseada na agricultura, aristocracia e escravidão), não foi consenciosa entre os cientistas sociais. Vários autores afirmam que ele se ateve tão somente ao nordeste do Brasil, esquecendo-se, pois, das mudanças sociais que ocorriam ao derredor daquela região, como se deu, v.g., com o planalto paulista e com o Sul do País, que, do ponto de vista inter-relacional, tiveram formas de família distintos do que fora classificado em “*Casa Grande & Senzala*”, e mais: distintos inclusive do patriarcalismo. O que seria uma situação fragmentalizada a uma região foi convertida a toda uma sociedade colonial no período compreendido entre os séculos XVI a XIX.

Mariza Correa¹², por exemplo, introduz novos rumos da pesquisa sobre a família colonial e a reflete inserta numa “sociedade multifacetada, móvel, flexível e dispersa”, rompendo com a descrição tradicional quanto ao estreitamento de personagens e de relações participantes da organização da casa e da família na colônia brasileira.

E a mesma autora aduz que a história da família patriarcal brasileira torna-se, nas mãos de Freyre, um objeto dado, individualizado, e é apenas no seu interior que ocorrem as transformações: trata-se aqui de uma instância que Gianotti chama de “instauração de uma história universal por meio da destruição das histórias particulares”. Por fim, conclui o pensamento dizendo que o conceito de família patriarcal, como tem sido utilizado até agora, achata as diferenças, comprimindo-as

¹¹ FREYRE, G. *Casa-grande e senzala*. 17ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio Editores, 1975.

¹² CORRÊA, Mariza. “Repensando a família patriarcal brasileira: notas para o estudo das formas de organização familiar no Brasil.”. In: CÔRREA, M. (Org). *Colcha de retalhos: estudos sobre a família no Brasil*. 2ª ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1993, p.75-76.

até caberem todas num mesmo molde, que é então utilizado como ponto central de referência quando se fala de família no Brasil. Nestes termos precisos, importa considerar que o reposicionamento do conceito de família patriarcal elaborado mais recentemente pela doutrina, não só relativiza o estudo dos sociólogos “clássicos”, como também justifica a diversidade social e cultural existente no País.

Para Paulo Eduardo Teixeira¹³, Gilberto Freyre (1975), Sérgio Buarque de Holanda (1982) e Antonio Candido (1951) trilharam caminhos distintos, através dos quais o conceito de família patriarcal pretendia descrever as famílias de norte a sul do país, durante três séculos de sua história. Segundo o autor, estas classificações caracterizavam-se pela grande parentela, sistema hierárquico, autoridade paterna prevalecente, monogamia e indissolubilidade do casamento.

Percebe-se que a fixação da classificação familiar num único conceito, implantado tão somente em sociedade agrária, generaliza a realidade nordestina vivida dentro dos engenhos de açúcar, plantações de café e fazendas destinadas à criação de gado à uma única existente dentro de um país de dimensões continentais como o Brasil.

Não somente com relação ao território é revelada a diferenciação de conceitos, mas também à interação da representação homem-mulher, pois a família patriarcal é alicerçada sob as relações do senhor de engenho com sua mulher e demais escravas, onde todas o satisfiziam, e a trama cotidiana era diferenciada pelos papéis estrategicamente posicionados entre a casa e a senzala.

Os autores acima citados chamaram a atenção para as formas análogas de formação da família brasileira, e outros, que serão citados no próximo tópico, vão mais além: a partir dos cruzamentos históricos e demográficos, chegaram a conclusão de que alguns segmentos familiares (regionais) possuem normas e valores próprios, que se distinguem dos identificados como os da “grande família patriarcal brasileira”.

¹³ TEIXEIRA, Paulo Eduardo. *O outro lado da família brasileira*. Campinas: Ed. Unicamp, 2004, p.09.

É consenso entre estes autores que o grande entrave dos textos produzidos em “*Casa Grande & Senzala*”, “*Raízes do Brasil*” e “*The Brazilian Family*” consiste no dualismo perpetrado entre as figuras do senhor e do escravo, da casa grande e da senzala, do engenho e da fazenda – em suma, na cristalização de toda uma sociedade.

E que a uniformidade regional não é traço característico da formação de famílias no Brasil, pelo simples fato da colonização não ter sido unilinear pelo território, e sim por regiões específicas, como se deu com o nordeste açucareiro, com o planalto paulista, com a região central do Brasil e com a região Sul, que analisadas isoladamente, possuem, certamente, traços comuns de colonização e, por consequência, formação da estrutura familiar.

A região sudeste do Brasil encontrou representantes para a distinção da conceituação freyriana através de Alfredo Ellis Jr.¹⁴ e Cassiano Ricardo¹⁵.

Ellis Jr. ressalta a diferença do planalto paulista para o nordeste, a vigorar no primeiro a pequena propriedade, mais comunitarismo, mais cianismo, núcleos mais numerosos e de menor vulto nas proporções, patriarcas menos opulentos, ainda que mais numerosos; enquanto que no nordeste do Brasil a regra era diversa: vigorava o latifúndio, mais particularismo, mais feudalismo, fazendas maiores, patriarcas mais poderosos, proles mais numerosas, famílias maiores, mas cabedais concentradas e escravaria mais vultosa.

A construção da diferença entre tais populações (denominada por ele de “abismo” ou “fenda”) revela o grande objetivo de seu estudo, detendo o autor grande prestígio entre os sociólogos, por destacar os aspectos relacionados ao tipo de cruzamento na constituição do povo paulista.

Para ele, a mestiçagem que produziu o mameluco paulista é reconhecida como responsável pela formação da sub-raça eugênica, datada de “atributos

¹⁴ ELLIS JR. Alfredo. *Os primeiros troncos paulistas e o cruzamento euro-americano*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1936, p.30-33.

¹⁵ RICARDO, Cassiano. *Marcha para o oeste*. Rio de Janeiro: Jessé Olympio, 1959, p.96-113.

inigualáveis de grande fecundidade, magnífica longevidade e espantosa varonilidade”. Distingue, pois, três tipos de ligação que geravam mamelucos:

“1º - ligações legalizadas pelo matrimônio, entre homem branco e mulher índia, ou entre esta e o mameluco;

2º - ligações, sem o laço da legalidade, entre o branco ou o mameluco e a índia, mas que tinham o nexos de continuidade pela mancebia;

3º - ligações fortuitas e acidentais, entre o branco ou o mameluco e a índia, às vezes vendadas pelo mistério, mas que produziam um imenso número de bastardos”.

Distingue-se, ainda, a formação familiar paulista da nordestina, pelo fato de que os costumes da vida paulista serem rigorosamente vigiados pelos patriarcas das grandes famílias, favorecendo a restrição dos casamentos, que raramente se davam fora do círculo dos parentes.

E é justamente neste traço, o da *consanguinidade*, que se revela um dos grandes diferenciais da família paulistana com relação à encapitulada por Freyre.

Por fim, Ellis Jr. define como o tipo social paulista como a raça formada pela “união dos tipos comunitários, patriarcal, semi-urbano, com o de nômade aventureiro e ambicioso, saturado de iniciativa”.

Diferente forma de pensar possui Cassiano Ricardo, que também defende a existência de “fenda” entre a descrição familiar no sudeste com a do nordeste, caracterizando o período colonial em três pontos de partida precisos, a saber: a) sociedade agrária nordestina; b) sociedade agropastoril e c) sociedade bandeirante, esta última representa o planalto paulista, caracterizado pela pequena propriedade, pela policultura na região de Piratininga e pela grande efusão de sangue castelhano naquelas famílias.

Para Cassiano Ricardo, a bandeira, para ele, “é um sistema de vida só enraizado em São Paulo” do que chamaria de “português pé-de-boi” do nordeste. A família ocupa o epicentro deste cenário, sendo compreendida como a “primeira condição social” para a realização da bandeira. Neste sentido, a família, na região do planalto paulista, se constituiu dentro de linhas próprias e circunstâncias muito

peculiares. Tem como característica ser uma “unidade colonizadora”, que forma que a aristocracia colonial no Norte e a democracia colonial no Sul. Esta democracia é explicada pelo desapego do paulista com relação à propriedade imobiliária (latifúndio), deixando o “espírito de fidalguia, cor e de origem da planície de Cubatão de lado” – o que é visivelmente contrário ao pensamento da região nordeste.

Assim como o planalto paulista se encontra muito bem representado por Ellis Jr. e Cassiano Ricardo, o Estado de Minas Gerais carrega consigo, neste aspecto, o trabalho de Alceu Amoroso Lima¹⁶. Interessante denotar que este estudo faz parte de um conjunto de ensaios da sociologia brasileira denominado “As cinco vozes do Brasil”, sendo elas, respectivamente: norte, sul, litoral, sertão e centro”. Minas se encaixa entre as vozes do centro. Segundo o Autor, falar sobre Minas é “compôr uma sociologia da Montanha que considere a paisagem, a constituição corográfica, a vida econômica, aliada à psicologia, à cultura e missão social da “suíça” brasileira”. Distingue, pois, Minas Gerais da região nordeste e do planalto paulista, com relação aos seguintes aspectos:

- a) O perfil racial de Minas revelaria a ocorrência da “síntese de miscigenação nacional”, devida a “uma combinação racial uniformemente mesclada de contribuição indígena, africana ou européia, em doses diferentes, sem dúvida, mas com o predomínio acentuado da contribuição social lusa”;
- b) A sociedade de Minas produziu, por si, uma sociedade de linhas orgânicas e concentradas. Ao contrário do modelo bandeirante, em Minas se nota a ocorrência do grupalismo, e não da irradiação intraprovincial;
- c) A família encontra distinção tanto pela sociologia quanto pela moralidade. Justifica o autor pelo fato da família representar o centro da sociedade mineira e a hierarquia patriarcal o centro da vida doméstica mineira, havendo contornos nítidos os lugares de homens e mulheres na casa patriarcal mineira;

¹⁶ LIMA, Alceu Amoroso. *Voz de Minas*. Rio de Janeiro: Agir, 1945, p.21-24.

- d) No lar mineiro ocorre uma compensação de poderes, que segundo o autor, era a mesma que dominava a vida social em geral. Vale salientar que, de forma diferente ao quadro abordado por Freyre, não há a discriminação velada entre brancas e escravas, como explicitado no nordeste. Em Minas Gerais, no período colonial, a índia juntava-se ao negro, o branco à negra. Não apenas na cama, mas para a cozinha e o salão também.

Percebemos, à guisa dos referidos trabalhos regionais, que os pensamentos aqui expostos formam uma miríade de teses convergentes e divergentes sobre a formação social e a estrutura da família nas diversas regiões brasileiras e que não há, em verdade, uma unidade de compreensão de como poderia ser classificada a família brasileira durante os séculos XVI a XIX.

Com base em tais premissas, pode-se compreender que o modelo familiar tradicional, sofreu profundas alterações ao longo do tempo, quando se transformou para o da família nuclear, onde o pai, provedor, se dirigia ao espaço público com o intuito de sustentar o lar enquanto que a mãe cingia-se, por sua fragilidade, ao espaço íntimo, particular da casa, no sentido de zelar pelo bem-estar do marido, da própria casa e dos filhos.

Neste sentido, professora Vaitsman¹⁷:

“Difundia-se o discurso – científico, jurídico, popular – que se tornou dominante a respeito das características próprias da natureza de cada sexo. As mulheres eram classificadas como fisicamente frágeis...os homens como fisicamente fortes...a natureza feminina realizava-se como mãe e esposa devotada e a masculina como pai, responsável pela provisão material e moral da família”.

Mas o modelo nuclear não se prestou a acompanhar as alterações comportamentais surgidas a partir de 1960, oriundas pela libertação sexual. O

¹⁷ VAITSMAN, Jeni. *Flexíveis e plurais: identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas*. Rio de Janeiro, Rocco, 1994, p.15-16.

grande marco desta revolução traduz-se na mudança dos valores relativos à família, para a construção de um novo estilo de vida.

Aliado à revolução sexual, a luta pela diferenciação entre os gêneros deu uma tônica muito característica ao que se entende, hoje, por “atores sociais” da família, pois à mulher não era mais suficiente restringir-se à atividades domésticas e, paralelamente, ao homem não se concebia mais a não incursão no universo particular da casa, da vida familiar em sentido estrito. Paralelo a isso, a mulher buscou, de forma crescente, a conquista do seu lugar no mercado de trabalho que carreou, por consequência, a melhoria de condições profissionais, econômicas e sociais – buscando (até hoje) o reconhecimento da igualdade de condições com o homem.

Se, por um lado, a conquista do mercado de trabalho e da diferenciação de papéis causou uma verdadeira revolução na mentalidade e nos costumes mulher brasileira, de outro, esta mesma mulher não abandonou as atividades domésticas e familiares, onde permanece, até hoje, se dividindo entre o desafio de desempenhar estas duas funções, que caminham de forma aglutinadas, se revelando em “duas” ou “três” jornadas de trabalho.

É exatamente deste conflito oriundo da condição feminina, que acompanha a mulher brasileira desde dos anos 70, que surge a família pós-nuclear: caracterizada pela mulher profissional ocupada, com pouco tempo para acompanhar o desenvolvimento educacional do seu filho, que pode ser fruto de uma “reprodução assistida” e viver com um pai “afetivo”, que é o novo companheiro de sua mãe.

O modelo atualizado de família não reflete mais a realidade de alguns anos atrás: se antes a família era, de forma estrita, concebida como sendo pai-mãe-filhos; contemporaneamente a diferença reside na possibilidade de alteração da figura do pai/mãe para a de padrasto/madrasta; a de irmão para a de meio-irmão; de não haver sequer pai ou mãe mas, sim, amigos formados por casal e amiga e, ainda, por exemplo, a mãe e a namorada dela. Percebe-se, atualmente, a incidência cada vez maior de lares organizados com apenas um dos pais, de gente morando sozinha, de avós criando netos, casais sem filhos e as ditas “produções independentes”.

Surgem os denominados “arranjos familiares”, que não chegam a se constituir uma família (juridicamente considerada), mas, por outro lado, também não deixam de sê-la, como se dá, e.g., com o fato da filha morar com o pai durante apenas os finais de semana. A constatação é que a família, hoje, não se desenvolve mais pelos moldes tradicionais, impostos pela sociedade. Ela se desenvolve da maneira que entendem os seus membros, e, por assim dizer, da maneira que podem. Esse novo formato, somado à realidade econômica vivida por cada um, transformou a família em núcleo atraente, a ponto de hoje existir a denominada “*geração canguru*”, onde os filhos permanecem até tenra idade (dos 30 aos 40 anos), por desejo de permanecer usufruindo do conforto que o seio familiar oferece, mesmo tendo alçando a independência financeira.

Mas este fenômeno alcança família de todas as classes sociais, notadamente àquelas onde se reúnem três gerações, em razão de só um membro sustentá-la (pai aposentado, por exemplo, que sustenta filho e netos). Entram nesta conta, também, a situação onde os filhos de classe média alta permanecem sendo sustentados pelos pais, em razão de não haverem atingido a independência econômica desejada.

E esta tendência tende a se expandir cada vez mais, por conta do fato dos pais, hoje, estarem financeiramente ativos por mais tempo, empurrando adiante a fronteira da terceira idade.

O modelo familiar brasileiro de hoje, portanto, já não é mais ditado pela lei ou pela sociedade, mas sim pela vontade, pelo sentimento. Abandonou-se o formalismo, a obediência e a hierarquia para que tais lugares fossem cedidos à igualdade, respeito e amor entre seus integrantes. Mais do que de sangue ou de obrigação, os laços da parentalidade hoje são definidos pelo afeto.

É conveniente, entretanto, lembrar que o fato da família haver se calcado, hoje, no modelo “pós-nuclear”, desformalizado, não quer dizer que abandonou, de forma absoluta, o modelo patriarcal ou modelo nuclear, de onde, pelo menos juridicamente, foi concebida, como se verá no tópico seguinte.

Presencia-se ainda, com bastante frequência, situações onde a sociedade “engole” determinadas condutas, tolerando-as moralmente, como se dá no caso da “aceitação” da traição masculina e inaceitação da traição feminina, típico do modo patriarcal; as diferenças salariais observadas entre homens e mulheres ainda são motivos de grande visibilidade (e desconforto) por parte dos desempenham o trabalho em igualdade de condições, o assédio sexual também é outro resquício do patriarcalismo, o exame admissional para mulher incluindo o de gravidez (sexismo, do modelo nuclear), etc.

Conclui-se, portanto, que muito embora a família moderna brasileira não tenha um traço unilinear, atualmente é o afeto o elemento que a torna visível, independentemente do modelo escolhido (formal, informal ou arranjo).

Com respeito a tal entendimento, fala-se num novo fenômeno jurídico denominado de “repersonalização” do Direito Civil. Diz respeito à valorização da pessoa humana acima da valorização de qualquer patrimônio que ela detenha, ou não. Segundo Lôbo¹⁸, a família, convertendo-se em espaço para a realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômico-procracional.

E a consequência desta “repersonalização” é o caráter eudemonista da família, direcionada à felicidade dos indivíduos que a compõem. Tutela-se, portanto, a garantia da realização pessoal, o caráter intimista e afetivo da relação entre os indivíduos. A despeito deste assunto, será ele objeto de maior aprofundamento de estudo posteriormente, no capítulo 03.

Contudo, ainda que a tendência atual seja a de “repersonalizar” o Direito Civil e mesmo que se considere o afeto como o elemento caracterizador da família moderna, deve-se considerar que não é ele, ainda, capaz de derrubar alguns condicionamentos impostos pelos outros modelos familiares, como, e.g., os relativos ao patriarcalismo, que convivem lado-a-lado com o modelo pós-nuclear, de forma paradoxalmente oposta à tudo o que se entende, neste aspecto, por modernidade,

¹⁸ LÓBO, Paulo Luiz Neto. *A repersonalização das relações de família*. In: O Direito de família e a Constituição de 1988. São Paulo, Saraiva, 1989, p.67.

haja vista a miscelânea de tipos e conceitos aos quais se submete a atual família brasileira.

1.3 AS RECENTES ALTERAÇÕES TRAZIDAS À FAMÍLIA PELO DIREITO BRASILEIRO.

O Novo Código de Direito Civil, publicado em 2002, trouxe consigo diversas alterações no tratamento da família, espelhadas, em sua grande maioria, nos fenômenos conhecidos como “despatrimonialização” e “constitucionalização” do Direito Civil, evidenciados ao longo dos últimos cinquenta anos pela própria sociedade brasileira.

Falar em “despatrimonialização” do Direito Civil significa compreender que os institutos basilares da matéria (propriedade e contrato) não possuem mais a supremacia que anteriormente detinham, em face à nova realidade que se descortina, que valoriza a individualidade do ser humano, ao invés de valorizar o seu patrimônio. Entendem os autores modernos que a adequação do Direito Civil à primazia da pessoa humana é o primeiro passo para amoldamento do direito brasileiro à realidade imperante dos fundamentos constitucionais e, por tal razão, esta tendência vem sendo observada pelo nosso Código Civil.

Já a “constitucionalização” é fenômeno diferenciado do primeiro, pois enquanto este diz respeito à diminuição valorativa, no Direito Civil, do significado da propriedade e do contrato em face da valoração do ser humano; aquel’ outro significa a possibilidade de intervenção do Estado nas relações de cunho privado, submetendo o Direito positivo aos fundamentos de validade constitucional que se encontram estabelecidos, em razão da limitação sofrida pela próprio Estado de ter de observar os princípios e garantias individuais assegurados, em cumprimento aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Quando se fala em constitucionalização do Direito Civil se imprime a idéia de invasão do Direito Civil pela Constituição Federal. E isto está correto. A título de exemplo, a Constituição de 1998, através de três artigos apenas, alterou cerca de 50 artigos do código de 1916, com uma repercussão muito grande no Direito de Família. São os artigos que proclamaram a igualdade entre os cônjuges no casamento e entre os filhos havidos ou não do casamento e que reconheceu a união estável como entidade familiar. Obviamente que existia incompatibilidade entre um Código Civil anacrônico, de 1916, com uma Constituição Federal de 1988.

A constitucionalização serve, desta forma, para “equalizar” as transformações ocorridas na nova ordem jurídica e adequá-las ao que for necessário, sendo tanto esta quanto a despersonalização, institutos imprescindíveis para a sedimentação dos novos valores constitucionais no ordenamento jurídico.

Ela, contudo, não foi suficiente para trazer ao Direito Civil os ventos da modernidade. Após vinte e seis anos de tramitação, um Novo Código Civil foi publicado em 2002 trazendo, ao todo, quarenta e quatro modificações em seu texto sobre família, propriedade, empresa e comércio.

Foi no Direito de Família, contudo, que se verificou o maior número de alterações, uma vez que o projeto transformado em código teve de incorporar ao texto primitivo todas as inovações introduzidas não só pela Constituição Federal de 1988, como pelas leis ordinárias editadas posteriormente a ela, como por exemplo, a relativa ao bem de família (Lei 8009/90).

Desse modo, foram inseridas no novo Código as disciplinas normativas referentes à extensão do conceito de família aos grupos formados pela união estável e família monoparental; à igualdade dos direitos e deveres do marido e da mulher; e à completa equiparação dos filhos, inclusive dos adotados.

O novo Código Civil fez importantes alterações que também devem ser mencionadas nesta dissertação, como a de fixar em 16 anos a idade mínima para o casamento, tanto para os homens como para as mulheres; trazendo para o texto do código as regras concernentes ao casamento religioso (antes regido pela Lei dos Registros Públicos); tratando separadamente os impedimentos matrimoniais e as

causas suspensivas do matrimônio; valorizando o casamento religioso, abolindo o regime dotal, incluindo o regime de participação final dos aquestos, e admitindo a mudança do regime de bens entre os cônjuges.

Por outro lado, deslocou da parte geral para a especial a matéria concernente ao bem de família, retrocedendo em relação aos benefícios sociais concedidos pela Lei nº 8.009/90. O novo código volta a exigir os mesmos requisitos para a constituição do bem de família constantes do Código de 1916, e que haviam sido derogados pela citada lei desde 1990.

Observa-se, a partir destes comentários que foram deixadas de lado as regulamentações em torno de inseminação artificial, genoma, internet, casamento homossexual, e outras matérias que necessitam constar no ordenamento jurídico. São matérias que existem hoje, para ser decididas na maioria dos Tribunais e que forcem o legislador a dar uma resposta à sociedade.

Nestes termos, pode-se concluir que existiu, sim, um Código Novo (com relação ao de 1916), mas não um Código moderno, inovador ou surpreendente.

Como novo, moderno e surpreendente o Brasil tem, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, publicado em 1990 e considerado até hoje a legislação mais completa de direito do consumidor no mundo.

Com sua timidez legislativa, o legisladores civilistas deixaram para os estudiosos, os aplicadores da lei e para os intérpretes, a função de reconhecimento e regularização jurídica dos institutos ainda não submetidos ao império das leis, como é o caso típico das relações familiares pautadas pelo afeto, dispostas no Capítulo 03 do presente estudo.

Mas no que pertine à identidade da família brasileira, juridicamente não foi encontrada uma forma unilinear de definí-la. Ela pode ser considerada, como diz Venosa¹⁹, em conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de

¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 7ª Ed. São Paulo, Atlas, 2007, p.12.

uma linhagem, incluindo-se os ascendentes colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins.

Cristiano Chaves de Farias²⁰, ex-aluno deste Curso de Mestrado em Família, reforça o conceito defendido por Venosa ao proclamar que, nos dias de hoje, predomina um modelo familiar eudemonista, afirmando-se a busca da realização plena do ser humano. Aliás, constata-se, finalmente, que a família é locus privilegiado para garantir a dignidade humana e permitir a realização plena do ser humano.

Desse modo, conclui ele que a família advinda da Constituição Federal de 1988 tem o papel único e específico de fazer valer, no seu seio, a dignidade dos seus integrantes como forma de garantir a felicidade pessoal de cada um deles. A construção de sonhos, a realização do amor, a partilha do sofrimento, enfim, os sentimentos humanos devem ser compartilhados nesse verdadeiro LAR, Lugar de Afeto e Respeito.

E este conceito, por fim, acabou sendo cristalizado no ano de 2006, quando o legislador imprimiu o mais novo conceito jurídico de família no Direito, com a publicação da Lei Maria da Penha (Lei Federal 11.340), que em seu art. 5º aduz que:

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

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

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

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.” (grifo nosso)

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves. *Achegas para (além da) reforma do código civil*. In: Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 50, abr. 2001. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto:asp?id=2019>. Acesso em 11.01.08.

Surgiu, então, um novo conceito jurídico para a expressão “entidade familiar”, complementando os que já tinham sido objeto de significação na Constituição Federal (1988), no Estatuto da Criança e Adolescente – ECA (1990) e no Código Civil (2002), anexos.

É, assim, o conceito jurídico mais moderno do que se entende por família. Considera ele não somente o parentamento de direito como de fato, a união por laços naturais (casamento) ou por afinidade (companheirismo, união estável e análogos) ou vontade expressa (de livre interpretação) e não uma instituição rígida, estanque e presa a condicionamentos ou sistematizações estatais.

2 O DIREITO FRENTE A UM (QUASE) DESCONHECIDO: O AFETO

2.1 O HOMEM: SUJEITO DE DIREITO E DE VONTADES.

A evolução de pensamento jurídico nos leva a crer que a interpretação da Constituição Federal não é mero pressuposto de aplicação de um texto, mas um importante elemento de constante renovação jurídica, atenta às mudanças acontecidas na sociedade, tanto no sentido do desenvolvimento como ainda quanto à existência de novas ideologias.

Entretanto, a discussão do afeto como elemento transformador da realidade social não pára somente na análise da interação do Direito com a Psicanálise: deve-se relevar sobretudo a discussão do Direito com a Sociologia, pois o reconhecimento de um instituto jurídico nada mais é que o uso desenfreado de um costume que não pode mais ser negado pela ordem jurídica, que não pode deixar de pertencer a um sistema.

