

FACULDADE DE MINAS GERAIS – FAMIG
Faculdade de Direito

Bruno Amaral Hermógenes

**A LIBERAÇÃO DO CASAMENTO HOMOSSEXUAL E POLIGÂMICO:
aspectos sobre os novos tipos de família no Brasil**

Belo Horizonte
2021

Bruno Amaral Hermógenes

**A LIBERAÇÃO DO CASAMENTO HOMOSSEXUAL E POLIGÂMICO:
aspectos sobre os novos tipos de família no Brasil**

Artigo produzido como trabalho de conclusão de
curso de Direito.

Orientadora: Prof. Roberta Salvático

Belo Horizonte
2021

SUMÁRIO

- 1- Introdução**
- 2- Apresentando os novos conceitos de família**
- 3- Perfis das famílias não heterossexuais**
- 4. O processo de adoção por famílias não heterossexuais**
- 5- Aspectos jurídicos e jurisprudências sobre o tema**
- 6- Aceitação do Poder judiciário e da sociedade acerca do tema**

Resumo

O conceito de família, ao longo dos anos, passou por diversas mudanças no que tange a sua interpretação, devido às transformações na estrutura econômica e social que ocorreram no mundo. Durante muito tempo, considerou-se como família a união, pelo casamento, de um homem e uma mulher, incluindo, ou não, filhos. Depreende-se assim, a partir das mudanças ocorridas, a necessidade de atualização desse conceito tão essencial quando se refere aos princípios jurídicos, sendo adicionadas, também, as uniões homoafetivas e poligâmicas. Nesse sentido, o objetivo do presente estudo é discorrer sobre as necessidades para que os integrantes das novas modalidades de famílias tenham seus direitos civis garantidos pela lei, no Brasil. O desenvolvimento dos argumentos foi pautado nos atuais conceitos abordados pela legislação e as possíveis mudanças necessárias, a fim de garantir a democracia necessária quando se trata do âmbito matrimonial. Nesse sentido, serão analisados os diversos aspectos jurídicos que envolvem a união civil e o conceito de família.

Palavras-chave: Direito; Casamento; Família; Homossexualidade; Dignidade; Igualdade; Poligamia;

Abstract

The concept of family, over the years, has undergone several changes regarding its interpretation, due to changes in the economic and social structure that have taken place in the world. For a long time, the union, through marriage, of a man and a woman, including or not children, was considered a family. Thus, from the changes that have taken place, it can be seen that there is a need to update this concept, which is so essential when it comes to legal principles, with the addition of homo-affective and polygamous unions. In this sense, the aim of this study is to discuss the needs for members of the new types of families to have their

civil rights guaranteed by law in Brazil. The development of the arguments was based on the current concepts addressed by the legislation and the possible necessary changes, in order to guarantee the necessary democracy when it comes to the matrimonial sphere. In this sense, the various legal aspects involving civil union and the concept of family will be analyzed.

Keywords: Law; Wedding; Family; Homosexuality; Dignity; Equality; Polygamy:

1. Introdução

Apesar das variadas mudanças ocorridas no conceito de família ao passar dos anos, atualmente, entende-se como família: a estrutura formada por pessoas, independente do gênero, cujo os membros tenham relações afetivas entre si, em que se valoriza, acima de tudo, a liberdade, o amor e a busca pela felicidade.

Haja vista os direitos civis, relacionados à dignidade da pessoa humana, transpassados pelo conceito de família, é necessário que sobrevenha uma atualização do Código Civil brasileiro, visando a inclusão dos novos conceitos de família, como as uniões homoafetivas, de pessoas do mesmo sexo, e poligâmicas, em que há três ou mais membros.

Tais preceitos são fundamentais para a constituição de um Estado democrático de Direito. Assim, o tema da pesquisa mostra-se de extrema relevância, no que diz respeito à evolução da sociedade e o respeito à dignidade da pessoa humana, porque se torna necessário que sejam debatidos esses novos conceitos em âmbito jurídico.

Incumbe ao Direito acompanhar as transformações da sociedade e o direito das famílias, o que, em uma perspectiva constitucional, pode ser compreendido como o conjunto de normas que disciplinam as múltiplas relações interpessoais fundadas no afeto. O princípio da dignidade da pessoa humana, entabulado no artigo 19, III, da Constituição Federal da República de 1988, deve ser o ponto de partida e de chegada de toda e qualquer interpretação jurídico-normativa.

Nesse sentido, o presente trabalho busca, por meio de uma pesquisa bibliográfica de artigos já publicados sobre o tema e dos documentos jurídicos brasileiros, apresentar os novos

conceitos de família surgidos na contemporaneidade. Além disso, o trabalho visa discorrer sobre a necessidade da atualização dos conceitos de família frente ao sistema jurídico, visto que tal termo está diretamente relacionado aos Direitos da família, que envolvem a união civil e as relações parentais.

