



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

RAFAEL CARVALHO NÓBREGA

**RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E AS POSSIBILIDADES JURÍDICAS
PARA O CASAMENTO CIVIL**

Campina Grande - PB

Maio de 2012

RAFAEL CARVALHO NÓBREGA

**RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E AS POSSIBILIDADES JURÍDICAS PARA O
CASAMENTO CIVIL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Msc. Maria Cezilene Araújo de Morais.

Campina Grande - PB

Maio de 2012

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

N754r Nóbrega, Rafael Carvalho.
Relações homoafetivas e as possibilidades jurídicas para o casamento civil [manuscrito] / Rafael Carvalho Nóbrega.– 2012.
72 f.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2012.
“Orientação: Profa. Ma. Maria Cezilene Araújo de Moraes, Departamento de Direito Privado”.

1. União Homoafetiva. 2. Casamento Civil. 3. Direitos Fundamentais I. Título.

21. ed. CDD 346.015

RAFAEL CARVALHO NÓBREGA

**RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E AS POSSIBILIDADES JURÍDICAS PARA O
CASAMENTO CIVIL**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, em cumprimento à exigência
para obtenção do título de bacharel em
Direito.

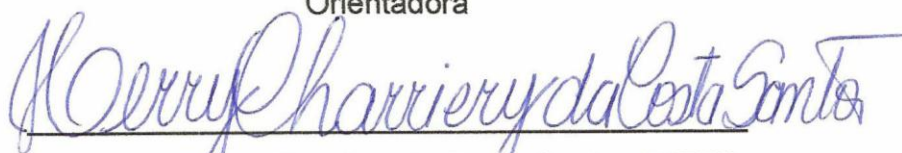
Aprovada em 06/06 /2012.

Nota: 10,0 (dez)


BANCA EXAMINADORA


Profª. Msc. Maria Cezilene Araújo de Moraes / UEPB

Orientadora


Prof. Msc. Herry Charriery da Costa Santos / UEPB

Examinador


Profª. Espª. Renata Maria Brasileiro Sobral / UEPB

Examinadora

*Quem um dia irá dizer
Que existe razão
Nas coisas feitas pelo coração?
E quem irá dizer
Que não existe razão?
(Renato Russo)*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, e primordialmente, agradeço aos meus Pais, Raimundo Rocha Nóbrega e M^a Aurilene de Carvalho Rocha, responsáveis diretos pela minha formação.

Às minhas irmãs, Ladyjane Carvalho Nóbrega e Larryane Carvalho Nóbrega, por acompanharem o meu crescimento e dividirem os sabores e dissabores da convivência.

À força criadora e espiritual, alcunhada de Deus, que certamente me guiou, e continuará guiando, nos desígnios desta vida.

Ao Colégio Imaculada Conceição (DAMAS), ao Centro Educacional Infantil (CEI), à Escola Virgem de Lourdes (Lourdinas) e a todos os professores, indistintamente, destas instituições que me ensinaram a ler, escrever, interpretar, sentir e argumentar.

Aos bons e verdadeiros amigos reconhecidos no decorrer da vida, que se transformaram em espécies de advérbios sem modo, mas de muita intensidade, atemporais e onipresentes, capazes de modificarem um dia desadjetivado.

Aos excelentes profissionais do direito com quem tive a sorte de trabalhar até o momento, cujas lições repassadas cumprirei com afinco na caminhada profissional.

RESUMO

Esta monografia objetiva analisar as atuais possibilidades jurídicas existentes para a realização do Casamento Civil entre Homoafetivos, seja por conversão da União Estável Homoafetiva reconhecida pelo STF com efeito vinculante e *erga omnes*, seja pela habilitação direta destas uniões ao Matrimônio Civil utilizando como parâmetro uma recente decisão do STJ. Tais desdobramentos serão apoiados na constatação da homossexualidade na história da humanidade, nos princípios constitucionais e direitos fundamentais do homem, em especial os direitos fundamentais implícitos à felicidade e à livre orientação sexual, e no novo conceito atribuído às famílias, de cunho eminentemente afetivo, de modo a demonstrar que as uniões homoafetivas são fatos sociais merecedores do mesmo tratamento jurídico ofertado às uniões heteroafetivas, em respeito ao fundamento central da ordem constitucional brasileira: a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Casamento Civil; Dignidade da Pessoa Humana; Direitos Fundamentais; União Homoafetiva.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze the current legal possibilities existent for the realization of the Civil Marriage between homosexual, either by conversion of the Homoffective Stable Union recognized by the Supreme Court with erga omnes and binding effect, either by direct activation of these unions to civil marriage using a recent decision of STJ as a parameter. These developments will be supported on a study of homosexuality in human history, the constitutional principles and fundamental human rights, in particular the implicit fundamental rights to happiness and freedom of sexual orientation, and the new concept given to families, eminently affective, aiming to demonstrate that homoffective unions are social facts that deserves the same legal treatment offered to straight unions, respecting the central foundation of the Brazilian constitutional order: the dignity of the human person.

Keywords: Civil Marriage; Dignity of the Human Person; Fundamental Rights; Homoffective unions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 Breve delinear histórico do sexo/amor entre iguais	11
1.1 A Homossexualidade na Antiguidade Clássica.....	11
1.2 O Cristianismo, a Patologização e os Homossexuais – Da Idade Média à Contemporânea.....	15
2 Homoafetividade à luz dos Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais	19
2.1 A Homoafetividade e os Princípios Fundamentais da Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade e Liberdade.....	21
2.2 Direito Fundamental à Livre Orientação Sexual.....	26
3 A Família e suas atualizações estruturais	28
3.1 A União Homoafetiva – mais uma modalidade familiar.....	33
3.2 A Família Homoafetiva no âmbito internacional.....	37
4 O Judiciário Brasileiro e a Homoafetividade	39
4.1 ADPF nº 132 e ADIN nº 4277 - Posicionamento do STF sobre as Uniões Homoafetivas.....	43
5 As Relações Homoafetivas e o Casamento Civil	52
5.1 A União Estável Homoafetiva e a possibilidade jurídica de sua conversão em Casamento Civil.....	56
5.2 Casamento Civil direto aos casais de mesmo sexo – Decisão no STJ.....	61
CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

A Homossexualidade e as relações afetivas, que, naturalmente, lhe compreendem, já constituem um fato social notório e consolidado. E por ser um fato social que gera consequências das mais variadas ordens, não se pode olvidar sua regulamentação na seara jurídica, tampouco marginalizar, por questões moralmente ignóbeis, uma realidade aparente.

As relações homoafetivas, neologismo atribuído pela insigne Maria Berenice Dias (2011), necessita de reconhecimento jurídico e social como uma entidade familiar propriamente dita, plena em todos os seus direitos. Segundo a citada autora, “A razão de cunhar o neologismo foi retirar o peso do preconceito que sempre marcou a natureza sexual do relacionamento, sem atentar à sua origem afetiva, que em nada se diferencia das demais entidades familiares”.

O Supremo Tribunal Federal (STF), nesse sentido, reconheceu, em 05/05/2011, no julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, a União Homoafetiva como entidade familiar e equiparou-a à União Estável Heteroafetiva para todos os efeitos, dando ao artigo 1.723 do Código Civil uma interpretação conforme à Constituição. “Se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente” observou o Ministro Relator Carlos Ayres Britto (2011) neste julgado.

Por sua vez, em 25/10/2011, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal da Cidadania, rompeu o rigoroso positivismo jurídico ao reconhecer, embora sem efeito vinculante, o direito ao casamento civil direto para duas mulheres gaúchas, servindo de exemplo para as demais instâncias.

Diante do novo quadro e da nova realidade jurídica quanto aos mencionados institutos, surge um novo questionamento: é possível a conversão da União Estável entre pares Homoafetivos, já reconhecida com efeito *erga omnes*, em Casamento Civil, assim como ocorre normalmente para com a União Estável Heteroafetiva? Ou até mesmo, é possível o Casamento Civil direto para casais homossexuais?

Destarte, a proposta desta pesquisa reside basicamente nessas problemáticas, objetivando demonstrar se tais possibilidades são plausíveis em face

de uma interpretação teleológica e sistemática aos referidos julgados, à luz das normas civilistas e princípios constitucionais existentes, resguardando-se sobre o conhecido jargão jurídico de que “*nas relações privadas, o que não está proibido é permitido*”.

A relevância do estudo paira sobre a situação premente dos homossexuais no Brasil sob o ponto de vista jurídico. As lutas por reconhecimento e regulamentações às situações fáticas que protagonizam, a exemplo das relações afetivas que necessitavam ser reconhecidas como famílias para os efeitos legais, são claramente necessárias para assegurar a igualdade, a dignidade e a liberdade constitucionalmente previstas.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontou recentemente, no censo de 2011¹, a existência de cerca de 60 mil famílias constituídas por casais do mesmo sexo, que residem sob o mesmo teto, no território brasileiro. Portanto, destaca-se a importância do estudo de tais relações para a comunidade acadêmica, tendo em vista a necessidade de proteger Direitos Minoritários em atenção aos Princípios Constitucionais.

O método científico que será utilizado consiste no hipotético-dedutivo, pois, este visa demonstrar por meio uma hipótese atrelada a uma inferência lógica dedutiva, a conclusão na sua totalidade a partir de premissas, maneira pela qual se garante a veracidade das conclusões, evitando assim a invalidade da lógica aplicada.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, que permite a possibilidade de conhecimento de material relevante, tendo por base o que já foi publicado em relação ao tema, a exemplo de artigos, livros e julgados, de modo que se possa delinear uma nova abordagem sobre o mesmo, chegando a conclusões que possam servir de embasamento para pesquisas futuras.

Enfim, a análise e a interpretação dos dados serão feitas através da análise crítica, pois tem por objetivo a identificação de problemas, visando proposição de soluções para os mesmos.

Nesta monografia, portanto, serão analisadas as Relações Homoafetivas sob o ponto de vista jurídico e demonstrar-se-á as atuais possibilidades para o Casamento Civil, seja por conversão da União Estável reconhecida, seja diretamente em cartório.

¹ Dados revelados por Maria Berenice Dias (2011) através de consulta ao sítio <www.ipcdigital.com>.

Para se chegar ao desdobramento acima, antes serão considerados alguns pontos fundamentais para o desenvolvimento da argumentação. No primeiro capítulo, se fará uma breve análise da Homossexualidade e os contextos históricos que a envolveram, como pano de fundo à discussão jurídica travada adiante. No segundo capítulo, a Homoafetividade será estudada sob a ótica dos princípios constitucionais e direitos fundamentais do cidadão, consentâneos aos direitos humanos universais. Em seguida, no terceiro capítulo, será apresentado o conceito contemporâneo de família e seus novos arranjos, no qual se incluem as famílias homoafetivas como núcleos que adquiriram visibilidade e contornos sociais na busca por soluções judiciais. No quarto capítulo se fará um apanhado dos entendimentos judiciais acerca da natureza das uniões homoafetivas, analisando detidamente, por conseguinte, o posicionamento do STF neste sentido. Por fim, no quinto capítulo, emerge a temática principal deste trabalho, onde serão demonstradas, através de recentes posicionamentos jurisprudenciais, as possibilidades jurídicas existentes para os pares homoafetivos contraírem Casamento Civil, em ligação com todo o exposto no deslinde desta monografia.

Em suma, sugerir-se-á uma nova visão que minimize a exclusão social e jurídica perpetrada contra os cidadãos homossexuais, principalmente no tocante aos vínculos afetivos, dialogando doutrina e jurisprudência nos embasamentos para construir um referencial técnico-científico acerca de um novo ramo do direito, o Direito Homoafetivo.

1 Breve delinear histórico do sexo/amor entre iguais

A homossexualidade, entendida, genericamente, como atividade sexual entre indivíduos do mesmo sexo, tem seus primeiros registros datados na Antiguidade, além de presente em relatos mitológicos (Épico de Gilgamesh; Ilíada, etc.²), e, por conseguinte, é da essência da própria evolução histórica da humanidade.

Seja envolvendo sentimentos espúrios, seja por sentimentos verdadeiramente nobres, as Relações Homoafetivas existiram em todas as épocas, em todas as culturas e em todas as civilizações, assim como as Relações Heteroafetivas.

Por vezes, as práticas homossexuais pertenceram aos costumes locais e eram tratadas com normalidade, sem nenhuma repressão ou preconceito. Por outras, foram rechaçadas e condicionadas impiedosamente a formas abomináveis de estilo de vida.

Maria Berenice Dias (2011) assim ratifica:

É uma realidade conhecida desde as origens da humanidade. Apesar de, na maioria das vezes, não ser admitida, nenhuma sociedade jamais ignorou sua presença. Acompanha a história humana e, se nunca foi aceita, sempre foi tolerada. Mutações de costumes e códigos sociais, bem como diferenças geográficas e temporais, sempre condicionaram a maneira de encarar o amor entre iguais. Mas as diversas culturas e civilizações encontraram formas de revelar sua existência, por meio de mitos, lendas, relatos ou encenações (p. 33).

Cumprido estabelecer que o presente capítulo não possui o intuito de exaurir o tema, pois extremamente abrangente e denso, mas, tão somente, mostrar de maneira sintética como as relações homoafetivas evoluíram historicamente, para, em seguida, entender porque tais vínculos merecem ser tutelados pelo Direito.