Neste campo de idéias, o afeto deve ser considerado um fato social, pois existe, é delimitado juridicamente e presenciado em todas as classes sociais. Se, utilizando o entendimento de Sztompka²¹, reconhecemos o sistema familiar como *micro* e o sistema jurídico como *meso*, esses dois ligados à um sistema *macro* que é o da sociedade global, que, por sua vez, pode abranger um quantitativo menor desta idéia e elevá-los à uma sub-categoria destes sistemas *micro*, *meso* e *macro* a família, o sistema jurídico e a população brasileira, respectivamente.

O afeto constitui alvo significativo de mudança, por ser responsável pela diferença por estados sucessivos de um mesmo (micro) sistema. Explica-se: se, até o ano de 2002, era considerado elemento presumido da relação familiar, após aquele ano, com a publicação do novo Código Civil, passou a elemento indispensável da conceituação jurídica de família. Esta transformação denota a

²¹ Op. cit, p.18.

ocorrência de um fato passado (2002), o seu reconhecimento epistemológico através de pesquisa jurisprudencial em que foi utilizado por diversos anos sucessivos, por vários Tribunais de Justiça Estaduais (2002 a 2008) e do cotejo entre a existência do afeto como um fato social e sua utilização como instituto jurídico por alguns, resta a análise da falta de reconhecimento de seu pertencimento a um todo, mais especificamente, ao sistema jurídico brasileiro. Coaduna-se, por conseguinte, com o conceito básico de mudança social de Sztompka que envolve três idéias: (1) diferença; (2) em instantes diversos; (3) entre estados de um mesmo sistema.

Neste caso específico, é o afeto entendido como fator de mudança estrutural e funcional de *um* microsistema (familiar) e não *do* microsistema, considerando o todo, já que pode ser concebida a alteração apenas parcial, limitada em sua abrangência, sem maiores repercussões em outros aspectos.

Contudo, muito embora seja uníssonas a voz que reconhece a sua existência do afeto na relação familiar, o mesmo não se dá com a intenção de fazê-lo pertencer a um sistema de significações (jurídico-normativo).

De um lado, autores como Warat²² entendem que normatizar o amor significa transformar ele em dever, pois, socialmente, “existe toda uma lógica do dever que extrapola o prazer do corpo e se consagra como mecanismo de constituição do social”. Fundamenta seu discurso alegando que o dever e a razão ocupam todos os espaços até terminarem por confundir o desejo com as vontades legalmente expressas. E que não se pode esperar maior subversão jurídica que a emergência do direito junto ao lugar do prazer, pois seria uma reterritorialização que tornaria o direito um instrumento da democratização de um todo social.

De outro, em corrente doutrinária oposta, autores como Dias²³, entendem a necessidade em incluir o afeto, o amor, num sistema jurídico. Defende a autora, em seu texto²⁴, que a identificação da presença de um vínculo amoroso, o

²² Op. cit. p.12.

²³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.79.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. *O amor não tem preço*. Texto disponível em <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=3248>. Acesso em 03.03.08.

enlaçamento de vidas, é o que basta para que se reconheça a existência de uma família. Nesse comprometimento mútuo é que se encontra a causa do Direito de Família: leva ao surgimento de encargos e obrigações, além de conceder direitos e prerrogativas a quem passa a compartilhar uma vida afetiva.

Se basta o afeto para se ver uma família, nenhum limite há para seu reconhecimento. É desnecessária a presença de qualquer outro requisito ou pressuposto para sua identificação. Essa nova concepção tem levado cada vez mais a sociedade a conviver com os mais variados tipos e espécies de relacionamentos, mesmo que não mais correspondam ao modelo tido como “oficial”.

A despeito da necessidade de reconhecimento jurídico do afeto, Angelluci²⁵ vai mais além, fundamentando que à mingua de outras alternativas, para a omissão do amor, deve haver a responsabilização em perdas e danos, e esta ser suficiente para acalantar o coração humano, não sendo possível ao agente do direito, simplesmente se omitir, sob o pretexto de que o amor não tem preço, até mesmo porque, a vida, a dor, a honra, também não têm, à princípio, preço estabelecido. Desta forma, nas quedas patrimoniais, tão comuns no direito, ao amor deve ser aberto debate sobre o seu valor. Não um singelo valor pecuniário, simplesmente revestido no aspecto financeiro, em moeda corrente, como mero capital ou elemento de troca, mas num valor inerente à formação da pessoa humana, implícito na sua dignidade para sua formação pessoal, como o valor da vida, o valor da liberdade, o valor da intimidade.

Contudo, a defesa do reconhecimento do afeto como valor jurídico não goza de unanimidade entre os doutrinadores. Alguns, que à primeira vista advogam ferrenhamente com o propósito de “tornar o amor objeto de direito”, contradizem seu discurso e acabam se perdendo em suas próprias idéias. Warat, por exemplo, alega que acredita que “o gesto inaugural de uma prática democrática consista no reconhecimento da legitimidade do conflito na sociedade”. Ora, se é um gesto inaugural de prática democrática o reconhecimento da legitimidade de um conflito, não há como negar a necessidade de se legitimar o conflito e, reconhecendo-o, *normatizá-lo*, por uma questão de segurança jurídica e, conseqüentemente,

²⁵ ANGELLUCCI, Cleber Afonso. *O amor tem preço?* Texto disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1283>. Acesso em 03.03.08.

pacificação social. Não há porque, no caso do afeto, já juridicamente considerado mas ainda não juridicamente reconhecido, negar sua inclusão sistêmica, porque nem sempre um sistema significa sistema de proibições, como indica este supra citado autor. O sistema pode ser de pertencimento, de inclusão social, de estrutura e de funcionamento. No caso do afeto, pertence ele de forma plural e singular a todos os sistemas acima mencionados. A questão não cinge-se em “carnavalizar” o afeto, tornando-o incólume à um sistema de pertencimento, pelo fato dele significar o amor, o prazer e, por conseguinte, estes sentimentos em sua forma desmedida que significaria outro sentimento ainda maior: a liberdade. Ser livre, sentir e amar livremente não significa estar fora de um sistema normativo. Já que o afeto já é juridicamente considerado, mas ainda não juridicamente reconhecido, deve o mesmo, por conta de sua abrangência e importância na função social do próprio Direito, ser contextualizado.

Se o Direito é uma resposta a algo, este algo deve ser adaptativo ao que somente os seres humanos devem afrontar: o desafio que nasceu das próprias necessidades culturais de entender e valorar o comportamento dos outros seres humanos, de responder à ele, de predizê-lo e de manipulá-lo e, a partir disso, estabelecer as mais complexas regras de relações da vida em grupo.

Neste contexto, se os códigos jurídicos surgiram como evolução de produto de interação entre biologia e cultura, o afeto é agora instituição moral desenhada pela própria sociedade, sujeito ao juízo segundo as suas consequências. Assim, sentimentos e emoções são condicionados pela cultura, cultura esta que influi sobre os conceitos, os princípios, as normas e decisões que se tomam, se constroem e se reproduzem a partir dos mesmos.

Por ser o Direito uma ciência de estratégia sócio- adaptativa – cada vez mais complexa, mas sempre notavelmente deficiente – empregada para articular argumentativamente, este acabará permitindo que o Estado, com relação ao afeto, atue de acordo com o verdadeiro escopo da função jurídica estatal, que não é somente reprimir e impedir, mas reconhecer, regar e pertencer. E o futuro não negará isso, haja vista a finalidade de se utilizar o Direito como instrumento regulador das desigualdades, assimetrias, dominação e interferências arbitrárias recíprocas e, ao mesmo tempo, como elemento proporcionador de certa igualdade

material, por permitir um nível mínimo de estabilidade social, e, por consequência, um *minimum minorum* de titularidade e exercício de direitos.

Cumpra, aqui, salientar que voltando ao tema proposto, afeto e psicanálise, Freud, em seu estudo, trouxe para o Direito a noção de que o homem deveria ser visto em seu interior, subjetivamente, e ser perquirida a sua vontade, o seu real desejo. A autoridade, a família, a criminalidade, o casamento, o sentimento de posse, o ódio – tudo passou a ter um fundamento psicanalítico e a ser explicado, a partir dos seus estudos, como um sistema de representações.

E, em verdade, o que ocorreu no discurso freudiano é que o sistema de representações do inconsciente descoberto por Freud passou a ser utilizado dentro do sistema ficcional jurídico, que por sua vez também é formado pelos seus enunciados e representações. Exemplo disso é o chamamento de alguém que se encontra em local incerto ou não sabido, através da citação editalícia, para compor o pólo passivo de um processo. Obviamente, a eficácia prática do instituto é questionada porque é praticamente impossível que alguém, em local incerto ou não sabido, venha a ler um edital pregado, por exemplo, na sede de um Fórum do interior do Estado. Trata-se, aqui, de uma representação jurídica que tem por fito dotar o Estado de aparelhos necessários à sua operacionalização.

Utilizando dos conceitos da psicanálise, Foucault²⁶ afirma que a subjetividade se encontra presente em práticas judiciais, como por exemplo, no arbitramento de danos, nas responsabilidades e no modo pelo qual, no mundo ocidental, se definiu a maneira dos homens serem julgados. Ele não pensa o problema da verdade pelo viés da epistemologia ou da história das ciências, mas pegando como ponto de apoio histórico, as práticas judiciais. A passagem de uma concepção de justiça como relação de forças, na Grécia arcaica, onde é questão de fracasso ou vitória, a uma concepção de justiça como ordem do mundo, medida exata das trocas e dos deveres morais, igualdades de relações que permite a ascensão de uma prática social da verdade como medida matriz da matemática e outras ciências de quantidades justas.

²⁶ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Gedisa, 1978, p.134.

No Direito de Família, que é a área que nos interessa, a subjetividade encontra abrigo quando se introduziu no discurso jurídico uma nova noção de relação conjugal, pautada na não-obrigatoriedade da manutenção de vínculos – trazendo, como consequência, as leis que admitiram a separação e divórcio, o conceito de união estável e as outras novas formas de entidades familiares.

A noção de sexualidade também foi alterada por conta da introdução da psicanálise no direito. Entendeu-se que a sexualidade não se resume à genitalidade e sim, ao desejo. Assim, passaram a ser valorizados os vínculos sexuais fundamentados no amor e no afeto. O subjetivismo introduzido pelo discurso psicanalítico de Freud trouxe ao direito a revalorização do amor e do afeto. Assim, por exemplo, entender que é juridicamente possível que uma pessoa, homossexual, que crie um filho, é o seu pai, significa valorizar o afeto na relação familiar e entender que ainda que a lei se omita sobre esta possibilidade, o que a criança necessita não é “do pai”, e sim de “um pai”. E que o que deve ser prestigiado é o bem-estar do menor, a possibilidade da criança viver com dignidade, e não negar esta possibilidade com a desculpa de que se a lei, até o presente momento, não regulamentou este direito, é porque ele não existe.

Segundo Pereira²⁷, a atribuição do valor jurídico ao afeto redimensiona a tábua axiológica do Direito e autoriza-nos a falar sobre uma ética do afeto como um dos pilares do Direito de Família.

2.2 ÉTICA, MORAL, DIREITO E PSICANÁLISE: O ENFRENTAMENTO DO NOVO DISCURSO.

A família moderna foi construída por princípios que continuam sendo respeitados e outros, que deixaram de ser respeitados por não ter mais fundamento na sociedade em que se vive. Por exemplo: No Código Civil antigo, vigia o regime de dote, o que não existe mais a partir de 2002. Antigamente, também, os filhos

²⁷ Op. cit. p. 40.

legítimos tinham mais direitos que os filhos ilegítimos e esta desigualdade restou superada com a Constituição de 1988, que passou a reconhecê-los em grau de igualdade. A palavra “honesta” que fazia parte conceito de mulher honesta também foi retirado do novo Código Civil, porque em 1916 “mulher honesta” significava uma mulher submetida ao regime patriarcal, à uma moral sexual condicionante e submissa aos desejos do seu marido ou de seu pai. Em suma: um sujeito sem vontades – e tal premissa não mais se adequa ao mundo atual.

O problema não é a existência da moral. Ao contrário. Tem que haver a moral no sistema jurídico. Mas a moral não pode sobrepujar os valores do ser humano a ponto de negar-lhes visibilidade. Nestes termos, a moral deve ser ética. E Pereira explica brilhantemente isto:

“O ponto de partida para a compreensão dessa nova ética para o Direito de Família, que inclui os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, é pressupor que a moral sexual dita civilizatória não pode excluir e nem tornar indigno o sujeito de direito. “

Assim, permite-se a introdução da ética nas decisões jurídicas, onde se classifica as decisões de acordo com seus fins.

Para Reale²⁸ a ação ética não é um fim em si mesmo, mas um instrumento, um meio para se chegar a algo. Este fim a que se busca chegar é, necessariamente, um valor.

A ação jurídica se distingue da ação moral que por sua vez se distingue da ação ética, nos seguintes termos: a ação jurídica persegue o direito, a ação moral é submetida a algum tipo de moral e a ação ética visa a admissão de deveres subjetivos. Isto implica em salientar que para que a ação seja ética, é preciso que ela seja supra-moral, ou seja, é necessário um dever moralmente reconhecido pelo agente e que a ação seja uma forma de se cumprir este dever. A ação ética, é, em termos muitos simplificados, a moral correta, a moral racional.

²⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 19ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2000, p. 574.

Encontra-se na ética a fórmula de compreensão mais segura para se conhecer o que a pessoa necessita.

Contudo, deve-se ter em vista o estreitamento entre os conceitos de ética e de moral, pois almejam os valores individuais ou subjetivos, sendo a ética guiada pela racionalidade moral. Assim, juridicamente falando, uma decisão moral pode não ser ética, mas uma decisão ética é obrigatoriamente moral.

Nestes termos, quando se fala em valor jurídico do afeto, fala-se em decisões pautadas em ética, não em moral. Assim sendo, a matéria objeto de pesquisa e que serve de fundamento para o estudo do tema (como é o caso do reconhecimento da união homossexual, da possibilidade de adoção por homossexual, da indenização decorrente de abandono afetivo, do direito de herança de parceiro homossexual e da guarda compartilhada), para que venha a ser reconhecida por todos como um valor jurídico, carece ser pautada na ética, no valor mais precioso do ser humano que é sua própria individualidade, e não em análises subjetivas permeadas de preconceitos, como aliás, é o comum de se ver.

2.3. O ENCONTRO DA PSICANÁLISE, DO DIREITO E DO AFETO

A questão que nos deparamos aqui é entender porque o afeto se transformou em elemento de amalgamento da norma jurídica para ser reconhecido como um fato social.

Na esteira deste pensamento, entendo pela necessidade de observarmos a seguinte ordem de idéias: a) que o afeto, ou a afetividade, são elementos inerentes às emoções humanas, e estas sempre foram objeto do estudo da ciência, como dito anteriormente; b) que na história da humanidade as emoções sempre foram responsáveis pela agregação de indivíduos; c) que o meio social é importante para a regulação dos indivíduos e, por fim, d) que a regulação social dos indivíduos

agregados em seu meio, nas civilizações modernas, se dá através de normas morais ou de conduta, as últimas denominadas de lei (em sentido amplo).

Coincidentemente, tanto a ética quanto o afeto foram objeto de pesquisa de Espinosa, citado por Perelmann²⁹. Se de um lado, para ele, o poder dos afetos é tão grande que a única possibilidade de se triunfar sobre um afeto negativo, a qual ele intitulava de “paixão irracional”, seria requerendo um afeto positivo ainda mais forte, desencadeado pela razão; de outro, a ética é o conhecimento da essência deste sujeito de afetos, na sua razão mais pura, que é o da sua individualidade.

Segundo Lobo³⁰, atualmente, a família encontra-se erigida por três elementos essenciais: *afetividade, ostensibilidade e estabilidade*. A afetividade vem a ser o fundamento e finalidade da família, a estabilidade implica em comunhão de vida e simultaneamente, exclui relacionamentos casuais, sem compromisso; e a ostensibilidade pressupõe uma entidade familiar reconhecida pela sociedade enquanto tal, que assim se apresente publicamente.

Nestes termos, a família sustentada pelo afeto deve conter, em seu âmago, a estrutura psíquica. E é justamente a partir destes pressupostos que Lacan, segundo Pereira³¹, pôde definir a família como uma estruturação psíquica.

2.4 O AFETO NO BANCO DOS RÉUS.

O ano de 2000 marcou a jurisprudência de Direito de Família no Brasil pelo julgamento em Minas Gerais de uma ação de um filho contra seu pai, onde o primeiro requeria indenização em virtude de abandono afetivo.

²⁹ PERELMANN, Chain. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina G.G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 298-299.

³⁰ LÓBO, Paulo Luiz Neto. *A repersonalização das relações de família*. In: O Direito de família e a Constituição de 1988. São Paulo, Saraiva, 1989, p.28.

³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.32.

A título de esclarecimento, convém pontuar que o abando afetivo diferencia-se do abandono moral, pelo fato do primeiro decorrer da falta de assistência afetiva materna ou paterna, independentemente da questão material, enquanto o segundo visa a suprir a falta de assistência material. Quando se fala em abandono afetivo, deve-se ter em vista o fato da família ter deixado de ser entendida apenas como uma relação de poder onde os pais são responsáveis pela “criação” dos filhos.

Atualmente, a família é entendida como uma comunidade afetiva onde o carinho, a atenção e o respeito com os filhos fazem parte importante e imprescindível deste contexto.

A garantia desta convivência está determinada no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que além de dispor sobre o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar as condições necessárias para o desenvolvimento da criança e do adolescente, também trata, em sua parte final, sobre o dever de colocá-las “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (Art. 227 da Constituição Federal).

A legislação que garante a convivência familiar à criança e ao adolescente é, até certo ponto, farta no ordenamento jurídico brasileiro, porém, é certo que o afeto, o carinho, a atenção negada não podem ser algo a ser exigido dos pais e, que dinheiro nenhum supre as consequências deste abandono.

Mas se dinheiro nenhum supre as consequências deste abandono, porquê então se colocar o afeto no banco dos réus? A questão é muito simples de ser compreendida: porque a finalidade da indenização pecuniária nestes casos específicos não é a de reparar o dano e muito menos de enriquecer “indevidamente” a outra parte, mas desestimular outros pais a cometerem atos ilícitos que possam vir a causar dano a seus filhos, como é o caso típico de abandono afetivo.

Ou para que o pai, de uma forma ou de outra, perceba a existência do filho. Seria para alguns uma questão de visibilidade, ainda que jurídica.

Esta punição, que culminou em diversas outras ações semelhantes espalhadas pelo Brasil, não teve como objetivo dar preço ao amor e tampouco estimular a “indústria de danos morais”, mas sim forçar aos pais a lembrança de que a responsabilidade paterna vai muito além da contribuição material e por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, nega-se também o amparo afetivo, moral e psíquico, diluindo-se a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando, por consequência, os mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.

A título de esclarecimento, impende ressaltar que o Código Civil dedica o capítulo segundo (arts. 11 a 21) à proteção aos direitos da personalidade, disciplinando de forma mais clara e alargando os preceitos constitucionais contidos nos incisos V e X do art. 5º acima mencionado.

Não bastasse isso, é preciso considerar também, conforme assinala Sílvio Rodrigues, que "dentro da vida familiar o cuidado com a criação e educação da prole se apresenta como a questão mais relevante, porque as crianças de hoje serão os homens de amanhã, e nas gerações futuras é que se assenta a esperança do porvir" ³².

Por isso, o Código Civil pune com a perda do poder familiar aquele que deixar o filho em abandono (art. 1.638, II), entendido o abandono não apenas como o ato de deixar o filho sem assistência material, mas o descaso intencional pela sua criação, crescimento, desenvolvimento e moralidade.

Mas a questão afetiva, aqui abraçada, não se encerra somente na questão do abandono paterno-filial. Em absoluto.

Pode-se mencionar que encontra-se, também, “no banco dos réus” as relações afetivas positivas, que buscam o reconhecimento de efeitos oriundos de laços afetivos ainda não cristalizados pelo legislador.

³² RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil - Direito de Família. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, vol. 6, p. 368-371.

Assim ocorre, por exemplo, com o caso do reconhecimento da paternidade sócio-afetiva, que é baseada na convivência afetiva e, em alguns Tribunais do País chega-se a privilegiar este tipo de paternidade em detrimento da paternidade biológica.

Mas a questão também não se exaure somente por estas duas vias. No contexto das relações afetivas positivas, estão em julgamento ações que visam o reconhecimento de união homossexual, adoção de crianças por casal homossexual, direito de herança de parceiro homossexual e o instituto da guarda compartilhada – todas fundamentadas em vínculos de convivência, afeto e também (e porquê não?) no sentimento de solidariedade para com o próximo.

Assim, pode-se compreender que o afeto é capaz de amalgamar diversas situações jurídicas diferentes e fazê-las converger num sentido único de que se não for visto como um elemento de reconhecimento de um direito, que seja ao menos percebido como um elemento de visibilidade às novas relações familiares ainda não consolidadas juridicamente.

2.5 AFETO E A SUBJETIVIDADE DO JULGADOR

Muito embora em alguns momentos o afeto, direito e psicanálise se bifurquem, deve-se salientar que uma das dificuldades enfrentadas pelo moderno Direito de Família hoje é que não existe uma fórmula correta de se julgar as questões relacionadas aos sentimentos.

Isto quer dizer que não existe uma obrigatoriedade em se utilizar a ética para introduzi-la nas questões ainda não sedimentadas juridicamente, em razão desses julgamentos serem fundamentados por um prisma subjetivo do julgador. Assim, um mesmo caso pode demandar julgamentos contraditórios, pautados unicamente na moral (sexual condicionante) e não na ética (moral racional). Vejamos o seguinte exemplo:

EMENTA 1: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA PATERNA. NECESSIDADE DE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DO DANO. Se a omissão de afeto por parte dos pais em relação aos filhos, que estão em fase de formação da personalidade, causam danos e desequilíbrio emocional que prejudiquem o desenvolvimento pleno de sua personalidade e, por isso, é indenizável, esse dano deve restar demonstrado, porque a responsabilidade pelo ilícito civil decorre da existência do ato ilícito, que é composto não só do fato lesivo, mas também do dano e do nexo de causalidade entre o dano e o ato do agente. Não demonstrado o dano, o qual não se presume, mantém-se a improcedência da ação. Precedentes doutrinários e jurisprudencial. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70022648075, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 24/01/2008)

EMENTA 2: APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO DANOS MATERIAIS E MORAIS. ABANDONO DO FILHO. FALTA DE AMPARO AFETIVO E MATERIAL POR PARTE DO PAI. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDIMENSIONAMENTO. A responsabilidade civil, no Direito de Família, é subjetiva. O dever de indenizar decorre do agir doloso ou culposo do agente. No caso, restando caracterizada a conduta ilícita do pai em relação ao filho, bem como o nexo de causalidade e o dano, cabe indenização por danos materiais e morais. Nas demandas condenatórias, a verba honorária deve incidir sobre o valor da condenação. Inteligência do art. 20, § 3º, do CPC. RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO DO REQUEIRDO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70021427695, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 29/11/2007)

As duas ementas acima tratam do mesmo problema: pedido de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo paterno. São oriundas do mesmo Tribunal de Justiça (Rio Grande do Sul) e, mais até, do mesmo órgão julgador (Oitava Câmara Cível). Entretanto, possuem decisões com teor diferentes. Enquanto a primeira ementa entende pelo improvimento do recurso pelo fato dos Apelantes não terem demonstrado o dano que sofreram em razão do suposto abandono afetivo (onde este último restou demonstrado nos autos) a segunda ementa já entende ao contrário: que pelo fato de estar caracterizada a conduta ilícita do pai em relação ao filho, cabe indenização por danos materiais e morais.

Outro exemplo:

EMENTA 3: NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - DUPLICIDADE DE REGISTROS - DECLARAÇÃO EM SEGUNDO REGISTRO APENAS DA ENTÃO DETENTORA DE FATO DA MENOR - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO NEGATÓRIO - APELAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA DO AUTOR - EXISTÊNCIA DE REGISTRO REGULAR ANTERIOR - NULIDADE DO SEGUNDO REGISTRO REALIZADO A PARTIR DE DECLARAÇÕES RECONHECIDAMENTE INVERÍDICAS - EXISTÊNCIA DE AÇÃO DE ADOÇÃO PROPOSTA APENAS PELA APELADA - CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA HOSTILIZADA. (Apelação Cível n. 1.0027.05.055007-1/001 – Comarca de Betim – Apelante: J.L.N.A. representado por L.A.N. – Apelado: D.E.A. - Relator: Des. Brandão Teixeira)

EMENTA 4: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA - PATERNIDADE SÓCIO AFETIVA. - Apesar do resultado negativo do exame de DNA, deve ser mantido o assento de paternidade no registro de nascimento, tendo em vista o caráter sócio afetivo da relação que perdurou por aproximadamente vinte anos, como se pai e filha fossem. (Apelação Cível n. 1.0105.02.060668-4/001 – Comarca de Governador Valadares - Apelante: O.B.C. – Apelado: C.S. Relatora: Desa. Teresa da Cunha Peixoto).

Do cotejo entre as Ementas 03 e 04, oriundas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que versam sobre a possibilidade de reconhecimento da paternidade sócio-afetiva, percebe-se que primeira nega o reconhecimento da paternidade sócio afetiva enquanto a segunda reconhece a paternidade, mesmo com o resultado negativo do exame de DNA. E o quê explica isso? Na grande maioria das vezes, a subjetividade do julgador.

Muito embora o juiz, ao proferir sua sentença, deva estar pautado na racionalidade, todas as decisões, todos os atos humanos encontram-se abastecidos com uma carga de subjetividade, com um entendimento muito particular do que “é certo” ou do que “é errado” e nem sempre prevalece o que é ético – mas o que é moral.

Com a introdução da psicanálise no discurso jurídico, e, por conseguinte, com a valoração do sentimento e dos valores internos expressados por cada indivíduo, a sociedade passou a esperar do Juiz um embasamento não somente imparcial, mas neutro, de suas decisões. A imparcialidade é obrigatória a todo o julgador, pois não é dado a ele se deixar contaminar pelas paixões, beneficiando qualquer das partes. Mas bem diferente disso é a postura neutra. O verdadeiro interesse que se preza não é o de desenvolver o litígio, mas resolver a demanda. Para isto, impende compreender a subjetividade ali envolvida, separar o assujeitamento das partes à todos os fatos relativos à demanda (benéficos e maléficos). Exigir a neutralidade dos juízes significa colocar de lado os valores individuais pelo qual são regidos, ou seja, a carga de subjetividade inerente a qualquer decisão, em prol da ética. Porque é por culpa da subjetividade dos juízes que as decisões sobre um mesmo fato são tão distantes. A grosso modo, por exemplo, um Juiz que foi criado num ambiente machista, rígido, dificilmente declarará efeitos jurídicos a uma união homossexual.