Portanto, deve-se debater o que é preciso no âmbito jurídico para que os integrantes destas novas modalidades de famílias tenham seus direitos civis garantidos pela lei. Ainda, o artigo pretende dissertar acerca da necessidade de mudanças na legislação brasileira, a fim de garantir os direitos fundamentais a todos os tipos de família presentes na contemporaneidade. Nesse sentido, é importante que se combatam também os preconceitos ponderados em relação as novas famílias pela própria população civil, baseados em princípios cristãos.

Dessa forma, serão apresentados os perfis das famílias homossexuais e poligâmicas e demais diferentes das heterossexuais, examinando o reconhecimento jurídico e a aceitação social das novas modalidades de família. Assim, será possível definir os aspectos jurídicos e as jurisprudências sobre o tema.

2. Apresentando os novos conceitos de família

A família é o primeiro contato do ser humano com um meio de socialização. Na maioria dos casos, é no seio familiar em que o indivíduo desenvolve sua individualidade e personalidade. Por esse motivo, a família é algo de extrema importância na formação da estrutura social.

Vários princípios jurídicos estão diretamente relacionados à instituição familiar, como o da afetividade, da solidariedade familiar, da proteção de crianças, adolescentes e idosos, da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Assim, nota-se que ao definir-se família, envolvem-se vários âmbitos.

De acordo com a Constituição de 1988, em seu artigo 226, a família é a base da sociedade tendo, portanto, especial proteção do Estado. É importante destacar que a CR/88 admite expressamente três modelos de família: o matrimonial, decorrente do casamento como ato formal (art 226,&1º e 2º da CF/88, arts 1511 ss do CC) ; a união estável, decorrente de relação entre pessoas não impedidas de casar (art.226,&3º da CR/88, Lei 9278/96, arts 1723 a 1727 do CC) e o modelo monoparental, formado por qualquer um dos pais e sua prole (art.226&4º). (PORTILHO e REZENDE, 2017, p.15)

Nos últimos séculos, ocorreram no Brasil diversas mudanças econômicas e sociais, que fizeram com que fossem necessárias alterações constitucionais e legislativas, garantindo que a dignidade e os direitos humanos pudessem ser respeitados, de fato, a partir do sistema jurídico. Entre essas, destaca-se a mudança do papel da mulher na família, que passou a ter o direito de trabalhar fora de casa, estudar, divorciar, etc.

Nesse sentido, ao longo da história é possível observar variadas mudanças na estrutura social, que fizeram com que fossem necessárias modificações nas definições de um conceito primordial para estabelecimento dos direitos essenciais: “família”, desde os primórdios da necessidade da terminologia, até a contemporaneidade.

Isso ocorre pois o idioma evolui de acordo com as mudanças culturais e sociais existentes; logo, ao decorrer dos anos, advém a necessidade de adaptação de alguns conceitos, sendo o de “família” um deles.

Ocorre que esse conceito de família, ao longo da história, passou por transformações decorrentes da própria estrutura social em que o homem se encontra, servindo para designar diversos tipos de agrupamentos sociais, tais como: família monoparental, casais oriundos do matrimônio, casais convivendo em união estável, família composta entre parentes colaterais. (ALMEIDA, 2008, p. 14)

“Família” é um conceito plural e complexo, que se desenvolve como um retrato da sociedade que vive em constante crescimento. O instituído da Família na Constituição Federal de 1988, apesar da carta fazer menção a família como sendo a união de homem e mulher é, de fato, um termo plurissignificativo, em constante mutação, que não pode ter uma definição específica do que seja, na medida em que o termo é o esforço feito por pessoas em busca de sua própria felicidade, concepção eudemonista do termo.

Ainda, conforme o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, família é o fato social no qual se unem pessoas por vínculo sócio afetivo, independentemente do número de pessoas que a integrem e se as pessoas integrantes são de sexos opostos ou não. Porém, o atual conceito de família, que precisa evoluir para que amoldar ao princípio da dignidade da pessoa humana, é o que surgiu durante os Impérios Grego e Romano, baseado na religião, como explica Fustel de Coulanges.

O conceito de família grega e romana foi constituída por uma religião primitiva, que igualmente estabeleceu o casamento e a autoridade paterna, fixando as linhas de parentesco, consagrando o direito de propriedade e de sucessão”. Essa mesma

religião, depois de estabelecer e formar a família, instituiu uma associação maior, a cidade, e predominou sobre ela como o fazia na família. (FOUSTEL DE COULANGES, 2006, p. 9)

É importante que haja essa mudança, visto que o Código Civil determina regulamentações jurídicas relacionadas ao direito da Família, estabelecendo direitos relativos ao casamento, sua celebração, validação e efeitos, além do divórcio, união estável e relação entre pais e filhos. O direito da família é definido por Wald (2002) como “aquele que regula as relações existentes entre os seus diversos membros e as influências que exercem sobre as pessoas e bens.”

Tendo em vista as mudanças culturais e sociais atuais, deve-se estabelecer, portanto, como família: as uniões homoafetivas e poligâmicas, que vêm ganhando cada vez mais espaço na sociedade e em debates em prol da conquista dos direitos legislativos, como pontua Silva (2005, p.49):

Percebemos que vivemos um momento ímpar nesse transformismo, para pensar e repensar o conceito de família, pois a sociedade está em altíssima transformação, com a vontade determinando um conjunto de relações diversas daquelas que a legislação concebe, sendo isso trazido à experiência de uma situação conjugal para se firmar no exercício de algum direito subjetivo, sendo que na penumbra vive-se de forma alternativa ou diversa do tradicionalmente aceito.