1.1 A Homossexualidade na Antiguidade Clássica

Na antiguidade grega, a homossexualidade masculina era uma prática comum para o crescimento dos jovens, tratada como uma espécie de rito de

² No Épico ou Epopéia de Gilgamesh, poema babilônico, há uma nítida relação homoerótica protagonizada por Gilgamesh, governador de Uruk, e seu companheiro íntimo, Enkidu. A união dos dois se fortalece nas batalhas. Quando Enkidu morre por uma punição dos deuses aos atos cometidos, Gilgamesh se consterna e enraive-se diante da perda do seu companheiro. Já em Ilíada, clássico da literatura grega narrada por Homero em torno da Guerra de Tróia, há uma controvérsia acerca do relacionamento, se de cunho sexual ou não, entre Aquiles e Patroclus.

passagem da adolescência para a fase adulta. Segundo Lacerda Neto (2007), a sexualidade dos homens na Grécia caracterizava-se da seguinte forma:

[...] aceitavam-se as relações sexuais de homens com mulheres e com homens, e pela pederastia, relacionamento entre o erastes e o erômenos: aquele, mais velho de 25 anos, procurava um moço de entre 12 e 15 anos (o erômenos), a quem, sob a aprovação dos respectivos pais, servia de amigo e educador até os seus 18 anos, quando a relação passava a ser de amizade, exclusivamente, sem conteúdo sexual que, de resto, não compreendia penetração anal e sim o coito interfemural (fricção do pênis entre as coxas, junto da genitália). (p. 01)

E continua:

A assim chamada homossexualidade grega encarnava um costume altamente moral de finalidade educadora; a intimidade física entre o erastes e o erômenos verificava-se no âmbito de uma relação, antes de tudo, formadora do caráter do mais moço, em que o mais velho desempenhava um papel significativo na transmissão de valores. (LACERDA NETO, 2007, p. 01)

Destarte, se vê que o homoerotismo grego possuía uma função nitidamente pedagógica, onde o aprendiz (erômeno) retirava de tal etapa uma lição puramente intelectual e afetiva para o seu futuro. Segundo Dias (2011), “os jovens que se negavam a tais práticas eram considerados desviantes”.

Conforme ensina Vecchiatti (2008), acreditava-se à época que, através de tal relacionamento, o menino atingiria a masculinidade, através da exclusão do contato com a mãe, visando a aprendizagem dos costumes masculinos de seu povo.

Segundo Sartrec (*apud* CAPELLANO, 2004), “os gregos não se preocupavam em julgar a homossexualidade enquanto tal, e o elogio ou a reprovação de que ela é alvo, dependendo das circunstâncias, visa os indivíduos e não a prática”.

A vida sexual do homem grego se dividia em uma vida privada, voltada para as mulheres, numa relação estritamente doméstica e procriativa, e uma vida pública voltada para as relações homoeróticas, sempre exaltando publicamente nesta a beleza dos rapazes erômenos. E somente esta última conferia prestígio social e reputação condigna.

Luiz Carlos Capellano (2004) assim condensa a homossexualidade grega:

[...] em Creta (civilização minóica) a homossexualidade era um rito de passagem, uma etapa necessária entre a infância e a idade adulta; em Atenas havia um estatuto social favorável na medida em que o ato sexual com indivíduos de sexo oposto só se dava para atender a necessidade da procriação, ficando o amor e o prazer para os indivíduos do mesmo sexo e, finalmente, em Esparta, era claramente estimulada, para favorecer a criação

de vínculos afetivos e companheirismo no seio do exército, ao qual o cidadão pertencia dos 7 aos 35 anos de idade. (p. 01).

No mesmo sentido, Maria Berenice Dias (2011) lembra que a homossexualidade, à época da Grécia antiga, não era considerada uma degradação moral, um acidente ou tampouco um vício. Todo indivíduo poderia ser homo ou heterossexual, dois termos, por sinal, ignorados na língua grega.

O termo Homossexual, cumpre anotar, é de recente criação, datado, segundo Assis (2006), em 1869 pela húngara Karoly Maria Benkert.

Não existia, na época, no sentido em que se entende hoje, grupos de pessoas que se classificavam ou classificavam os outros como homossexuais ou heterossexuais. Em decorrência dessa não classificação, não existia a mesma incompreensão, nem a desaprovação existente hoje. (ASSIS, 2006, p. 28).

Quanto à homossexualidade na cidade de Esparta, a prática era enfocada de maneira mais “estratégica”, considerando a preocupação estritamente militar daquela Cidade-Estado. “O amor entre os homens era honrado e visto como garantia de eficiência militar e liberdade civil” (ASSIS, 2006).

Na dicção de Vecchiatti (2008), a prática homoerótica em Esparta era incitada da seguinte forma:

Era ela estimulada dentro do exército espartano, para torná-lo ainda mais eficiente. Isso se explica por um simples fato: com a existência constante de relacionamentos homoafetivos dentro do exército, quando este ia para a guerra, o soldado estaria lutando não apenas por sua cidade-estado, mas igualmente para proteger a vida de seu amado, o que, obviamente, aumentaria o grau de dedicação do combatente. (p. 44).

Doutra maneira era praticada a homossexualidade em Roma. Nesta, as relações homoafetivas estavam intimamente ligadas a um sentimento de pura satisfação, quase uma relação escravagista, onde o macho romano se via como um dominador e acreditava que, quando forçava outros a se submeterem, estava lhes proporcionado prazer.

O homoerotismo romano, segundo Assis (2006, p. 32), não era condenado desde que os homens romanos atuassem na posição ativa, subjugando os penetrados passivos (pessoas inferiores ou escravos). Portanto, só gozavam das relações homossexuais no Império Romano os homens livres, privilegiados no tecido social.

Roma não esperou a helenização para mostrar indulgência em relação a uma certa forma de amor masculino. O monumento mais antigo que se conservou das letras latinas, o teatro de Plauto, imediatamente anterior à gregomania, está repleto de alusões homófilas de um sabor bastante nativo. No calendário do Estado romano chamado os Fastos de Preneste, o dia 25 de abril é a festa dos prostitutos masculinos, que segue-se imediatamente à festa das cortesãs, e Plauto fala-nos desses prostitutos que esperavam os clientes na Rua da Toscana. (VEYNE, op. cit., p. 62, *apud* CAPELLANO, 2004, p. 01)

Lembra Dias (2011) que “o preconceito da sociedade romana existia somente contra quem assumia a condição de passividade. Era feita associação com impotência política”.

Na Índia, a homossexualidade estava intrinsecamente ligada à divindade, conforme se extrai da dicção de Lacerda Neto (2007):

Na Índia, os deuses eram afetiva e sexualmente bissexuais, o que influenciou a população indiana, em igual sentido, até o advento da ocupação britânica, responsável por uma alteração das mentalidades e dos comportamentos, o que resultou, na atualidade, em uma certa renegação da homossexualidade e a sua atribuição à influência do Ocidente. [...] Os textos hindus mais antigos, designados como literatura védica (cerca de 200 antes de Cristo a 800 depois de Cristo), contém a narrativa relacionada com Crixna, um deus que assume formas humanas, e Ardjuna, simultaneamente divino e humano: tratava-se de amigos que se amavam. (p. 01).

Em 1964, as evidências históricas da homossexualidade ganharam contornos mais sólidos, conforme lembra Dallmer Palmeira Rodrigues de Assis (2006) em sua Dissertação de Mestrado:

Naquele ano, fora descoberta, pelo arqueólogo egípcio Ahmed Moussa, na antiga necrópolis de Saqqara, Egito, uma tumba um tanto quanto diferente das demais. Nela uma cena singular: dois homens num abraço eterno. Foi revelado que essa tumba fora construída para dois homens que viveram por volta de 2400 a.C. e que dividiam o título, “Os vigias dos(as) manicuras no palácio do rei”. Muitos dizem que eram gêmeos (homens), uns que eram irmão e irmã, outros amigos, porém é importante que se diga que sua representação é semelhante com demais representações de tumbas para casais heterossexuais, marido e mulher. Portanto, seria essa uma representação do primeiro casal masculino, unissexual, da história? (2006, p. 21).

Contudo, as práticas homossexuais, até então socialmente aceitas e encaradas com habitualidade, foram condenadas com o advento do Cristianismo, iniciando-se uma era de demonização e perseguição aos praticantes do sexo entre iguais conforme se vê a seguir.

1.2 O Cristianismo, a Patologização e os Homossexuais – Da Idade Média à Contemporânea

A imposição cristã do Império Romano acabou por eliminar, aparentemente, as relações homossexuais existentes por mais de um milênio. Constantino I, o Magno, primeiro Imperador Romano Cristão, exterminou sacerdotes considerados efeminados, conforme Assis (2006).

Já Justiniano, no século V, segundo Lacerda Neto (2007), criou as primeiras leis de repressão à homossexualidade, com punição de castração aos praticantes.

Do cristianismo provém uma alteração das mentalidades e os critérios intelectuais da condenação, crescente, da homossexualidade e de qualquer atividade sexual estéril. Ele formulou quatro opiniões: 1ª - a de que a homossexualidade ligava-se ao comportamento de certos animais, reputados como impuros, a saber, a lebre, a hiena, a doninha; 2ª - a de que a homossexualidade relacionava-se com o politeísmo, com o qual o cristianismo antagonizava; 3ª - a de que a sexualidade natural correspondia à destinada à reprodução e de que a homossexualidade era anormal no sentido de infreqüente; 4ª - a de que o papel de súcubo era vergonhoso (LACERDA NETO, 2007, p. 02).

A igreja cristã foi se sedimentando, ganhando contornos de poder e impondo seus valores na educação, na moral, na família e nas políticas públicas. Como consequência, a propagação dos dogmas cristãos relativos à ética sexual, onde o sexo só pode ser feito entre casados (homens e mulheres) e com fins exclusivos à procriação, considerou por pecaminoso o prazer em tais atividades. O obscurantismo estava instalado e a Idade Média iniciada.

Na Idade Média a homossexualidade é chamada de a “heresia do espírito” e “heresia da carne”. Como resultado, muitas fraternidades religiosas e cidades inteiras se envolvem na busca pela ordem do recém inaugurado projeto papal, a Inquisição. Neste período sanções contra a homossexualidade encontram base nos ensinamentos cristãos. (ASSIS, 2006, p. 34-35).

Tais ensinamentos foram pautados, radicalmente, nos textos bíblicos dos livros de Levítico e Deuteronômio. Uma aplicação raivosa, um combate desmedido, numa época que, com a devida vênia, marcou o início da Homofobia.

[...] a condenação homofóbica continuou cada vez com mais força. A suposta ligação entre a homossexualidade e a feitiçaria e o demonismo fez com que os heterossexuais em geral passassem a ter cada vez menos tolerância contra aqueles que amavam pessoas do mesmo sexo. Essas afirmações ganharam força considerável entre os anos 1348-1350, nos quais a Peste Negra devastou a Europa, dizimando aproximadamente um

terço da população. Isso porque os chefes de Estado da época, influenciados por ministros religiosos, ligaram ditos desastres às condutas sexuais tidas por imorais (todas aquelas fora do casamento e sem intuito procriativo) aumentando ainda mais o ódio contra os homossexuais. (VECCHIATTI, 2008, p.55)

A própria jurisprudência brasileira assim explicou:

É irrefutável que a homossexualidade sempre existiu, podendo ser encontrada nos povos primitivos, selvagens e nas civilizações mais antigas, como a romana, egípcia e assíria, tanto que chegou a relacionar-se com a religião e a carreira militar, sendo a pederastia uma virtude castrense entre os dórios, citas e os normandos.

Sua maior feição foi entre os gregos, que lhe atribuíam predicados como a intelectualidade, a estética corporal e a ética comportamental, sendo considerada mais nobre que a relação heterossexual, e prática recomendável por sua utilidade.

Com o cristianismo, a homossexualidade passou a ser tida como uma anomalia psicológica, um vício baixo, repugnante, já condenado em passagens bíblicas (...com o homem não te deitarás, como se fosse mulher: é abominação, Levítico, 18:22) e na destruição de Sodoma e Gomorra. Alguns teólogos modernos associam a concepção bíblica de homossexualidade aos conceitos judaicos que procuravam preservar o grupo étnico e, nesta linha, toda a prática sexual entre os hebreus só se poderia admitir com a finalidade de procriação, condenando-se qualquer ato sexual que desperdiçasse o sêmen; já entre as mulheres, por não haver perda seminal, a homossexualidade era reputada como mera lascívia.

Estava, todavia, freqüente na vida dos cananeus, dos gregos, dos gentios, mas repelida, até hoje, entre os povos islâmicos, que tem a homossexualidade como um delito contrário aos costumes religiosos. A idade Média registra o florescimento da homossexualidade em mosteiros e acampamentos militares, sabendo-se que na Renascença, artistas como Miguel Ângelo e Francis Bacon cultivavam a homossexualidade. (TJRS – AC 70001388982, 7ª CC, Rel.: José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 14/03/2001)

Maria Berenice Dias (2011) acrescenta que “a Idade Média foi a época da mais severa penalização à prática homossexual”, quando, por exemplo, em 1179, no III Concílio de Latrão, a homossexualidade foi criminalizada, impondo como sanção a pena de morte à sua prática.

As opressões, os preconceitos e as execuções religiosas contra homossexuais, atravessaram a Idade Média e persistiram na Idade Moderna, sugerindo, a partir de então, que a homossexualidade seria uma enfermidade e, por assim ser, merecia ser tratada. Surge agora um novo termo: o homossexualismo (sufixo “ismo” que significa doença)

[...] isso levou a que, a partir do século XIX, ganhasse força a posição de que a homossexualidade não deveria ser vista como um pecado contra Deus, mas como uma doença a ser tratada (VECCHIATTI, 2008, p. 59).

Imediatamente a seguir, a homossexualidade, associada a uma herança mórbida, tornava-se alvo de estudos clínicos. O homossexual não era mais um pecador, mas um doente, a quem era preciso tratar. [...] Membros da classe médica, como o nosso já conhecido Ferraz de Macedo, ocasionalmente escreveram sobre o tema, combinando a tradicional aversão moral e religiosa ao homoerotismo com teorias do tipo: a homossexualidade se devia a distúrbios psicológicos; originava-se graças à falta de "escapes normais"; atribuía-se à "criação moral imprópria". Listavam-se as diferentes características dos "penetradores" e dos "penetrados". Era a moralidade e não a medicina, o remédio para lutar contra essa "aberração da natureza". (DEL PRIORE, 2005, p. 212)

Por anos, os homossexuais, influenciados pela doutrina cristã, foram considerados doentes, sexualmente perversos, perigosos e imorais. Ridicularizados no meio social, e até tratados com terapias de choque convulsivos, lobotomia e terapias por aversão, os assim considerados foram brutalmente desdenhados no decorrer da idade média à contemporânea, tudo isso na vã tentativa da inversão sexual destes indivíduos.