Como não existe uma fórmula ou até mesmo uma lei que obrigue todos os operadores de direito a utilizarem destes preceitos para impingir neutralidade às decisões judiciais, espera-se que àquelas que já se encontram sendo objeto de valoração pela ética sejam utilizadas como exemplo e publicizadas, como fonte de direito, o que, aliás, vem ocorrendo às escâncaras, através, principalmente, da internet, e em sua grande maioria são oriundas do Estado do Rio Grande do Sul, que se encontra na vanguarda deste (novo) Direito da Família, servindo, assim, de exemplo para os demais Estados do Brasil.

3 O VALOR JURÍDICO DO AFETO

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: O DIREITO AO AFETO.

Antes que a dissertação se concentre em seu tema central, torna-se necessário ponderar se uma pessoa tem ou não tem direito ao afeto.

Para que se navegue com tranquilidade nesta seara, imprescindível salientar que o afeto está relacionado com a liberdade do ser humano, em se relacionar com quem ele bem entender, de criar vínculos com quem achar que for conveniente, com o fato de afeiçoar-se, no campo presente, com pessoas. De querer bem. Mas nada impede que uma pessoa se afeiçoe a uma coisa, como é o caso dos bens materiais de valor estritamente afetivos ou sentimentais (ex: uma medalhinha que o avô usava sempre e que deixara para o neto antes de falecer).

O direito ao afeto, é pois, um direito de ordem individual implícito, previsto no parágrafo segundo do art. 5º da Constituição de 1988, que não o declarou mas também não o excluiu, pelo motivo dele decorrer do regime constitucional adotado e dos princípios elencados no atual texto constitucional. O art. 5º, § 2º da Constituição Federal do Brasil possui o seguinte texto:

“art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Várias são as questões que este preceito suscita, assim como importantes são as consequências que delas decorrem.

De logo, a primeira questão que a norma citada nos coloca é relativa ao critério de identificação dos direitos implícitos. Ou seja, põe-se a questão da

essência da fundamentalidade, portanto, dos caracteres necessários para que um direito não enumerado na Constituição seja reconhecido como fundamental. Sim, porque somente será possível reconhecer um direito como fundamental, se previamente estiverem estabelecidos os critérios da fundamentalidade.

E, partindo-se destes critérios, será, então, o direito ao afeto, mesmo sendo ele implícito, um direito fundamental ou não? A resposta não pode ser exatamente “sim” ou “não” porque dependerá da verificação das notas materiais que o constituem.

Se, do ponto de vista do aplicador da lei não for verificada a fundamentalidade do direito (como ocorre atualmente com o afeto), esta verificação ficará ao arbítrio do intérprete (juiz). À eles, juízes-intérpretes da situação jurídica, ficará a responsabilidade de verificar se a situação jurídica sob que se debruçam em determinado processo pode ou não ser epicentro de valoração ante a presença do afeto como caracterizador da relação familiar.

A razão de se conceituar o afeto como um direito fundamental do ponto de vista material encontra jazigo na doutrina de Manuel Gonçalves Ferreira Filho³³, para quem um direito material para ser fundamental necessita preencher duas condições: 1) “deve tratar-se de interesses e carências que, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito” e a segunda: “é que o interesse ou carência seja tão fundamental que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito”, vale dizer, “*quando sua violação ou não-satisfação significa* ou a morte ou *sofrimento* grave ou toca no núcleo essencial da autonomia”. (grifo nosso)

Vale apontar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sugere uma concepção material dos direitos fundamentais. Com efeito, a tese de que os direitos fundamentais podem ser reconhecidos por sua natureza intrínseca é corroborada indiretamente por esse Tribunal. É o que se depreende de seu entendimento de que os direitos fundamentais reconhecidos não estão todos

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, Saraiva, São Paulo, 8ª ed., 2006, p. 67 e s.

contidos no Título II da Constituição, mas espalhados pela Lei Magna. Por exemplo, alguns são enunciados entre as limitações do poder de tributar (Seção II, do Título VI da Constituição).

Nas instâncias internacionais, contudo, já se reconheceram direitos como fundamentais que muito longe estão do perfil dos direitos de liberdade, ou dos direitos sociais. É o caso do direito à paz, do direito ao patrimônio comum da humanidade, do direito ao desenvolvimento, etc – e que hoje encontram-se acolmatados pela nossa legislação.

Paralelamente ao afeto, existem muitos outros direitos que têm sido propostos como fundamentais, como o direito a modos de vida alternativos, o direito ao sono, etc.

O afeto é um direito materialmente fundamental e é inerente ao relacionamento social por ser decorrente de uma liberdade individual do ser humano, que, muito embora implícita, não pode ser negada ou tolhida, sob pena de desfiguração das liberdades insculpidas no Estado Democrático de Direito.

Isto quer dizer que as pessoas tem direito ao afeto e, conseqüentemente, tem direito de ver esse seu direito observado. Sonegar este direito a alguém significa impedir o exercício de determinada liberdade, de ordem subjetiva, que diz respeito a alguém criar vínculos emocionais com quem pretender, pois o afeto, a afeição, são inerentes ao relacionamento humano, ao ser social.

3.2 A PRINCIPIOLOGIA DO AFETO.

Por ser oriundo de uma liberdade individual, o direito ao afeto, para ser reconhecido ou valorizado na ordem jurídica deve estar compatível com o regime e os princípios constitucionais adotados pela Constituição de 1988.

No que pertine à filiação, existem, na Constituição Federal brasileira, três fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do Século XX:

- a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º).

Vale salientar que, ainda, a respeito da filiação, as pessoas que se unem em comunhão de afeto, não podendo ou não querendo ter filhos, também possuem proteção da Constituição.

Entende-se, ainda, que o princípio da afetividade encontra respaldo, por sua vez, no princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e ao qual é submetido o ordenamento jurídico nacional.

O constitucionalista português Canotilho³⁴, com relação ao tema dignidade da pessoa humana e eficácia de direitos, refere-se a três tipos de eficácia mínima dos princípios constitucionais: a) a eficácia de vinculação do legislador; b) à eficácia como diretivas materiais permanentes ao legislador, à Administração e à jurisdição; c) à eficácia da inconstitucionalidade das normas que contrariarem os princípios fundamentais.

No caso do presente estudo, a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana que fundamenta o direito ao afeto estaria jungida e sacramentada tão somente pela segunda opção, qual seja, a eficácia das normas diretivas materiais permanentes à jurisdição.

Lobo³⁵, com fincas da doutrina portuguesa de Canotilho, explica que:

³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra, Ed. Almedina, 1993, 6ª edição, p. 183.

³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 10 mar. 2008.

“A afetividade, como princípio, ostenta densidade semântica reduzida, de modo a ser preenchida com a mediação concretizadora de quem o deva aplicar. A mediação não se compadece com juízos subjetivos de valor. O princípio é espécie do gênero norma jurídica constitucional, que não fica a mercê da norma jurídica infra-constitucional regulamentadora. Dele brotam efeitos imediatos e determinantes, sendo ao menos de três espécies:

1. Imposição permanente ao legislador, para que o densifique com os conteúdos prevaletentes em cada época, mediante normas infraconstitucionais (eficácia positiva);
2. Conformação fundamental das normas infraconstitucionais, que devem ser aplicadas e interpretadas a partir e segundo o princípio constitucional (eficácia positiva);
3. Compatibilização limitante das normas infraconstitucionais, que não podem com o princípio colidirem, sob pena de inconstitucionalidade ou de revogação (eficácia negativa).

Os juristas costumam dizer que os princípios constitucionais são expressos ou tácitos. São tácitos quando emergem do sistema de normas e valores constitucionais. O princípio da afetividade é fato jurídico-constitucional, pois é espécie do princípio da dignidade humana e emerge das normas acima referidas, que o sistematizam.”

Assim sendo, pode-se concluir que alguns doutrinadores como João Baptista Villela³⁶, Maria Berenice Dias³⁷ e o próprio Paulo Luiz Neto Lobo entendem que o direito ao afeto existe, é fato jurídico-constitucional oriundo do princípio da dignidade humana e encontra fundamento da imposição, conformação e compatibilização das normas infraconstitucionais, que deve ser feita pelo intérprete/aplicador da lei.

3.2 TEORIA DOS VALORES.

O estudo sobre a teoria dos valores tem suma importância ao trabalho porque é necessário afirmar se o afeto pode ou não pode ser considerado um valor jurídico. Por uma questão de cautela, porém, deve-se primeiro: (1) saber o que é um valor; (2) investigar qual a origem do valor na seara do Direito e, por derradeiro, (3) e, finalmente, compreender o que significa a expressão “valor jurídico”.

³⁶ VILLELA, João Baptista. Repensando o Direito de Família, *in Repensando do Direito de Família*, coordenador; Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 26.

³⁷ DIAS, Maria Berenice. *A ética do afeto*. Texto disponível em http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Berenice_etica.doc. Acesso em 10.03.08.

O primeiro questionamento se responde com base na etimologia da palavra axiologia - do grego axiós – que é o ramo da filosofia que estuda o problema dos valores, tais como o verdadeiro, o belo, o bem, etc.

A axiologia jurídica como deontologia jurídica (do grego, deontós, que significa "dever"), para o autor é a ciência do que deve ser, porque tem a função de investigar o que "deve" ou "deveria" ser o direito perante o que "é" na realidade.

Esta disciplina tem por finalidade o estudo do fenômeno jurídico, no sentido de estudar o direito não como um dever-ser, porém como um "ser", que dentro dos setores da vida social conserva em si mesmo sua evolução e tem relação com a economia, a moral, a arte, a religião e etc.

Entende o autor Miguel Reale³⁸, na sua Teoria dos valores, que o homem é o valor fundamental, pois ele tem valor por si mesmo e identifica o seu ser com a sua valia, por isso é que defende ele a ideia de que "não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência".

Sendo o valor uma realidade psicológica, um estado mental, e por esta razão não haver meios para que possa ser medida, sua importância dependerá do menor ou maior grau que a sociedade ou o judiciário lhe atribuirá, de acordo com o entendimento de cada um sobre o que é certo ou errado. Logo, o entendimento acerca de um valor que ainda não se encontra cristalizado no mundo jurídico dependerá da conjunção do subjetivismo, da ética e dos valores morais de cada um.

Para Reale, "a filosofia do direito contemporâneo liga o dever ser à ideia de fim ou valor, e o ser à ideia de sucessão de ordem causal. O mundo do ser é, pois, o mundo governado por um sistema de relações constantes que constituem as leis e implicam a aceitação do postulado determinista como condição de sua cognoscibilidade. O mundo do dever ser, ao contrário, exprime sempre um imperativo, uma norma que pode ou não ser seguida, nega um valor. O mundo do dever ser é o da lei em sentido ético, ou seja, da norma estabelecida em razão de

³⁸ REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p.114 e ss.

um fim e dirigida à liberdade do homem. É o domínio da finalidade e da liberdade, pois norma e determinismo absoluto são princípios irreconciliáveis".

Impende, considerar, a partir da inteligência do texto acima que em um processo deverá estar em jogo sempre o "ser", pois as situações "existem" e os julgamentos "estão acontecendo". Condicionar a justiça à um movimento de elucubração, de "dever-ser", do hipotético, do não-cognoscível, significa engessar a sua aplicabilidade, a sua efetividade.

E para que a justiça se faça, é necessário que ela acompanhe a evolução do que está acontecendo, dos comportamentos sociais e equilibre a área de conflito existente, até então tensionada.

Sob a inspiração dessa ideia, o direito, com base na teoria dos valores, constantemente se renova porque a justiça se encontra amparada na ética, no sentimento do bem, na necessidade de proporcionar às pessoas o que é justo e em todas as leis, sem esgotar-se em nenhuma.

3.3 O VALOR JURÍDICO DO AFETO.

De acordo com o tópico anterior, depreende-se que a determinação do que seja um valor pode implicar numa apreciação subjetivista, numa ideia de relação sujeito-coisa, num movimento dialético produzindo um conhecimento universal ou valor do objeto em si.

Aqui nos interessa este último, relativo à norma jurídica positiva, produzida através de um juízo deôntico, ou seja, relativo à conduta humana, ao modo do dever-ser, e não por um juízo alético (do ser) ou axiológico (do valor).

Para a teoria tridimensional de Miguel Reale³⁹, a norma deve pautar-se em um valor, pois o direito visa de modo imediato ao bem social e aos valores de

³⁹ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito - situação atual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.33 e ss.

convivência, possibilitando a afirmação de cada ser humano segundo sua virtude pessoal. O direito marca e reflete as tendências do espírito, na tutela e na realização de valores.

Em sua concepção, direito não é produto das relações econômicas, e como tal instrumento de dominação de classes. O direito, muito menos poderá ser vinculado a apenas valor, como pregam os adeptos do direito natural. Para Reale, ele é ao mesmo tempo *fato, valor e norma*.

Direito, para o mencionado autor, é "*a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores.*"

Do escrito acima depreende-se que o direito envolve pelo menos três aspectos e consiste no processo dialético de integração do fato, do valor e da norma. Mais especificamente, os três elementos dimensionais do direito estão sempre presentes na substância do jurídico. O elemento fato faz referência ao mundo da natureza e do *ser*, atuando como determinantes dos acontecimentos históricos. O elemento valor traduz o mundo ético ou da cultura, estando presentes a moral e os costumes. A norma como último elemento representa a ciência do direito e as normas de conduta desejável pelo e para o meio social.

Em outra parte do citado volume, Reale faz a seguinte observação, que pressupõe não seja a assertiva acima a que se reproduza como a síntese de seu pensamento sobre a definição de direito. Transcreve-se: "*O direito é a concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu dever-ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores*".

Em concepção diversa, Hans Kelsen⁴⁰ afirma que da norma decorre o valor, e valor não implica uma relação entre realidade e norma, entre ser e dever ser. Valor é a relação de igualdade entre o substrato modalmente indiferente do ser e o substrato modalmente indiferente do dever ser, isto é, uma relação de conteúdos.

⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1986, p. 19.

_____. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editora. 1984, p. 06.

Desta forma, o juízo de valor que exprime uma relação de uma conduta humana com uma norma presente como válida não se confunde com um juízo de valor subjetivo, que expressa a relação entre dois fatos reais.

A norma funciona como um juízo de valor. Uma conduta determinada como devida pela norma pode corresponder a ela ou contrariá-la. Se uma conduta corresponde à norma objetivamente válida, é justa, valiosa, e o juízo segundo o qual uma conduta é como deve ser é um juízo de valor positivo. Contudo, se uma conduta determinada não corresponde ao dever ser, é injusta, desvaliosa, e o juízo de valor respectivo é negativo.

Ressalte-se que o juízo de valor deve ser distinguido da norma constitutiva do valor. Os juízos de valor são verdadeiros ou falsos, conforme existam ou não normas correspondentes à conduta real no ordenamento jurídico. A norma em si não é verdadeira ou falsa, mas válida ou não válida, vigente ou não vigente. Uma sentença de um juiz pode partir de um juízo verdadeiro ou falso, mas a norma individual por ele formulada não é verdadeira ou falsa, mas válida ou não válida.

Em se tratando da norma e do valor, conveniente é tratar de justiça. Afirmada como virtude relativa à qualidade moral ou à conduta social, é conteúdo da norma de justiça, que prescreve um determinado tratamento de um indivíduo por outro, especialmente por parte do legislador ou do juiz.

Kelsen, em sua teoria realista do direito, não conhece o direito ideal, emanado de uma autoridade transcendental, mas apenas o direito positivo, estabelecido pelo homem. Uma norma de direito positivo é injusta se a estatuição de uma norma de direito positivo contraria a norma da justiça, isto é, o valor de justiça e o valor jurídico não coincidem. Porém, o fundamento de validade de uma ordem positiva não está em qualquer norma de justiça, mas na norma fundamental por força da qual devemos nos conduzir e tratar os demais, sem importar se há conformidade com qualquer norma de justiça, mas na norma fundamental por força da qual devemos nos conduzir e tratar os demais, sem importar se há conformidade com qualquer norma de justiça, embora a elaboração da ordem jurídica possa representá-las ou ser por elas mesmas apreciadas.

Resta notar que, apesar de que a doutrina de Kelsen tenha se aproximado do pensamento jurídico de Kant⁴¹, neste aspecto último, da justiça, dele se afasta. Kant, ao longo do livro “*Crítica da razão pura*”, localizou o fundamento universal para o direito positivo na noção do justo. No centro do seu conceito de justiça está a idéia de liberdade, seguida da igualdade, sendo que somente em função delas se pode cogitar o conceito de ordem na sociedade. O direito positivo existe para garantir a liberdade.

Apesar dos ensinamentos de Kelsen e Kant a respeito da norma jurídica, inegável é afirmar que devemos valorar, no presente trabalho, a teoria tridimensionalista de Reale, para quem o direito não se resumia nem a um dever, como visto em Kant, nem à norma jurídica, como afirmava Kelsen, mas a tradução de um mundo ético, que deve ser pautado no real sentimento de justiça, no conceito eudemonista do Direito.

Por tal razão, deve-se reconhecer que o afeto encontra-se presente além da própria lei, no âmbito da realidade inarredável do cotidiano.

É pela percepção do afeto existente numa relação familiar que se decide até mesmo ao alvedrio da lei, beneficiando os capazes de sentir, conforme comprovam os estudos dos casos 3.4.1, 3.4.2, 3.4.3, 3.4.5, 3.4.6, 3.4.7 e 3.4.8, existentes no próximo tópico deste capítulo. É afeto quem vai ditar as regras a respeito da possibilidade ou não de adoção de uma criança por casal homoafetivo; da condenação de pai em decorrência de não ter proporcionado ao filho um mínimo de carinho, de atenção; da impossibilidade de pai e mãe compartilharem juntos a guarda de seu filho; do reconhecimento da união homoafetiva; da possibilidade de visita a filho de ex-companheiro homossexual – enfim, de uma variedade enorme de assuntos que envolvem o Direito, em seu mais alto grau de flexibilização.

Nestes tempos em que o afeto se tornou uma realidade digna de tutela, não pode mais o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos, devendo, pois, o direito ser renovado no sentido de reconhecê-lo e jurisdicizá-lo.

⁴¹ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Valério Rohden e Udo Moosburger. Editora Nova Cultural, Coleção Os Pensadores. 1996.

_____. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

Os processos abaixo mencionados que fazem parte do estudo de casos, ilustram o esforço crescente dos Tribunais do Brasil, principalmente o do Estado do Rio Grande do Sul, pela vanguarda que trata os assuntos relativos ao direito de família, em não somente reconhecer o elemento afeto, mas dar-lhe uma conotação jurídica, tornando-o indispensável como elemento social para a configuração da família, o que faz ao alvedrio da legislação que ou não existe ou impede tal procedimento.

Assim sendo, não se pode negar o reconhecimento do afeto, pois equivaleria à negar o reconhecimento de uma própria família.

O esforço empreendido por parte da doutrina em atribuir valor jurídico às questões relacionadas ao afeto é percebido hoje na aplicação da jurisprudência de alguns Tribunais brasileiros que entendem da mesma forma (aqui colacionadas). Da análise dos referidos casos não se pode chegar a outra entendimento senão o de que o afeto encontra-se intrínseco ao Direito da Família assim como a vontade encontra-se intrínseca ao Direito das Obrigações ou, ainda, a boa-fé aos Contratos.

Sem afeto, não há família. Ele não se encerrará nunca, por ser elemento perene e indispensável às relações humanas. Por isto apto a ser considerado um valor jurídico insofismável.

3.4 ESTUDO DE CASOS.

O estudo de casos tem o escopo de complementar a dissertação no sentido de comprovar a forma pelo qual os Tribunais, hoje, vêm reconhecendo o afeto como um valor jurídico.

Dado o caráter empírico do estudo, buscou-se adotar o método essencialmente descritivo, baseado na análise das dimensões sociais causadas pela visibilidade jurídica deste elemento, em famílias pertencentes a classes

sociais distintas, pelo recorte de 10 (dez) julgados dos Tribunais de Justiça dos estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, publicados entre 2002 a 2008.

Os temas escolhidos para a pesquisa são “Reconhecimento da união homoafetiva estável”; “Reconhecimento de paternidade afetiva em detrimento da biológica”; “Adoção de crianças por casal homossexual”; “Indenização decorrente de abandono afetivo”; “Direito de herança de parceiro homossexual”; “Guarda compartilhada”; “Direito de visita em filiação homoparental”; “Duplicidade de células de união estável”; “Retirada de registro de filiação afetiva” e “Reconhecimento de paternidade biológica”.

O ineditismo da pesquisa é, em certo aspecto, total, e em outro, parcial. É total do ponto de vista de não existe lei que ampare, do ponto de vista afetivo, nenhum desses casos. As decisões encontram-se fundamentadas nas regras gerais de convivência, na experiência pessoal e afetiva dos magistrados, na analogia com outras regras de direito e, sobretudo, no bom-senso dos que analisam a realidade cotidiana. No aspecto parcial, possui a pesquisa certo ineditismo porque muito embora analisados os casos de forma separada por um ou outro pesquisador, aqui e acolá, nunca foram condensadas em determinada obra jurídica, da forma que propõe o presente trabalho.

3.4.1 Reconhecimento de união homoafetiva estável.

O processo diz respeito à duas mulheres que vivem juntas e que uma pede a inclusão da outra como sua dependente no plano de saúde, bem como para todos os fins de direito, inclusive pensão.

Aduziram, em sua peça, que a Assembléia Legislativa de Minas Gerais se nega a autorizar a Unimed a prestar serviços de assistência médica à autora, na condição de dependente da outra. Diante das provas existentes no processo, o

Tribunal de Justiça mineiro reconheceu a existência de companheirismo entre as partes e, considerando-se a inexistência de legislação que regule essa situação jurídica, aplicou ao caso presente as normas relativas à união estável, tendo em vista a semelhança e identidade entre os dois vínculos.

Veja a íntegra da ementa:

EMENTA: 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.

Ao tratar deste polêmico assunto, reconhecimento legal da união homoafetiva, deve-se considerar, primeiramente, que desde o ano de 1995, quando da divulgação do CID 10 (Classificação Internacional de Doenças), o homossexualismo deixou de ser considerado pelos psiquiatras como doença ou sintoma, atendendo à orientação da Organização Mundial de Saúde, derrubando, assim, vinte anos de encapitulação como doença mental. Até aquela data, o CID 09, de 1975, o classificava como “desvio de transtornos sexuais”, atendendo ao número 302. Foi modificado então, o conceito médico, passando de patologia para uma manifestação da vontade humana.

Esta modificação quebrou diversos paradigmas sociais, até então solidificados culturalmente, de que o homossexualismo seria uma manifestação aberrante, perversa, acentuada na inversão sexual, de gêneros e de valores. Não somente do ponto de vista da medicina, mas do ponto de vista moral, passou a ser

senão ainda aceito, respeitado - e, no mínimo, tolerado socialmente - por uma convenção social.

O fato é que os relacionamentos homossexuais sempre existiram e seu regramento nunca foi realizado, muito embora a Constituição de 1988, em seu art.3º, IV, parte final, declare que a orientação sexual é um direito da pessoa, atributo, pois, de dignidade.

O direito não pode deixar de se curvar aos fatos sociais, e, por sua vez, não pode deixar sem proteção todos aqueles que partilham uma experiência de vida pública, contínua e duradoura, calcada na afetividade, no respeito, na fidelidade e na confiança recíprocos – independentemente de serem de sexos opostos ou não. Por uma questão de igualdade, de dignidade, de justiça.

Quem ousa a julgar de forma favorável no sentido de reconhecer a existência de uma relação homoafetiva estável, utiliza, via de regra, a seguinte principiologia para fundamentar suas decisões:

a) Princípio da igualdade – Segundo a doutrina, a igualdade se sustenta na verificação da realidade da natureza humana e das peculiaridades específicas de cada ser, das quais resultam diversas desigualdades. Assim sendo, a igualdade deve ser proporcional, variando de acordo com as exigências do homem, sendo absoluta no que diz respeito aos direitos fundamentais. Em se tratando do princípio da igualdade, deve-se ter em vista que aquilo que deve ser atribuído a um, não deve ser atribuído de forma semelhante ao outro pelo fato deste último estar em grau de desigualdade ou desproporcionalidade para com o primeiro – sendo atribuído à esta sensibilidade o que se chama de razoabilidade. Assim, a igualdade deve ser razoável, em vista das diferenças existentes.

A igualdade além de ser razoável, deve ser substancial e material, no sentido de que além da igualdade positiva ou legal propriamente dita, deve ser assegurada à parte a igualdade material, real, de forma que realmente o Estado concretize suas ações em atenção à este princípio, desenvolvendo a igualdade

principalmente de vida, através do acesso aos bens materiais mínimos pertinentes ao desenvolvimento do ser humano.

No Brasil, o princípio da igualdade encontra-se encapitulado no art. 5º, caput, da Constituição Federal, no sentido de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. As possíveis causas de distinção de igualdades encontram-se exemplificadas no art. 3º, IV do mesmo texto legal, que dispõe que entre os objetivos fundamentais do Brasil encontra-se o de “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Além disso, o art. 7º, XXX e XXXI, proíbem a diferença de salários, de exercícios de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou posse de deficiência.

Especificamente no campo da sexualidade, o princípio da igualdade mereceu especial proteção mediante qualquer discriminação sexual infundada, especificamente no art. 5º, I, da Carta de Direitos, que, consoante dito alhures, assegura a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres. Resta, ainda salientar que a discriminação por orientação sexual, objeto do nosso estudo, é espécie do gênero discriminação sexual. Não existe, no texto constitucional, regra específica a respeito. Utiliza-se, pois, do princípio da igualdade (art. 5º, I) de forma conjunta à parte final do art. 3º, IV (sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação) para invocar a tutela do reconhecimento da união homoafetiva estável.