Nesse sentido, observa-se que muitas instituições e organizações ainda não reconhecem as uniões homoafetivas e poligâmicas como família, fundamentando-se em uma ideia conservadora e obsoleta, de que família se resume a uniões heterossexuais, ligadas, principalmente à religião.

Dentro desse âmbito, Coulanges explica que o direito grego e o direito romano não davam importância a este sentimento, visto que as leis de sucessão daqueles impérios estavam em contradição com o afeto natural entre os membros de uma família ou com a ordem de nascimento de seus membros.

“Os historiadores do direito romano, tendo justamente notado que nem o afeto, nem o parentesco eram o fundamento da família romana, julgaram que tal fundamento devia residir no poder do pai ou do marido. Faziam desse poder uma espécie de instituição primordial, mas não explicam como se formou”. (FOUSTEL DE COULANGES, 2006, p. 35).

Vale novamente frisar que o conceito Família é o todo agrupamento humano, fundado no afeto, dentro do qual os indivíduos, por si só ou conjuntamente, desenvolvem suas potencialidades humanas na busca pela sua própria felicidade.

O elo existente entre pessoas que se veem como família pode ser tanto biológico quanto socio-psicoafetivo. Em todo caso, é possível enxergar a busca da felicidade pelo desenvolvimento da personalidade de cada ser humano, através das expressões de gênero e sexualidade.

3. Perfis das famílias não heterossexuais

O antigo conceito de família concebia somente a união de um homem e uma mulher: o casal heterossexual. Nessa época, as uniões eram definidas por questões além de afeto, haviam interesses financeiros e sociais. Ademais, é importante ressaltar o aspecto patriarcal, com origem na Antiguidade Clássica, em que a figura masculina se sobrepunha à feminina, onde o homem tinha direitos sobre as mulheres.

É interessante destacar que o Art. 233 do Código Civil de 1916 dispunha que é o homem o chefe da sociedade conjugal. Dentro desse contexto, Caroline Pontes Almeida (2008, p. 29), pontua como eram constituídas as famílias no passado:

Anteriormente ficou demonstrado que a família patriarcal se caracterizava por ser bastante extensa, por ter a autoridade máxima na pessoa do patriarca, bem como por preocupar-se com sua continuidade em face da garantia de acréscimo no seu patrimônio. Naquela época, não se atribuía importância à afeição de uma pessoa por outra, o que resta evidente pela forma com que os casamentos se realizavam.

Entretanto, ocorreram, nos últimos anos, o surgimento de diversos tipos de identidades de gêneros (formas com que a pessoa se identifica, além do sexo biológico), além de novas orientações sexuais. Dessa forma, verifica-se o crescimento da união de pessoas dos mais diversos gêneros.

Christiane Bezerra (2010, p. 10) diz que “o direito à orientação sexual do homem traduz-se como uma manifestação de sua personalidade, reflexo de sua autodeterminação ético-existencial.”. Assim, percebe-se que é necessário que esses indivíduos tenham todos os seus direitos garantidos pela lei, o direito de assumirem uma relação e de expressarem seu modo de vida.

Entre os novos conceitos de família surgidos na contemporaneidade, destaca-se as uniões homoafetivas, configuradas pela união de duas pessoas do mesmo sexo, além das uniões poligâmicas, que são configuradas pelo vínculo afetivo de três ou mais pessoas.

Outrossim, percebe-se que a formação das famílias passa a ter como base motivações além dos que caracterizavam as antigas famílias. Assim, compreende-se que a família contemporânea se baseia em aspectos afetivos, valorizando cada membro da mesma forma, como pontua Almeida (2008, p.5):

A família, considerada a base de toda e qualquer sociedade organizada, uma vez que é nela que o ser humano tem seu primeiro contato para o desenvolvimento em um grupo social, atualmente, tem como fator importante para sua formação o afeto existente entre seus membros, havendo uma preocupação crescente na formação do membro da família e na satisfação de seus anseios.

Em vista disso, constata-se que não é possível estabelecer uma predefinição concreta para o conceito de família na atualidade, considerando que há diferentes constituições, tanto no número de membros, como no de gêneros. Além das mudanças nos parâmetros para definir o que seria “família”.

Portanto, pode-se definir como família, atualmente, quando há afeto entre os membros, diferente da antiga ideia de família, que envolvia o casamento civil entre membros do sexo oposto somente na maioria das vezes por motivos não afetivos. Nesse sentido, Fustel de Coulanges (1961, p.11) complementa sobre a capacidade de transformação do ser humano:

As grandes transformações, que de tempos em tempos aparecem na constituição das sociedades, não podem ser efeito do acaso, ou apenas da força. A causa que as provoca deve ser poderosa, e essa causa deve estar no próprio homem. Se as leis da associação humana não são mais as mesmas de antigamente, é porque apareceu no homem alguma mudança. Com efeito, parte de nosso ser modifica-se de século em século: nossa inteligência. Ela está sempre em movimento, quase sempre em progresso, e por sua causa nossas instituições e leis estão sujeitas a transformações.