Porém, a evolução da ciência e da racionalidade, mostrou que a homossexualidade era um modo de ser comum em diversas espécies animais, e por não ser diferente, na espécie humana. A própria evolução interna entre os homossexuais, que resolveram "sair do armário"³, foi importante para o começo do rompimento destas barreiras discriminatórias, mostrando à sociedade que eram normais, ensejando uma revisão de estigmas e dogmas.

Apenas em 1985 a Organização Mundial de Saúde retiraria a homossexualidade do elenco das patologias, proscurendo o termo "homossexualismo" ("ismo" é o sufixo que designa as patologias). Em nossa época, no entanto, ainda persistem arcaicos discursos religiosos, mesclados às experiências pretensamente científicas de tentar "reverter a homossexualidade", estimuladas pelos segmentos conservadores da sociedade, especialmente a classe média. (CAPELLANO, 2004)

Conforme anota Dias (2011), "a busca pela despatologização da homossexualidade visa a defini-la como simples variante natural da expressão sexual humana, um comportamento que determina uma maneira de viver diferente".

Apesar de não mais considerada enfermidade, distúrbio ou crime (pelo menos em grande parte do mundo Ocidental), os homossexuais ainda são estigmatizados e ainda carregam o ranço da perversão e anormalidade nas costas, embora as práticas homossexuais hodiernas, ou modernamente nomeadas de relações homoafetivas, estejam tão presentes na sociedade quanto na Antiguidade Clássica.

³ Termo popularmente utilizado para denotar a atitude das pessoas que bravamente admitem/publicizam sua opção sexual sem medo das opiniões alheias.

Assim, a homossexualidade chega ao século XXI em situação não muito diferente de como vinha através dos séculos: oprimida, negligenciada e amordaçada. Apenas nas últimas décadas é que a sociedade e a academia bíblica vão abrir oportunidade para a reflexão sobre a vida sexual, seja ela qual for como opção (ASSIS, 2006, p.44).

Portanto, as relações entre homens, ou entre mulheres, evoluíram de uma conotação estritamente sexual, encarada de diferentes formas na história da humanidade, a saber, militarmente estratégica (Esparta); educacional (Grécia); marginalizada (Cristianismo); para uma conotação também afetiva, onde não só o ato sexual caracteriza tais relações, como também o amor, o carinho, o sentimento, a união e o objetivo de constituir família.

As relações homoafetivas, assim, são merecedoras de reconhecimento e respeito, por não atingir objetivamente a intimidade ou o decoro alheio e por não ser mais considerada crime, doença física ou mental.

Com a Constituição Federal de 1988, novos valores e princípios são incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, incluindo como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quais outras formas de discriminação (art. 3º, IV)⁴, assegurando, implicitamente, o direito à livre orientação sexual, conforme se verá adiante.

⁴BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 2011.

2 Homoafetividade à luz dos Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais

Mesmo que a legislação brasileira não regule expressamente acerca da homoafetividade e das uniões que lhe são provenientes, “há meios de se garantir que a relação homoafetiva seja devidamente protegida” (VECCHIATTI, 2008).

Tal reconhecimento se dá pelo viés principiológico dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, através de “mecanismos interpretativos que garantem a preservação dos direitos dos cidadãos mesmo nos casos de vazios legislativos” (Ib. Ibidem).

Para falar dos princípios e direitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna vigente, e sua conseqüente aplicação na regulamentação das relações entre os Homossexuais, objeto deste estudo, cumpre primeiramente estabelecer as fontes de inspiração que sagraram os valores a seguir discutidos.

As Declarações de Direitos, principalmente a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), segundo José Afonso da Silva (1997), surgiram a partir de reivindicações e lutas fortemente imbuídas pelo sentimento do Humanismo, onde a Dignidade da Pessoa Humana se tornou a principal mensagem veiculada aos ordenamentos nacionais.

A Declaração de 1789 originou-se do pensamento político, moral e social de todo o século XVIII, proclamando uma Cidadania Universal pautada na Igualdade, Liberdade e Fraternidade. Por sua vez, a Declaração de 1948⁵ ratificou o pensamento Iluminista e o respeito universal aos direitos do homem e das liberdades fundamentais, prevendo, *verbi gratia*, em seu artigo II o seguinte:

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Tais Declarações foram culminantes na sistematização dos direitos fundamentais do homem, sendo ratificadas e utilizadas como inspiração em inúmeras Constituições, incluindo a brasileira.

⁵ Disponível em < http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm > Acesso em 21 mar. 2012.

Conforme lição de Junior & Kloh (2009), os direitos fundamentais tratam-se de princípios informadores da ideologia política de cada ordenamento, visando estabelecer uma convivência digna, livre e igual para todos, com caráter substancial.

A atual Carta Constitucional, promulgada em 1988, já no seu Preâmbulo erige a **igualdade** e a **liberdade** como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.⁶

Em seguida, no seu artigo 1º, II e III, eleva a **Cidadania** e a **Dignidade da Pessoa Humana** à categoria de princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.⁷

Já o artigo 3º, IV, da referida Carta, pauta como objetivo fundamental do Estado Brasileiro, ainda que norma programática, condenar quaisquer formas de discriminação, a fim de promover o bem de todos. Em seguida, o art. 4º, II, reafirma a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais da República Federativa do Brasil.⁸

Por sua vez, o dispositivo 5º da citada Constituição reza que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurando aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. No seu inciso VIII assegura que ninguém terá privação de direitos por motivos de ordem religiosa, filosófica ou política, acrescentando no inciso X a inviolabilidade à intimidade e à vida privada.⁹

O Ordenamento Internacional e a Constituição Federal Brasileira, como se vê, possuem um amplo arcabouço principiológico, capaz de resguardar os Direitos Fundamentais dos mais variados grupos sociais.

Os princípios constitucionais, entendidos como mandamentos nucleares de um sistema (SILVA, 1997), são responsáveis, entre outros, por proteger a integridade de situações não reguladas (ignoradas) pelo legislador infraconstitucional, a exemplo das Relações Familiares constituídas entre Homoafetivos, servindo de meio interpretativo e integrativo para todo o ordenamento legal e jurídico.

É nesse sentido, de utilizar os princípios máximos em face da inércia legislativa, que as situações entre os casais do mesmo sexo passam a ser

⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 2011.

⁷ Id. Ibidem.

⁸ Id. Ibidem.

⁹ Id. Ibidem.

reguladas, considerando-as no contexto axiológico das normas fundamentais, entre elas a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade como valores supremos a serem efetivados a tais relações. “O respeito à livre orientação sexual e à identidade de gênero deve socorrer-se de todos os princípios que regem as relações jurídicas” (DIAS, 2011).

Ressalte-se que aqui não cabe discutir a fundo as bases filosóficas dos princípios doravante apresentados, mas tão somente extrair dos seus significados uma relação dialética que possa subsumir Direitos aos Homoafetivos.

2.1 A Homoafetividade e os Princípios Fundamentais da Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade e Liberdade.

De tais excertos legais, Vecchiatti remata que “é pacífico o entendimento de que a dignidade da pessoa humana constitui um princípio jurídico essencial do Estado Democrático de Direito” (2008).

Segundo José Afonso da Silva (1997) a “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Citando Gomes Canotilho e Vital Moreira (1984), o referido autor demonstra a complexidade valorativa deste princípio fundamental:

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direito sociais, ou invocá-la para construir “teoria do núcleo da personalidade” individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. (CANOTILHO e MOREIRA *apud* SILVA, 1997, p. 106)

Destarte, a **Dignidade Humana** é um princípio difuso, transindividual, ou seja, que ultrapassa a individualidade egoística e natural do homem, com alcance e titularidades indeterminadas. Na lição de Alexandre de Moraes (2008), “esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual”.

Em sendo um princípio de alcance geral, sem contornos detidamente pessoais, mas também sociais, coletivos, a garantir uma sociedade pluralista e

imprescindível para o livre desenvolvimento das personalidades, Vecchiatti (2008) esclarece:

A dignidade humana constitucionalmente consagrada garante a todos o direito à felicidade, na medida em que a realidade empírica demonstra que a própria existência humana destina-se a evitar o sofrimento e a buscar aquilo que acreditamos que trará felicidade (p. 146).

Extrai-se da dignidade plena o princípio da **liberdade de consciência**, pautada no respeito às maneiras de pensar e agir, facultando a todos o direito de exercer e externar livremente suas convicções filosóficas, ideológicas, religiosas, políticas e por que não sexuais, sem nenhuma reprimenda.

A dignidade da pessoa humana impõe o respeito à individualidade das pessoas, à liberdade de consciência delas, no sentido de terem autonomia moral, ou seja, poderem viver suas vidas da forma que melhor lhe convenha desde que, evidentemente, não prejudiquem terceiros, prejuízo este que inexistente na homoafetividade. (VECCHIATTI, 2008, p. 163)

Em respeito aos traços constitutivos do ser humano, independente da subjetiva identidade sexual, há uma relação nítida e direta entre a orientação sexual e a sua proteção em razão da dignidade da pessoa, conforme sugere Maria Berenice Dias (2011). Neste mesmo sentido assevera Marianna Chaves (2011):

Na estruturação da individualidade de uma pessoa, a sexualidade consubstancia uma medida basilar de constituição da subjetividade, sustentáculo imprescindível para a capacidade do livre desenvolvimento da personalidade. Portanto, pode-se afirmar que as questões concernentes à orientação sexual relacionam-se de forma estreita com o amparo da dignidade da pessoa humana. (p. 70).

Disso resulta o entendimento de que a dignidade da pessoa humana combate o juízo de valor arbitrário, o preconceito, protegendo o ser humano do próprio ser humano, ao possibilitar a todos a busca pela felicidade plena, desde que não prejudique terceiros, sendo alçado ao topo hierárquico do ordenamento jurídico.

Dias (2011) ainda sugere que a supremacia da dignidade da pessoa humana está lastreada nos **princípios da igualdade e da liberdade**, grandes artífices de um novo Estado Democrático de Direito que foi implantado no País.

Conforme assevera o Juiz Federal Roger Raupp, nos autos da Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9/RS, o direito de igualdade, na reminiscência romano-germânica, é compreendido sob duas dimensões: a formal (igualdade de todos perante a lei) e a material (imposição de tratamento isonômico, observadas as

semelhanças e diferenças relevantes, de acordo com as finalidades das distinções). A materialização deste princípio, em obediência aos objetivos fundamentais constitucionalmente programados, tem como uma de suas conseqüências o estabelecimento de critérios proibidos de discriminação (CF, art. 3º, IV), dentre os quais se destaca a proibição por motivo de sexo.

A tônica do **princípio da igualdade**, assim, repousa na sua materialidade, não mais sendo visto de maneira puramente abstrata e absoluta, igualando agora os desiguais na medida de suas desigualdades, cumprindo a lição Aristotélica¹⁰.

Marianna Chaves (2011) lembra que tal fundamento não se traduz apenas na utilização igual da lei, mas também na criação de lei uníssona para todos, ou seja, a materialidade do princípio se torna mais pujante do que sua mera formalidade.

Para Pedro Lenza (2010) a igualdade material se torna importante porque “no Estado Social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei”.

Nesse sentido o constitucionalista Alexandre de Moraes (2008) acrescenta:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos [...] Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça. (p. 36).

Por assim ser, os homossexuais e as relações que constituem entre si devem ser alcançadas pelo princípio da igualdade, em consonância com a vedação à discriminação por gênero e sexo, sob pena de se ter um privilégio exclusivamente heteronormativo em detrimento da isonomia constitucional.

O compromisso do Estado para com o cidadão sustenta-se no primado da igualdade e da liberdade, estampado já no seu preâmbulo. Ao conceder a proteção a todos, veda discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Mais. Ao elencar os direitos e garantias fundamentais, proclama (CF 5º): ‘todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza’. Esses valores implicam dotar os princípios da igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas. Fundamento de igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do Estado de Direito. (DIAS, 2010, p. 199)

¹⁰ Para Aristóteles, deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Ainda que se constate uma desigualdade sob múltiplos aspectos, seja ela de ordem natural, física ou moral, as criaturas humanas são iguais na sua essência, seja hetero, homo ou bissexual, pois todos da mesma espécie, não se vislumbrando adequado, portanto, qualquer argumento que fracione as pessoas humanas em merecedoras ou não de direitos em virtude da sua orientação sexual, tudo em respeito ao ideal da isonomia material.

Na mesma esteira, o **princípio da liberdade** guarda relação direta para a consecução dos Direitos Homoafetivos, protegendo-os (ou presumindo proteção) das discriminatórias interferências alheias que, inevitavelmente, se sujeitam grande parcela dos homossexuais.

Sobre o referido postulado fundamental, no sentido de liberdade individual, José Afonso da Silva (1997) assim o descreve:

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de *um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade*. É boa, sob esse aspecto, a definição de Rivero: “a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”. Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: *liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal*. (p. 227).

Tomando por base a definição acima, infere-se que, se a busca da felicidade proveniente de um livre poder de autodeterminação está amparada constitucionalmente sob o manto da Liberdade, as Uniões Homoafetivas estão acobertadas por tal princípio, pois representam singularmente essa busca pela integral realização pessoal.