Assim sendo, por uma questão de cumprimento ao princípio da igualdade, relacionado à vedação de qualquer forma de discriminação, grande parte da doutrina já entende pelo cabimento do reconhecimento da união homoafetiva estável, pois, do contrário, seria ofensivo à este princípio constitucional e esbarraria em inconstitucionalidade.

Sobre o tema, oportuna a transcrição de trecho do voto da lavra do Desembargador Luciano Pinto, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

"Passo seguinte, é de ver que o art. 1º da Lei 9.278/96, que reconhece como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um

homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, é passível, sob a lógica do razoável, de aplicação ao caso presente, logo, existe possibilidade jurídica para o pedido.

A lógica do razoável é uma província diversa da razão matemática, porque decorre de realidades humanas sobre as quais intervêm juízos sobre adequação dos meios para prevalência de tais realidades, com os olhos fitos sobretudo na licitude de tais meios.

Nesse passo, ressalte-se que o princípio da não-discriminação, suporte da igualdade entre os cidadãos, é meio altamente lícito para a consecução dos objetivos fundamentais da República, de modo que as situações que reclamem a aplicação desse princípio devem ser cuidadas sob o *logos razonable*, para que ele nunca perca sua efetividade.

A união homoafetiva implica uma situação representativa de entidade familiar, quando decorrente de convivência duradoura, pública e contínua, porque o princípio da não-discriminação afasta a limitação de que tal união seja somente entre homem e mulher." (TJMG - Apelação Cível Nº 503.767-2 - J, 11/08/2005).

b) Princípio da dignidade da pessoa humana – Este princípio tem como escopo primordial a delimitação de que a pessoa não deve ser considerada um mero objeto da ação estatal, e sim, um fim em si mesma, sendo que, em virtude de sua dignidade, não pode ser vista como meio para realização de outros fins. Na nossa Carta Constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se elencado no art.1º, III, sendo um fundamento da República. Conclui-se por tal princípio, que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado.

A inteligência deste princípio nos leva a considerar que toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada considerando cada homem como um fim em si mesmo ou instrumento para a realização de outros objetivos, sob pena de violação ao supramencionado princípio. Nestes termos, impõe a dignidade da pessoa humana, que ela seja vista como a afirmação de sua integridade física, espiritual e moral em sua dimensão irrenunciável de individualidade. O livre desenvolvimento da personalidade e, por consequência, o direito à opção sexual seriam, em verdade, manifestações deste princípio.

Em se tratando de homossexualidade, deve-se ter em vista que a orientação sexual, na qualidade de traço constitutivo da dignidade da pessoa humana, integra a sua estrutura biológica, sendo, pois, uma variante permitida pelo próprio sistema jurídico. Violar a privacidade do indivíduo para atentar contra o seu

direito de escolha sexual, implicaria em ilegalidade, consubstanciada em ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Fundamentando a primeira decisão que reconheceu a união homoafetiva estável, o Desembargador Relator José Carlos Teixeira Giorgis, assim se manifestou sobre o tema em foco, nos autos da Apelação Cível n. 70001388982, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém em função de sua orientação sexual é dispensar tratamento indigno ao ser humano, não se podendo ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal, como se tal aspecto não se relacionasse com a dignidade humana. Diante desses elementos, conclui-se que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para a afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que os preconceitos legitimem restrições de direitos, fortalecendo estigmas sociais e espezinhando um dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito”.

De acordo com tal entendimento, se considerarmos a condição pessoal do indivíduo e, nela, a sua opção sexual, não haveria porque tratar com desigualdade aqueles que optam por escolher, desigualmente, a opção sexual formalizada e reconhecida pelo Estado, que é o relacionamento heterólogo, entre homem e mulher, respectivamente. A obrigação de respeitar todos os homens em igualdade de condições, dispensando-lhes igualdade de tratamento, sobretudo do ponto de vista legal, é uma OBRIGAÇÃO imposta aos poderes públicos, estando aí incluído o Poder Judiciário. A consideração da pessoa humana como epicentro da aplicabilidade do direito é uma questão que não pode ser negligenciada, em vista da necessária consideração de que este conceito é dotado de universalidade, não admitindo atenuações. Principalmente se forem relativas a tratamento.

Como se percebe, o assunto encontra resistência e nem todos reconhecem a afetividade numa relação homossexual a ponto de auferir-lhe valor jurídico, como se depreende do aresto abaixo:

Direito Civil. União homossexual. Pretendido reconhecimento e dissolução da união civil entre pessoas do mesmo sexo como se entidade familiar fosse, com meação de bem imóvel e direito de habitação. Pedido impossível na via eleita. Extinção do processo que se mantém. 1. Não se discute, neste julgamento, a possibilidade, ou o direito, de opção sexual por parte de cada pessoa, decisão essa que diz respeito à vida privada e à intimidade, cuja

inviolabilidade mereceu proteção no inc. X do art. 5. da C.F. 2. O princípio da igualdade de direitos prevê o tratamento idêntico pela lei para todos, em consonância com os critérios do ordenamento jurídico, vedando apenas as diferenciações arbitrárias e as discriminações absurdas. O tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça. Somente se tem por lesado o princípio constitucional, quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (Alexandre de Moraes, "Direito Constitucional"). 3. Não são todos os direitos da personalidade, decorrentes do princípio da dignidade humana, que se apresentam com natureza de indisponibilidade, ou de imunidade a restrições de natureza constitucional ou infraconstitucional. Ensina o Professor José de Oliveira Ascensão que ditos direitos podem compor três classes: 1a.- o núcleo duro, ao qual pertencem os direitos sempre indisponíveis, como os que respeitam à liberdade individual e à própria vida; 2a. - a periferia, com relação aos quais "As limitações são sempre admitidas", desde que nenhum aspecto ético esteja implicado; 3a. - a orla, "em que se admitem as limitações voluntárias, dentro da autonomia de cada um". 4. Desde os primórdios do século XX, as Constituições Federais (1934, 1937, 1946, 1967 e E.C. de 1969) entendiam a família como a união de pessoas de sexos diferentes, e de cuja união a descendência ganhava especial relevo e importância. 5. A Constituição Cidadã de 1988, chama a família de "base da sociedade" e afirma que ela "tem especial proteção do Estado". Definiu ela três espécies de entidades familiares, sempre prevendo a existência ou a pré-existência de um casal composto pela união de um homem e de uma mulher, a saber: a - a constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis (CF, art. 226, pars. 1. e 2.); b - a constituída pela união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (CF art. 226, par. 3.); c - a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, par. 4.). 6. Da mesma forma as Leis Federais ns. 9.278/1996 e 10.406/2002 (Código Civil em vigor), regulamentando o par. 3. do art. 226 da C.F., colocam como pressuposto da entidade familiar a união entre um homem e uma mulher. Assim, a conceitua o Código Civil/2002, em seu art. 1.723: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". 7. Ressalta-se que o objetivo dessa união não se exaure em si mesma, mas visa à formação de descendência e de laços consanguíneos, e não apenas afetivos, com vista à organização da sociedade e à própria existência da Nação e do Estado. 8. Daí porque o notável constitucionalista e eminente Desembargador Nagib Slaib Filho, em seu conhecido tratado de "Direito Constitucional", pontifica que "já a união homossexual não é entidade familiar com proteção constitucional, embora possa ensejar o reconhecimento de efeitos jurídicos". E arremata, dizendo que a legislação infraconstitucional ou o próprio sistema jurídico pode conferir efeitos a tal relacionamento e pode também vedá-lo (como, por exemplo, na legislação militar sobre a tipificação penal de pederastia), mas tudo em atenção aos valores a serem ponderados caso a caso. E, na hipótese de atribuição patrimonial em decorrência da união homossexual, há de incidir a regra geral de que ninguém pode se enriquecer sem justa causa (art. 964, C.C./1916, e art. 884, C.C./2002), conduzindo à "actio de in rem verso" para reprimir o enriquecimento sem causa jurídica. (Editora Forense, 2a. edição, 2006, pg. 725/726). 9. Portanto, eventuais direitos, que possam ter se originado da alegada união homossexual pelo autor-apelante, deverão ser buscados através do reconhecimento e dissolução da sociedade de fato e do direito obrigacional, e não com supedâneo no Direito de Família e no reconhecimento de Entidade Familiar, como pretendeu o apelante. 10. Precedentes jurisprudenciais citados e recurso desprovido. (2006.001.59548, TJ/RJ - APELACAO CIVEL)

Justifica-se o entendimento acima porque, como mencionado pelo Desembargador prolator do voto, não existe legislação específica a respeito e que o próprio sistema jurídico pode conferir efeitos a tal relacionamento e pode também vedá-lo (como, por exemplo, na legislação militar sobre a tipificação penal de pederastia), mas em atenção aos valores a serem ponderados caso a caso.

Neste tipo de discussão, no campo do Direito Civil, especificamente, o reconhecimento da união homoafetiva estável encontra-se fundamentada na *presunção de esforço comum* e na *vedação de enriquecimento ilícito por parte de um dos companheiros*.

A *presunção de esforço comum* considera que os bens foram adquiridos com o fruto do trabalho e colaboração comum, passando a pertencer a ambos em condomínio e em partes iguais. Na parceria homossexual utiliza-se desta presunção no sentido de que os parceiros contribuíram para a construção do patrimônio adquirido com o trabalho em comunhão, sendo que os referidos bens permanecerão em regime de condomínio e serão partilhados de igualmente entre os parceiros. Constatando-se a ocorrência de colaboração para a formação de patrimônio, tanto pela via direta, ao assumir a responsabilidade por todos os trabalhos domésticos, como pela via indireta, através de recursos financeiros fornecidos pelo trabalho de um dos parceiros, é de se reconhecer, ao lado da comprovação de um longo período de convivência sob o mesmo teto, que há autêntica comunhão de interesses entre os parceiros, formando uma sociedade de fato.

Em 2005, através de decisão emanada pelo Desembargador Relator José Geraldo Antônio, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu a necessidade de serem partilhados os bens oriundos da sociedade formada entre homossexuais, como se vê da ementa abaixo, da Apelação Cível 2005.001.28842:

“Dissolução de sociedade de fato. Relação homossexual. Julgamento "ultra petita". Não configuração. Sucumbência recíproca. Inocorrência. Não configura julgamento "ultra petita" quando o pedido inicial busca a partilha do imóvel adquirido com o esforço comum, em razão da união homoafetiva, e a decisão reconhece a existência de uma sociedade de fato, sendo irrelevante a falta de pedido expresso da sua dissolução. Comprovada a existência da sociedade de fato entre os conviventes do mesmo sexo, cabível a sua dissolução judicial e a partilha do patrimônio se demonstrada a

sua aquisição pelo esforço comum. Não há sucumbência recíproca quando a sentença acolhe um dos pedidos alternativos formulados na inicial. Improvimento do recurso.”

Em julgamento do Recurso Especial 148897/MG, o Ministro Ruy Rosado Aguiar Junior reformou a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que havia negado pedido de partilha de bens decorrente de relação homossexual, *verbis*:

“Sociedade de fato – Homossexuais – Partilha de Bem Comum – O parceiro tem direito de receber metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecendo a existência de sociedade de fato com os requisitos postos no art. 1663 do Código Civil. Responsabilidade Civil. Dano moral. Assistência ao doente de AIDS. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com AIDS a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Art. 159 do Código Civil. Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido.”

Tem-se, pois, a confirmação de que a presunção de esforço em comum torna reconhecível a união homoafetiva estável.

Já a *vedação ao enriquecimento ilícito por parte de um dos companheiros*, já vinha sendo utilizada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, amparado do princípio de que no momento em que duas pessoas, por mútua colaboração, formam uma sociedade de fato, uma vez desfeita, exige ela a repartição igualitária de bens, sob pena de estar um dos parceiros se enriquecendo injustamente às custas do outro.

De acordo com tal entendimento, para que se configure juridicamente o enriquecimento ilícito, é necessária a presença dos seguintes elementos: a) enriquecimento de alguém; b) empobrecimento de outrem; c) nexo de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento; d) a falta de causa ou causa injusta. Analisa-se se houve enriquecimento sem justa causa indagando se a vantagem financeira atribuída àquela pessoa é justa, por um motivo lícito, como por exemplo, pela percepção de uma herança. Quando faltar a justa causa, o enriquecimento será injusto, pois uma parte enriquecerá em detrimento daquela que empobrecerá, sendo este tipo de procedimento reprovado pelo Direito.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Cível 33091 92, através do Desembargador Relator Celso Guedes, embora negando a pretensão, admitiu, no voto vencido, o reconhecimento da sociedade de fato na união homossexual, declarando que a eventual partilha do patrimônio funda-se na necessidade de evitar o enriquecimento sem causa e o locupletamento ilícito, que constitui princípio geral do Direito.

E este mesmo Tribunal, no ano de 2006, torna a admitir o reconhecimento da união homossexual estável, a partir do seguinte aresto, oriundo da Apelação Cível 2005.001.34933, *verbis*:

UNIÃO HOMOAFETIVA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INTERESSE DE AGIR. 1. Dado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da expressa proscrição de qualquer forma de discriminação sexual, não há impedimento jurídico ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos patrimoniais aludidos pela Lei 8.971/94 e 9.278/96. 2. Interpretação sistemática do disposto no § 3º do art. 226 da Constituição Federal revela que a expressão homem e mulher referida na dita norma está vinculada à possibilidade de conversão da união estável em casamento, nada tendo a ver com o receito de convivência que, de resto, é fato social aceito e reconhecido, até mesmo fins previdenciários. 3. Precedentes Apcível n.º 2004.001.30635, a Décima Quarta Câmara Cível. Relator desembargador MARCO ANTONIO IBRAHIM. 4. Provimento do recurso.

Importante, sobretudo, é considerar que os Tribunais vêm reconhecendo a existência da união homoafetiva estável, e que a reprodução continuada deste reconhecimento não tarda por fazer surgir uma lei que venha a forçar o reconhecimento e a regulamentar este fato jurídico de grande peculiaridade. A ementa abaixo é bastante cristalina com relação ao exposto, *verbis*:

EMENTA: Homossexuais. União estável. Possibilidade jurídica do pedido. É possível o reconhecimento da união estável entre homossexuais, ante os princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividade, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 598362655, Oitava Câmara

Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 01/03/2000)

Com base neste mesmo entendimento, o Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis escreveu, na Apelação Cível 70001388982, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que “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 consequências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais de direito, relevando sempre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade”.

3.4.2 Reconhecimento de paternidade afetiva em detrimento da biológica.

Em 31.03.03, um determinado casal recebeu do Conselho Tutelar um menor, em razão do seu abandono pelos pais biológicos. À época, nenhum parente quis assumir a guarda da criança. Consta no processo *in comento* que a família biológica do menor era desequilibrada, apresentando convivência irregular. Além desta criança, o casal possui duas filhas, sendo que a mais nova, de três anos de idade, possui problemas de peso e altura deficitários, além de demonstrar intensa agressividade. A outra filha encontra-se na guarda da ex-esposa de seu pai biológico. Salienta, ainda, que os pais biológicos, embora residindo em casa próxima, não procuraram ver o menor.

Os pais adotivos obtiveram êxito na sentença, sendo esta mantida e confirmada pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: “Apelação Cível. Ação de adoção. Filiação. Princípio da afetividade. Adotado menor. Prevalência do seu interesse. Adoção concedida. Recurso não provido. 1. A filiação, no estágio atual, lastreia-se mais no princípio da afetividade que na origem biológica. Assim, pais são os que devotam afeto pela criança. E o afeto não deriva da biologia. 2. Sendo menor o adotado, deve-se emprestar primazia ao seu interesse. O interesse

dos pais biológicos que abandonaram o filho com poucos meses de idade não pode prevalecer. 3. Comprovada a integração social, afetiva e psicológica do menor com a família substituta, confirma-se a sentença que deferiu a adoção. 4. Apelação Cível conhecida e não provida”.

A adoção é um instituto jurídico, pelo qual uma pessoa recebe a outra como filha. Quando o adotado é menor, prevalece sempre o “melhor interesse da criança”, princípio jurídico recepcionado pelo Brasil e utilizado em diversos países, por orientação dos documentos internacionais de proteção à criança.

Na atualidade tem prevalecido o princípio da afetividade sobre o princípio da consanguinidade, este último relativo à origem biológica da criança. Para que haja, na filiação afetiva, segundo a doutrina brasileira, a posse do estado de filho, é necessária a conjugação de três elementos: nome ou *nominatio*, tratamento ou *tratatio* e fama ou *reputatio*. O primeiro destes, o nome, implica na utilização do patronímico do pai pelo filho, já que deste ato infere-se a vontade do pai em perpetuar a sua origem ao próprio filho. Contudo, para alguns doutrinadores como Boeira⁴², de todos os três elementos, o nome é o que têm menos importância na caracterização da posse de estado do filho porque o fato do filho nunca ter usado o patronímico do pai não desnatura a filiação, desde que presentes os dois outros elementos (tratamento e fama). O tratamento, por sua vez, é o principal requisito para a configuração do estado de filho, por dizer respeito à preocupação com a sua saúde, o seu desenvolvimento, com sua educação e com o seu bem estar. Já a fama ou *reputatio* significa a extirpação desta preocupação, deste tratamento, deste zelo. Significa a amostragem, para o mundo, do dever de cuidado e proteção para com o seu descende. E esta amostragem deve ser um por determinado período de tempo, em se tratando de filiação adotiva, cuja quantidade depende do convencimento do próprio julgador do caso *in concreto*.

Assim sendo, para que esteja configurada a filiação, é necessário o preenchimento dos requisitos acima elencados, não importando se a sua origem é biológica e/ou afetiva. O ideal mesmo é a conjugação dos dois laços: biológico e afetivo. Contudo, na falta de um deles, a primazia tem que ser dada aos laços

⁴² BOEIRA, J.B.R. *Investigação de Paternidade – posse de estado de filho – paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.38.

afetivos, pois é ele o único capaz de traduzir de forma plena o trinômio *nomem, tractus e reputatio*.

A verdadeira filiação é traduzida pelo adágio popular que “pai é quem cria”. Assim, é aquela que proporciona o afeto entre as partes (pai-filho e vice versa), a sensação de ser querido, desejado por aquela família, o desenvolvimento dos deveres de proteção, cuidado e o sentimento de bem-estar, traduzido no que se entende por felicidade, experimentada por ambas as partes.

Muito embora existam poucas disposições relativas ao instituto, impende considerar que só o fato de haver previsão constitucional para o mesmo – igualdade entre os filhos e proteção incondicional dos direitos da criança e do adolescente – já são, por si só, suficientes para a aceitação deste tipo análogo de filiação. Neste mesmo sentido, de que não se pode vislumbrar nenhum privilégio da filiação biológica com relação à afetiva (adotiva), é o entendimento de Lobo⁴³, a seguir delineado:

“Em suma, a Constituição não oferece qualquer fundamento para a primazia da filiação biológica, pois amplo é o seu alcance. A primazia não está na Constituição, mas na interpretação equivocada que tem feito fortuna, como se o paradigma da filiação não tivesse sido transformado. Até mesmo no direito anterior, a filiação biológica era nitidamente recortada entre filhos legítimos e ilegítimos, a demonstrar que a origem nunca foi, rigorosamente, a essência das relações familiares”.

Vale acrescentar que a questão da paternidade afetiva, muito embora tenha sido “repaginada” por força do novo Código Civil, já era vislumbrada e debatida por João Baptista Villela⁴⁴, em 1979, antes mesmo da atual Constituição discorrer sobre o assunto. Para ele, a paternidade deveria ser considerada um fato cultural e não simplesmente decorrente da natureza. O vínculo que reúne pais e filhos antes de se adstrir apenas à natureza dos homens, deveria estar focado no serviço e no amor do que em mera procriação. Ademais, previa ele que a adoção, por seu caráter eletivo, seria a paternidade do futuro. E é justamente sobre esta “paternidade do futuro” que nos debruçamos, pois ela visa a atender o que for melhor para a criança.

⁴³ LÔBO, op. cit. p. 57.

⁴⁴ VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 21, 1979, p. 400-416.

Assim sendo, percebe-se que o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e solidariedade derivam da convivência, e não do sangue. A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consanguinidade legítima.

Neste sentido, segundo a doutrina de Almeida⁴⁵, a Constituição Federal de 1988 foi um verdadeiro divisor de águas no que concerne aos valores da família contemporânea. A iniciar pelo art. 1º, III, que traduz o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, somado ao art. 3º, I, do mesmo diploma legal, que consagra o princípio da solidariedade, parte-se ao rumo do fenômeno da repersonalização das relações entre pais e filhos, deixando para trás o ranço da patrimonialização que sempre os ligou, para dar espaço a uma nova ordem axiológica, a um novo sujeito de direito nas relações familiares e, até mesmo, a uma nova face da paternidade: o vínculo socioafetivo que une pais e filhos, independente dos vínculos biológicos.

No estágio em que nos encontramos, há de se distinguir o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, com esta dimensão, e o direito à filiação, à paternidade/maternidade, nem sempre genético.

O critério hermenêutico sintetizado na expressão anglo-saxônica “*The best interest of the child*”, ou seja, o melhor interesse do menor, colhido por nossa mais sensível jurisprudência, adquire, entre nós, conteúdo normativo específico, informado pela cláusula geral de tutela da pessoa humana introduzida no art. 1º, III da CF/88 e determinado especialmente pelo art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) que assim preleciona: “Na interpretação desta lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

Impende, ainda, considerar que o parágrafo sétimo do art. 226 da Constituição Federal de 1988 pôs fim à preeminência da paternidade biológica,

⁴⁵ ALMEIDA, M. C. de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.123.

trazendo a noção de paternidade responsável, aduzindo que “o *direito da filiação não é somente um direito da filiação biológica, mas é também direito da filiação vivida*”.

Assim sendo, revela-se a dimensão afetiva da paternidade como elemento primordial da significação da relação de parentesco, haja vista serem os vínculos sanguíneos demasiadamente frágeis para evidenciar o que é efetivamente capaz de informar uma relação de paternidade.

Considera-se, assim, que o elo que atualmente une pais e filhos é acima de tudo, o socioafetivo, moldado pelos laços de amor e de solidariedade, cujo significado é mais profundo que o elo biológico, confirmando o adágio popular que diz que “pai é quem cria”.

3.4.3 Adoção de crianças por casal homossexual.

Trata-se de recurso interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra a sentença que deferiu a adoção de duas crianças à uma mulher que era companheira da mãe adotiva delas.

Segundo consta nos autos, as mulheres mantinham um relacionamento há mais de 08 (oito) anos, relacionamento este nos moldes de entidade familiar. O motivo de apelo do Ministério Público tinha os seguintes fundamentos: (1) não existe autorização legal para adoção por homossexuais; (2) é reconhecida como entidade familiar a união estável, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família, entre homem e mulher – o que não é o caso em questão; (3) nem as normas constitucionais nem as infraconstitucionais albergam o reconhecimento jurídico da união homossexual; (4) de acordo com a doutrina, a adoção deve imitar a família biológica, inviabilizando a adoção por parselhas do mesmo sexo.

Segundo consta no relatório psicológico do processo, tanto a requerente quanto a mãe adotiva das crianças procuram ser discretas no seu relacionamento afetivo, na presença dos menores. As crianças chamavam as duas mulheres de “mãe” e que da observação das fotos dos meninos e da requerente na casa dos pais dela, depreendia-se que a família costumava visitar frequentemente no final de semana, quando almoçam juntos. Entretanto, com a família da mãe adotiva a convivência era mais frequente, pois a mãe dela auxiliava no cuidado das mesmas.

Neste processo, a apelação do Ministério Público gaúcho foi improvida, vindo a companheira da mãe adotiva ser também considerada como a outra mãe dos menores, consoante se depreende da ementa, abaixo, sobre o caso:

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.

O primeiro caso de adoção de criança por homossexual ocorreu em Catanduva, interior de São Paulo, onde o Magistrado Julio César Spoladore Domingos aceitou que dois homens (que já conviviam há mais de dez anos em união homoafetiva estável) entrassem para a fila de espera de pais adotivos em 2004. Tanto o Juiz quanto o Ministério Público se orientaram pela Resolução n. 01/99 do Conselho Federal de Psicologia que, estabelecendo normas de atuação para psicólogos, em relação à orientação sexual humana, veda qualquer tipo de tratamento discriminatório com relação à homossexualidade, ratificando que esta não trata de doença, desvio ou distorção e que, por isso, os profissionais de psicologia não devem colaborar com “eventos e serviços que proponham tratamento e cura de homossexualidades” (parágrafo único do artigo 3º da referida Resolução).

Estes dois *leading cases* (casos líderes), que possibilitaram a adoção homoafetiva biparental, são fruto do amadurecimento científico em torno da homossexualidade, da derrocada de preconceitos infundados e da grande quantidade de adoções, espargidas por todos os Tribunais de Justiça do País, de deferir adoção *a um só homossexual* – como foi o caso, por exemplo, do caso deste processo.

Neste caso específico, ela já detinha a maternidade dos menores, através da adoção. Foi sua companheira, portanto, quem pleiteou o reconhecimento dela mesma também poder vir a ser considerada mãe dos meninos, em razão de viver em uma união homoafetiva estável por mais de 08 (oito) anos.

Para melhor esclarecimento do tema, é de bom alvitre observar que hoje, no Brasil, existem dois tipos de adoção: a regulada no Código Civil de 2002 (arts. 1618 a 1629) e a regulada no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) (arts. 39 a 52). Em ambos os casos, o adotante poderá ser uma pessoa, ou um casal, devendo-se entender por casal um homem e uma mulher. Na adoção regulamentada pelo Código Civil existe a possibilidade dos cônjuges ou companheiros adotarem, desde que um deles tenha completado dezoito anos de idade, comprovada a estabilidade familiar.

Entretanto, o art. 1622 do Código Civil preleciona que: “ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher ou se viverem em união estável”. Diferente não é a disposição do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8069/90), pois ele prevê a adoção, quando dois os adotantes, devendo os mesmos serem casados entre si ou companheiros em união livre estável entre si.