Assim, percebe-se que a sociedade passa por constantes processos de transformação, devido à habilidade do ser humano de ser mutável e adaptável. Nesse sentido, há necessidade também, de mudanças em termos jurídicos, para adequar-se às atuais demandas coletivas, no que diz respeito aos direitos relacionados à família.

Nota-se que na Constituição Federal de 1988, o termo “família” é plurissignificativo, em constante metamorfose, na medida em que, se o projeto de vida de todo ser humano é a busca pela sua própria felicidade (concepção eudemonista do direito das famílias), é evidente que não pode haver espaço para restrição do seu espectro de desenvolvimento. Nessa perspectiva, podem ser citados os seguintes arranjos familiares já reconhecidos pela doutrina:

- Família matrimonial: é a família estabelecida pelo casamento. Trata-se de entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas, constituída de forma formal e solene. Segundo o STF, a família matrimonial não exige a diversidade de sexo.
- União estável: é a entidade familiar formada por homem e mulher que, como regra, não tenham impedimento para o casamento. Nos termos do § 3º do art. 226 da CF, “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”.
- União homoafetiva: é a união de pessoas do mesmo sexo. Aplica-se o mesmo regime da união estável (STF: ADI 4277/DF). Para o STF, deve se dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.
- Família monoparental: é a entidade familiar constituída em razão do vínculo existente entre ascendente e descendente. Nos termos do § 4º do art. 226 da CF, “entende-se também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Nesse sentido, por ser um ente social complexo fundado no afeto, a família tem se apresentado de diversas formas. Há, naturalmente, um vasto campo de desenvolvimento das relações afetivas, como forma de desenvolvimento da própria personalidade, a fim de se buscar a felicidade humana.

Há vínculo familiar sem relação de ascendência-descendência. Os membros podem ou não ter relação de parentesco. Ex.: família formada por dois irmãos. Em caso interessante, o STJ, ao reconhecer a família anaparental, admitiu a adoção post mortem, sendo que, no caso, os adotantes eram irmãos, entendimento contrário ao § 2º do art. 42 do ECA (“§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”).

É importante destacar o visível crescimento das famílias poligâmicas, formadas por três ou mais membros, independente de orientação sexual e identidade de gênero. Na década de 1990, o termo “poliamor” ocorreu em um evento público em Berkeley (Califórnia), composto por “neopagãos” pertencentes à “Igreja de todos os mundos”.

Um dos livros mais conhecidos sobre o Poliamor é o “Polyamory: The New Love Without Limits”, da autora Deborah Anapol, e publicado em 1997. O poliamor está, portanto, associado à ideia de “não monogamia” Pesquisas realizadas no Brasil apontam que muitos brasileiros têm optado por um estilo de vida baseado no poliamor, ou seja, na relação afetiva estável entre três ou mais pessoas.

Apesar do crescimento recente desse tipo de união no Brasil e da falta de aceitação de grande parte da população, os casamentos poligâmicos já são bem comuns em algumas culturas, como nas regiões em que predomina o Islamismo, além de algumas regiões da África.

Ainda que seja difícil encontrar sujeitos que aceitem a exposição de reconhecer que vivam uma relação consentidamente não monogâmica, até por conta da repulsa e reprovação social – o que, na prática, inviabiliza, até mesmo, uma pesquisa de campo mais aprofundada –, certo é que elas existem. Ainda que sem muita ostensividade, elas são de pleno conhecimento do meio em que estão inseridas, mesmo “à boca pequena”, entreouvada entre conhecidos, vizinhos e porteiros. (AZEREDO, 2009, p.38)

Ou seja, a formação de famílias com mais de dois membros é algo habitual em alguns países e regiões. Dessa forma, percebe-se que um dos fatores que impedem o reconhecimento judicial desse tipo de família são questões culturais, relacionadas, principalmente, a ideias conservadoras, baseadas em preconceitos.

Assim, como as famílias poligâmicas, as uniões homoafetivas (formadas por duas pessoas do mesmo sexo) ainda não têm o seu devido reconhecimento. Apesar dos avanços nos âmbitos jurídico e social, os direitos das pessoas homossexuais ainda são violados.

A família homoafetiva é a união entre duas pessoas de mesmo sexo, casados ou em união estável, em uma relação duradoura, que se unem por vínculo afetivo, com o objetivo de formarem uma família, devendo ser protegida e tutelada pelo Estado, podendo gozar de todos os direitos e deveres ligados a esta entidade familiar.

O termo união “homoafetiva”, cunhado pela jurista Maria Berenice Dias, procura traduzir, justamente, a união baseada no afeto, além dos antigos parâmetros necessários para que se houvesse um matrimônio.