Em afinidade com pensamento acima desenvolvido, Marianna Chaves (2011) afirma que “o princípio da liberdade se faz presente no sentido de que toda e qualquer pessoa possui a prerrogativa de escolher o seu par, independentemente do sexo, assim como o tipo de entidade familiar que deseja constituir”. Em seguida, a citada autora conclui que “a liberdade consiste, afinal, na possibilidade de uma coordenação consciente dos meios necessários ao desenvolvimento da personalidade e à realização da felicidade pessoal”.

O eminente Ministro do STF Carlos Ayres Britto (2011) perfilhou que as liberdades individuais se concretizam sob a forma de direito à intimidade e sob a forma de direito à privacidade.

Sob a ótica da intimidade, privacidade e livre exercício da vida privada, o princípio da liberdade se assenta para a garantia das uniões homoafetivas, de modo que, as escolhas individuais sejam não só respeitadas, como também juridicamente reconhecidas quando assim se fizer necessário.

De forma ampla, não obstante o vazio legislativo quanto às relações homoafetivas, deve-se considerá-las sob o **princípio geral** do direito de *aquilo que não é expressamente proibido tem-se por permitido*, conforme ensina Vecchiatti (2008), em atenção aos princípios e direitos fundamentais:

Como a lei não proíbe expressamente as uniões homoafetivas, tem-se que o não-reconhecimento de efeitos jurídicos a estas, na exata medida em que são reconhecido às uniões heteroafetivas [...], caracteriza uma afronta aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, os quais constituem *cláusulas pétreas* da Constituição Federal, normas constitucionais de eficácia plena e inclusive direitos humanos fundamentais, assim reconhecidos pela mesma. (p. 182-183).

Importante colacionar o julgado abaixo, donde se extrai a intensidade dos princípios constitucionais na proteção dos direitos homoafetivos.

[...]

2 - A proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo protege heterossexuais, homossexuais, transexuais e travestis, sempre que a sexualidade seja o fator decisivo para a imposição de tratamentos desfavoráveis.

3 - A proibição de discriminação por motivo de sexo compreende, além da proteção contra tratamentos desfavoráveis fundados na distinção biológica entre homens e mulheres, proteção diante de tratamentos desfavoráveis decorrentes do gênero, relativos ao papel social, à imagem e às percepções culturais que se referem à masculinidade e à feminilidade.

[...]

5 - O direito fundamental de liberdade, diretamente relacionado com os direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade e de privacidade, concebendo os indivíduos como sujeitos de direito ao invés de objetos de regulação alheia, protege a sexualidade como esfera da vida individual livre da interferência de terceiros, afastando imposições indevidas sobre transexuais, mulheres, homossexuais e travestis.

6 - A norma de direito fundamental que consagra a proteção à dignidade humana requer a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, ao invés de meio para a realização de fins e de valores que lhe são externos e impostos por terceiros; são inconstitucionais, portanto, visões de mundo heterônomas (TRF – 4ª Região/ APELAÇÃO CÍVEL Nº 2001.71.00.026279-9/RS – RELATOR: Juiz Federal ROGER RAUPP RIOS/ Publicado em 23/08/2007)

Marianna Chaves (2011) aduz que “em respeito, *inter alia*, aos princípios da dignidade humana, liberdade e igualdade, os vínculos homoafetivos merecem ser tutelados tal e qual as relações heteroafetivas, em grau de paridade”.

Por fim, acrescentem-se outros princípios, como a proporcionalidade, razoabilidade, afetividade e felicidade, *verbi gratia*, que se aplicam na concretização da causa homossexual.

2.2 Direito Fundamental à Livre Orientação Sexual

José Afonso da Silva (1997) considera que, apesar de não regulado expressamente o direito à livre orientação sexual, sugerindo certo medo legislativo para com o tema, a igualdade sem distinção de sexo e orientação sexual encontra-se subentendida no texto constitucional, conforme disserta:

A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de *orientação sexual*, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para desequiparações e preconceitos. (p. 218).

Por ser suficientemente abrangente o que já se encontra encartado no texto constitucional e como corolário aos princípios da dignidade humana, igualdade e liberdade, surge o direito personalíssimo implícito, porém notável, à **livre orientação sexual**, com fulcro nos artigos 1º, III; 3º, IV e 5º, *caput*, VIII e X da Carta Constitucional. Maria Berenice Dias é enfática ao afirmar a existência desse direito (2011):

O tratamento diferenciado, pela inclinação a um ou a outro sexo, evidencia clara discriminação à própria pessoa, em função da identidade de seu sexo. Como a orientação sexual só é possível de distinção diante do sexo da pessoa escolhida, é direito que goza de proteção constitucional em face da vedação de discriminação por motivo de sexo. (p. 90).

“Cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos” (SILVA, 1997). A livre orientação sexual é, como se vê, um direito fundamental necessário que cumpre um dos aspectos do Princípio da Liberdade, sob a perspectiva da livre manifestação das sexualidades humana (hétero, homo ou bissexualidade).

O direito à livre orientação sexual e, por conseguinte, à liberdade de seu exercício, não deve ser encarado como uma anarquia despudorada, pois os casais homossexuais se comportam da mesma maneira que os heterossexuais, não havendo qualquer regra proibitiva ou princípio restritivo que obstaculize o reconhecimento das uniões entre pares homoafetivos, de forma a consubstanciar o princípio maior da dignidade humana.

Carlos Ayres Britto (2011) assim entende sobre o direito à livre orientação sexual:

Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico.

Maria Berenice Dias (2011) sustenta que o direito à livre orientação sexual é garantia do exercício da liberdade individual, se identificando tanto como liberdade de expressão como entre os direitos de personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica.

Por sua vez, Marianna Chaves (2011) entende que a não discriminação por orientação sexual configura uma materialização do princípio da igualdade.

Dias (2011) ainda lembra que o impedimento discriminatório não está posto exclusivamente na Constituição, mas também “na Convenção Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto de San José da Costa Rica, dos quais o Brasil é signatário”.

Os Princípios Constitucionais e os Direitos Fundamentais do Homem são, desta feita, os grandes baluartes que se valem as pessoas não heterossexuais na busca dos seus Direitos, haja vista a inércia legislativa na regulação formal das situações sociais e jurídicas existentes e consolidadas entre os casais de mesmo sexo.

Em respeito aos postulados acima qualificados, é mister que seja tutelada as relações ainda não tão convencionais constituídas entre pessoas não heterossexuais, reconhecendo que tais uniões possuem vínculo conjugal, se apresentando legitimamente como família, entidade pautada no amor e na afetividade, de forma a cumprir a contemporânea hermenêutica civil constitucional demonstrada no capítulo que segue.

3 A Família e suas atualizações estruturais

A concepção de família muda gradativamente na história da humanidade. É construída pelo contexto social em que está inserida, sofrendo modificações naturais na sua estrutura de acordo com o pensamento político, filosófico e cultural de determinadas sociedades, em determinadas épocas.

“A família tornou-se um caleidoscópio de relações que muda no tempo, transforma-se com a evolução da cultura, de geração para geração” (DIAS, 2011). Pode-se afirmar que ela é instituição humana mais antiga e em constante mutação, possuindo um conceito mais intuitivo do que pragmático.

Por séculos foi vista como um organismo de cunho econômico, um mero núcleo de produção, cujo chefe (o homem varão, o *pater*) exercia absoluta autoridade política e jurídica em sua casa. Mulheres, filhos, escravos e agregados eram subjugados ao patriarcado.

Tal sistema familiar baseava-se numa família padronizada sob a lei da desigualdade, onde eram excluídos todos os que não tinham serventia para o sistema, como, no caso da mulher, que era reduzida a um ser considerado incapacitado, juridicamente falando. Sendo assim, pode-se afirmar que era a família constituída, assentada dentro de um padrão social de interesses dominantes, sendo relevantes, apenas os interesses dos *pater famílias*. (CHAVES, 2011, p. 85).

Esse clássico modelo familiar apoiava-se em três premissas básicas, atreladas entre si: casamento, sexo e procriação. Sem casamento (matrimônio) e sem o sexo com exclusiva finalidade de procriação, não se enxergava família, perspectiva esta extremamente influenciada pela religião católica. Tais pressupostos, por conseguinte, eram voltados para a existência de mão-de-obra numerosa que proporcionaria o sustento da família, constituindo uma espécie de clã, com estrutura extensiva, assemelhando-se a uma unidade de produção, já que inseridas numa sociedade eminentemente rural.

A influência da religião, especialmente a doutrina católica, alçou o casamento, sob a ótica do sacramento religioso (o matrimônio), como elemento único e imprescindível para a configuração de uma família. Segundo Vecchiatti (2008), quando da instituição do casamento civil no Brasil, em 1891, o Papa Pio IX afirmou que isto seria um torpe e vil concubinato, pois até então a única forma de casamento era o religioso. Acrescenta Mariana Chaves (2011) que “a fonte da família era o

matrimônio, considerado um sacramento, sendo assim julgado pela Igreja Católica até os dias atuais”.

O perfil da família, portanto, era matrimonialmente sacralizado, indissolúvel, fundado no patriarcado e no patrimonialismo, além de obedecer a uma hierarquia masculina e ser eminentemente heterossexual. As uniões nem sempre eram estabelecidas com base em sentimentos. As relações conjugais eram tratadas, por vezes, como negócios, não se preocupando com o bem-estar dos seus componentes. A felicidade era secundária, enquanto que os interesses patrimoniais sobrepujavam-se como finalidade precípua na junção familiar.

Trata-se, como visto, de um modelo hierárquico, em cuja origem os indivíduos são concebidos dentro de uma ‘regulação piramidal complexa’ e assimétrica, onde, sem a previsão da paridade de direitos entre os cônjuges, delineou-se uma estrutura familiar de tipo forte e autoritário, prevalecendo as relações de hierarquia sobre as de autonomia (RIOS, 2001, p. 99-100).

Os papéis desta família tradicional eram definidos burocraticamente, onde o homem exercia o sustento da família e a mulher atuava como mera reprodutora e administradora doméstica, no cuidado com o lar e na criação da prole, sempre nos desígnios do seu esposo.

Esse modelo prevaleceu nas sociedades até meados do século XX. “Tal tipologia da família durou, com algumas modificações, por muito tempo, influenciando a evolução do direito de família em todos os países cuja religião predominante fosse o Catolicismo.” (CHAVES, 2011).

No ordenamento jurídico brasileiro, após a instituição do casamento civil em 1891, o Código Civil de 1916 trouxe conceitos e juízos ancorados no pensamento familiar tradicional acima detalhado, considerando o casamento, agora celebrado pelo Estado, como único modo de se constituir família, silenciando-se acerca das uniões não matrimoniais bem como dos direitos de filiação havida fora desses laços, não sendo reconhecidas outras modalidades de convívio. Assim lembra Maria Berenice Dias (2011):

O Código Civil de 1916 proibia doações, seguros, bem como a possibilidade de herdar aos partícipes de ligações tidas por espúrias. Legítima era apenas a família formada por meio do casamento; ilegítima, a resultante de união informal, de fato, pela convivência de fim amoroso entre homem e mulher, sem as formalidades do “papel passado”. (p. 104).

O diploma civil de 1916, seguramente machista e intolerante, tratou com discriminação a mulher ao subjugá-la a uma função socialmente doméstica, exaltando o pátrio poder ao homem, colocando-a como chefe da sociedade conjugal apenas em situações excepcionais.

Várias modificações, sociais, políticas, econômicas e culturais, ocorridas a partir da segunda metade do século XX, como a urbanização, a emancipação da mulher e sua inserção no mercado de trabalho, o surgimento da pílula anticoncepcional, o movimento feminista, o advento da Lei do Divórcio (Lei 6515/1977), criação de técnicas de reprodução assistida, entre outros, permitiram a reestruturação das famílias e a evolução da sociedade para um pensamento pluralista quanto ao conceito de entidade familiar.

Com tais mudanças, o conceito de família se redimensionou, ou melhor, se democratizou. “Esse redimensionamento acabou afastando da família o pressuposto do casamento, que deixou de ser o marco de sua existência e o único sinalizador do estado civil das pessoas”, ensina Dias (2011).

Aquele conceito rígido e normativo de família foi sendo paulatinamente recusado pelos novos jovens da metade do século XX, que buscaram autonomia na escolha dos seus companheiros, utilizando o afeto e a busca pela felicidade como parâmetros principais para a composição familiar, sem necessariamente haver formalização através do casamento.

As chamadas “uniões de fato” passaram a ser cada vez mais comuns no transcorrer do século XX, deixando claro que as pessoas mantinham-se unidas como famílias apenas quando da existência de amor na relação, o que tornou imperiosa a regulamentação sobre o tema, uma vez que a elas não era reconhecido nenhum efeito jurídico, fosse no campo do Direito de Família, fosse no campo do Direito Obrigacional. (VECCHIATTI, 2008, p. 190).

O desamparo normativo para as novas uniões não-matrimoniais obrigou a jurisprudência a criar soluções para tais casos, evitando injustiças e enriquecimentos ilícitos nos casos concretos. Entretanto, os magistrados entendiam, à época, que tais uniões não eram entidades familiares. Em contrapartida, a doutrina, gradativamente, foi entendendo que o casamento civil não é pressuposto fundamental à formação das famílias, reconhecendo também como entidade familiar os relacionamentos afetivos não formalizados pelo matrimônio.

Com a Constituição Federal de 1988, influenciada por esse novo dinamismo social, tais uniões não matrimonializadas foram reconhecidas pelo Direito e nomeadas de *Uniões Estáveis*, integrando o rol de entidades familiares previstas constitucionalmente, ao lado da família monoparental e da tradicionalmente constituída pelo casamento. A Carta Magna adaptou-se à evolução social e regulou as novas modalidades familiares de maneira não exaustiva, sendo taxativo, apenas, quando invoca que a família é a base da sociedade e goza de especial proteção do Estado¹¹.

“O caput do art. 226 da Carta Magna brasileira deve ser vislumbrado como cláusula geral de inclusão, devendo-se impedir a exclusão de qualquer entidade que ateste os pressupostos de ostensibilidade, estabilidade e afetividade”, entende Marianna Chaves (2011).