No tocante à possibilidade jurídica de adoção de filho por uma única pessoa homossexual, não existe impedimento legal algum. Se de um lado, do ponto de vista da formação da entidade familiar, os menores teriam desvirtuados os papéis relacionados à pai e mãe (questão de gênero), além dos problemas sociais de convivência em razão do preconceito, condenação e represália por parte de terceiros. Isto acarretaria um risco ao bem-estar psicológico do adotado que não se pode ignorar – de outro ponto de vista, temos que o oferecimento da estabilidade material e psicológica ao adotado, vivendo num lar construído sob os flancos da

maturidade, presenciando um ambiente doméstico nos padrões sociais permitidos garantem a permissibilidade do instituto.

Alguns doutrinadores entendem ser possível este tipo de adoção, desde que *condicionado* ao fato de que os homossexuais vivam sua intimidade em apartado, pois, do contrário, geraria ao adotado uma gama variada de deformações psíquicas e morais. Entretanto, a decisão deve estar pautada no que representa, para a criança, a adoção. Se ela vai ser benéfica, se ela vai ser útil no seu desenvolvimento e na sua formação como pessoa, capaz de auferir-lhe dignidade.

Neste ínterim, os juízes devem considerar não a homossexualidade, mas a adoção, em si, como o principal objetivo de sua decisão, aliás, como feito pelo Tribunal de Justiça fluminense:

“Adoção acumulada com destituição do pátrio poder. Alegação de ser homossexual o adotante. Deferimento do pedido. Recurso do Ministério Público. 1. Havendo pareceres de apoio (psicológicos e estudos sociais), considerando que o adotado, agora com dez anos, sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção do menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro, e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Votação: unânime. Resultado: Apelo improvido. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Acórdão: Apelação Cível – Processo 1998.001.14332. Relator: Desembargador Jorge Magalhães. Julgamento: 23.03.1999 – Nona Câmara Cível”.

Segundo Dias⁴⁶ a única objeção que poderia ser suscitada seria em face aos termos do art. 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois “Não se dará a colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”.

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 105.

No entanto, o princípio que deve prevalecer é o do art. 43 do mesmo dispositivo legal, que dispõe que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivo legítimo”.

Se considerarmos que a adoção é um ato de amor, de dedicação para com o outro, impedir que se ame outrem porque não existe uma lei que permita esse amor, é, no mínimo, um ato desprovido de razoabilidade, pois, se o amor é um sentimento relativo à natureza humana, quem somos nós, homens, para impedir o direito de um semelhante de amar uma criança, de dedicar-lhe carinho, de ser feliz junto com ela? Deve a adoção, não só neste caso, mas em qualquer outro, se preocupar com a felicidade do adotando, com o seu bem-estar social, com a possibilidade de se desenvolver protegido, respeitado e amparado, deixando, pois, a discussão de que seus pais são “gays” ou “lésbicas” com aqueles que não têm compromisso social.

3.3.4 Indenização decorrente de abandono afetivo.

O quarto caso se difere dos demais, por tratar de uma ação de danos morais envolvendo a relação filial vivida entre um filho e seu pai, onde o primeiro, até os 06 (seis) anos de idade, manteve contato com o segundo de maneira regular.

Após o nascimento de sua irmã, a qual até o momento do julgamento do ele ainda não conhecia, o pai afastou-se completamente do filho, por ser a menina oriunda do novo relacionamento conjugal de seu pai.

Ao longo de quinze anos de afastamento, consta no processo que várias tentativas de aproximação foram feitas, restando infrutíferas, não podendo assim o mesmo desfrutar da companhia e dedicação de seu pai ao longo de seu desenvolvimento, e durante, inclusive, os momentos mais importantes de sua vida, como aniversários e formatura.

A grande questão que gravita ao redor desta demanda por abandono afetivo, é a seguinte: é possível consolidar uma relação de filiação numa relação de provimento econômico? Isto é, pode-se requerer indenização por falta de carinho, por falta de amor? Ou, mais ainda: a falta de amor gera direito indenizável? A resposta não é uníssona entre os doutrinadores.

Como o caso tratava de certo ineditismo fático e doutrinário e sempre que existe, num processo de família, a necessidade de intervenção do Ministério Público como *custus legis* (fiscal da lei), em vista da melhor aplicação da lei no caso concreto, foi solicitado pelo Ministério Público ao Juiz um laudo psicológico para que pudesse ser embasada a indenização solicitada em prova técnica de perda afetiva. Assim, acordo com o estudo psicológico realizado nos autos, constatou-se que o afastamento entre pai e filho transformou-se em uma questão psicológica de difícil elaboração para o adolescente, interferindo nos fatores psicológicos que compõem a própria identidade.

Questionável o pensamento de que a indenização tenha decorrido do dano psicológico acarretado, e não da falta de afeto propriamente dita. Contudo, a doutrina a seguir elencada, entende, a despeito do tema, que a indenização deu-se em virtude da falta de amor do pai, motivo-base para a existência dos danos psicológicos acarretados.

A decisão, de primeiro grau, que havia sido julgada improcedente, foi modificada para que o pai fosse condenado ao pagamento da quantia equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos, representativa de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais) à época.

O voto do Desembargador Relator é fundamentado pela argumentação de que hoje em dia não se pode mais conceber a família como uma relação de poder, mas sim, como fruto de uma relação afetiva – o que implica, por sua vez, em dar os pais atenção às necessidades manifestas de seus filhos – dever de carinho, afeto e proteção.

A negativa do pai em conviver com o filho, em proporcionar-lhe segurança e o sentimento de dignidade acarretou a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando os mais sublimes valores de Alexandre, tais como a honra, o nome, a dignidade, a moral e a reputação social.

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude de abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

Na esteira do sentimento de abandono externado pelo autor e levado às últimas consequências através da intervenção judicial, outras situações foram presenciadas, posteriores ao seu caso, nos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, decorrentes de abandono afetivo, senão vejamos:

Em decisão recente (2007) da Juíza de Ribeirão Preto, interior paulista, um pai foi condenado a pagar R\$ 75,00 à sua filha, por dia de visita que não comparecesse. Se a obrigação de visitar a filha foi reconhecida com a fixação de multa por seu descumprimento, reconhece-se também os malefícios desta ausência. E a ocorrência de danos morais gera o dever de indenizar.

No ano de 2003, em Capão da Canoa, interior do Rio Grande do Sul, um pai foi condenado a pagar indenização por danos morais de 200 (duzentos) salários mínimos à filha por abandono afetivo, após a separação.

Em 2004 foi proferida sentença, em São Paulo, condenando um pai a pagar R\$ 50.000,00 (cinquenta mil) a título de indenização, pois a perícia técnica apurou que o abandono afetivo causou um conflito de identidade na filha.

À primeira vista, estas situações parecem estranhas, porque parte-se do princípio geral de que uma pessoa não pode obrigar a outra a amar-lhe. O amor é sentimento eletivo, e por ser eletivo, não é obrigável. Pelo menos do ponto de vista sentimental. Se de um lado é complicado considerar uma indenização baseada em abandono afetivo, deve-se considerar, de outro, a seguinte situação: Como um pai deixou de amar um filho? Pode, existir, afinal, a finitude do amor de um pai? O amor

de um pai é limitado? Ou, até mesmo num plano filosófico/religioso: Deus poderia deixar de amar o seu filho, logo o seu filho? Infelizmente, estas perguntas têm se tornado frequentes, não por obra de Deus, mas por obra dos homens, que são omissos com relação às consequências do dever de filiação.

Quando se fala em amor filial, não se coloca este amor no mesmo plano daquele vivenciado por um homem e uma mulher que em algum dia de suas vidas “cansaram de amar”. E o fundamento da condenação não é pura invenção de Juiz: o nosso ordenamento jurídico tem, em seu corpo, fundamentação para tanto. Da leitura do inciso II do art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal 8069/90), pode se depreender que as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos ali reconhecidos forem ameaçados ou violados *por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável*. O legislador prevê o desencadeamento das medidas de proteção na falta, omissão ou abuso dos educadores. A utilização destas três expressões sugere a tipificação de três situações distintas. Na primeira hipótese, a falta, tem-se um ato comissivo do pai ou responsável, um comportamento positivo e danoso ao desenvolvimento da personalidade do filho. A segunda situação prevista pelo inciso II, que diz respeito ao caso em estudo, é a omissão do pai ou responsável, traduzindo comportamento negligente, negativo e daninho, violador do dever legal, decorrente, portanto, da inexecução de comportamento exigido pelo legislador e pelo bem-estar do filho e o desenrolar satisfatório do processo de educação.

Ocorre, entretanto, que para muitos doutrinadores, a condenação ao dano através de pagamento não é a alternativa mais acertada da justiça, pelo fato de, a partir daí se abrir o precedente para que o afeto passe a ser mercantilizado, exigível, assim, economicamente.

No ano de 2004, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou pedido de indenização feito por filho que se sentiu emocionalmente prejudicado por ter sido abandonado por seu pai. Na decisão, ficou consignado que “*por óbvio, ninguém está obrigado a conceder amor ou afeto a outrem, mesmo que seja filho. Da mesma forma que ninguém está obrigado a odiar seu semelhante*”.

Neste sentido, entende-se, também, que o direito deve buscar outros institutos jurídicos de compensação pela falta de afeto, que não a condenação em pagamento, pois, do contrário, significa relegar o afeto à categoria de obrigação comum, compensável monetariamente.

Pozzoli⁴⁷ observando os ensinamentos de Jacques Maritain, no livro “*Humanismo Integral*”, escreveu que “o ser humano deve realizar uma obra comum na terra: o amor”, segundo ele, “o verdadeiro fim da humanidade está em realizar uma vida comum terrena, um regime temporal de acordo com a dignidade humana e o amor”, sendo este, sem dúvida, “um trabalho árduo e heróico e que exige força de vontade, paciência e, sobretudo, fé de cada pessoa”.

Não se trata de atribuir, simplesmente, valor pecuniário para o desamor, nem mesmo responsabilizar a pessoa pela ausência deste sentimento nas relações de família. Se a discussão ficar restrita a este prisma não se atingirá o seu ponto fundamental, ou seja, a sua grande importância para a própria formação da pessoa.

De uma forma ou de outra, independente da forma como é imposta a “pena” pelo não cumprimento do dever paterno, deve-se asseverar que nas relações entre pais e filhos, ponderados os interesses contrapostos, devem convergir, de um lado o princípio da liberdade (pai) e, de outro, o princípio da solidariedade familiar e integridade psíquica (filho).

O direito à relação de parentesco tem como fonte o princípio jurídico da afetividade. Ora, este princípio nada mais é do que um reflexo do macroprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88) no Direito da Família.

Não basta, pois, ser pai e filho. Tem de querer ser pai e, de outra banda, tem de sentir-se filho – e o sentimento que envolve a relação de filiação, o “querer” e o “sentir”, não atende por outro nome que não seja afeto.

⁴⁷ POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o direito*. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p.69.

3.4.5 Direito de herança de parceira homossexual

O estudo deste caso implica no direito de sucessão entre duas mulheres, onde uma buscava o direito de herança com relação à outra, haja vista a união havida entre ambas desde 1989 até 2005, quando uma delas veio a falecer.

No processo consta que o imóvel no qual residiam teve o financiamento pago durante a convivência, todavia, anteriormente era também de propriedade do irmão da falecida, que vendeu a elas seus direitos por meio de cessão de direitos, não possuindo assim qualquer direito em relação a ele, sendo os dois veículos arrolados nos autos de inventário também de propriedade de ambas, embora no nome da falecida, pois foram adquiridos com esforço comum durante a convivência. Não obstante, além de omitir nos autos de inventário a cessão de direitos levada à efeito relativamente ao imóvel, atuou como se proprietário fosse e procedeu à mudança do nome constante na fatura de energia elétrica para seu nome, ao corte de energia e a retirada do relógio de luz, determinando ainda à síndica do prédio que não mais entregasse à Apelante os boletos de condomínio, a fim de obrigá-la a deixar o imóvel.

Sustenta que os bens adquiridos na constância da convivência, embora em nome da *de cuius*, são frutos de esforço comum, tendo o Juiz desconsiderado toda a documentação acostada aos autos e os aspectos legais aplicáveis ao caso e violado direitos básicos constitucionalmente assegurados.

A Justiça acatou o pedido da ex-companheira da falecida, asseverando, assim, a presença dos requisitos para a tutela pretendida, consistente na documentação acostada aos autos, onde poderão os ascendentes da falecida comprometer os bens junto a terceiros por meio de instrumentos particulares, o que poderá causar a si danos irreparáveis, ao passo que à parte ex-adversa nenhum prejuízo haverá, já que possuíam vida independente da falecida, ficando para ser resolvida na ação de inventário a forma como se dará a referida partilha. A ementa, a seguir:

"UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiras do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando à companheira sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos por maioria."

Com relação ao direito de sucessão entre companheiros homossexuais, a doutrina se reparte em duas vertentes: a primeira que reconhece a condição de herdeiros dos companheiros homossexuais sobreviventes, na ordem de vocação hereditária, usando da analogia equiparando os direitos do companheiro da união estável na ordem de vocação hereditária ao parceiro homossexual. E outra que não aceita o conceito de herança aplicável às uniões entre pessoas do mesmo sexo, mas tão somente o direito de meação.

Os que entendem pela limitação do direito de herança, sustentam que a sucessão hereditária se dá em favor dos herdeiros legítimos ou testamentários. Sendo legítimos os que se encontram na gradação do art. 1603 do Código Civil, qual seja: descendentes; ascendentes; cônjuges sobreviventes; colaterais; Municípios, Distrito Federal ou União. A estes acrescenta ainda o companheiro decorrente de união estável entre homem e mulher, por previsão da Lei Federal 8971/94. Aqui, para alguns doutrinadores não existe previsão de sucessão entre companheiros homossexuais por falta de norma legal que o ampare. Neste sentido, concluem que não podendo ser qualificados como herdeiro legítimo, somente lhe restaria a herança testamentária, podendo abranger a totalidade dos bens ou a metade da herança, este último no caso onde o falecido tenha deixado descendente ou ascendente, que se reservariam ao direito da legítima.

Alguns julgados dos tribunais de justiça compartilham do mesmo entendimento acima desposado:

EMENTA: IPSEMG - PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR ESTADUAL - INCLUSÃO DE CONVIVENTE EM RELAÇÃO HOMOAFETIVA NA CONDIÇÃO DE BENEFICIÁRIO - INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA - SENTENÇA CONFIRMADA. - Nos termos do art. 37, "caput", da Constituição Federal impõe-se à Administração Pública atuar nos estritos limites da legalidade, portanto, não se há falar na aplicação do recurso da

analogia para conceder benefício previdenciário à parte com base em alegação de isonomia/não discriminação de sexo e opção sexual, visto que o direito de pensão surge apenas com a publicação de lei específica instituidora do benefício ao respectivo dependente (TJMG, Apelação Cível 1.0145.02.050445-5/001, Relator Des. Eduardo Andrade, publicado em 14.08.07)

UNIÃO HOMOAFETIVA - PENSÃO PARA O SOBREVIVENTE - POSSIBILIDADE LIMITADA À VERIFICAÇÃO DA DEPENDÊNCIA E DA MÚTUA COOPERAÇÃO EQUIPARAÇÃO À FAMÍLIA E À UNIÃO ESTÁVEL - IMPOSSIBILIDADE. Em tese, é possível o pedido de pensão pelo companheiro sobrevivente, no plano de pensão e previdência privada de que era titular o falecido, em razão da união de fato homoafetiva, cabendo a prova da dependência e demais requisitos. A união homoafetiva não se equipara aos conceitos de família e de união estável, contidos no art. 226, § 3º da CF e na Lei nº 9.287/96. V.v.: Pode a parte sobrevivente postular pensão e demais direitos correlativos, em razão de falecimento do companheiro de união homoafetiva, ao influxo do princípio constitucional da não-discriminação e por aplicação analógica do art. 226, §3º, da CF, bem como do art. 1º da lei 9.278/96, atribuindo-se a tal união a mesma cidadania de relação familiar, o que não significa caracterizá-la como entidade familiar, mas, tão-só, dar-lhe um conteúdo de similaridade com o qual possa assegurar plenos direitos patrimoniais aos parceiros (TJMG, Apelação Cível 2.0000.00.503767-2/000, Relator Des. Luciano Pinto, publicado em 11.08.05)

O Superior Tribunal de Justiça vêm entendendo que embora não seja o herdeiro contemplado em testamento, terá o ex-parceiro de união homossexual direito a parte dos bens. Determina, assim, a partilha dos bens, em reconhecimento da colaboração financeira havida entre os ex-companheiros, dando-se ao sobrevivente a metade, enquanto à família do falecido é dada a outra parte.

Mesmo relutando em reconhecer o direito do companheiro como pertencente à categorias dos herdeiros legítimos, percebe-se um notável avanço com relação à jurisprudência mais cartesiana, que acaba pelo reconhecimento “enviesado” desta nova entidade familiar.

De outra banda, a outra parte da doutrina entende que por se tratar de uma entidade familiar e por faltar norma específica a respeito, torna-se necessário o emprego de analogia entre a união homoafetiva e a união estável e concubinato, para que o companheiro de uma forma, no mínimo, digna.

Desta forma, estando comprovada a afetividade, deve-se emprestar à união homoafetiva os efeitos jurídicos, aplicando-se analogicamente a legislação infraconstitucional referente às uniões estáveis, senão vejamos:

RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas." (TJRS - Apelação Cível Nº 70005488812, 7ª CCv. Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. J.25/06/2003)

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 descendentes caberá à sobrevivente a totalidade da herança. Aplicação analógica das leis nº 8.871/94 e 9.278/96. POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR. (Apelação Cível Nº 70006844153, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 18/12/2003).

A união homoafetiva é, sem embargo, tema com intensos reflexos no mundo jurídico, não podendo, pois, o direito, em momento algum, fechar-se de modo a ignorar ou simplesmente repudiar a realidade existente. "E assim é, na verdade, pois o direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto, pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas interessando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a União Estável, outras ficando a margem dele.", como conclui o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em voto do REsp 148897 oriundo de Minas Gerais e julgado em 10/02/1998.

Relembre-se que, a própria mulher, por séculos a fio, era tratada pelo sistema jurídico como relativamente incapaz.

3.4.6 Guarda compartilhada

O sexto caso diz respeito ao instituto da guarda compartilhada, agora vista sob novos olhos: o da impossibilidade do seu deferimento em razão da convivência desarmoniosa e os choques constantes do casal.

Consta, no processo, que o casamento deu-se em 1987 sob o regime de comunhão parcial de bens e deste matrimônio as partes têm um filho, menor de idade. Em dezembro de 1998, a autora ajuizou ação cautelar de separação de corpos contra o marido, haja vista a alegação de haver sido espancada e violentada pelo menos por não querer ter relações sexuais com o mesmo, que chegou em casa de madrugada, bêbado.

O laudo do exame de corpo de delito demonstra que a requerente sofreu agressão física do marido, ofendida, portanto, a sua integridade corporal.

Através do estudo minucioso dos autos, o Desembargador Relator fundamenta sua decisão no sentido de que a Autora não havia conseguido demonstrar com clareza se os hematomas existentes na sua pele foram originados pelo Réu ou pelo tratamento de varizes que há algum tempo vinha fazendo, sendo esta a razão de reforma da sentença pelo Tribunal, no sentido de que a culpa não era decorrente única e exclusivamente do Réu – mas do casal.

Preleciona o Relator que no momento em que a suposta agressão ocorreu, a requerente já queria se separar e inclusive recusava-se a manter relações sexuais com o marido, por estar desmotivada a prosseguir com a relação marital. Havia acabado, assim, o respeito, o desejo, a admiração recíproca. Tudo isto foi banido pelo desrespeito e pelas agressões, que são os sinais externos e definitivos do fim daquela relação. Entretanto, ainda que reconhecida a culpa recíproca do casal, considerou o Desembargador Relator que a guarda da criança deveria permanecer com a mãe.

Segundo o laudo psicológico constante nos autos, elaborado após o estudo realizado com o filho de ambos, não era a melhor medida se optar pelo instituto da guarda compartilhada, pois a disputa entre o casal ficaria ainda mais acirrada. Como se trata de criança de tenra idade, recomenda-se uma certa estabilidade nas relações afetivas, o que seria inviabilizada no presente caso – porque simplesmente não existe estabilidade afetiva na relação do casal em foco.

Fundamentou, ainda, a negativa da guarda compartilhada, pelo caso do menor encontrar-se sobre a guarda da mãe há dois anos e ela haver demonstrado poder cuidar da criança com amor e carinho. Que a mudança de guarda confundiria ainda mais a cabeça do menor, produzindo efeitos negativos no seu desenvolvimento, solução que não era desejada.

Vejamos abaixo a ementa relativa a este caso:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO LITIGIOSA. CULPA RECÍPROCA. Para que seja declarada a separação por culpa de uma das partes, não bastam as alegações, por mais graves que sejam, sem amparo de provas seguras que as corroborem. Em se tratando de crianças de tenra idade, recomenda-se uma certa estabilidade nas relações afetivas, ficando inviabilizado o instituto da guarda compartilhada quando o casal tem convivência problemática e com choques constantes.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que o instituto em foco – guarda compartilhada – difere totalmente da guarda única, guarda alternada e guarda dividida – sendo, em realidade – uma evolução desta três espécimes. A guarda única é a forma de guarda comum, mais utilizada em nosso ordenamento jurídico, onde um dos genitores, somente, detém a guarda direta, enquanto o outro detém a guarda indireta. Na guarda alternada há a determinação do período em que a criança e o adolescente ficarão em cada domicílio, onde os direitos sobre a criança dirá respeito a quem estiver, naquele momento, sob a sua posse. Na guarda dividida a criança fica de forma fixa em um lar e ali recebe a visita de ambos os pais, como se fosse um sistema de visitas.

Já a guarda compartilhada difere totalmente de tais institutos: é ela a situação onde os pais, separados judicialmente, conservam de forma recíproca o direito de guarda e responsabilidade sobre o filho, alternando, em períodos

determinados, a sua posse. Muito embora também não seja objeto de regulamentação legal, ela não possui um conceito único, específico, se caracterizando, contudo, pela forma de se obter a interação entre os elementos envolvidos, de forma que ambos os genitores participem de forma direta na vida de seus filhos, gozando aqueles da companhia amistosa de seus pais. Para alguns, a residência do menor deve ser fixa, sendo alternada a visita do seus pais – o que a tornaria idêntica à guarda dividida. Já outros compartilham do entendimento que o menor é quem deve se alternar na residência dos pais, deslocando-se em períodos alternados.

Também a doutrina se divide no sentido de que o seu deferimento, em se tratando de separação consensual, é até necessário, mas o mesmo não se pode falar quando se trata da separação litigiosa – como no caso dos autos – onde não é recomendável a sua instituição, por não haver harmonia entre o casal.

Este novo modelo de responsabilidade parental, também denominado de guarda conjunta, muito importa nos dias atuais, principalmente pelo fato de afetividade, aqui vista sob o prisma do respeito e da estima entre o casal e filho, não haver se encerrado com o término da conjugalidade.

Segundo Neiva⁴⁸,

“a guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade. Busca-se diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando o seu espectro e desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e eficiente formação sócio-psicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha.”

Ademais, insta considerar que além de visar a proteção do menor, garante o direito deste ter seus genitores condicionados a proporcionar um relacionamento saudável, amistoso e cordial entre si, o que sem dúvida nenhuma lhe oferece segurança emocional para seu desenvolvimento, por envolvê-los ainda mais com as responsabilidades de sua educação.

⁴⁸ NEIVA, Deidre de A. *A Guarda Compartilhada e Alternada*. Texto disponível em <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-2002396541>, acesso em 13.03.08.

Isto porque, se, de um lado, na guarda alternada não há constância de moradia para o menor e o mesmo fica “perdido” por não saber que orientação seguir, o que prejudica, pois, sua higidez física e mental; na guarda compartilhada esta situação se altera, porque não há alternância de dias a serem escolhidos para as visitas, vindo tudo a ser debatido de forma amistosa entre os cônjuges, como se casados fossem.

A doutrina de Epagnol⁴⁹ afirma que se não houver um consenso, um fino trato, um respeito às relações humanas entre o casal de separandos (não importando a modalidade de opção familiar), seria uma utopia falarmos de aplicação do presente instituto, dado ao cerne que se dispõe: o melhor bem estar do menor. Pois, se os separandos não conseguem administrar a situação do conflito conjugal, sem atingir a relação filial, quando não há diálogo, quando não conseguem abolir os filhos do conflito, o sistema de guarda compartilhada tenderá ao fracasso.

E outro não é o entendimento da jurisprudência abaixo, considerando os julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. Não mais se mostrando possível a manutenção da guarda do menor de forma compartilhada, em razão do difícil relacionamento entre os genitores, cumpre ser definitivada em relação à genitora, que reúne as melhores condições de cuidar, educar e zelar pelo filho, devendo, no primeiro grau, ser estabelecido o direito de visita. Apelo provido.” (TJRS – Apelação Cível n. 70005127527 – 8ª Câmara Cível – Des. Relator Antonio Carlos Stangler Pereira – Decisão publicada em 18.12.03).

“ALTERAÇÃO DE GUARDA, DE VISITAÇÃO E DE ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO.

- a. Não é da conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas de interesse do filho.
- b. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica à disposição de cada genitor por um semestre, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto a companhia paterna quanto a materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos.

⁴⁹ EPGANOL, Rosângela Paiva. *Filhos da mãe (uma reflexão à guarda compartilhada)*. Artigo publicado no Publicada no Juris Síntese nº 39 - JAN/FEV de 2003, p. 68-69.

- c. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido” (TJRS – Apelação Cível n. 70.005.760.673 – 7ª Câmara Cível – Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – j. 12.03.03).

“APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA. FILHO. ALTERAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. Se o “melhor interesse do filho” é que permaneça sob a guarda materna, já que a estabilidade, a continuidade e permanência dele no âmbito familiar onde está inserido devem ser priorizadas, mormente considerando-se que a mãe está cumprindo a contento seu papel parental, mantém-se a improcedência da alteração da guarda pretendida pelo pai. Descabe também a guarda compartilhada se os litigantes apresentam elevado grau de animosidade e divergências”. (TJRS – Apelação Cível n. 70.008.688.988 – 8ª Câmara Cível – Relator Desembargador José S. Trindade – j. 26.04.04).