A palavra afeto, atualmente, é de suma importância nas relações familiares, por ser entendida como um valor jurídico no Direito. Esse princípio está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que o ser humano é o ponto central nas relações socioafetivas. Com base nesse princípio, é possível ao Estado reconhecer, por exemplo, os direitos das pessoas que optaram por uniões homoafetivas. (PORTILHO e REZENDE, 2017)

Assim, percebe-se que as uniões homoafetivas descrevem perfeitamente os novos conceitos de família, baseados no afeto. Sendo o princípio do afeto fundamental para formação do seio familiar, e toda e qualquer pessoa é livre para demonstrá-lo publicamente.

4. Aspectos jurídicos e jurisprudências sobre os casamentos homoafetivos

A discussão desta temática se deu pela sua importância na sociedade contemporânea e também pela polêmica existente, visto que há muitas lacunas no que diz respeito à Constituição Brasileira de 1988. Por esse motivo, ao longo dos anos, pelas mudanças sociais ocorridas, o ordenamento jurídico também foi adaptado com novos direitos. Assim, Berenice Dias (2011, p.3) pontua que “A Justiça não é cega nem surda. Também não pode ser muda. Precisa ter olhos abertos para ver a realidade social, os ouvidos atentos para ouvir o clamor dos que por ela esperam e coragem para dizer o Direito em consonância com a Justiça.”

Neste aspecto, nota-se que o tema tem uma grande abrangência, principalmente no que diz respeito às áreas do direito e isso faz com que o ordenamento pátrio também sofra alterações. Seguindo essa linha de raciocínio, quanto à relação dos aspectos jurídicos e seus respectivos embates quanto à legalidade das autoridades públicas, Niching (2013, p.94) pontua que:

O reconhecimento legislativo da conjugalidade entre pessoas do mesmo sexo, apesar de ainda não integralmente atingido, foi objeto de inúmeros projetos de lei, os quais seguem em tramitação, o que significa que esta discussão perpassa o Legislativo, sem, contudo, ter sido transformado em legislação vigente. A reivindicação de uma legislação que contemple as possibilidades de vivências destas conjugalidades está sendo pensada a partir de um contexto em que se pretende uma lei e seu poder cultural de modificar comportamentos, principalmente quando há ausência de um poder oficial. Assim, pensando na cultura da legalidade para reconhecer conjugalidades quando o Estado é ausente e silente em relação às mesmas. O poder legislativo se constitui como um poder disciplinar, regendo os relacionamentos e até impondo limites às (diversas) formas de se relacionar, de vivência da conjugalidade e da homossexualidade.

No entanto, quanto às responsabilidades do Estado é fundamental a existência de leis que assegurem e protegem os cidadãos quanto ao combate aos preconceitos e principalmente, que esses não sejam silenciados pela própria constituição que precisa de atualização para se moldar aos atuais conceitos de direitos civis quanto à liberdade de união matrimonial.

Todavia, a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, de 14 de maio de 2013, dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Esta resolução trouxe grande avanço na área do Direito Brasileiro, visto que, foi um marco na luta por direitos igualitários para as pessoas de orientação sexual diferente.

Dentro desse âmbito, é interessante pontuar a importância do pilar fundamentador do Estado democrático de direito: A dignidade da pessoa humana. Tal conceito diz respeito a necessidade do Estado, em toda sua estrutura, respeitar a dignidade de qualquer pessoa humana, independentemente de gênero, ou outros fatores. Sobre isso, Gustavo Tepedino (2004, p.11), pontua que:

Pode-se afirmar, em propósito, que a dignidade da pessoa humana, alçada pelo art. 1º, III, da Constituição Federal, a fundamento da República, dá conteúdo à proteção da família atribuída ao Estado pelo art. 226 do mesmo texto maior: é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.

É importante destacar que o preconceito está enraizado na questão da formação histórica social, ou seja, é um problema estrutural. Isso, pelo fato de as leis terem sido discutidas e criadas por indivíduos que culturalmente foram criados sob os preceitos antigos de família, que não enxergavam estas novas modalidades de união matrimonial, que na época eram mantidas em sigilo por aqueles que as praticava.

Sobre isso, Portilho e Rezende (2017) pontuam que “o cerne do princípio da igualdade é a vedação de tratamento discriminatório, isto é, tentativas de prejudicar ou restringir o exercício de direitos e liberdades fundamentais em razão de quaisquer discriminações, tais como (sexo, cor, raça, idade, etnia, religião).”

Apesar do antigo histórico de preconceitos, é perceptível que hoje diversas Organizações não governamentais, entre outras instituições, pugnam pela legalização dos casamentos homoafetivos e poligâmicos. Nesse sentido, é fundamental abordar a participação do Poder Judiciário que tem tentado garantir os direitos de igualdade e, certamente, romper com os setores conservadores da sociedade.

A diversidade de gênero não é mais um requisito essencial para a constituição do casamento, apesar de que na atual legislação existir referência expressa às denominações de "homem" e "mulher" (art. 226, °3, CF/88 e art. 1. 514, Código Civil de 2002. Esse requisito não pode mais ser aceito, visto que o intuito é de buscar uma sociedade igualitária.