O atual Código Civil de 2002, contudo, na seara do Direito das Famílias, não inovou significativamente para amparar a multiplicidade de entidades familiares hoje existentes. Apenas incluiu, timidamente, a União Estável no rol das modalidades de famílias tipificadas legalmente, esquecendo das famílias monoparentais e homoafetivas. De toda sorte, a constitucionalização do direito civil chancela o reconhecimento das inúmeras repersonalizações familiares.

As famílias contemporâneas (utilizando o plural por não mais se ter um único padrão), portanto, não são mais estritamente patriarcais e patrimonializadas, tampouco necessitam do casamento formal para serem reconhecidas. A finalidade produtiva e reprodutiva não é mais prevalente no conceito atual de famílias. As relações, antes tratadas como negócios, agora são constituídas com base no afeto, no amor, no desejo, na lealdade, em sentimentos de mútuo respeito e objetivos comuns de vida. Por mais que pareça idealista, hoje o conceito de família serve de instrumento para o desenvolvimento da personalidade humana e a realização pessoal dos seus membros, em consonância com o princípio maior da dignidade humana.

Patente e incontestável que a configuração jurídica da família do século XXI tende claramente a valorizar mais o elemento afetivo sobre o matrimônio formal, a procriação ou o estrato social.

¹¹ Art. 226, Constituição Federal de 1988.

Pode-se dizer que as famílias evoluíram de um conceito quantitativo para um conceito qualitativo, onde a valorização da pessoa humana e o afeto entre elas tornaram-se valor jurídico.

Se a família pós-moderna visa à realização da pessoa humana, ela busca a felicidade, que é direito fundamental. Então, se o Estado Brasileiro tem por objetivo fundamental garantir o bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação, todas as modalidades de relação afetuosas que se vislumbre entidade familiar, seja ela informal, monoparental, heteroafetiva ou homoafetiva, merecem amparo legal. Tecnicamente não há distinção entre uma família constituída por apenas pai e filho, avô e neto, homem e mulher, homem e homem, mulher e mulher, homens e filho ou mulheres e filho. Todas são entidades familiares, iguais em direitos e deveres e merecedores de tutela estatal.

Vale transcrever os seguintes ensinamentos que ilustram a variedade de interfaces familiares existentes na sociedade hodierna:

As famílias monoparentais constituem um exemplo de entidade familiar fora do contexto da conjugalidade. Seja oriunda de uma adoção singular, seja oriunda de uma procriação medicamente assistida, seja originária de uma reprodução natural sem reconhecimento do respectivo pai, ou originária do falecimento de um dos progenitores, a entidade constituída pelo filho com qualquer ou apenas um de seus pais configura família. [...] Também configura entidade familiar a comunidade afetiva formada por indivíduos com os denominados “filhos de criação”, quando a filiação natural ou adotiva é inexistente. Também pode-se trazer à baila, dentro do conceito de família, a entidade formada por parentes que não pais e filhos, que pode chamar de família anaparental. Como exemplo ilustrativo, poder-se-ia citar a convivência duradoura de dois irmãos que reúnem esforços para construção do patrimônio. [...] Mais um exemplo de entidade familiar é a família mosaico, pluriparental ou reconstituída, que resulta da multiplicidade das relações parentais oriundas das desuniões, do divórcio, da separação, da reconstituição da vida afetiva por meio do casamento ou relações paramatrimoniais. [...] Também não se pode olvidar da questão das famílias paralelas, as situações em que um componente comum mantém múltipla conjugalidade, em mais de um núcleo familiar. E quando se fala em famílias paralelas, não se está a falar em relações furtivas ou casuais, mas em vínculos fortes, baseados no afeto e que, sendo moralmente aceitáveis ou não, existem. [...] Segue-se para a questão mais intrigante do presente estudo: existe uma família homoafetiva? A união entre duas pessoas do mesmo sexo deve ser considerada entidade familiar? (CHAVES, 2011, p.98-99)

Não há mais espaço para uma classificação burocrática e absoluta das famílias, pois a pluralidade é própria da evolução social por qual passa e passará, sempre, o conceito desta célula social. Enquanto existir pessoas humanas em busca

da união entre si, a família existirá e a sua estrutura variará conforme as condições culturais, políticas e econômicas de cada sociedade.

3.1 A União Homoafetiva – mais uma modalidade familiar

O Direito, e aqueles que lhe operam, amadureceu o suficiente para incluir as Relações Homoafetivas como mais uma modalidade de Família que merece amparo estatal, não devendo desprezar os cidadãos contribuintes que optem por esta “recente”¹² forma de estrutura familiar, em respeito à isonomia e liberdades constitucionais.

Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão se refletiria nas pessoas que as integram, por opção ou por circunstância da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade da pessoa humana. (DIAS, 2011, p. 106).

Apesar de a legislação brasileira ser omissa em relação às uniões formadas por casais do mesmo sexo, não há normas proibitivas expressas ou implícitas que impeçam considerar as relações homoafetivas como famílias juridicamente protegidas.

No direito não existem proibições implícitas, conforme lembra Vecchiatti (2008). Segundo ele, “ou o texto normativo proíbe expressamente determinado fato ou a extensão de determinado regime jurídico, ou ele é tido como totalmente permitido”, em função do que estabelece o art. 5º, II da CF/88, onde ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Ademais, a capacidade procriativa entre um casal não é mais condição legal para a validade do vínculo familiar, assim como a infertilidade não constitui nulidade ou impedimento matrimonial, por ausência de regulação expressa nesse sentido, haja vista os impedimentos matrimoniais serem taxativos, conforme será detidamente exposto no último capítulo. Compor família não significa, necessariamente, deste modo, ter ou querer ter descendentes.

A Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha –, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, conceituou como família toda

¹² Recente para o Direito, haja vista já tratar-se um fato social historicamente conhecido.

relação ínfima de afeto. De forma expressa, afirmou que tais relações independem de orientação sexual. É a única legislação, até então, que deixa explícito o direito fundamental à livre orientação sexual, evidenciando o novo arranjo familiar: as uniões homoafetivas.

Apesar da obviedade no tratamento das uniões homoafetivas como entidades familiares propriamente ditas, alguns autores, divergem desse posicionamento, sustentando a diversidade de sexos como condição para constituição de uma família. Maria Helena Diniz (2002) se manifesta no sentido de que, não obstante a inexistência de referência legislativa a respeito, a diversidade de sexos dos nubentes é pressuposto para a existência do casamento. No entendimento da ilustre jurista, na ocorrência de um casamento entre pessoas do mesmo sexo ter-se-á, para além de um matrimônio inexistente, em suas palavras, uma farsa, um nada. Seguindo a mesma esteira se manifesta Sílvio Venosa (2007), para quem a diversidade de sexos constitui característica fundamental na constituição de uma família. Acrescenta ainda o autor que a união matrimonial entre pessoas do mesmo sexo possui apenas aparência de matrimônio, e que a natureza desse defeito deve ser vista como situação de inexistência do negócio jurídico, uma vez que considera absurdo admitir tal hipótese como ato jurídico válido e eficaz. No mesmo diapasão, Orlando Gomes (1999) sustenta que "A existência da diversidade de sexo constitui, entretanto, uma condição natural, tendo-se em vista a conformação física de certas pessoas". Caio Mário da Silva Pereira (2006) é enfático ao asseverar que apenas uma reforma na Constituição brasileira poderá apartar a heterossexualidade como a base do casamento.

Em que pese os argumentos, as famílias homoafetivas, destarte, não fogem ao elemento determinante das famílias heteroafetivas contemporâneas, qual seja o afeto. Afeto este vislumbrado no amor familiar, na comunhão de vida e interesses, na convivência pública, contínua e duradoura. De maneira teleológica, surge mais uma modalidade familiar merecedora de respeito e reconhecimento estatal, em conformidade com princípios da dignidade humana, igualdade e liberdade, além do direito fundamental à felicidade e à livre orientação sexual, sendo inconstitucional qualquer discriminação jurídica que inferiorize a convivência afetivo-amorosa entre pessoas do mesmo sexo e não as tratem como entidade familiar.

Deste modo resume Dias (2011), para quem, na configuração de uma entidade familiar, não mais se exige, como elemento constitutivo, a heterossexualidade, a prática sexual e nem a capacidade reprodutiva.

Felizmente, a jurisprudência brasileira sensivelmente foi reconhecendo tais uniões e alçando-as à categoria de entidade familiar. O importante papel do judiciário foi assim elucidado por Vecchiatti (2008):

Enquanto o Legislativo não cumpre com sua obrigação constitucional de resguardar os direitos fundamentais das minorias de forma expressa, pode e *deve* o Judiciário, no alto de sua imparcialidade, neutralidade e independência, aplicando os valores constantes do ordenamento jurídico para resguardar o Direito (como os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana), garantir que os direitos daqueles marginalizados pela legislação expressa sejam respeitados pela comunidade em geral, a partir de uma interpretação teleológica que perceba que, inobstante a letra fria do texto normativo, o Direito de Família é aplicável às uniões homoafetivas por meio da interpretação extensiva ou da analogia, que decorrem da isonomia. (p. 241).

Ratificando o pensamento acima, cumpre colacionar alguns julgados que reconheceram as relações homoafetivas como mais uma forma de arranjo familiar, conforme se vê (**grifos não contidos no original**):

Direito civil. Família. Ação de reconhecimento e dissolução de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo cumulada com partilha de bens e pedido de alimentos. Presunção de esforço comum. 1. **Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela. Essa circunstância não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, os quais devem estar preparados para regular as relações contextualizadas em uma sociedade pós-moderna, com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.** 2. Os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, justificam o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias modalidades de entidade familiar. 3. **O art. 4º da LICC permite a equidade na busca da Justiça. O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidades familiares, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização de entidade familiar diversa e que serve, na hipótese, como parâmetro diante do vazio legal – a de união estável – com a evidente exceção da diversidade de sexos.** 4. Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02, com a exceção do inc. VI quanto à pessoa casada separada de fato ou judicialmente, haverá, por consequência, o reconhecimento dessa parceria como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos. 5. Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é

de se reconhecer o direito do companheiro à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, mesmo que registrados unicamente em nome de um dos parceiros, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos é presumida. 6. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1.085.646/RS, Rel. Min^a. Nancy Andrichi, j. 11/05/2011).

Direito constitucional e civil. União homoafetiva. Reconhecimento. Possibilidade. **A Constituição da República, especificamente em seu art. 226, consagra uma concepção aberta de família, a qual deve ser apurada mediante as peculiaridades de cada caso concreto. Nesse campo, adotando-se uma interpretação sistemática, não se pode olvidar que o conceito de família expresso na Constituição encontra-se atrelado aos direitos e garantias fundamentais e, claro, ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. Assim, afigura-se inconcebível admitir que a Constituição tenha adotado determinados modelos familiares, em detrimento de outros, com base em determinados aspectos que não propriamente o afeto. Ademais, mormente por ser a concepção de família uma realidade sociológica, que transcende o Direito, não há como a restringir a formas pré-definidas ou modelos fechados, sendo, pois, absolutamente plural.** Caracterizada a união estável há de ser concedido o benefício de pensão por morte pleiteado. (TJMG, Proc. nº 100240453158500011, Rel. Desa. Maria Elza, j. 03/12/2010).

Apelação cível. União homoafetiva. Reconhecimento. Princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. **A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.** Negado provimento ao apelo. (TJRS, AC 70012836755, 7ª C. Civ., Rel. Desa. Maria Berenice Dias, j. 21/12/2005).

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, como se verá adiante, solidificou o entendimento acima esposado no sentido de abrigar, de uma vez por todas, as relações homoafetivas na categoria de entidade familiar, ao reconhecer a união estável formada por casais do mesmo sexo, acabando com a discussão desnecessária pautada, quase sempre, em argumentos desarrazoados e recheados de preconceitos infundados, bem como fazendo as vezes do Legislativo que se manteve desidiosamente inerte neste assunto. Agora, a família homoafetiva é merecedora dos mesmos direitos e deveres da família heteroafetiva, comprovando que o conceito de família democratizou-se.

Não existe, portanto, qualquer ilicitude na inclusão das relações homoafetivas no conceito de entidade familiar, em atenção aos princípios e direitos fundamentais

já explicados, bem como à contemporânea noção de família e os elementos que a constituem.

3.2 A família homoafetiva no âmbito internacional

Com a evolução principiológica dos direitos fundamentais do homem, ao lado da repersonalização e reestruturação das famílias contemporâneas, bem como dos avanços históricos na desestigmatização das sexualidades não convencionais, os laços afetivos criados entre casais do mesmo sexo foram ganhando notoriedade e tratamentos jurídicos *sui generis*.

A polêmica envolvendo direitos civis à comunidade LGBTTTT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros), em especial o Direito de Família, não acontece somente no território brasileiro, estendendo-se a todos os estados nacionais que se preocupam com a dignidade humana da sua nação.

Alguns países, cujo alto desenvolvimento socioeconômico e cultural contribui para uma postura mais racional e equilibrada em assuntos controversos, já evoluíram no sentido de adotar status jurídico-familiar às uniões formadas por pares do mesmo sexo. Grande parte do mundo ocidental, principalmente ele, já possui uma boa capacidade cognitiva desprovida de preconceitos capaz de alçar as relações homoafetivas à categoria de família e, por conseguinte, lhes presentear com o direito ao casamento civil, união estável, ou qualquer outra forma de assegurar os direitos provenientes do convívio e afeto familiar.

Servindo de exemplo e parâmetro, vários países quebraram tabus ao aprovar leis específicas concedendo o direito ao casamento civil, nominando a parceria de união civil, ou instituindo o modelo de parceria registrada¹³, aos casais com igualdade nos sexos composto por pessoas adultas, desimpedidas e capazes.