Para finalizar esta abordagem com relação ao instituto da guarda compartilhada, é necessário informar que sua institucionalização é oriunda da Inglaterra, desde 1960, de onde teve origem, se espargindo por toda a Europa, que o adota, incluindo a França, que alterou o Código Civil Napoleônico para incluí-lo em seu ordenamento. No Ocidente, foi adotada pelos Estados Unidos e Canadá, na parte norte do continente americano e pela Argentina, na parte Sul, contando com resultados satisfatórios. Com relação ao Brasil, tramita no Congresso Nacional, hoje, dois projetos de lei que tendem a regulamentar o instituto, tombados pelos números 6315/2002 e 6350/2002, respectivamente, que estão no aguardo de votação.

3.4.7 Direito de visita em filiação homoparental.

O sétimo caso estudado diz respeito ao direito de visita ao filho menor de casal homoafetivo, formado por duas mulheres.

Sustentou que não se pode falar em ausência de laços parentais e afetivos, uma vez que o filho foi planejado pelo casal. O infante foi concebido por meio de fertilização *in vitro*, concretizada por meio de doação de esperma de um amigo do casal.

De acordo com a documentação constante no processo, a criança conta, atualmente, com quatro anos de idade. Embora seu registro de nascimento conste

apenas o nome da mãe biológica, resta patente que no seu histórico de vida e na sua formação psicológica encontram-se manifestados o afeto sentido pelos carinhos pela companheira de sua mãe. As provas nos autos sobre a presença de afeto entre ambos são, pois, variadas: na própria capa da filmagem do nascimento do infante encontram-se as duas. No filme do nascimento é que a filiação homoparental mais se evidencia: Uma ficou ao lado de outra durante todo o parto. Logo após o nascimento, enquanto o menino ainda chorava, a autora começa a contar-lhe uma história e este imediatamente pára de chorar. Consta, nos autos, que as duas participaram de todos os momentos da vida do infante, desde as consultas da recorrente ao obstetra até as consultas pediátricas. A prova é farta a evidenciar o dia-a-dia da família, passeando com o menino, em momentos de afetividade familiar, em viagens, comemoração de Natal e nos aniversários. Em todos esses momentos lá estava a recorrida dedicando ao filho atenção, cuidado e afeto, participando ativamente na sua formação e desenvolvimento.

Certo é que ambas abriram mão de projetos e horas de trabalho para constituírem uma família e passaram a conviver de forma mais próxima com o infante. Evidenciada está também a colaboração da autora na formação psíquica do menino e, embora não sendo a mãe biológica, é sua mãe afetiva, estado de filiação que vem sendo prestigiada cada vez mais pela Justiça.

Ademais, é sabido e consabido que o rompimento do vínculo de convívio, com quem a criança entretém estrito vínculo afetivo, pode gerar sequelas de ordem psicológica. O sentimento de perda e abandono ao certo irá comprometer seu desenvolvimento saudável. O direito de visita é muito mais um direito do filho do que de qualquer de seus genitores. Assim, nada justifica a resistência da recorrente em afastar o filho de conviver com aquela que ele também considera sua mãe. Aliás, as visitas foram fixadas de forma muito acanhada, e a negativa da manutenção do vínculo afetivo sugere simples sentimento de vingança. Abaixo, a ementa do acórdão supracitado:

EMENTA: FILIAÇÃO HOMOPARENTAL. DIREITO DE VISITAS. Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada

acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo desprovido. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70018249631, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007)

A primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos é uma característica forte da nossa atual Constituição Federal, e foi nesse sentido, e em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar, é que surgiu o Princípio do Melhor Interesse da Criança.

De acordo com tal princípio, deve-se preservar ao máximo aqueles que se encontram em situação de fragilidade. A criança e o adolescente encontram-se nesta posição por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade. O menor tem, assim, o direito fundamental de chegar à condição adulta sob as melhores garantias morais e materiais.

Neste passo, a Constituição atual alterou radicalmente todo o disposto na Constituição anterior sobre família e filiação, consagrando ao lado da isonomia dos filhos a tutela de núcleos familiares monoparentais e extramatrimoniais. Se a premissa é a de igualdade da filiação, não se distinguindo do plano macro para o micro a filiação biológica da adotiva, inversamente deve se considerar o mesmo viés: não se deve distinguir os núcleos familiares monoparentais e extramatrimoniais dos homoparentais.

Isto porque, atualmente, três são os traços característicos em matéria de filiação: a) a funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular os filhos; b) a despatrimonialização das relações entre pais e filhos e c) a desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores.

Com relação à paternidade homoafetiva, e o conseqüente direito de visita por um dos pais, deve-se ter em vista o reconhecimento do vínculo da afetividade e

o próprio bem-estar da criança. Segundo Luiz Edson Fachin⁵⁰, “a verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura, está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen”.

É justamente nestas premissas que encontra abrigo a proteção da filiação homoparental e, nesta, os direitos que são inerentes à todo estado de filiação e paternidade, como é o exemplo de alimentos e das visitas ao menor.

São essas as diretrizes adotadas pelo legislador constituinte de 1988:

"Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente estatui, em seu artigo 3º, que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais à pessoa humana, lhes assegurando "todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e igualdade".

Nestes termos, considerando o que defendeu a própria Relatora no voto supramencionado: “Não se pode fechar os olhos e tentar acreditar que as famílias homoparentais, por não disporem de capacidade reprodutiva, simplesmente não possuem filhos. Se está à frente de uma realidade cada vez mais presente: crianças e adolescentes vivem em lares homossexuais. Gays e lésbicas buscam a realização do sonho de estruturarem uma família com a presença de filhos. Não ver essa verdade é usar o mecanismo da invisibilidade para negar direitos, postura discriminatória com nítido caráter punitivo, que só gera injustiças”.

A filiação, atualmente, já não é mais objeto de determinismo biológico. Ao contrário. Respalda-se em determinismo afetivo e a necessidade de reconhecimento da presença do afeto na filiação é uníssona entre os Tribunais do País.

⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 157.

O tema foi ainda objeto do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, tendo a mesma Desembargadora consignado:

"Para o estabelecimento do vínculo de parentalidade, basta que se identifique quem desfruta da condição de pai, quem o filho considera seu pai, sem perquirir a realidade biológica, presumida, legal ou genética. Também a situação familiar dos pais em nada influencia na definição da paternidade, pois, como afirma Rodrigo da Cunha Pereira, "família é uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, desempenha uma função, sem estarem necessariamente ligados biologicamente."

Mais uma vez o critério deve ser a afetividade, elemento estruturante da filiação socioafetiva. Não reconhecer a paternidade homoparental é retroagir um século, ressuscitando a perversa classificação do Código Civil de 1916, que, em boa hora, foi banida em 1988 pela Constituição Federal.

Além de retrógrada, a negativa de reconhecimento escancara flagrante inconstitucionalidade, pois é expressa proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. A negativa de reconhecimento da paternidade afronta um leque de princípios, direitos e garantias fundamentais. Crianças e adolescentes têm, com absoluta prioridade, direito à vida, à saúde, à alimentação, à convivência familiar, e negar o vínculo de filiação é vetar o direito à família: "lugar idealizado onde é possível cada um, integrar sentimentos, esperanças e valores para a realização do projeto pessoal de felicidade" (Anais, IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, Coordenação Rodrigo da Cunha Pereira, IBDFAM, pág. 396).

Por tal motivo, assim como não se pode deixar de reconhecer os vários tipos de modelos familiares, não nos é mais dado deixar de ver a multiplicidade de modelos de filiação existentes, que acabam convertidos numa única forma, se relevado pelos laços de amor, de carinho, de ternura existente que ligam pais e filhos – o vínculo afetivo, pois, mais profundo que o vínculo biológico.

3.4.8 Duplicidade de células em união estável.

Este caso também ressalta pelo ineditismo, onde se reconheceu a existência de dois núcleos familiares paralelos, formados por um único homem.

No processo, ficou devidamente comprovada a união estável havida entre as partes por período superior ao admitido pelo apelante. Nesse contexto delineado, estando as alegações da apelada em consonância com o conjunto probatório, o

Tribunal entendeu correta a sentença que reconheceu a união havida entre as partes e o partilhamento do imóvel, restando claramente comprovado que o apelante manteve união dúplice, tendo convivido com a apelada entre os anos de 1986 a 1997 e com a outra em período consequente ao do primeiro relacionamento.

Comprovada a existência de união entre as partes e tendo o imóvel ora em litígio sido adquirido na constância da união, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que o imóvel deveria ser partilhado, o que infere no reconhecimento da duplicidade de uniões estáveis, por uma só pessoa com outras duas, durante certo período.

O acórdão, abaixo transcrito:

Ementa: UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. DUPLICIDADE DE CÉLULAS FAMILIARES. O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja “digna” de reconhecimento judicial. Dessa forma, havendo duplicidade de uniões estáveis, cabível a partição do patrimônio amealhado na concomitância das duas relações. Negado provimento ao apelo.

Neste julgamento inédito, a realidade é que este cidadão mantinha dois vínculos afetivos com duas mulheres simultaneamente, e isso não pôde vir em benefício dele próprio ou de uma das conviventes.

Inobstante a convivência sobre o mesmo teto não constitua requisito para a caracterização da união estável, tal situação assume relevância na análise da prova, mormente quando ausentes maiores elementos de convicção, o que ocorre na espécie. Sobre o tema, eis os ensinamentos de Gama⁵¹:

“Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, ao tratar das finalidades do matrimônio, “confundindo-se com efeito normal do casamento, vem a comunhão de vida e de interesses, a satisfação do amor recíproco, aquela affectio maritatis que as núpcias romanas destacavam como fator psíquico da vida em comum e sustentáculo da substância do casamento. Está ínsita na idéia de constituição de família o desejo dos companheiros compartilharem a mesma vida, dividindo as tristezas e alegrias, os fracassos e os sucessos, a pobreza e a riqueza, enfim, formarem um novo organismo distinto de suas individualidades”.

⁵¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. Ed. RT, 2004, p. 50.

Antigamente, como não eram outorgados quaisquer direitos às relações não oficializadas pela celebração do casamento, a jurisprudência utilizou-se deste expediente indenizatório a fim de evitar o enriquecimento injustificado de um dos consortes, pois a matéria era resolvida com base no direito das obrigações.

Desde que as uniões estáveis passaram a ser reconhecidas como entidade familiar, *status* este conferido pela Constituição Federal de 1988, tais relações passaram a ter efeitos jurídicos, conferindo-se aos conviventes direitos sucessórios e previdenciários, além do direito à meação e a alimentos. Nesse sentido, é a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. A CONSTRUÇÃO PRETORIANA QUE DEU ORIGEM À INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS NUNCA TEVE A FINALIDADE DE COMPENSAR A COMPANHEIRA EVENTUALMENTE PREJUDICADA EM PARTILHA DE BENS, MAS, SIM, DESTINAVA-SE A - NAQUELES CASOS ONDE NÃO ERA RECONHECIDA A SOCIEDADE DE FATO, PELA AUSÊNCIA DE PROVA DE CONTRIBUIÇÃO NA FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO AMEALHADO - RETRIBUIR OS SERVIÇOS PRESTADOS NO ÂMBITO DO LAR. É ISSO PORQUE, À ÉPOCA, NÃO ERA POSSÍVEL CONCEDER ALIMENTOS A COMPANHEIRA. ENTRETANTO, A PARTIR DO MOMENTO EM QUE AS UNIÕES DE FATO, DIGNIFICADAS CONSTITUCIONALMENTE COM A DENOMINAÇÃO DE "UNIÃO ESTÁVEL", ADQUIRIRAM "STATUS" DE FAMÍLIA, VIABILIZANDO-SE JURIDICAMENTE A CONCESSÃO DE ALIMENTOS, NÃO HÁ MAIS QUALQUER RAZÃO PARA DEFERIR UMA INDENIZAÇÃO DE CONTEÚDO TÍPICAMENTE OBRIGACIONAL, EM RAZÃO DE UM RELACIONAMENTO QUE AGORA É RECONHECIDO COMO FAMÍLIA. NEGARAM PROVIMENTO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70003959640, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, JULGADO EM 10/04/2002)

Ademais, a hipótese ora em comento, teve o intuito de impedir que se fizesse uma injustiça, qual seja, a de evitar o locupletamento injustificado de um dos consortes em benefício do outro, na concomitância de relacionamentos.

Independente do *nomem juris*, certo é que o apelante manteve com E., ora apelada, e C., uniões com as características de “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, podendo ser qualificadas como “entidade familiar” – art. 226, § 3º da Constituição Federal. Assim,

o entendimento explicitado por Maria Berenice Dias no voto vencido do processo n.º 70000056119, o qual uma parte se transcreve:

“Rogando vênia aos eminentes Colegas, não faço as distinções postas pelo Relator, porque não dispõem de referencial legal. Tenho dificuldade em não visualizar a existência de um vínculo familiar ou de uma entidade familiar pelo simples fato de um dos componentes do par, normalmente o homem, manter, paralelamente, outra relação, quer de casamento quer outra união estável.

Esse pressuposto não está na lei e não é óbice para a configuração da união estável. Presentes todas as características legais, há de se juridicizar esta relação, mas não como uma sociedade de fato, porque vejo ainda um certo resquício preconceituoso, ao se ter dificuldade de se ver neste vínculo uma família simplesmente pela duplicidade de vida mantida por um dos conviventes.

A mim se me afigura uma extrema sacralização do conceito de família, que, dentro do conservadorismo social, não permitia enxergar em vínculos outros uma família.

Aliás, este viés conservador foi o grande algoz de todos esses vínculos que surgiram fora do casamento e que nunca foram, pela jurisprudência, visualizados como família, nem depois de a Constituição expressamente declarar que se tratava de entidades familiares merecedoras da proteção do Estado. Até o advento da legislação infraconstitucional, nenhuma proteção o Judiciário lhes deu.

Vejo, pois, com muitas restrições essa dificuldade de se configurar uma família e se forçar a identificação de mera sociedade de fato, quando se trata de uma sociedade de afetos e similitude nenhuma tem com esse instituto de Direito Comercial.

Não vejo uma distinção pela circunstância de um do par não estar envolvido exclusivamente com o outro, mas também com terceira pessoa. Não vejo a “concubinagem”, não vejo distinção nenhuma entre concubinato puro e impuro e muito menos a necessidade de boa-fé por parte do outro constituinte do par para a configuração, ou não, de uma união estável, chamada de “união estável imputativa”. São todas formas sem respaldo legal e que, no meu entender, ainda traduzem dificuldades de se enxergar a realidade.”

Com base neste entendimento, entendeu o Tribunal gaúcho que é possível, sim, com base na presença do afeto entre os pares, reconhecer a duplicidade de uniões estáveis, por força do princípio maior de vedação ao enriquecimento ilícito de uma das partes em detrimento do empobrecimento da outra.

3.4.9 Retirada de registro de filiação afetiva.

O nono caso difere dos demais até agora relatados, porque aqui, inversamente, decidiu-se pela “verdade” dos fatos, no sentido de que se obrigasse a constar o nome do pai biológico no registro de nascimento da criança, muito embora fosse reconhecida pelo próprio Juízo a filiação afetiva por parte do companheiro da genitora.

Nas razões recursais, acrescenta que a criança nutre afeto filial pelo pai registral, o que denota a importância da noção de "posse do estado de filho", expressão forte e real do parentesco psicológico a caracterizar a filiação afetiva, a qual deve prevalecer sobre a verdade biológica. Aduz ainda que, embora o menor esteja tendo uma convivência harmoniosa com o pai biológico, seu referencial paterno ainda é o do outro pai. Afirma ainda que, reconhecida a paternidade biológica, consequência lógica seria a anulação do registro civil, o que no caso é inviável eis que a desconstituição do registro somente é autorizada se comprovada a existência de vício de consentimento.

De acordo com os autos, é direito personalíssimo do filho impugnar o reconhecimento da paternidade, e enquanto persistir a menoridade, esse direito de ação não pode ser exercido por representação, assistência ou terceiros, e também, direito único do marido contestar a paternidade de seus filhos.

No mérito, salienta que a relação de paternidade não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho, mas necessariamente da sócio-afetiva, pugando pela reforma da decisão recorrida, para que seja reconhecida sua paternidade e mantido intacto o registro de nascimento do menor.

Sabe-se que o reconhecimento dos filhos através de registro público é irrevogável, no entanto, tal fato não implica na vedação de questionamentos em torno da filiação, desde que haja elementos suficientes para buscar a desconstituição do reconhecimento anteriormente formulado.

Por oportuno, acerca do tema, vale lembrar a lição de Matielo⁵²:

"Conforme frisado retro, a filiação constante do termo de nascimento é oponível contra todos, sendo tomada, enquanto perdurar a presunção como verdade insuscetível de contestação por quem quer que seja. A ninguém se permite afirmar ou invocar estado diverso daquele que resultado registro de nascimento, a menos que à alegação some-se prova cabal de ter havido erro ou falsidade quando da sua lavratura. A prevalência do registro é relativa; a lei preocupada em preservar a credibilidade dos assentos e da fé pública, admite que qualquer pessoa legitimamente interessada (o próprio registrado, o cônjuge que não declarou o conhecimento, terceiro, etc.) tenha acesso às vias ordinárias para vindicar estado contrário ao mencionado nos livros oficiais, mas exclusivamente nos casos de erro ou falsidade".

Em algumas situações excepcionais, como a do caso dos autos, é possível se produzir a derrubada da firmeza do conteúdo registral, configurando-se a relatividade de sua presunção de veracidade. Nesse sentido, constata-se a legitimidade do autor em vindicar por sua paternidade, eis que devidamente comprovada, restando evidenciada a falsidade ideológica do registro cartorial do menor. O reconhecimento da falsidade do registro constitui forma pertinente e eficaz de estabelecer a verdade das coisas, evitando a subsistência de informações cartoriais viciadas e potencialmente capazes de produzir danos ou constrangimentos a outrem ou, até mesmo, à própria criança.

No entanto, para aquela Justiça, reconhecer ambos, simultaneamente, como pais da criança, seria algo extremamente complicado, pelas sequelas emocionais que poderia acarretar à criança com o passar dos anos.

Muito embora se tenha criado um vínculo afetivo forte entre o pai sócio-afetivo e o menor, o Tribunal entendeu que no caso em tela, esta não deve prevalecer sobre a paternidade biológica.

É de se notar que o menor, desde o seu nascimento até os três anos de vida, conviveu com o pai registral, com ele formando um vínculo de afeto. No entanto, a união de sua mãe com o requerente, formou um novo núcleo familiar, onde o menor já nutre também pelo pai biológico uma vinculação afetiva baseada na amizade e no carinho, conforme pode se auferir do estudo social presente nos autos.

⁵² MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil Comentado*, 2ª ed., Ed. LTR, 2005, p.1.046.

Segundo o voto do Relator “a escolha por qualquer um dos pais, trará descontentamento e tristeza para o infante, que já adquiriu com o passar do tempo, carinho e amor por "ambos os pais", abalando o seu emocional. Portanto, o mais coerente é que seja observada a situação que trará mais conforto e segurança à identidade de Lucas, em atenção ao Princípio do Melhor Interesse da Criança, conforme esposado anteriormente”.

Por estas razões, entendeu-se correta a alteração do nome registral do menor para que fosse retificado no sentido de constar o nome do seu verdadeiro pai, como se vê da ementa aqui colacionada:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - REIVINDICAÇÃO DA PATERNIDADE - EXAME DE DNA COMPROBATÓRIO - PATERNIDADE BIOLÓGICA X PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - ALTERAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO - POSSIBILIDADE. O reconhecimento dos filhos através de registro público é irrevogável. No entanto, tal fato não implica na vedação de questionamentos em torno da filiação, desde que haja elementos suficientes para buscar a desconstituição do reconhecimento anteriormente formulado. A primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos é uma característica fundamental da atual Constituição Federal. Nesse sentido, e em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar, surgiu o Princípio do Melhor Interesse do menor. A Constituição Federal tornou equivalentes os laços de afeto e de sangue, acabando com a discussão sobre qual dessas é a verdadeira filiação. Na hipótese de conflito entre a paternidade biológica e a paternidade afetiva, deve-se priorizar aquela em detrimento desta, desde que, o filho mantenha também com o pai biológico laços de afeto.

Em primeiro lugar, deve-se ter em vista que nas sociedades ocidentais há uma significativa valorização dos referenciais materno e paterno. Sujeitar uma criança a esta condição seria o mesmo que sujeitá-la a inúmeros questionamentos ao longo de sua vida, tendo em vista a anormalidade da situação de ter em seu registro o nome de dois pais e de uma mãe, e, até mesmo, submetê-la a constrangimentos em sua vida social e profissional.

É notório nos dias atuais o fato da paternidade afetiva assumir para os Tribunais grande importância, já que a posse do estado de filho gera os efeitos jurídicos capazes de definir a filiação, havendo inclusive quem pense que a paternidade sócio-afetiva deve prevalecer sobre a biológica. Contudo, a Constituição Federal tornou equivalentes os laços de afeto e de sangue, acabando com a discussão sobre qual dessas é a verdadeira filiação.

Neste sentido, já se posicionou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

"AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE POR TERCEIRO QUE NÃO O CONSTANTE DO REGISTRO - EXAME DE DNA COMPROVATÓRIO - CONSEQUÊNCIA JURÍDICA INAFASTÁVEL: ANULAÇÃO DO REGISTRO E AVERBAÇÃO DOS DADOS CORRETOS - CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA.

Na virada do milênio, com a valorização dos atributos da dignidade da pessoa humana e seu patrimônio genético, é inconcebível manter hígido falso reconhecimento de paternidade, pela nocividade para o plano afetivo da família, relação de dependência econômica e o interesse social que a descoberta da exclusão genética pelo teste DNA provoca nestes setores." (TJMG - Apelação Cível nº 1.0480.03.048481-4/002, Relator Desembargador SILAS VIEIRA, data do julg. 13.10.2005, publicação no DOU 03/02/2006)

Dentro dos critérios atuais da civilização, o exame DNA é considerado de valor absoluto. Os direitos à filiação e à paternidade são imprescritíveis. Logo, o registro que se fez em desacordo com a verdade pode ser anulado, a qualquer tempo, por erro de fato.

Para aqueles que defendem a relativização da coisa julgada, é o DNA, a prova biológica. Para os que valorizam o teor social da paternidade sobre o teor biológico, é a afeição e o sentimento comprovado. Vê-se que há duas verdades absolutas e antagônicas das quais, dependendo da posição do julgador, decorrerão consequências também inconciliáveis e excludentes, a não ser que se conclua pela dupla paternidade, que já foi chamada de "bigamia parental", que para alguns significa a figura de desprendimento e de amor, que poderá se transformar em figura de torpeza e avareza.

Embora a ligação afetiva tenha relevante valor social, a lei brasileira de Registros Públicos não prevê a possibilidade jurídica do registro sob este fundamento.

Logo, a autorização judicial para a inscrição da paternidade afetiva, por ser um instituto novo, pode gerar tumulto e insegurança jurídica nas relações familiares, sem preexistir normas de direito civil e de registros públicos a este respeito.

Se, na hipótese aqui levantada, fosse considerado como certo o registro duplo, a pergunta que se faz é a seguinte: teria direito o filho perante ambos os pais e a seus futuros espólios?⁵³ Esta indagação, entre outras, não se acha convenientemente resolvida pela legislação brasileira de forma a tranquilizar o juiz quanto à construção de um registro com o propósito imediato de atender a um reclamo afetivo ou sentimental.

No passado, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou situação em que se pedia o reconhecimento da paternidade biológica em relação a menor adotado. Considerou-se o art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente que desliga o adotado de qualquer vínculo com pais e parentes, salvos os impedimentos naturais.

Naquele caso, o Ministro Eduardo Ribeiro, ao decidir, entendeu que "se os vínculos jurídicos desaparecem, não se podem extinguir os laços naturais e, por isso mesmo, persistem os citados impedimentos. E pode corresponder a uma respeitável necessidade psicológica o conhecimento dos pais biológicos. De qualquer sorte, algum interesse jurídico resta, em razão dos óbices ao casamento." (Recurso Especial nº 127.541 - Rio Grande do Sul, relator Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 10 de abril de 2000 e publicado no DJ de 28 de agosto de 2000).

Consta, ainda, do voto do Ministro Eduardo Ribeiro:

"Não me animaria, ademais, a excluir por completo a possibilidade de se pedir alimentos, não obstante os termos do mencionado artigo 41. Suponha-se a hipótese de criança de tenra idade, cujos pais adotivos viessem a falecer ou a cair na miséria. Parece-me que a ela, que não foi ouvida sobre a adoção, não se poderia impedir de pretender alimentos de seus pais biológicos. É o direito à vida que está aí envolvido.

Não se nega que haja algumas dificuldades práticas, entre elas a de complementar-se um registro que terá sido cancelado. São questões menores, entretanto. Em verdade, o registro não será indispensável, dado que escassas, como visto, as consequências jurídicas.

⁵³ Esta resposta é afirmativa, no sentido de que atualmente já é possível ter a pessoa direito a reconhecimento de filiação dupla e, concomitantemente, direito à herança dos pais adotivo e biológico. Consta, inclusive, da novel jurisprudência do STJ (REsp 833712 / RS, julgado em 17.05.07) voto onde a Ministra Nancy Andrighi decide que "*Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica. A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrai, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade.*"

Parece-me que correta a conclusão a que chegou Antônio Chaves ao afirmar que "no nosso direito não existe base legal alguma para proibir o reconhecimento do adotado e menos ainda a determinação judicial da filiação", embora considere que isso seria conveniente de lege ferenda. O que no ordenamento pátrio existe é norma admitindo amplamente o reconhecimento do estado de filiação (art. 27 da Lei 8.069/90)."

Naquele precedente, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso e determinou ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que decidisse o mérito, ou seja, processar e julgar a investigação da paternidade biológica.