5. O processo de adoção por famílias não heterossexuais

A adoção é um instituto jurídico humanitário, destinado ao melhor interesse da criança, ou seja, é o amor, carinho, solidariedade, o gesto, as primeiras palavras, os valores, etc. Segundo Maria Berenice Dias (2000, p.26):

A constância social da relação entre pais e filhos caracteriza uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva. Constituído o vínculo de parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade. Pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai (função). (...) É aquele que ao dar abrigo, carinho, educação e amor ao filho, expõe o foro mínimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa e/ou verifica-se o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos.

Em relação à adoção por casais homoafetivos, nota-se que a evolução dos direitos se deu, em grande parte dos tribunais, pois, mesmo não havendo legislação específica, surgiram posicionamentos de magistrados conferindo direitos e identificando as uniões homoafetivas perduráveis e públicas como a união estável homoafetiva.

Assim, considerando os princípios constitucionais, é dever do Estado criar dispositivos para assegurar a dignidade da pessoa humana, uma vez que se trata de um princípio constitucional introduzido no art. 1º, inciso III da nossa Constituição Federal de 1988, no sentido de respeitar não só o gênero ou orientação sexual, mas o cidadão em todos os seus aspectos, independentemente de sua preferência sexual.

Nas palavras de Farias e Maia (2009), acredita-se que os casais homossexuais podem desenvolver as mesmas habilidades e estabelecer as mesmas funções que um casal heterossexual em seu cotidiano. Sendo assim, considera-se que a inclusão dessas famílias, consideradas minorias, na esfera social e jurídica do País, pode ajudar no crescimento social, econômico e cultural nacional.

O Direito encontra sua origem nas relações humanas, nos fatos sociais e costumes, que evoluem e se modificam com o passar do tempo. Daí a necessidade de o Direito adaptar-se aos fatos que a ele se impõem, passando a considerar a realidade social, e suas formas de manifestação. Cunha (2019, p.34) acrescenta sobre a adoção por famílias poligâmicas:

A adoção de crianças e adolescentes é regulada pela Lei Nacional de Adoção (Lei nº. 12.010/09) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº. 8.069/90) e hoje é dividida em espécies. Uma das modalidades é, inclusive, a adoção homoafetiva, permitida jurisprudencialmente desde que respeitando todos os requisitos legais do processo adotivo. Porém, atualmente, devido a não aceitação da estruturação familiar poliafetiva, a adoção por famílias poliafetivas enfrenta barreiras no âmbito jurídico, e o seu não reconhecimento legal dificulta decisões delicadas dentro do direito de família

A adoção é um mecanismo de proteção aos direitos dos infantes, devendo prevalecer sobre o preconceito e a discriminação, sentimentos combatidos pela Constituição Federal, possibilitando, desse modo, que mais crianças encontrem uma família que lhes conceda afeto, abrigo e segurança.

A CR/88 em seu artigo 227 assegura a crianças, adolescentes e jovens direito à vida, à dignidade, à liberdade, ao respeito e à convivência familiar, assim como dispõe sobre as formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. A CR/88 não permite a discriminação de filhos, sendo eles concebidos no casamento ou fora dele. Por meio deste princípio objetiva-se assegurar a proteção de pessoas que necessitam de um cuidado mais atento. Hoje é comum a adoção de crianças por casais homoafetivos ou ainda a fecundação artificial com o objetivo de constituírem uma família formada por pais e filhos. (PORTILHO e REZENDE, 2017)

Um estudo social que revela a existência de relacionamento estável entre as habilitandas, bem como capacidade emocional e financeira, sendo favorável ao deferimento da habilitação para adoção conjunta, nos termos do § 2º do art. 42 do ECA, com a redação dada pela Lei 12.010/2009.

Portanto, nota-se que o processo de adoção por famílias homossexuais e poligâmicas enfrenta barreiras, principalmente, relacionadas ao preconceito, já que os direitos civis de adoção são reconhecidos pelo poder judiciário.

6. Aceitação do Poder judiciário e da sociedade sobre as uniões homoafetiva e poligâmica

A única forma de combater o preconceito relativo ao casamento homoafetivo é dando segurança jurídica ao ato, pois, estando a ideia de tal instituto regulada por Lei, diminuirá as

ofensas que esses casais sofrem, pelo menos as legais, aquelas em que os operadores do direito, atuando em nome do Estado, cometem, quer por falta de amparo legal, quer por convicções pessoais disfarçadas de atos judiciais. Sobre isso, Maria Berenice Dias (2000, p.17) pontua:

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela Constituição Federal, não se podendo subdimensionar a eficácia jurídica da eleição da dignidade humana como um dos fundamentos do estado democrático de direito. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições de direitos servindo de fortalecimento a estigmas e causando sofrimento a muitos seres humanos.

É importante que seja de conhecimento geral que a homoafetividade é um fato social, e que ocorre desde os primórdios da humanidade, que ela não pode ser definida como uma doença, como crime ou pecado. A união homoafetiva necessita da mesma segurança jurídica assegurada às relações heterossexuais, recebendo assim, proteção jurídica de acordo com o que pressupõe a Constituição Federal de 1988 e os princípios que regem os direitos da família.