Destacam-se a Dinamarca, Holanda, Noruega, Suécia, Israel, Islândia, Hungria, Groelândia, Finlândia, Alemanha, Reino Unido, Luxemburgo, Andorra, Nova Zelândia, República Tcheca, Eslovênia, Suíça, Austrália, Uruguai, Equador,

¹³ Segundo Marianna Chaves (2011), o *registered partneship* ou parceria registrada, aplicado principalmente nos países nórdicos, é um modelo que tem como linhas gerais o casamento, concedendo aos pares do mesmo sexo direitos, benefícios, e responsabilidades associadas ao matrimônio, com algumas diferenças. Por exemplo, as leis de parceria registrada mitiga diversos direitos relativos à parentalidade e concernentes à celebração religiosa das uniões, além de não serem reconhecidas nos países onde não existe o mesmo modelo de vínculo existencial.

Colômbia, Áustria, Irlanda, França, Bélgica, África do Sul, Espanha, Cidade do México, Portugal, Argentina, Massachusetts, Connecticut, Iowa, Vermont, New Hampshire, Columbia e New York como precursores no reconhecimento da união homoafetiva, assegurando as mais variadas formas de proteção a estes novos arranjos familiares¹⁴.

No Brasil, nas palavras de Dias (2011), “é constrangedor o silêncio”. Apesar do abandono legislativo, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico, por decisão unânime, deixou claro que a união estável homoafetiva equipara-se à heteroafetiva, em todos os direitos e deveres, cujos efeitos serão analisados no próximo capítulo.

Apesar dos consideráveis avanços, infelizmente, hoje, ainda existem cerca de 70 (setenta) países que consideram a homossexualidade crime sujeito à sanção penal. Em sua maioria situam-se os países islâmicos e mulçumanos. Estados como Afeganistão, Arábia Saudita, Sudão e Emirados Árabes, acoimam a prática homossexual com a pena de morte. Já no Irã, além da condenação à morte em alguns casos, os homossexuais também podem ser punidos com a amputação dos pés e mãos. No Paquistão, por sua vez, punem-se os homossexuais com a prisão perpétua (Ib. Ibidem).

Ao mesmo tempo em que as informações acima estarrecem, pois providas de fundamentos exclusivamente preconceituosos (influenciados quase sempre pela Religião dominante), a esperança e confiança na aplicabilidade efetiva dos direitos fundamentais do homem, a quem quer que seja, ganha contornos visíveis com a coragem de Países que legislam para toda a sociedade e não para grupos dominantes em detrimento das minorias vulneráveis.

O Brasil, como República Democrática de Direito, objetivando o bem-estar de todos, não pode esquivar-se de aparentes realidades sociais que necessitam de sua proteção, devendo se espelhar nos Estados como Argentina, Espanha, Canadá, entre outros, por possuir uma sociedade plural tanto quanto estes.

¹⁴ Dados extraídos do sítio <http://pt.wikipedia.org/wiki/Casamento_entre_pessoas_do_mesmosexo>, Acesso em 02 de abril de 2012, bem como das lições de Maria Berenice Dias (2011).

4 O Judiciário Brasileiro e a Homoafetividade

Limitações morais, recriminações religiosas e posturas discriminatórias acabam por inibir a iniciativa legislativa sobre temas dissonantes da cultura sexista dominante. A maioria dos legisladores brasileiros, com receio de uma rejeição dos eleitores mais conservadores ou de ser rotulado como homossexual, ignora a realidade aparente dos homossexuais, e se fazem de desentendidos quanto às relações familiares constituídas por estes e que necessitam de reconhecimento para fazer valer os direitos naturais que surgem desta união familiar.

Em contrapartida, boa parte do Judiciário brasileiro, vem adotando, com coragem, um posicionamento favorável ao reconhecer as relações homoafetivas como unidade familiar merecedora de direitos e deveres. As instâncias de primeiro grau, desde 2001¹⁵, já vêm considerando a família homoafetiva à semelhança da heteroafetiva, dando visibilidade a situações que são repudiadas pela maioria da sociedade.

Vários julgados, conforme já vastamente apresentados no decorrer deste trabalho, utilizaram da analogia e dos princípios gerais do direito para assegurar proteção às famílias homoafetivas que geram, assim como qualquer outra ligação familiar, conseqüências pessoais e patrimoniais.

Através de uma interpretação extensiva e inclusiva, bem como utilizando a analogia conforme permissivos dos artigos 4º¹⁶ e 5º¹⁷ da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, combinado com o artigo 126¹⁸ do Diploma Processual Civil, a Justiça Brasileira foi entendendo o espírito da lei, atribuindo às relações homoafetivas uma roupagem de Direito de Família, concedendo-as o status jurídico de União Estável.

¹⁵ Cumpre colacionar o primeiro julgado brasileiro que reconheceu o vínculo homoafetivo como entidade familiar: “União Homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Meação paradigma. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes as que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevando sempre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa 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 parceiros” (TJRS, AC 70001388982, 7ª Câmara, j. 14.03.2001, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis).

¹⁶ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹⁷ Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

¹⁸ Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Sobre o processo analógico, observa-se:

O alicerce da analogia se encontra na igualdade jurídica, posto que o processo analógico se traduz em um raciocínio fundado em razões relevantes de similitude, baseando-se na identidade de razão, que é o fato justificador da aplicabilidade da norma em casos não previstos, mas essencialmente semelhantes. (CHAVES, 2011, p. 163)

Não obstante a lei se limitar a reger as relações heterossexuais, as uniões homoafetivas merecem ser conferidas juridicidade de união estável, por se assemelharem àquelas na identidade de motivo que lhes é fundamental (o afeto), através de uma interpretação analógica, conforme ensina Maria Berenice Dias (2011):

Para o uso da analogia é preciso o preenchimento de certos requisitos. O primeiro é o vazio legislativo. Evidente a omissão quanto à união homoafetiva, que não está regulamentada, mas sequer é expressamente proibida no texto legal. O segundo requisito exige que o caso não contemplado em lei (a união homossexual) tenha com o previsto (união estável), pelo menos, uma relação de semelhança. Em ambos os casos há a maior de todas as identidades entre os diferentes tipos de família: o afeto. O terceiro elemento requer verdadeira e real semelhança e a mesma razão entre ambas as situações. (p. 130).

Entretanto, *a contrario sensu*, nem todos os juízes brasileiros comungaram de tal posicionamento, de forma que, para idênticas situações, nem sempre se alcançou o mesmo resultado, pois, conforme o ditado popular: “*cada cabeça é um mundo*”. Por vezes, as ações pleiteando o reconhecimento da união homoafetiva tal qual a união heteroafetiva eram indeferidas por ausência de uma das condições da ação, a possibilidade jurídica do pedido¹⁹, inibindo aos homossexuais o acesso à Justiça.

Ao negar a existência de um direito por simples ausência de dispositivo legal que reconheça a situação postulada, o judiciário, quando assim se posicionava, sugeria que a pretensão dos homossexuais não era digna de apreciação, negando-lhes o acesso à Justiça.

¹⁹ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. UNIÃO HOMOAFETIVA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CARÊNCIA DE AÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando a ordem jurídica não permite a tutela jurisdicional pretendida. Na esteira da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, diante da norma expressa, contida no art. 226, par. 3º, da Constituição da República, somente entidade familiar pode constituir união estável, através de relacionamento afetivo entre homem e mulher. Revela-se manifestamente impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo. Negaram provimento. (TJMG, 12ª C. Cível, AC 1.0024.04.537121-8/002, rel. Des. Domingos Coelho, j. 24/05/2006).

Pertinente a lição de Aragão, citado por Didier Jr. (2009), quando afirma que “a possibilidade jurídica do pedido não é simplesmente a previsão, *in abstracto*, no ordenamento jurídico, da pretensão formulada pela parte”.

De outro modo, alguns juízes das varas de família se declararam incompetentes na apreciação das uniões homoafetivas, deslocando a competência para as varas cíveis por entenderem que tais vínculos deveriam ser tratados como sociedades de fato, aplicando o art. 981 do Código Civil Brasileiro²⁰ como uma solução paliativa ao desamparo estatal. Na dissolução dessas relações, caso houvesse patrimônio adquirido na constância da sociedade (união), por esforço de ambos, este deveria ser partilhado a fim de evitar o enriquecimento ilícito, subsumindo em descompasso a súmula 380 do STF²¹ para equiparar as uniões homoafetivas ao concubinato. As relações homoafetivas eram, assim, tratadas sob a ótica do Direito Obrigacional e não do Direito das Famílias, excluindo dos homossexuais, por exemplo, o direito a alimentos, os direitos sucessórios, tais quais herança, meação, direito real de habitação, usufruto, benefícios previdenciários, etc²².

A doutrina mais moderna, em contraponto, discorda desta teoria arcaica, dispondo que “não é necessário degradar a natureza pessoal de família transformando-a em ilusória sociedade de fato, como se seus partícipes fossem sócios de algum tipo de empreendimento lucrativo.” (LÔBO *apud* CHAVES, 2011, p. 162).

Condicionar as relações íntimas de afeto entre homoafetivos a uma contribuição de bens ou serviços, comparando-as a uma relação mercantil, é, no mínimo, uma aberração social que desprivilegia pessoas humanas dotadas de sentimentos e merecedoras de respeito, cujos vínculos amorosos não diferem em nada dos padrões afetivos estabelecidos entre heterossexuais.

Para esta corrente conservadora, na caracterização da União Estável a dualidade de sexos é pressuposto imprescindível exigido pela Constituição Federal.

²⁰ Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que, reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

²¹ STF. Súmula 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

²² União Estável – Reconhecimento em união homossexual – Sentença de improcedência corretamente decretada – Possibilidade de divisão de haveres apenas se demonstrada a existência de verdadeiras sociedades de fato, com união de esforços para a aquisição do acervo patrimonial, qual se tratasse de uma sociedade mercantil – Descabimento de seu reconhecimento como se tratasse de entidade familiar, com base apenas na coabitação e vínculos afetivo – Apelo improvido. (voto vencido). (TJSP, AC 643.179-4000, Rel. Des. Luiz Ambra, j. 17/06/2009).

Este é o entendimento do ilustre Carlos Roberto Gonçalves (2005), para quem a União Estável exige como requisitos, além da convivência *more uxório* e o *affectio maritalis*, a diversidade de sexos, classificando a parceria homossexual como ato inexistente, a ser analisada, tão somente, como contrato de sociedade.

Todavia, conforme lição de Pedro Lenza (2010), “a Constituição deve ser sempre interpretada em sua globalidade como um todo e, assim, as aparentes antinomias deverão ser afastadas”, de forma que a diversidade de sexos não enseja requisito primordial para a configuração de uma União Estável. O autor assim discorre sobre a união homossexual:

Deve ser feita uma interpretação mais ampla do art. 226, § 3.º (que discorre sobre a união estável entre homem e mulher), à luz do *caput*, que prestigia a proteção da família, e, especialmente, do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/88). [...] Parece, então, que a união homoafetiva, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III – regra-matriz dos direitos fundamentais), do direito à intimidade (art. 5.º, X), da não discriminação, enquanto objetivo fundamental do Estado (art. 3.º, IV), da igualdade em relação ao tratamento dado à união estável entre um homem e uma mulher (art. 5.º, *caput*), deva ser considerada entidade familiar e, assim, ter o tratamento e proteção especial por parte do Estado, exatamente como vem sendo conferido à união estável entre um homem e uma mulher. (LENZA, 2010, p. 952).

Corroborando o entendimento acima, vale transcrever o excerto abaixo:

A constituição não comporta leitura homofóbica, deslegitimadora das relações de afeto e de compromissos que se estabelecem entre indivíduos do mesmo sexo. A exclusão dos homossexuais do regime de união estável significaria declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de “menos valor”: menos importante, menos correto, menos digno. (FACHIN *apud* DIAS, 2011, p. 135)

Seja utilizando da analogia ou da interpretação extensiva, seja invocando os princípios constitucionais atinentes, o fato é que o tratamento jurídico para as uniões homoafetivas está se tornando incontroverso devido aos avanços que se consolidam nos aforismos jurisprudenciais brasileiro²³.

As incongruências no tratamento das relações constituídas entre casais do mesmo sexo foram, finalmente, resolvidas quando, em 05/05/2011, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, proferiu decisão vinculante, reconhecendo que as uniões homoafetivas constituem entidade familiar

²³ PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. (STJ, 4ª T., Resp. 820475/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 02/09/2008).

e, por conseguinte, devem ser equiparadas às uniões estáveis heteroafetivas em todos os aspectos jurídicos.

4.1 ADPF nº 132 e ADIN nº 4277 - Posicionamento do STF sobre as Uniões Homoafetivas

Duas ações judiciais foram cruciais para o rompimento das barreiras discriminatórias remanescentes nos poderes públicos. Através delas, a Homoafetividade se mostrou como mais um modelo indubitável de entidade familiar.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (tratada adiante pela sigla ADPF), enumerada pelos algarismos 132, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro em 27 de fevereiro de 2008, apresentou como pedido principal a equiparação da união homoafetiva à união estável em relação aos seus funcionários públicos civis que se identificam como homossexuais, assegurando a estes servidores que decidam compor casal com pessoa do mesmo sexo os mesmos benefícios auferidos pelos casais heteroafetivos.

O cerne argumentativo da ADPF nº 132 estabeleceu que como as características essenciais da união estável previstas no Código Civil estão presentes nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o tratamento jurídico deve ser o mesmo, sob pena de se produzir discriminação inconstitucional, em obediência aos princípios da igualdade, liberdade, dignidade humana e da segurança jurídica. A equiparação da união homoafetiva ao regime jurídico da união estável decorre de uma simples regra hermenêutica, onde a lacuna da lei deve ser suprida mediante o emprego da analogia.