Na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul encontra-se situação inversa à presente. Registrada a filha, em nome dos pais afetivos, falecidos, pretendeu investigar a paternidade contra o espólio do pretense pai biológico. O Tribunal entendeu que a paternidade social tinha mais valor que a biológica e desprezou, por imoral, o pedido da investigação.

Considerou que seria inadmissível que a requerente convivesse durante cinquenta anos com os pais afetivos e, mortos estes, viesse buscar-lhes a herança. Considerou o Tribunal compreensível que até houvesse a reivindicação de alimentos, porém, jamais, a alteração do registro, uma vez que a verdade social da paternidade está acima do DNA, da verdade formal (Apelação Cível nº 70010973402, relator o Desembargador Rui Portanova, julgada em 4 de agosto de 2005).

No julgamento da Apelação Cível nº 70014442743, relatora a Desembargadora Maria Berenice Dias, julgada em 26 de abril de 2006, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou viável a investigação biológica da paternidade, tendo em vista o direito que o filho tem de saber o seu verdadeiro pai, inclusive para o fim dos impedimentos matrimoniais, que são ressaltados pela legislação do caráter irreversível da adoção. Naquele julgamento, ficou claro que interesses de ordem econômica, como aqueles à herança, não se achavam, ipso facto, reconhecidos, nem tampouco a alteração do registro.

Contudo, deve-se ter em vista que, justamente na esteira do pensamento dos doutrinadores gaúchos, boa parte da doutrina e a jurisprudência não tem reconhecido tão somente a filiação biológica, mas também e principalmente a filiação denominada sócio-afetiva.

Sobre o tema, a seguinte jurisprudência:

"Apelação cível. Ação de investigação de paternidade. Preponderância da paternidade socioafetiva sobre a biológica. Recurso provido. 1. É direito de todos buscar sua origem genética. 2. Entretanto, se a pessoa for menor, deve prevalecer à paternidade socioafetiva sobre a biológica, até que, atingida a maioridade, o filho decida qual das duas preferirá. 3. Apelação cível conhecida e provida" (Processo nº 1.0024.02.826960-3/001, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, p. em 10/02/2006).

"APELAÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROVA DO VÍNCULO BIOLÓGICO. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA. O direito de conhecer a descendência genética é imprescritível. Caso em que, ao registrarem a investigante os pais registrai fizeram uma "adoção à brasileira". Ao depois, os pais registrai foram os pais socioafetivos da investigante. Verdade socioafetiva que prevalece sobre a verdade genética. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. DERAM PROVIMENTO AO APELO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70010973402, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 04/08/2005)".

Por estas razões acima delineadas é que devemos considerar que as questões relativas à paternidade, maternidade e filiação, são um tanto controvertidas pois se calcam no direito dos pais, dever dos pais, direito dos filhos –e, principalmente, nos princípios individuais da personalidade firmados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Não é medida da mais acertada a invocação apenas de critérios genéticos para o reconhecimento da paternidade, hoje em dia. Partir deste pressuposto equivale a negar a própria natureza humana, que só se realiza se atuar conjuntamente com o amor e com o desejo e a vontade de permanecer junto.

Valorar o sentimento de pertencimento, de querer desfrutar a singularidade do momento familiar significa não somente valorar a filiação, mas o sentimento, a construção de vínculos afetivos. E deixar de perceber isto, é, no mínimo, deixar de perceber a dinâmica do mundo moderno. É deixar de aplicar a justiça e equidade a casos concretos.

3.4.10 Reconhecimento de família homoerótica.

O derradeiro caso trazido à baila diz respeito ao que muitos pensaram ser impossível: o reconhecimento jurídico de entidade familiar a um casal homossexual que vive em relacionamento estável, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

O texto da ementa trata da família homoerótica, fazendo uma alusão à família homossexual e/ou homoafetiva. Em tese, a palavra homoerótica em direito tem o mesmo significado daquel'outras, contudo, do ponto de vista da sociologia, alguns autores como Costa⁵⁴ já haviam se manifestado pela preferência do termo homoerótico/homoafetivo pelo fato do termo homossexual/homossexualidade conduzirem ao pensamento de doenças físicas ou psicológicas.

Além de evitar alusões à doença, ou substâncias orgânicas ou psíquicas, o termo por ele utilizado negaria a idéia de uma substância orgânica ou psíquica comum a todas as pessoas que fazem sexo com pessoas do mesmo sexo.

A crítica que se tece ao derredor da preferência elaborada por Costa é que ele remete a um dos aspectos constituintes do preconceito contra os gays: interesse e atividade sexual exacerbados, que os levariam a olhar para todos como possíveis objetos do desejo. Além disso, a palavra erotismo remete a todos apenas o desejo, deixando ladeada a afetividade.

Já Heilborn⁵⁵, por exemplo, indica que a palavra correta a ser utilizada é homocorporalidade, contudo, o termo fica adstrito somente ao corpo, desapegado ao afeto.

⁵⁴ COSTA, Jurandir Freire. *A Inocência e o Vício: Estudos sobre o homoerotismo*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992, p.04.

⁵⁵ HEILBORN, Maria Luiza. *Entre as tramas da sexualidade brasileira*. Rev. Estud. Fem., Abr 2006, vol.14, no.1, p.43-59.

Por essas razões, é preferível que se use o termo homoafetividade, pois relaciona prática sexual e afeto entre pessoas, sem quaisquer referências à doenças orgânicas ou psíquicas.

Segundo consta nos autos, as partes conviveram desde 24.01.97, pouco depois de se conhecerem, daí passando a morar juntas em apartamento alugado pela demandada, até o ano de 2001, quando ocorreu a ruptura do relacionamento.

Foram, assim, quase cinco anos de convivência contínua, notória, com interesses e objetivos comuns.. A autora cuidava de cães, trabalhando ainda com a venda de queijos e roupas, enquanto a outra era auxiliar de enfermagem, sublinhando esta que o convívio era apenas comercial, situando a vida conjunta como uma sociedade de fato com objetivo mercantil, atuando no ramo de compra e venda de animais caninos, sendo a sede do negócio o apartamento onde residiam.

Incontrastável que o relacionamento entretido era homossexual, tanto que ela antes morara com outra mulher e depois do dissídio com a primeira recorrente, substituiu-a pela autora no plano de pecúlio opcional junto ao Montepio dos Funcionários do Município de Porto Alegre, sem que qualquer testemunha indagada tivesse referido algum namoro da demandada com outra pessoa.

Afirmou a sentença de primeiro grau que o fato de residirem juntas não ocorreu apenas para a atividade de compra e venda de cachorros, pois para tanto não necessitava de habitação comum, principalmente em apartamento, local pouco próprio para manter animais de negócio ou só para a permanência de pessoas por *estrita amizade*.

Caracteriza-se, nestes termos, uma verdadeira união estável, com direito à partilha dos bens adquiridos na constância do relacionamento, expressado na ementa delineada abaixo:

EMENTA: RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO.

PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas. (Segredo de Justiça)

As entidades familiares referidas na Constituição não encerram uma relação hermética, fechada ou clausulada e nela se podem incluir outras que preencham determinados requisitos.

Por outro lado, não há supremacia do casamento sobre a união estável, como poderia induzir o parágrafo 3º do artigo 226, da Carta Federal, eis que tal relação não é uma “menos valia”, apenas por almejar transformar-se em casamento, mas um incentivo aos conviventes que desejam casar-se, sem maiores formalidades, prerrogativa que alguns doutrinadores censuram no novo Código Civil, ao ordenar que a intenção seja submetida ao Poder Judiciário, o que, vestido de inconstitucionalidade, representaria fator de complicação e demora.

Tampouco há, nem deve haver, qualquer hierarquia entre as entidades familiares, nem qualquer tipo de preferência por alguma delas, sob pena de se criar odiosa distinção em nenhum momento autorizada pelo constituinte. O fato do dispositivo relacionado com a união estável orientar o legislador no sentido de facilitar a conversão do companheirismo em casamento, não tem o condão, por alguns buscado, de revelar a primazia do casamento. Ao contrário, indica que se cuida de regime diferenciado, facultando-se aos que vivem em união estável passar ao sistema matrimonial.

A isonomia entre as entidades deriva, precipuamente, do reflexo do princípio da isonomia prescrito na Constituição.

Sublinhe-se que o constituinte, ao tratar de família, omitiu a locução “constituída pelo casamento”, então presente na Carta de 1969 (art. 175), sem fazer

qualquer substituição. Deste modo, a família ou qualquer família, foi posta sob tutela constitucional, desaparecendo a cláusula de exclusão, pois a interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.

O objeto de norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram, já que antes, a proteção se voltava para a paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento com um bem em si mesmo.

Destarte, o caput do art. 226 é cláusula geral de inclusão, não sendo lícito excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e notoriedade, sendo as famílias ali arroladas meramente exemplificativas, embora as mais comuns.

As demais comunidades se acham implícitas, pois se cuida de conceito constitucional amplo e indeterminado, a que a experiência de vida há de concretizar, conduzindo à tipicidade aberta, adaptável, dúctil, interpretação que se reforça quando o preceito constitucional usa o termo “também”, contido no artigo 226, 4º, que significa “da mesma forma”, “outrossim”, exprimindo-se uma idéia de inclusão destas unidades, sem afastar-se outras não previstas.

Assim, pode-se concluir que, mesmo sem lei que as regule, as uniões homoeróticas são reconhecidas pela Constituição como verdadeiras entidades familiares, para alguns como entidades distintas, em vista de sua natureza e para outros, como verdadeiras uniões estáveis.

Cumpre afirmar que este mesmo Relator já havia consagrado o reconhecimento de uma relação homoerótica como uma entidade familiar (APC 70001388982, julgado em 14.03.01), decisão assim ementada:

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 consequências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância 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.

Por mais estável que seja a união sexual entre pessoas do mesmo sexo, que morem juntas ou não, alguns entendem que jamais se caracterizaria como uma entidade familiar, o que resulta, não de uma realização afetiva e psicológica dos parceiros, mas da constatação de que duas pessoas do mesmo sexo não formam um núcleo de procriação humana e de educação de futuros cidadãos. Em primeiro lugar, argumentam que a união entre um homem e uma mulher pode, em potência, ser uma família, porque o homem assume o papel de pai e a mulher de mãe, em face dos filhos; e dois parceiros do mesmo sexo, homens ou mulheres, jamais conjugam a paternidade e a maternidade em sua complexidade psicológica que os papéis exigem. Como argumento secundário alegam que a união de duas pessoas do mesmo sexo não forma uma família porque, primeiramente, é da essência do casamento, modo tradicional e jurídico de constituir família, a dualidade de sexos e, depois, porque as uniões estáveis previstas na Lei Fundamental como entidades familiares são necessariamente formadas por um casal heterossexual (CF/88, art. 226, par. 3º).

Entretanto, as uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Judiciário solver os conflitos trazidos, sendo incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à margem determinadas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças.

Alinhadas tais premissas, de que as relações homoeróticas constituem realidade notória, a que o Direito deve atenção, e de que a interpretação da Constituição deva ser ativa, relevando a vida concreta e atual, sem perder de vista a unidade e eficácia das normas constitucionais, é que se pode reler a regra

constitucional que trata da família, do casamento, da união estável e das uniões monoparentais, cuidando de sua vinculação com as uniões homossexuais.

Sublinhe-se que a Constituição, contendo princípios gerais, dotados de alto grau de abstratividade, enunciados em linguagem vaga, mantém aberta ao tempo e sob o compromisso da mudança democrática de sentido.

Um princípio não é aplicado a uma situação de fato isoladamente, mas, sim, em conjunto com outros, através de uma ponderação, em que o predomínio de um ou outro dependerá das exigências do caso concreto, o que ordena uma harmonização prática.

Desta forma, o sentido de uma norma principiológica se completa na situação fática, oportunidade em que afloram os valores da comunidade, num ir e vir dialético entre o sentido linguístico e a realidade concreta, atualizando a norma em face das novas exigências sociais.

A Constituição afirma que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado e dispõe sobre a forma e gratuidade do casamento, os efeitos do casamento religioso, para depois reconhecer a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, ainda assim tida a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF/88, art. 226 e parágrafos).

Ora, desde logo se impõe aceitar que o constituinte quis apontar a existência de mais de uma entidade familiar, não depositando apenas na união matrimonializada e heterossexual a vassalagem de comunidade familiar, já que assim ainda admite a união estável e a família monoparental. Portanto, tendo prescrito que o casamento e a união estável seriam constituídos por homem e mulher, deixou antever que a entidade familiar ainda podia ser formada por um homem (ou mulher) e seus descendentes, o que impele concluir que o texto não é taxativo ao conceituar como entidade familiar apenas os que descreve.

A Constituição não só possibilita, como requer que o legislador e o juiz no procedimento hermenêutico resultante da interação entre o programa da norma (texto) e seu âmbito (realidade) concretize o direito vigente, de molde a considerar os princípios democráticos e a inegável pluralidade de formas de vida amorosa, abrindo espaço para caracterização das uniões homossexuais como comunidades familiares, que não se caracterizam pelo vínculo matrimonial. Na ausência da proibição expressa ou de previsão positiva, postula-se a interpretação da Constituição de acordo com o cânone hermenêutico da “unidade da Constituição”, segundo o qual uma interpretação adequada do texto exige a consideração das demais normas, de modo que sejam evitadas conclusões contraditórias, pois sob o ponto do direito de família, a norma do parágrafo 3º, do artigo 226, da CF/88 não exclui a união estável entre os homossexuais.

A partida para a confirmação dos direitos dos casais homoeróticos está, precipuamente, no texto constitucional brasileiro, que aponta como valor fundante do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art.1º, III), a liberdade e a igualdade sem distinção de qualquer natureza (CF, art. 5º), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF, art. 5º, X), que, como assevera Luiz Edson Fachin, formam a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa e que, assim, como direito fundamental, é um prolongamento de direitos da personalidade, imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária .

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é prólogo de várias cartas constitucionais modernas (Lei Fundamental da República Federal Alemã, art. 1º; Constituição de Portugal, art. 1º; Constituição da Espanha, art. 1º; Constituição Russa, art. 21; Constituição do Brasil, art. 1º, III, etc.).

Alicerça-se na afirmação kantiana de que o homem existe como um fim em si mesmo e não como mero meio (imperativo categórico), diversamente dos seres desprovidos de razão que têm valor relativo e condicionado e se chamam coisas; os seres humanos são pessoas, pois sua natureza já os designa com um fim,

com valor absoluto. Reputa-se que o princípio da dignidade não é um conceito constitucional, mas um dado apriorístico, preexistente a toda experiência, verdadeiro fundamento da República brasileira, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais; não é só um princípio da ordem jurídica, mas também da ordem econômica, política, cultural, com densificação constitucional. É um valor supremo e acompanha o homem até sua morte, por ser da essência da natureza humana. A dignidade não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, perseguido ou depreciado, sendo norma que subjaz a concepção de pessoa como um ser ético-espiritual que aspira determinar-se e desenvolver-se em liberdade. Não basta a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica.

Assim, a ideia de dignidade humana não é algo puramente apriorístico, mas que deve concretizar-se no plano histórico-cultural, e para que não se desvaneça como mero apelo ético, impõe-se que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa.

Neste sentido assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e protetional da dignidade.

Como limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade é algo que pertence necessariamente a cada um e que não pode ser perdido e alienado, pois se não existisse, não haveria fronteira a ser respeitada; e como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, que é dependente da ordem comunitária, já que é de perquirir até que ponto é possível o indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas

necessidades existenciais básicas ou se necessita para tanto do concurso do Estado ou da comunidade.

Uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana, vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais à respeito da própria existência, bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo quando ausente a capacidade de autodeterminação.

No exame do conteúdo do princípio da dignidade humana no que respeita à orientação sexual, aqui entendida como a identidade atribuída a alguém em função da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os sexos (bissexualidade), evidencia-se sua pertinência no âmbito da proteção daquele postulado constitucional.

Com efeito, na construção da individualidade de uma pessoa, a sexualidade consubstancia uma dimensão fundamental em sua subjetividade, alicerce indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade.

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso 3º. da Constituição e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.

De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo de alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano, não se podendo ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal, em que aquela se inclui. Nesta linha, pode-se

afirmar que, assim como nas uniões heterossexuais, o estabelecimento de relações homossexuais fundadas no afeto e na sexualidade, de forma livre e autônoma, sem qualquer prejuízo a terceiros, diz com a proteção da dignidade humana.

A afirmação da dignidade humana no direito brasileiro repele quaisquer providências, diretas ou indiretas, que esvaziem a força normativa desta noção fundamental, tanto pelo seu enfraquecimento na motivação das atividades estatais, quanto por sua pura e simples desconsideração. De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém em função de sua orientação sexual, é dispensar tratamento indigno ao ser humano, não se podendo ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal, como se tal aspecto não se relacionasse com a dignidade humana.

Diante destes elementos, conclui-se que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos legitimem restrições de direitos, fortalecendo estigmas sociais e espezinhando um dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito. O alcance do princípio da igualdade não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia.

Ou seja, a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas o instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente a todos, sendo este o conteúdo político ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral.

Em suma, dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.

A idéia da igualdade interessa particularmente ao Direito, pois ela se liga à idéia de Justiça, que é a regra das regras de uma sociedade e que dá o sentido ético de respeito a todas as outras regras. Na esteira da igualdade dos gêneros e com a evolução dos costumes, principalmente a partir da década de 60, desmontam-se privilégios e a suposta superioridade do masculino sobre o feminino, e a sexualidade legítima autorizada pelo Estado começa a deixar de existir unicamente por meio do casamento, eis que, com a evolução do conhecimento científico, torna-se possível a reprodução mesmo sem ato sexual.

Vale salientar, por fim, que a equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo originariamente destinado a situação diversa de tais relações, qual seja, a comunidade familiar formada pela união estável entre um homem e uma mulher.

A semelhança autorizadora seria a ausência de vínculos formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva, sexual, duradoura e permanente entre companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre com pessoas de sexos diferentes, argumento que avança no sentido da concretização da Constituição, pois confere uma unidade diante da realidade histórica, fazendo concorrer com os princípios informativos do Direito de Família, também presentes na Carta Federal, outros princípios constitucionais, como o da isonomia e a proibição de discriminação por motivo de sexo e orientação sexual, como também o da dignidade humana.

Não há como se fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável, pois o óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso de tal forma integrativa do sistema jurídico, eis que identidade sexual, assim como a esterilidade do casal, não serve de justificativa para se buscar qualquer outro ramo do Direito que não o Direito de Família.

Destarte, a solução dos relacionamentos homossexuais só pode encontrar subsídios na instituição com que guarda semelhanças, que é a família, calcada na solidariedade, enquadrando a que se forma pelo casamento como a que se estrutura pela união estável. Comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida comum, coabitação e laços afetivos, está-se em frente de uma entidade familiar, que goza de proteção constitucional, nada se justificando que se desqualifique o reconhecimento de sua existência, assegurando-se aos conviventes do mesmo sexo os direitos garantidos aos heterossexuais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

4.1. A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: CAUSA OU CONSEQUÊNCIA?

O afeto, agora um instituto com visibilidade jurídica, muito embora ainda não tenha a sua aplicação espargida por todos os Tribunais do país, tornou possível a consolidação da valorização da individualidade do ser humano em detrimento do seu próprio patrimônio ou da instituição familiar.

A repersonalização surge, deste modo, sobrelevando a individualização, a emancipação, o sentimento do ser humano, e colocando-o num estandarte de proteção do Estado.

Deve ser observada a alteração estrutural nos valores essenciais a serem tutelados com prioridade. Dando azo a este discurso, o Direito Civil se presta, agora, a desempenhar o seu verdadeiro papel: colocar o homem no epicentro das relações jurídicas, no papel principal.

Retorna-se então, ao ponto de partida: se o princípio da afetividade tem seus cânones fincados na valorização da individualização do ser humano, alavancada pelos civilistas após 1988, a repersonalização então, se torna a um só tempo causa e consequência. Ponto de chegada e ponto de partida.

Imputar o não reconhecimento da existência de uma relação familiar entre pessoas do mesmo sexo, tendo como fundamento a não possibilidade de procriação entre os parceiros envolvidos, não é coerente para com as demais formas de família já consideradas relações jurídicas familiares.

Nesse patamar, refletir sobre a inclusão jurídica da união afetiva e estável de pessoas do mesmo sexo está a seguir o influxo dessa tendência do Direito Civil, porquanto não é apenas a formalidade a responsável pela constituição do vínculo

matrimonial a ser digna de tutela jurisdicional. Torna-se importante, na verdade, o enfoque personalístico da afetividade – da comunhão de vida, do exercício do ônus da criação dos filhos, da realização pessoal e do desenvolvimento da personalidade de seus membros –, podendo estar presente em diversas formas de constituição da família.

Logo, dentro da reflexão em torno da civilística voltada aos valores da pessoa deve, necessariamente, haver espaço para a expressão das diferenças existentes – sobremaneira quando essas diversidades são expressão de um modo especial de ser. Esvazia-se o sentido lógico do debate a respeito da repersonalização ser causa ou consequência do reconhecimento do valor jurídico do afeto. Sendo ele aplicado, discutir causa ou efeito virou uma problematização inócua.

4.2 EFEITO: O RECONHECIMENTO DO VALOR JURÍDICO DO AFETO PELA TEORIA DO FATO CONSUMADO.

A Teoria do Fato Consumado consiste no reconhecimento jurídico de uma situação ilegal consolidada pelo decurso do tempo.

Na grande maioria dos casos, sua aplicação decorre na área de Direito Administrativo (licitação, educação, concursos, etc), quando, geralmente através de uma medida liminar, alguém consegue uma tutela antecipada (geralmente contra o Estado) e esta situação perdura por tanto tempo que sua reversibilidade se torna impossível. É o caso, por exemplo, de um candidato a um concurso de Juiz, que, por não ter preenchido a experiência obrigatória de 03 anos de advocacia antes de assumir a Judicatura, somente consegue ser empossado via liminar e, através desta medida, passa a praticar todos os atos de um processo como juiz (que passa a ser). Depois de vários anos, o Tribunal decide, então, julgar o processo que deu origem à liminar e acaba percebendo que, se anular a posse do “juiz”, todos os atos dos processos que ele atuou ao longo dos 05 últimos anos vão ser fulminados pela

nulidade, e, com isso, o Poder Judiciário vai acabar sendo (ainda mais) desacreditado pela sociedade. Neste caso, em razão da situação de fato consolidada pelo tempo, é menos prejudicial ao Estado manter a posse do Juiz em decisão definitiva.

A utilização da Teoria do Fato Consumado é vista com certa resistência pela jurisprudência, pois a consolidação de situações jurídicas ilegais acaba depondo contra a eficiência e seriedade do Poder Judiciário, por permitir a cristalização de uma situação jurídica ainda não legitimada no ordenamento. Ademais, esta teoria tem o condão de demonstrar que o Judiciário, em verdade, acabou errando duas vezes: a primeira em demorar para apreciar uma medida liminar e deixar que a situação jurídica se perpetue até o ponto de ter que se solidificar juridicamente, sob pena de um prejuízo ainda maior à sociedade e a segunda em reconhecer, muitas vezes, uma ilegalidade por culpa do mau gerenciamento da máquina judiferante.

Da análise criteriosa de tantas jurisprudências para a composição da presente dissertação, percebe-se, como um sopro de esperança, que em alguns momentos, muito timidamente, alguns Tribunais vem aplicando a Teoria do Fato Consumado no Direito de Família. E justamente para evidenciar o elemento AFETO na relação jurídica.

Se a repersonalização do Direito Civil pode ser utilizado em via dupla (causa e consequência) para a fundamentação e utilização do afeto na seara jurídica-familiar, o efeito do reconhecimento do valor jurídico do afeto pode ser atribuído à utilização da teoria do fato consumado pelos tribunais.

Obviamente, pelo fato do Direito de Família tratar de direito indisponível, a utilização desta teoria não vai consolidar situações em que houve a concessão de tutela antecipada (liminares), tal como no Direito Administrativo. A Teoria do Fato Consumado, de maneira contrária, é utilizada para dar visibilidade às relações que já existiam antes mesmo da necessidade de se pretender do Judiciário qualquer medida de caráter antecipatório.

Ao todo, foram colhidas 05 (cinco) jurisprudências, sendo 02 (duas) delas oriundas do STJ, que as julgou em grau de definitividade. Vale a pena conferir:

A primeira ementa é oriunda do STJ e diz respeito a uma separação litigiosa, cuja situação se encontra consolidada há mais de 10 (dez) anos e que foi decida a permanência da situação como está, mesmo em contrariedade com as normas processuais.

CIVIL E PROCESSO CIVIL – SEPARAÇÃO LITIGIOSA – ART. 5º, CAPUT DA LEI 6515/77 – RECONHECIMENTO DE CULPA DO AUTOR – AUSÊNCIA DE RECONVENÇÃO – PECULIARIDADE – SITUAÇÃO CONSOLIDADA HÁ MAIS DE 10 ANOS – PRECEDENTES DO STJ.

Para a procedência do pedido, sem que se comprovem os fatos alegados pelo autor, em regra, é indispensável a reconvenção nos casos em que o demandado pretenda imputar a culpa ao autor da ação de separação judicial, aforada com base no art. 5º, caput, da Lei 6515/77. Consolidada, porém, a situação das partes, por força da decisão judicial, há mais de 10 anos, não se aconselha seja ela modificada, para atender a norma de caráter puramente processual, mormente quando existe pedido de ambas as partes ao provimento jurisdicional, com o acolhimento da pretensão. Com as ressalvas do autor quanto à terminologia, recurso não conhecido (Resp 30202/PR, Ministro Castro Filho, julgado em 20.09.01, publicado em 05.11.01).