E, finalmente, um entendimento menos conservador utiliza uma interpretação analógica que equipara as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis heterossexuais, conforme expressamente disposto na Constituição Federal. Reconhece-se a afetividade e o projeto de vida em comum como constitutivos daquelas relações, tornando-se prescindível a diversidade de gênero do casal que integra a união estável. Dessa forma, a competência de ações dessa natureza seria própria das varas de família. Nesse sentido, o Estado do Rio Grande do Sul encontra-se em posição de vanguarda no reconhecimento judicial das uniões entre pessoas do mesmo sexo, que, de forma majoritária, estende a essas uniões, uma vez presentes os elementos caracterizadores de convivência pública, duradoura e contínua, os mesmos direitos advindos de uma união estável heterossexual. (AZEVEDO, 2011, p.13)

Sendo assim, é interessante reiterar que as relações entre as pessoas do mesmo sexo não podem continuar sendo negligenciadas. Na sociedade atual, as uniões homoafetivas são uma realidade social, não podendo o Estado e o Direito deixarem a mesma desamparada, devendo buscar em conjunto a legalização da mesma, como aponta Azevedo (2011, p.17).

Decisões judiciais que negam a possibilidade do reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo podem fundamentar-se nos postulados do positivismo jurídico – alegando que não há previsão legal explícita acerca do tema – para afastar a discussão e denegar direitos, sendo que o verdadeiro motivo para esse posicionamento pode estar nas pré-compreensões ilegítimas (e não reveladas) de que a homossexualidade é um comportamento moralmente inaceitável à luz de certos princípios religiosos. Essa é, portanto, uma posição que não expõe à refutação os reais fundamentos da divergência.

É importante salientar que não existe nenhum tipo de vedação no ordenamento jurídico brasileiro sobre o casamento homoafetivo, inclusive a Carta Magna brasileira veda qualquer tipo de preconceito/discriminação, contudo o que existe é uma proibição implícita acerca de tal casamento, motivada por pessoas que não aceitam a diversidade sexual e que acreditam que o casamento deve existir somente entre homens e mulheres.

Ainda, é necessário pontuar que os que defendem as uniões não hetero sexuais fundamentam a necessidade do seu reconhecimento nos arts. 1.566 e 1.724 do Código Civil brasileiro.

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Cita-se, ainda, o princípio da solidariedade. Nos termos o art. 3º, I, da CF, “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Ademais, o artigo 1.513 do Código Civil estabelece que “é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família” (princípios da liberdade e igualdade).

É necessário pontuar, também, o princípio da segurança jurídica, que tem o objetivo de tornar estável as relações jurídicas. Ele determina que a administração pública não pode fazer nova interpretação da lei, com esta nova interpretação retroagindo no tempo fazendo surgir os efeitos subjetivos do princípio, que é o da segurança da sociedade nas ações realizadas pelo Estado.

Na Constituição Federal o princípio não está expresso, pois não existe no texto da mesma menção à segurança jurídica, mas deixa implícito o princípio da segurança jurídica quando, no inciso XXVI do art 5º, dia que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Já na lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo), em seu art. 2º, menciona diretamente a segurança jurídica, trazendo em seu texto que a administração pública obedecerá ao princípio da segurança jurídica, entre outros. Além disso, o mesmo artigo, em seu inciso XIII, determina que a norma administrativa deve ser interpretada de maneira que melhor garanta o fim público a que se dirige, vedada interpretação retroativa de nova interpretação.

Nesse sentido, é preciso compreender que não cabe ao Estado fechar os olhos para uma realidade crescente. Não é questão de concordar ou não, mas sim de, como Estado, buscar a conformação de um fenômeno social pautado pela igualdade e liberdade no próprio ordenamento jurídico. A função do Estado é proteger as liberdades e não as restringir.

O princípio da igualdade pode e, de fato, deve promover a igualdade dentro do corpo político. Se existe preconceito ligado às formas sexuais relativas à união do mesmo sexo, a esfera política corre o risco, ao assumir uma apresentação condicional "afetiva" de reconhecimento das relações, de promover novas formas de discriminação. A lei quando pretende dar conta de aspectos concretos da vida dos indivíduos, por exemplo, a união conjugal, deve ser formalmente elaborada de tal modo que também dê conta das singularidades, mas valendo para todos de igual maneira. (COSTA e NARDI, 2015, p.5)

Ainda, o atual código civil não dispõe sobre qualquer tipo de impedimento entre o casamento de pessoas do mesmo sexo, o que ocorre é uma lacuna legislativa. Sendo assim, é notório que o casamento civil protege as relações amorosas que tenham como fundamento o amor familiar.

Por não haver segurança jurídica para as relações não heterossexuais, através de lei que obriguem o estado a reconhecer as mesmas como as heterossexuais, o tema foi levado à apreciação do STF, através da ADPF 132 (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental), na qual seu autor relatou que as uniões não heterossexuais eram tratadas de maneira reducionista quando à concessão de benefícios, pelo Estado do Rio de Janeiro, ao interpretar-se o estatuto dos servidores civis daquele Estado, fato que corrobora a necessidade de segurança jurídica ao tema

É importante salientar, também, o preconceito vivenciado por essas novas famílias, baseados em preceitos cristãos que determinam que a família deve ser composta somente por um homem e uma mulher. Esse preconceito é um fator de grande influência para o atraso da atualização do sistema jurídico brasileiro.