Por sua vez, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (tratada adiante pela sigla ADI), enumerada pelos dígitos 4277, inicialmente proposta como ADPF nº 178, protocolada pela Procuradoria-Geral da República em 02 de julho de 2009, e distribuída por dependência à ADPF nº 132, objetivou o reconhecimento em todo o território nacional da união entre homoafetivos como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos essenciais exigidos para a constituição da união estável heteroafetiva, estendendo-lhes os mesmos direitos e deveres imputados aos companheiros heterossexuais.

A essência argumentativa da ADI nº 4277 pontuou que o não-reconhecimento das uniões homoafetivas implicaria violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proibição de discriminação odiosas, da igualdade, da liberdade e da proteção à segurança jurídica.

Estas ações serviram de estopim para a sedimentação da, até então, incerta natureza da união homoafetiva. O Supremo Tribunal Federal ao apreciá-las em conjunto, acolheu as teses levantadas e reconheceu, por unanimidade, as parcerias homoafetivas como entidade familiar, concedendo-as o status jurídico de união estável, comungando da doutrina majoritária e dos precedentes jurisprudenciais que se avolumaram ao longo da década sobre o tema.

Em 05 de maio de 2011, a decisão histórica interpretou conforme a Constituição o art. 1.723 do Diploma Civil²⁴, excluindo qualquer significado que obste ou iniba o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, expressão sinônima de família.

Diante dos detalhes hermenêuticos e da riqueza argumentativa, é assaz importante, para a fundamentação completa deste trabalho, transcrever breves trechos das retóricas conclusivas proferidas pelos julgadores.

Conforme o voto do Ministro Carlos Ayres Britto (2011), relator dos processos, o dissenso judicial em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo reflete um fato histórico e relevante. O vínculo entre dois homens ou duas mulheres, de caráter privado, não possui propósito empresarial, pelo que, segundo o eminente Ministro, não constitui mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Para ele, as relações homoafetivas constituem entidade familiar, interpretando o conceito de família de maneira não-reducionista. Nessa esteira, o relator julgou procedentes as duas ações, dando ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme à constituição “para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de família”. O Ministro Ayres Britto anota, ainda, que o reconhecimento há de ser feito nos mesmos moldes da união estável heteroafetiva.

Calha extrair o sensível excerto abaixo (**grifos contidos no original**):

²⁴ 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 objetivo de constituição de família.

A isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. (BRITTO, 2011, p. 38).

O segundo voto foi proferido pelo Ministro Luiz Fux (2011), para quem as uniões homoafetivas se enquadram no conceito constitucionalmente adequado de família. No seu escólio, defende a jurisdição como consagradora dos direitos fundamentais e, por conseguinte, combate a violação dos direitos da personalidade, tal como a orientação sexual. Estabelece como premissas: que a homossexualidade é um fato da vida; que a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual; que o indivíduo é homossexual simplesmente porque o é; que a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença; que os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida; que não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no reconhecimento de uniões homoafetivas, não existindo, no direito brasileiro, vedação a estas relações.

Se, ontologicamente, união estável (heterossexual) e união (estável) homoafetiva são simétricas, não se pode considerar apenas a primeira como entidade familiar. Impõe-se, ao revés, entender que **a união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos.** [...] A aplicação da *política de reconhecimento* dos direitos dos parceiros homoafetivos é imperiosa, por **admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra.** Ao invés de forçar os homossexuais a viver de modo incompatível com sua personalidade, há que se acolher a **existência ordinária de orientações sexuais diversas** e acolher uma **pretensão legítima** de que suas relações familiares mereçam o tratamento que o ordenamento jurídico confere aos atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar dano às partes envolvidas ou a terceiros. Ressalte-se este último ponto: uma união estável homoafetiva, por si só, não tem o condão de lesar a ninguém, pelo que não se justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença. (FUX, 2011, p. 13-14/18-19).

A Ministra Carmem Lúcia (2011) proferiu o terceiro voto, destacando que a Constituição abomina qualquer tipo de preconceito, requerendo que seja obrigatório o reconhecimento, no Brasil, das uniões homoafetivas como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre

homem e mulher, bem como se estenda os mesmos direitos e deveres dos companheiros heteroafetivos. Apesar do artigo 226, §3º da Carta Constitucional identificar como união estável a parceria entre homem e mulher, não significa, segundo a julgadora, que a união homoafetiva seja constitucionalmente intolerável e intolerada. O reconhecimento é possível graças à tarefa interpretativa dos contextos das palavras e do espírito presente no sistema. E de maneira erudita, a ministra assim pontuou:

É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito. (LÚCIA, 2011, p. 3)

Por sua vez, foi proferido o voto do Ministro Ricardo Lewandowski (2011), segundo o qual, discordando em parte dos outros votos, a união homoafetiva não se enquadra nas espécies de família constitucionalmente previstas, a saber: família constituída pelo casamento, formada em união estável, ou a família monoparental. Para o julgador, o instituto jurídico da união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, em obediência a direito posto. Entretanto, o ministro classifica as relações homoafetivas como uma nova forma de entidade familiar, um quarto gênero, não incluído no rol do artigo 226 da Carta Magna, merecedora de proteção estatal. A solução sugerida pelo Ministro pode ser vista no seguinte trecho:

Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma “união homoafetiva estável”, mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional. [...]Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a vetusta máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico. (LEWANDOWSKI, 2011, p. 14).

Em seguida foi a vez do Ministro Joaquim Barbosa (2011) proferir seus argumentos. Em síntese, para o julgador, a situação se mostra em descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Lembra que as uniões compostas por pessoas do mesmo sexo sempre existiram e sempre existirão, variando, apenas,

a maneira como a sociedade lida com tais situações, a depender do momento evolutivo por qual passa. Sobre a Constituição se manter silente em relação às uniões homoafetivas, Barbosa (2011) indaga se este silêncio deve ser interpretado como indiferença, desprezo ou hostilidade, de forma a banir certas escolhas afetivas. O ministro acredita que não. Para ele, ao STF cabe impedir o sufocamento, o desprezo, a discriminação dura e pura de grupos minoritários pelas maiorias estabelecidas.

Já o Ministro Gilmar Mendes (2011) ressaltou uma série de divergências e questões que devem ser sopesadas pelo judiciário, limitando-se a reconhecer, analogicamente, a existência legal das uniões homoafetivas, sem se pronunciar sobre outros desdobramentos, com receio de extravagar seu âmbito de competência. Para este julgador, ao contrário do posicionamento do relator Ayres Britto, a equiparação da união homoafetiva à união estável pode revelar diversidades, sugerindo, implicitamente, que a equiparação poderia ensejar, por exemplo, a conversão em casamento civil *a posteriori*.

A Ministra Ellen Gracie (2011) comungou do voto do relator e afirmou, a título de fundamentação, que uma sociedade decente é aquela que não humilha seus integrantes.

Em seu voto, o ministro Marco Aurélio (2011), além de acompanhar o posicionamento do relator Ayres Britto, no sentido de aplicar às uniões homoafetivas o regime de união estável, destacou:

É obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas. Entendimento contrário discrepa, a mais não poder, das garantias e direitos fundamentais, dá eco a preconceitos ancestrais, amesquinha a personalidade do ser humano e, por fim, desdenha o fenômeno social, como se a vida comum com intenção de formar família entre pessoas de sexo igual não existisse ou fosse irrelevante para a sociedade. (AURÉLIO, 2011, p. 16)

No mesmo sentido, o ministro Celso de Mello (2011) entendeu ser necessário declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos aos pressupostos exigidos para a constituição da união estável tradicionalmente composta por heterossexuais, além de reconhecer, com o mesmo efeito vinculante, os direitos e deveres ínsitos ao instituto da união estável. Convém anotar sua observação sobre a laicidade do Estado, quando afirma que a República é laica e, por conseguinte, não se pode

confundir questões jurídicas, tais como as relações homoafetivas debatidas, com questões de caráter moral ou religioso.

Por fim, o presidente do STF, o Ministro Cesar Peluso (2011), cujo voto convocou o Poder Legislativo a regulamentar a equiparação debatida, se manteve ao lado dos posicionamentos de Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

Mais do que significativo, este julgado evidenciou a necessidade de tratar com cidadania cidadãos, até então, considerados de segunda categoria. A postura do Supremo Tribunal, não se deixando influenciar por religiosidades ou manifestações desarrazoadas de repúdio, foi exemplar e digna de aplausos, cumprindo seu papel em garantir Direitos Fundamentais aos jurisdicionados, sem discriminação.

Entretanto, a decisão foi criticada por alguns, sob a alegação do Judiciário estar legislando, extrapolando de sua competência e afrontando o princípio da separação dos poderes²⁵. O STF bem frisou que estava não só a sanar a omissão indolente do legislador, como também impedindo a violação de direitos fundamentais consagrados em sede constitucional. Neste sentido, trecho do voto do Ministro Celso de Mello (2011):

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. (p. 46)

A partir deste célebre *decisum*, todos os integrantes do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, ainda que possuam convicções subjetivas ou religiosas contrárias, não podem abster-se em atribuir efeitos jurídicos aos relacionamentos formados por duas pessoas do mesmo sexo que cumprirem os pressupostos para o reconhecimento da união estável. A decisão produz eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, por se tratar de decisão definitiva de mérito, proferida pelo STF, em sede de ADI, conforme dispõe o artigo 102, §2º da Carta Magna²⁶. As uniões

²⁵ Vale lembrar que em sede de ativismo judicial a questão homoafetiva não foi a única a ser amparada pelo STF. Recentemente, a título de exemplo, a Corte Constitucional concedeu a todas as mulheres o direito de aborto em caso de feto anencéfalo, demonstrando a preocupação com as questões humanas fundamentais, mesmo que não haja disposição legislativa a respeito.

²⁶ “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito

homoafetivas, a partir de então, só podem ser identificadas como uniões estáveis, não mais como sociedades de fato, e, portanto, apreciadas na competência da Vara de Família.

Pertinente, haja vista o presente trabalho orbitar em torno dos efeitos desta decisão, colacionar por inteiro a Ementa do referido julgado:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. **2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.** O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. **3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA.** O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade

cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidência que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “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”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização

da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADF 132-RJ e ADI 4277-DF, Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011)

Imperioso destacar o sentimento de júbilo com que Maria Berenice Dias (2011) descreveu o referido julgado:

Desta nova fase da minha vida, talvez a mais marcante tenha sido a sustentação oral que proferi perante o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento que mudou a história deste país. O reconhecimento de que a democracia assegura direito igual a todos e que cada cidadão merece o mesmo tratamento, foi a maior prova de que se vive em um estado que respeita a dignidade humana como direito fundamental. [...] De tudo, no entanto, o mais significativo foi a sociedade ter se dado conta, e a Justiça não é cega. Nem surda. O voto de cada um dos ministros reafirmou o compromisso de romper com a discriminação de que são vítimas cidadãos, pelo só fato de amarem sem atender ao desígnio de se multiplicarem. [...] No momento em que a Corte Maior da justiça brasileira reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, assegurando-lhe igual tratamento jurídico das uniões estáveis, com os mesmos direitos e deveres, enlaçou-a no conceito de família, base da sociedade e merecedora de especial proteção do Estado. (p. 9).

Assim, a mais alta Corte do Judiciário Brasileiro preencheu o vazio legislativo no tocante às relações familiares constituídas por homossexuais, não invocando o silêncio da lei para negar direitos a uma parcela da sociedade que foge ao estereótipo convencional de comportamento sexual, mas que em nada agride a ordem social.

Sanando a incerteza de como o Direito deve lidar com o tema, o Supremo Tribunal Federal enfrentou com firmeza o descaso legislativo para com as uniões homoafetivas, permitindo que cada indivíduo realize seus lícitos projetos pessoais de maneira que o fundamento da democracia seja respeitado, rechaçando o preconceito e a discriminação.

Surgem agora novos questionamentos: estando equiparada à união estável, pode a união homoafetiva ser convertida em casamento civil? Está ao alcance dos pares do mesmo sexo o casamento civil direto? Conforme se verá a seguir, o casamento civil entre homossexuais é, sim, possível, haja vista tratar-se de um desdobramento lógico e efeito natural da referida decisão do STF.

5 As Relações Homoafetivas e o Casamento Civil

A decisão emblemática do STF, reconhecendo a natureza familiar das uniões homoafetivas e equiparando-as às uniões estáveis entre homem e mulher, abriu margens para uma importante discussão em torno dos efeitos e alcance que este julgado pode proporcionar. O grande debate que se seguiu foi sobre a possibilidade ou não do casamento civil entre cidadãos homossexuais.

Em que pese o avanço obtido com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, “o casamento carrega consigo todo um status jurídico de reconhecimento, que não seria satisfeito com a simples concessão de direitos semelhantes sob um instituto distinto, tampouco pela interpretação analógica de determinados institutos” (MEDEIROS, 2007).

Atribuir somente o status de união estável às uniões homoafetivas, olvidando a possibilidade do casamento civil, seria aplicar o princípio da igualdade de maneira incompleta, incongruente e incompatível com o espírito da Constituição da República.

A união estável e o casamento civil não são idênticos. Apesar de essencialmente similares, são substancialmente diferentes em alguns pontos. Segundo Hideliza Boechat Cabral (2008), em artigo esclarecedor sobre as diferenças dos referidos institutos, pela união estável não se confere estado civil de casado aos companheiros, permanecendo-os com o estado de civil de solteiro, divorciado ou viúvo, bem como não pode se adotar o sobrenome do companheiro; no casamento existe a possibilidade de escolha do regime de bens, enquanto na união estável se aplica as regras da comunhão parcial; além do mais, o casamento se materializa apenas numa certidão, ao contrário da união estável que necessita, geralmente, de esmiuçada dilação probatória.

Por sua vez, a advogada Regina Beatriz Tavares da Silva (2009), presidente da Comissão de Direito de Família do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo), em entrevista dada ao site UOL²⁷, acrescenta sobre a diferenciação no tocante ao direito sucessório, ponto mais desproporcional entre os institutos:

²⁷ Disponível em <<http://mulher.uol.com.br/casamento/noticias/infomoney/2011/10/31/entenda-a-diferenca-entre-casamento-e-uniao-estavel.html>>. Acesso em 18 abril 2012.