A segunda ementa trata de uma adoção de criança por estrangeiros em que não foi consultado o cadastro centralizado de pretendentes. O interessante desta decisão é que o Ministro Relator, no momento em que fundamentou seu voto, trata abertamente da questão do afeto na relação jurídica consolidada pelo tempo, e entende que a revogação da adoção à uma altura daquela mostraria-se inconveniente, pois não existe um motivo razoável para a alteração da situação. Consta nas fls. 168/169 do processo a seguinte manifestação do Ministro Relator:

“...a adoção eventualmente, poderá, a final, ser deferida ao casal estrangeiro interessado, com fulcro no art. 28 § 2º do ECA, **considerando os laços recíprocos de afetividade que inevitavelmente serão estabelecidos, tendo em vista o longo período a ser transposto até o julgamento definitivo do recurso**, sendo imperioso, porém, que esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça empreste efetividade à regra insculpida no art. 31 da Lei 8069/90, notadamente para efeito de jurisprudência e observância nos casos futuros”. (grifo nosso).

E a decisão respectiva:

CIVIL. ADOÇÃO POR CASAL ESTRANGEIRO. O Juiz da Vara da Infância e da Juventude deve consultar o cadastro centralizado de pretendentes,

antes de deferí-la a casal estrangeiro. Hipótese em que, a despeito da omissão a esse respeito, a situação de fato já não pode mais ser alterada pelo decurso do tempo. Recurso especial não conhecido (Resp 159075/SP, Relator Ministro Ari Parlenger, julgado em 19.04.01).

As demais ementas são oriundas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e evidenciam a presença conjunta de tempo e vínculo afetivo nas relações familiares submetidas à Justiça, de tal sorte que ela não pôde mais negar a sua visibilidade, ou seja, o seu reconhecimento jurídico. Vejamos:

APELAÇÃO. ADOÇÃO. ESTANDO A CRIANÇA NO CONVÍVIO DO CASAL ADOTANTE HÁ MAIS DE 09 ANOS, JÁ TENDO COM ELES DESENVOLVIDOS VÍNCULOS AFETIVOS E SOCIAIS, É INCONCEBÍVEL RETIRÁ-LA DA GUARDA DAQUELES QUE RECONHECE COMO PAIS, MORMENTE QUANDO OS PAIS BIOLÓGICOS DEMONSTRARAM POR ELA TOTAL DESINTERESSE. EVIDENCIADO QUE O VÍNCULO AFETIVO DA CRIANÇA, A ESTA ALTURA DA VIDA, ENCONTRA-SE BEM DEFINIDO NA PESSOA DOS APELADOS, DEVE-SE PRESTIGIAR A PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA SOBRE A PATERNIDADE BIOLÓGICA, SEMPRE QUE, NO CONFLITO ENTRE AMBAS, ASSIM APONTAR O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA. DESPROVERAM O APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível 70003110574, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 14.11.01).

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO MOVIDA POR IRMÃOS DO FALECIDO PAI. NO CONFLITO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A VERDADE SÓCIO-AFETIVA, DEVE ESTA PREVALECER, SEMPRE QUE RESULTAR DA ESPONTÂNEA MATERIALIZAÇÃO DA POSSE DE ESTADO DE FILHO. O FALECIDO PAI DO DEMANDADO REGISTROU-O, DE MODO LIVRE, COMO FILHO, DANDO-LHE, ENQUANTO VIVEU, TAL TRATAMENTO, SOANDO ATÉ MESMO IMORAL A PRETENSÃO DOS IRMÃOS DELE (TIOS DO RÉU) DE, APÓS O SEU FALECIMENTO, E FLAGRANTEMENTE VISANDO APENAS MESQUINHOS INTERESSES PATRIMONIAIS, PRETENDER DESCONSTITUIR TAL VÍNCULO. DESACOLHERAM OS EMBARGOS (Embargos Infringentes 70004514964, Relator Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 11.10.02).

SEPARAÇÃO JUDICIAL. DIVÓRCIO. POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO. DECURSO DO TEMPO. FATO CONSUMADO. EFETIVIDADE PROCESSUAL. ALIMENTOS. PARTILHA. FRUTOS DO TRABALHO. EXCLUSÃO.

O implemento do decurso do tempo necessário para o divórcio no curso da demanda, impõe sua decretação de ofício, em busca da efetividade processual e veneração à teoria do fato consumado. Não é razoável manter o vínculo conjugal na dependência de outro pleito, quando a ruptura da sociedade conjugal já se consolidou pelo desfeto e estão resolvidas as questões emergentes. Havendo desacordo, correta a decisão que remete a partilha à divisão paritária, quando o patrimônio enseja cisão cômoda. As aplicações financeiras e os recursos em depósito bancário resultantes do trabalho do cônjuge não aconselham a comunhão e a partilha. Cuidando-se de longa demanda, com incidências diversas e expedientes recursais, é adequada a sucumbência fixada sobre o valor da causa devidamente corrigida, em atenção ao trabalho profissional empreendido. APELAÇÕES,

DESPROVIDA A PRIMEIRA E PROVIDA, EM PARTE, A SEGUNDA (Ap. Cível 70010564185, 07ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 13.07.05).

A análise das jurisprudências acima, nos leva a crer que é possível, sim, atribuir um valor jurídico ao afeto, ainda que este valor seja reconhecido forçadamente pelos Tribunais, em decorrência da cristalização da relação familiar pelo fator tempo e a não-existência de lei reguladora em tais situações.

Por ser muito insipiente a utilização da Teoria do Fato Consumado na seara familiar por alguns Tribunais - quando a mesma é utilizada em campos bem menos propícios à interferências doutrinárias, como o campo administrativo e constitucional – antes que se chegue a uma conclusão definitiva, é ponderável que se espere a formação de novas opiniões e novos julgamentos a respeito do tema, como, aliás, é comum a qualquer (novo) direito.

Não há, contudo, como negar que uma nova tendência existe e esta nova tendência é baseada na afetividade. Se o legislador vai ou não criar regras, ninguém sabe. Mas que, no mínimo, o afeto vai a cada dia ser mais objeto de estudo – isto é certeza.

O afeto é indispensável às relações humanas.

CONCLUSÃO

Sem dúvida nenhuma, debruçar-se sobre o estudo de um tema tão intrigante como o do valor jurídico do afeto é trabalho um tanto árduo, mas sobretudo gratificante. Árduo porque sua análise concentrou noções de Direito, Sociologia e Psicologia, disciplinas que fazem parte do Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea. No presente caso, o estudo na área jurídica foi privilegiado em detrimento das outras áreas pelo âmbito de pertencimento do assunto. No desenvolvimento do tema, observou-se as maciças doutrinas e jurisprudências contrárias ao que se desejava afirmar, o que o tornou ainda mais intrigante. Observou-se, outrossim, que existem dois âmbitos de atuação da presença do afeto nas relações jurídicas familiares: a de ações afirmativas – onde se coloca o afeto no âmbito desejado pela dissertação, qual seja, no sentido dele ser reconhecido e valorizado juridicamente – e o de ações negativas – onde o afeto, por existir em determinadas relações jurídicas, dá origem à um não-direito por parte do requerente.

Ainda não se falou nada sobre ações afetivas afirmativas e negativas. Observou-se o fenômeno, a partir do desenvolvimento da presente dissertação.

Nesta senda, torna-se gratificante o estudo do tema, pois ele serviu como chave de percepção de uma nova doutrina e, ao mesmo tempo, como um viés para o aperfeiçoamento crítico da autora. Pelo ineditismo que se encontrou a partir do estudo do valor jurídico do afeto, pretenderá a mesma realizar trabalhos futuros, ainda mais aprofundados, ao derredor da mesma temática.

A título de conclusão, deve-se esclarecer que o moderno Direito de Família encontra-se focado na realização personalística da afetividade e do desenvolvimento da personalidade do ser humano (concepção eudemonista), frutos das revoluções ocorridas ao longo dos anos, principalmente àquela que se denomina de revolução da intimidade. Em determinada época, ele se manteve distante das realidades de seu tempo – onde o patrimônio, a valorização das instituições e a moral ditavam as

regras –, formando várias situações ditas “de fato”. Contudo, a realidade acabou por transformá-lo, tornando-o um catalisador das relações sociais.

Não há como negar que a nova tendência deste ramo do Direito é caracterizar a família com base na afetividade. Assim, com base neste entendimento, busca-se dar visibilidade às relações jurídicas relacionadas com o reconhecimento de união homoafetiva estável, da paternidade afetiva em detrimento da biológica, pela adoção de crianças por casal homossexual, pelo direito de herança de parceiro homossexual, pelo direito de obter a guarda compartilhada de filhos, assim como, ainda com relação a filhos, o direito de visita em filiação homoparental e, por fim, o reconhecimento de família homoerótica.

Muito embora transpareça, ao longo do estudo, que o legislador ainda não teve (e provavelmente não terá) o *animus* de incluir o princípio da afetividade de forma explícita no ordenamento jurídico, fica demonstrado que a sua visibilidade será obra da doutrina e a consolidação desta, pela utilização reiterada por parte da jurisprudência.

Urge, portanto, oferecer um tratamento no mínimo digno, ético e humano, àquelas relações familiares existentes e ainda não reconhecidas legalmente. Não se pode enclausurar um fato social (no caso, vários fatos sociais), negando-lhe visibilidade jurídica, em detrimento de convenções previamente elaboradas, já socialmente defasadas.

A partir do presente estudo, buscou-se privilegiar a dignidade do ser humano pela visibilidade jurídica que pode ser dada pela presença do amor e do afeto nas relações familiares, proporcionadas pelo sentimento de poder de compartilhar a vida ao lado de quem se quer bem, independente de qualquer juízo de valor, restrições ou preconceitos.

Em suma, a possibilidade de oferecer juridicamente ao ser humano o seu quinhão de felicidade, a sua dignidade como pessoa humana.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.

ALMEIDA, Ângela Menezes de. "Notas sobre a família no Brasil". In: ALMEIDA, A.M. et al (orgs). *Pensando a família no Brasil: da colônia à modernidade*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, Editora da UFRJ, 1987.

ALMEIDA, M. C. de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ANGELLUCCI, Cleber Afonso. *O amor tem preço?* Texto disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1283>. Acesso em 03.03.08.

AZEVEDO, Maria Raimunda T. de. *A Guarda Compartilhada*. São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível em <http://www.pailegal.net/TextoCompleto.asp?IsTextoTipo=Justica&offset=20&1sTextold>. Acesso em 04.07.2007.

BERGER, Peter L. *A construção social da realidade – Tratado de Sociologia do Conhecimento (por) Peter L. Berger (e) Thomas Luckmann*; tradução de Floriano de Souza Fernandes. 18ª Ed. Petrópolis, Vozes, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, Unb, 2003.

BOEIRA, J.B.R. *Investigação de Paternidade – posse de estado de filho – paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CARBONERA, Silvana Maria. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. In: Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1998.

CORRÊA, Mariza. Repensando a família patriarcal brasileira: notas para o estudo das formas de organização familiar no Brasil. In: CÔRREA, M. (Org). *Colcha de retalhos: estudos sobre a família no Brasil*. 2ª ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1993.

COSTA, Jurandir Freire. *A Inocência e o Vício: Estudos sobre o homoerotismo*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

DAVIDOFF, L.L. *Introdução à Psicologia*. São Paulo: Megraw-Hill, 1983.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual – Preconceito e Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

_____ *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____ *O amor não tem preço*. Texto disponível em <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=3248>. Acesso em 03.03.08.

_____. *A ética do afeto*. Texto disponível em http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Berenice_etica.doc. Acesso em 10.03.08.

ELLIS JR. Alfredo. *Os primeiros troncos paulistas e o cruzamento euro-americano*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1936.

EPGANOL, Rosângela Paiva. *Filhos da mãe (uma reflexão à guarda compartilhada)*. Artigo publicado no Publicada no Juris Síntese nº 39 - JAN/FEV de 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Da função pública ao espaço privado: aspectos da "privatização da família no projeto do "Estado mínimo"*. Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba, EDIBEJ, 1996.

_____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

_____. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 157.

FACHIN, Rosana. *Família e Cidadania, O Novo CCB e a Vacatio Legis*, IBDFAM, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves. *Achegas para (além da) reforma do código civil*. In: Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 50, abr. 2001, disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2019>; acesso em 11.01.08.

_____. *A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida*. In: Revista Persona, Revista Electrónica de Derechos Existenciales, Argentina, n. 9, set. 2002, disponível em <http://www.revistapersona.com.ar/9farias.htm>; acesso em 11.01.2008.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Gedisa, 1978.

FREYRE, G. *Casa-grande e senzala*. 17ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio Editores, 1975.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Companheirismo – Uma Espécie de Família*. São Paulo, Editora RT, 2ª edição, ano 2001.

GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade*. São Paulo, Ed. Vunesp, 2000.

_____. *O mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução de Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GLANZ, Semy. *A família mutante - sociologia e direito comparado*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

HEILBORN, Maria Luiza. *Entre as tramas da sexualidade brasileira*. Rev. Estud. Fem., Abr 2006, vol.14, no.1, p.43-59.

HIRONAKA, Giselda. *Família e casamento em evolução*. Direito Civil: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Valério Rohden e Udo Moosburger. Editora Nova Cultural, Coleção Os Pensadores. 1996

_____. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1986.

_____. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editora. 1984.

LACAN, Jacques. O Seminário de Jacques Lacan. Livro II: *O eu na teoria de Freud e na técnica da psicanálise 1954-1955* (Le Séminaire de Jacques Lacan. Livre II: Le moi dans la théorie de Freud et dans la technique de la psychanalyse (1954-1955). Ed. Zahar, São Paulo, 1987.

LECLERCQ, Jacques. *A família*. Tradução de Américo Gama. Editora Quadrante. Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1968.

LIMA, Alceu Amoroso. *Voz de Minas*. Rio de Janeiro: Agir, 1945.

LÓBO, Paulo Luiz Neto. *A repersonalização das relações de família*. In: O Direito de família e a Constituição de 1988. São Paulo, Saraiva, 1989.

_____. *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 10.03.08.

_____. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 10 mar. 2008.

MACHADO, Lia Zanota. *Famílias e individualismo: Tendências Contemporâneas no Brasil*. Revista Interface. Comunicação, Saúde, Educação. Fundação UNI Botucatu/UNESP, VOL. 05, Nº 8. Botucatu, SP. Fundação UNI, 2001.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Aspectos sociais e jurídicos relativos à família brasileira – de 1916 a 1988*. Disponível em <http://www.pailegal.net/TextoCompleto.asp?lsTextoTipo=Justica&offset=20&1sTextol d>>. Acesso em 04.07.2007.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil Comentado*. 2ª ed., Ed. LTR, 2005, p.1046.

MELLO, Celso Albuquerque de. *Anuário de Direito e Globalização*. Ed. Renovar, 1999.

MENEZES, Eduardo Diatahy B. de. "Alceu Amoroso Lima: A Psicologia do Povo" ou "O Homem Brasileiro – um projeto inconcluso". Revista das Ciências Sociais, Fortaleza, 29 (1/2), 1998, p. 19/43.

NEIVA, Deidre de A. *A Guarda Compartilhada e Alternada*. Texto disponível em <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-2002396541>, acesso em 13.03.08.
PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade vista pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____ *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____ *Concubinato e União Estável*. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____ *A família: estruturação jurídica e psíquica. Direito de Família Contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinariedade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PERELMANN, Chain. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina G.G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 298-299.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ªEd. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

PERROT, Michelle. *O nó e o ninho*. Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro. São Paulo, Abril, 1993, p. 78.

POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o direito*. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito - situação atual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____ *Filosofia do Direito*, 19ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2000, p. 574.

RICARDO, Cassiano. *Marcha para o oeste*. Rio de Janeiro: Jessé Olympio, 1959.

SAMARA, Eni de Mesquita. "A família no Brasil: história e historiografia". História Revista, Goiânia, II (2), jul-dez 1997, p. 07-21.

SZTOMPKA, Piotr. *A sociologia da mudança social*. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1998.

TARTUCE, Flavio. *Novos princípios do Direito de Família Brasileiro*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>> Acesso em 20.08.2007.

_____ *Concepção dogmática dos direitos da personalidade. Análise sob o prisma pessoal e patrimonial. A impenhorabilidade do imóvel em que reside pessoa solteira*. Artigo disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=160. Acesso em 10.03.08.

TEIXEIRA, Paulo Eduardo. *O outro lado da família brasileira*. Campinas: Ed. Unicamp, 2004.

VAITSMAN, Jeni. *Flexíveis e plurais: identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas*. Rio de Janeiro, Rocco, 1994.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 7ª Ed. São Paulo, Atlas, 2007.

VIDAL E SOUZA, Candice. "*Brasileiros e brasileiras: gêneros, raça e espaço para a construção da nacionalidade em Cassiano Ricardo e Alfredo Ellis Jr.*" *Cadernos Pagu*, Campinas, 6-7, 1996, p. 83-107.

VILLELA, João Baptista. *Repensando o Direito de Família*, in *Repensando do Direito de Família*, coordenador; Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 26.

_____. *Desbiologização da paternidade*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 21, pp. 400-416, maio 1979.

WARAT, Luís Alberto. *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*. 2ª Ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

ANEXOS

ANEXO 01 - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (ART. 226 A 230)

TÍTULO VIII - Da Ordem Social (artigos 193 a 232)

CAPÍTULO VII - Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso (artigos 226 a 230)

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

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

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

§ 3 - 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.

* Regulamentado pela Lei número 9.278, de 10/05/1996.

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

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

§ 6 - 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.

§ 7 - 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.

* Regulamentado pela Lei número 9.263, de 12/01/1996 (DOU de 15/01/1996).

§ 8 - 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.

ART.227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1 - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

§ 2 - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3 - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho observado o disposto no ART.7, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4 - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5 - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6 - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7 - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no ART.204.

ART.229 - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

ANEXO 02 - CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO (ART. 1591 A 1638)

SUBTÍTULO II
Das Relações de ParentescoCAPÍTULO I
Disposições Gerais

Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.

Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

CAPÍTULO II
Da Filiação

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da

data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597.

Art. 1.599. A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade.

Art. 1.600. Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.

Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

Art. 1.602. Não basta a confissão materna para excluir a paternidade.

Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.

Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

CAPÍTULO III

Do Reconhecimento dos Filhos

Art. 1.607. O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

Art. 1.608. Quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas.

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

Art. 1.611. O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

Art. 1.612. O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor.

Art. 1.613. São ineficazes a condição e o termo apostos ao ato de reconhecimento do filho.

Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.

Art. 1.615. Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade.

Art. 1.616. A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.

Art. 1.617. A filiação materna ou paterna pode resultar de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo.

CAPÍTULO IV Da Adoção

Art. 1.618. Só a pessoa maior de dezoito anos pode adotar.

Parágrafo único. A adoção por ambos os cônjuges ou companheiros poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado dezoito anos de idade, comprovada a estabilidade da família.

Art. 1.619. O adotante há de ser pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotado.

Art. 1.620. Enquanto não der contas de sua administração e não saldar o débito, não poderá o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado.

Art. 1.621. A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de doze anos.

§ 1º O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

§ 2º O consentimento previsto no caput é revogável até a publicação da sentença constitutiva da adoção.

Art. 1.622. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável.

Parágrafo único. Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.

Art. 1.623. A adoção obedecerá a processo judicial, observados os requisitos estabelecidos neste Código.

Parágrafo único. A adoção de maiores de dezoito anos dependerá, igualmente, da assistência efetiva do Poder Público e de sentença constitutiva.

Art. 1.624. Não há necessidade do consentimento do representante legal do menor, se provado que se trata de infante exposto, ou de menor cujos pais sejam desconhecidos, estejam desaparecidos, ou tenham sido destituídos do poder familiar, sem nomeação de tutor; ou de órfão não reclamado por qualquer parente, por mais de um ano.

Art. 1.625. Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando.

Art. 1.626. A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.

Parágrafo único. Se um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes.

Art. 1.627. A decisão confere ao adotado o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome, se menor, a pedido do adotante ou do adotado.

Art. 1.628. Os efeitos da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito. As relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante.

Art. 1.629. A adoção por estrangeiro obedecerá aos casos e condições que forem estabelecidos em lei.

CAPÍTULO V Do Poder FAMILIAR

Seção I Disposições Gerais

Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

Seção II Do Exercício do Poder Familiar

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Seção III

Da Suspensão e Extinção do Poder Familiar

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Art 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

ANEXO 03 - ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE (LEI FEDERAL 8069/90)
(ARTS. 01 A 52)

Título I

Das Disposições Preliminares

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Título II

Dos Direitos Fundamentais

Capítulo I

Do Direito à Vida e à Saúde

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

§ 1º A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema.

§ 2º A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal.

§ 3º Incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.

Art. 9º O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.

Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a:

I - manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos;

II - identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente;

III - proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais;

IV - fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato;

V - manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe.

Art. 11. É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso

universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

§ 1º A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado.

§ 2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

Art. 12. Os estabelecimentos de atendimento à saúde deverão proporcionar condições para a permanência em tempo integral de um dos pais ou responsável, nos casos de internação de criança ou adolescente.

Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

Art. 14. O Sistema Único de Saúde promoverá programas de assistência médica e odontológica para a prevenção das enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil, e campanhas de educação sanitária para pais, educadores e alunos.

Parágrafo único. É obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias.

Capítulo II

Do Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;

IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;

V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

VI - participar da vida política, na forma da lei;

VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Capítulo III

Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária

Seção I

Disposições Gerais

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder.

Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Seção II

Da Família Natural

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

Seção III

Da Família Substituta

Subseção I

Disposições Gerais

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada.

§ 2º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

Art. 29. Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.

Art. 30. A colocação em família substituta não admitirá transferência da criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não-governamentais, sem autorização judicial.

Art. 31. A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção.

Art. 32. Ao assumir a guarda ou a tutela, o responsável prestará compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, mediante termo nos autos.

Subseção II

Da Guarda

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Art. 34. O poder público estimulará, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

Subseção III

Da Tutela

Art. 36. A tutela será deferida, nos termos da lei civil, a pessoa de até vinte e um anos incompletos.

Parágrafo único. O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do pátrio poder e implica necessariamente o dever de guarda.

Art. 37. A especialização de hipoteca legal será dispensada, sempre que o tutelado não possuir bens ou rendimentos ou por qualquer outro motivo relevante.

Parágrafo único. A especialização de hipoteca legal será também dispensada se os bens, porventura existentes em nome do tutelado, constarem de instrumento público, devidamente registrado no registro de imóveis, ou se os rendimentos forem suficientes apenas para a manutenção do tutelado, não havendo sobra significativa ou provável.

Art. 38. Aplica-se à destituição da tutela o disposto no art. 24.

Subseção IV

Da Adoção

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei.

Parágrafo único. É vedada a adoção por procuração.

Art. 40. O adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

Art. 42. Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º A adoção por ambos os cônjuges ou concubinos poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado vinte e um anos de idade, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.

§ 5º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Art. 44. Enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance, não pode o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado.

Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder.

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

§ 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade ou se, qualquer que seja a sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

§ 2º Em caso de adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de no mínimo quinze dias para crianças de até dois anos de idade, e de no mínimo trinta dias quando se tratar de adotando acima de dois anos de idade.

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

§ 2º O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

§ 3º Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro.

§ 4º A critério da autoridade judiciária, poderá ser fornecida certidão para a salvaguarda de direitos.

§ 5º A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome.

§ 6º A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto na hipótese prevista no art. 42, § 5º, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

Art. 48. A adoção é irrevogável.

Art. 49. A morte dos adotantes não restabelece o pátrio poder dos pais naturais.

Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

§ 1º O deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos do juizado, ouvido o Ministério Público.

§ 2º Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfazer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29.

Art. 51 Cuidando-se de pedido de adoção formulado por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, observar-se-á o disposto no art. 31.

§ 1º O candidato deverá comprovar, mediante documento expedido pela autoridade competente do respectivo domicílio, estar devidamente habilitado à adoção, consoante as leis do seu país, bem como apresentar estudo psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem.

§ 2º A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá determinar a apresentação do texto pertinente à legislação estrangeira, acompanhado de prova da respectiva vigência.

§ 3º Os documentos em língua estrangeira serão juntados aos autos, devidamente autenticados pela autoridade consular, observados os tratados e convenções internacionais, e acompanhados da respectiva tradução, por tradutor público juramentado.

§ 4º Antes de consumada a adoção não será permitida a saída do adotando do território nacional.

Art. 52. A adoção internacional poderá ser condicionada a estudo prévio e análise de uma comissão estadual judiciária de adoção, que fornecerá o respectivo laudo de habilitação para instruir o processo competente.

Parágrafo único. Competirá à comissão manter registro centralizado de interessados estrangeiros em adoção.

ANEXO 04 - LEI MARIA DA PENHA (LEI FEDERAL 11340/06) (ART. 01 A 06)

TÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

TÍTULO II
DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

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

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

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

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

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

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

ANEXO 05 - DADOS DOS PROCESSOS OBJETO DA PESQUISA
JURISPRUDENCIAL – ESTUDO DE CASOS.

a) Estudo do caso 01: Reconhecimento de união homoafetiva estável – fls.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Processo 1.0024.06.930324-6/001

Relatora: Heloísa Combat

b) Estudo do caso 02: Reconhecimento de paternidade afetiva em detrimento da biológica – fls.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Processo 1.0431.03.001965-4/001

Des. Relator: Caetano Levi Lopes

c) Estudo do caso 03: Adoção de crianças por casal homossexual – fls.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Processo 70013801592

Des. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos.

d) Estudo do caso 04: Indenização decorrente de abandono afetivo – fls.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Processo 2.0000.00.408550-5/000

Des. Relator: Unias Silva.

e) Estudo do caso 05: Direito de herança de parceira homossexual – fls.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Processo 599075496

Des. Relator: Breno Moreira Mussi.

f) Estudo do caso 06: Guarda compartilhada – fls.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Processo 1.000.00.343058-4/000

Relator: Wander Marotta

g) Estudo do caso 07: Direito de visita em filiação homoparental – fls.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Processo 70018249631

Relatora: Maria Berenice Dias

h) Estudo do caso 08: Duplicidade de células em união estável – fls.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Processo 70010787398

Desa. Relatora: Maria Berenice Dias

i) Estudo do caso 09: Retirada de registro de filiação adotiva – fls.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Processo 1.0024.05.737489-4/002

Relator: Dárcio Lopardi Mendes

j) Estudo do caso 10: Reconhecimento de família homoerótica – fls.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Apelação Cível Nº 70005488812

Relator: José Carlos Teixeira Giorgis.