Apesar das uniões homoafetivas, historicamente, serem comprovadas em séculos passados, durante um bom tempo, pessoas que demonstravam o homossexualismo eram reprimidas e castigada. Durante a Idade Média, por instituição do Papa Gregório IX, a união entre pessoas do mesmo sexo era considerada crime. Ainda hoje, em algumas regiões do mundo, muitas pessoas vivem com seus desejos reprimidos.

Não obstante, é importante, também, notar os diversos avanços alcançados pela comunidade LGBTQI+, como a aprovação do Dia Nacional do Orgulho gay e da Consciência homossexual. Medidas que contribuem significativamente para naturalização e aceitação das uniões homoafetivas.

Considerações Finais

Conclui-se que, frente às mudanças estruturais, no que tange à formação da família, é necessário que o sistema legislativo brasileiro se adapte, contemplados os diferentes conceitos de família surgidos na contemporaneidade, garantido, a todos, os direitos fundamentais e respeitando os princípios da dignidade da pessoa.

Deve-se destacar que a união matrimonial envolve diversos direitos civis e relações parentais. Nesse sentido, foi possível notar a importância do reconhecimento jurídico das uniões homossexuais e poligâmicas.

Porém, apesar dos grandes avanços e das conquistas dos últimos anos, o direito ao casamento igualitário no Brasil ainda não é garantido por lei, apenas pela justiça. Ou seja, ainda não há nenhuma lei federal capaz de garantir direitos às uniões homoafetivas e poligâmicas.

A legalização do casamento homoafetivo na justiça, sem a proteção de um projeto de lei, abre brecha para proibições e decretos que possam ser efetivados pelo presidente em oposição às decisões do STF, sendo por isso importante a aprovação de projeto de lei que protegerá os casais não heterossexuais e poligâmicos.

Assim, positivar direitos humanos é dar poder à sociedade para satisfação de suas necessidades no direito. Nesse aspecto não é justo fazer que cidadãos tenham de sempre recorrer ao judiciário para ter seus direitos garantidos quando o assunto for suas relações sociais afetivas quando estas não forem as heterossexuais, estas já positivadas no ordenamento jurídico. É preciso que as relações homoafetivas e poligâmicas sejam positivadas no ordenamento nacional como é a heterossexual.

Portanto, conclui-se que não há embasamento para o não reconhecimento jurídico das novas concepções de família. Deve-se abandonar os preconceitos e os princípios cristãos, para que haja respeito a todo e qualquer pessoa humana. Assim, será efetivado os preceitos base do Estado Democrático de direito.

Referências

ALMEIDA, Caroline Pontes. **Uma releitura do conceito de família perante os direitos fundamentais.** 2008.

AZEVEDO, Silvagner Andrade de. **Reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo como união estável e entidade familiar: criação do direito ou efetivação da Constituição?** 2011.

BEZERRA, Christiane de Andrade Reis Miranda. **A união homoafetiva e o instituto do bem de família.** 2010.

COSTA, Angelo Brandelli. NARDI, Henrique Caetano. **O casamento "homoafetivo" e a política da sexualidade: implicações do afeto como justificativa das uniões de pessoas do mesmo sexo.** Revista de estudos feministas, 2015.

CUNHA, Yasmim Bezerra. **A adoção poliafetiva na sociedade contemporânea.** 2019. Disponível em: < <https://www.justificando.com/2019/05/16/a-adocao-poliafetiva-na-sociedade-contemporanea/> > Acesso em: 14/10/2021

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça.** Porto Alegre: Livraria Advogado, 2000.

FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. **A cidade antiga.** Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961.

NICHNIG, Cláudia Regina. **“Para ser digno há que ser livre”**: reconhecimento jurídico da conjugalidade entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. 2013.

OLTRAMARI, Fernanda. **Unões homossexuais: aspectos jurídicos e perspectivas legislativas e jurisprudenciais**. 2003.

OMOTE, Bianca Maria Ferreira Silva. **A família e a escola contemporânea: a construção do sujeito ético**. 2010.

PAIANO, Daniela Braga. **O direito de filiação nas famílias contemporâneas**. 2016.

PORTILHO, Silvia de Abreu Andrade; REZENDE, Graciele Silva. **União homoafetiva como modelo de família no Brasil**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5420, 4 maio 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65879>. Acesso em: 15 out. 2021.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Por um conceito jurídico de família na contemporaneidade**. 2017.

SILVA, Célio Egídio da. **História e Desenvolvimento do conceito de família**. 2005.

SILVA, Eneléio Alcides da. **Famílias e sexualidades monogâmicas, poligâmicas, homoafetivas, heteroafetivas, fraternas: por uma perspectiva multidisciplinar para o direito**. 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.