Na dissolução por morte de uma das pessoas que forma o casal, existem diferenças entre o casamento e a união estável. No primeiro caso, ocorre o seguinte:

- Comunhão parcial: nesse caso, só os bens adquiridos onerosamente durante o curso do casamento é que se comunicam ao outro cônjuge, ou seja, são bens comuns. "Isso é a chamada meação, em que cada um tem direito à metade", identifica Regina. "Mas a pessoa pode ter bens exclusivos. Não pode ter levado para o casamento um apartamento adquirido antes?" Pelo regime de bens, ele não vai para o cônjuge. Porém, vai por direito de herança, porque o cônjuge é um herdeiro necessário nesse regime da comunhão parcial sobre os bens exclusivos do falecido, em que ele concorre com os filhos do falecido.

- Separação total eletiva: o cônjuge não tem direito à meação, mas é herdeiro sobre todos os bens do falecido, concorrendo com os filhos do falecido. "Por exemplo, se o falecido tiver um filho, o cônjuge terá direito à metade do patrimônio. Se tiver dois filhos, ele vai ser herdeiro na proporção de um terço".

Na união estável, por sua vez, não existem os mesmos direitos sucessórios. O companheiro ou companheira - que é o termo usado para se referir aos membros desse tipo de entidade familiar - vai atingir somente os bens que foram adquiridos onerosamente na vigência da união estável (o que não inclui os bens exclusivos). E, mais do que isso, os companheiros não são considerados herdeiros necessários.

"Qual é diferença disso? É grande", destaca a advogada. "Herdeiro necessário é aquele que não pode ser retirado do limite da chamada cota disponível. Por exemplo, uma pessoa casada não pode dispor em testamento mais do que 50% do que é seu, porque o cônjuge tem direito como se fosse filho". Por isso, no caso da união estável, a pessoa tem direito aos bens se não houver um testamento que tire os direitos sucessórios. (p. 01).

Logo, se a lei oferece dois institutos semelhantes, mas com efeitos distintos, não é concebível conferir apenas a união estável aos casais homoafetivos em detrimento do princípio da igualdade.

Conforme já demonstrado no capítulo quatro e cinco, a oposição de sexos não é mais um requisito imprescindível para distinguir o que é entidade familiar. A repersonalização dos direitos das famílias enseja a concessão do casamento a todas as formas de vínculos afetivos compostos entre pessoas capazes e com objetivos comuns de vida, sob pena de violar direitos fundamentais.

Neste sentido, Maria Berenice Dias (2011) afirma que "a nova definição legal de família se harmoniza com a previsão do casamento" insculpida no artigo 1.511 do Código Civil²⁸. A alusão à diferenciação dos gêneros não é mais pressuposto para a caracterização de uma unidade familiar, nem para a constituição de união estável, conforme já decidido pelo STF, razão pela qual não se pode mais excluir dos homossexuais o direito ao casamento civil.

²⁸ Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Embora a Lei Civil²⁹ preveja a distinção de sexos para a celebração do casamento (sem, entretanto, taxar a diversidade como condição *sine qua non*), não há entre os impedimentos matrimoniais³⁰, tampouco no rol das nulidades³¹, qualquer disposição que vede a identidade de sexo dos nubentes.

Se a corte constitucional concedeu o status de família às uniões formadas por homoafetivos, fez-se valer a mensagem contida no artigo 1.513 do Diploma Civil, em que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Destarte, a família homoafetiva não pode sofrer limitações que obstruam o direito à igualdade perante os outros modelos familiares, de modo que o casamento civil é um direito inerente tanto quanto a união estável.

Ainda persiste na sociedade mais conservadora um pensamento quase primata em relação à idéia do casamento, sob o argumento de que este instituto, caso concedido aos homossexuais, seria enfraquecido diante suas raízes históricas, principalmente por não cumprir o casal homoafetivo com o “dever social” da procriação. Geralmente os argumentos contrários ao casamento entre casais do mesmo sexo são frágeis e falaciosos, providos, quase sempre, por uma ultrapassada interpretação religiosa sem nenhum cunho científico dotado de razão.

Rebatendo as idéias acima, Marianna Chaves (2011) ensina com maestria:

Note-se que é idéia arraigada na doutrina mundial que a procriação não constitui escopo do casamento. Se assim o fosse, casamento entre pessoas idosas ou entre pessoas inférteis seriam vedados. Do mesmo modo, não existe óbice algum ao casamento entre parceiros férteis que não desejem ter filhos, mas querem desfrutar dos benefícios e direitos oriundos da

²⁹ Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

³⁰ Art. 1.521. Não podem casar:

I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II – os afins em linha reta;

III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem foi do adotante;

IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V – o adotado com o filho do adotante;

VI – as pessoas casadas;

VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

³¹ Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:

I – pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II – por infringência de impedimento;

Art. 1.550. É anulável o casamento:

I – de quem não completou a idade mínima para casar;

II – do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;

III – por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 ou 1.558;

IV – do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

V – realizado pelo mandatário, sem que ele ou outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevindo coabitação entre os cônjuges;

VI – por incompetência da autoridade celebrante.

relação matrimonializada. [...] Não se está a defender que é irracional definir o casamento como sendo apenas entre homem e mulher. É de se afirmar que é irracional continuar a definir casamento como exclusivamente heterossexual, apenas e tão-somente porque o casamento é atualmente e recorrentemente definido como união heterossexual sem maiores fundamentos. (p. 198-199).

A essência precípua do casamento não é constituir prole, tampouco cumprir com deveres domésticos de ordem laboral. Hoje o casamento é visto como um compromisso afetivo consubstanciado no compartilhamento de projetos de vida, ainda que sem a intenção de perpetuar a espécie ou comungar dogmas religiosos.

Isso quer dizer que, por mais que a lei atualmente traga a expressão “o homem e a mulher” (ou seja, o fato heteroafetivo), o valor por ela protegido não é a heterossexualidade, mas o amor de duas pessoas que gera uma entidade familiar, por meio de uma comunhão plena de vida e interesses, contínua, duradoura e com intuito de constituir família. [...] Ora, se o amor familiar é a base da família (e, portanto, do Direito de Família), então é inafastável a conclusão segundo a qual as uniões homoafetivas são idênticas no essencial às uniões heteroafetivas, razão pela qual deverá ser reconhecida a possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo. (VECCHIATTI, 2008, p. 264-265).

Mesmo que as religiões condenem as práticas homossexuais e, por conseguinte, as relações que deságuam em uniões familiares próprias ao casamento civil, não se está a discutir a obrigatoriedade de estender sacramentos religiosos aos casais formados entre homens ou entre mulheres. O Estado, convém lembrar, é separado da Religião e a questão em apreço é de ordem eminentemente normativo-científica .

É mister ressaltar que, na história da humanidade, por mais folclórico que pareça, já fora proibido em vários Estados norte-americanos do Sul o casamento interracial, ou seja, entre brancos e negros. Consoante informa Marianna Chaves (2011), esta política era conhecida por “*separated but equal*”³². Este óbice matrimonial, entretanto, não impedia o casamento entre negros. A mesma lógica pode-se utilizar na questão dos homoafetivos, em que são proibidos de casar-se entre si, mas não de casar-se com um par de sexo distinto. O racismo foi suplantado, por que não suplantar a homofobia?

Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros (2010) assevera que não há qualquer embasamento jurídico capaz de conferir normatividade a entendimento excludente da possibilidade de celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

³² Livremente traduzido para “diferentes, mas iguais”.

Do mesmo modo que foram aplicados os princípios da dignidade humana, liberdade e igualdade, além dos direitos fundamentais à felicidade e à livre orientação sexual, na equiparação das uniões homoafetivas à união estável, merecem também tais valores serem aproveitados quanto ao casamento, pois nada justifica o não reconhecimento deste direito aos casais homoafetivos. O acesso ao matrimônio é reflexo direto dos princípios já estudados.

É inconstitucional, portanto, a lei que limita o acesso ao casamento apenas a pessoas de sexo distinto, criando ou mantendo desigualdade em face da lei constitucional consagradora do princípio da igualdade (MIRANDA *apud* DIAS, 2011).

Nesse diapasão, existem, de acordo com a conjectura jurisprudencial hodierna, duas possibilidades concretas para o casamento civil entre homoafetivos: a conversão da união estável e o casamento civil direto, em decorrência de um desdobramento lógico e interpretação natural ao posicionamento conferido pelo STF.

5.1 A União Estável Homoafetiva e a possibilidade jurídica de sua conversão em Casamento Civil

Como se viu, após a manifestação do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da ADI 4277 e ADPF 132, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar e equiparando-a, em todos os direitos e deveres, à união estável heteroafetiva, surge o questionamento quanto à possibilidade de sua conversão para o casamento civil.

Não mais existe a controvérsia em considerar, ou não, as uniões homoafetivas como entidades familiares. A celeuma agora se concentra nos reflexos da decisão do STF, a saber, se a união estável homoafetiva pode ser convertida em matrimônio civil.

Esta hipótese ganha plausibilidade, pois, ao igualar totalmente as uniões estáveis homoafetivas às heteroafetivas, sem mencionar qualquer distinção nos seus efeitos, subentende-se que a conversão ao casamento civil, permitido pela Constituição Federal às uniões estáveis entre homem e mulher, também se aplica às famílias homoafetivas.

“Atendidos os requisitos legais para a configuração da união estável, não há como impedir sua conversão em casamento, sob pena de desrespeitar o efeito vinculante do decido pelo Corte Suprema.” (DIAS, 2011).

Trata-se de um desdobramento lógico à referida determinação da Corte Constitucional. Um desdobramento lógico que se obtém através de uma interpretação um tanto quanto natural sobre os argumentos ministrados, conforme ensina com nitidez Marianna Chaves (2011)³³:

Assim, as uniões homoafetivas foram equiparadas às uniões estáveis. Mas o que dizer sobre o casamento civil? Um dos questionamentos mais recorrentes quando se debate sobre o referido julgamento é: o STF julgou sobre o casamento homoafetivo? A resposta deve ser um solene não. Os julgadores se limitaram a dar ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro uma interpretação conforme a Constituição, equiparando as duas entidades familiares. Então o casamento civil homoafetivo não é permitido? Deve-se utilizar, uma vez mais, um solene não. **O casamento civil entre pessoas do mesmo sexo é, sim, possível, como um efeito direto ou natural da decisão do STF.** O art. 1.726 do Código Civil brasileiro é bem claro e explícito ao estabelecer que "a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil". (p. 01). **(grifos não contidos no original)**

Neste sentido, as primeiras instâncias do judiciário brasileiro vêm se posicionando de maneira favorável perante os primeiros requerimentos de conversão das uniões estáveis homoafetivas, entendendo ser o casamento civil uma conseqüência natural da decisão do STF.

A primeira homologação para o casamento civil entre homoafetivos no Brasil, protocolada sob o nº 1209/2011, por força dos efeitos provenientes da união estável reconhecida, obteve parecer favorável do Ministério Público e foi concedida, em 27/06/2011, pelo Juiz da 2ª Vara da Família da Comarca de Jacareí – SP, Dr. Fernando Henrique Pinto³⁴, em cuja sentença enfatizou o princípio da igualdade, contextualizando-o na conceituação do casamento, e demonstrou a necessidade social da concessão deste direito aos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Lembrou, também, que o Estado Brasileiro é Laico, pelo que não merece subsistir qualquer entrave de ordem religiosa à concessão do casamento civil aos homossexuais. E sensivelmente dispôs que “o motivo maior de uma **união humana é – ou deveria ser – o Amor**”.

³³ CHAVES, Marianna. O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3092, 19 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20672>>. Acesso em: 17 abr. 2012.

³⁴ Disponível em <http://direitohomoafetivo.com.br/2011/uploads_jurisprudencia/1079.pdf> Acesso em 19 abril 2012.

Nessa linha de raciocínio, considerando que o amor familiar é o elemento formador da família contemporânea no que tange à união amorosa de duas pessoas e que esse mesmo amor familiar existente nas uniões heteroafetivas existe nas uniões homoafetivas, então fica evidente que o elemento que a lei do casamento civil visa proteger existe nas duas situações. (VECCHIATTI, 2008, p. 264)

Em 28/06/2011, dia seguinte à decisão acima, outro pleito de conversão de união estável formada por duas mulheres foi homologado no Distrito Federal, processo nº 101696-7/2011. O casamento civil foi concedido pela juíza de Direito, Dra. Junia de Souza Antunes³⁵, para quem “a decisão vinculante Supremo Tribunal Federal não deixa qualquer margem de dúvidas a esse respeito, porque [...] cediço que uma das conseqüências da união estável é a sua conversão em casamento”, em obediência ao princípio da segurança jurídica. A douta juíza ainda discorreu sobre as diferenças entre união estável e casamento civil, o conceito contemporâneo de família, e o inevitável intrometimento da Religião em questões eminentemente jurídicas.

Nos mesmos moldes, o juiz da comarca de Itajaí - SC, Dr. Roberto Ramos Alvim, nos autos da ação nº 033.11.010261-7³⁶, com sentença datada em 15/07/2011, converteu em casamento a união formada entre duas mulheres. Para o julgador, o Poder Judiciário deve repudiar qualquer discriminação que atente contra o casamento de pessoas do mesmo sexo.

Na mesma linha de raciocínio das decisões *supra*, o juízo da 1ª vara de Família e Registro Civil da Comarca do Recife – PE, em 02/08/2011³⁷, apontou a decisão do STF (ADPF 132 e ADI 4277) como “indutora da catálise de entendimentos e avanços sobre a temática em nosso país”. Para o juiz, Dr. Clicério Bezerra da Silva, a aludida decisão se reveste com duplo efeito, cuja conversão ao casamento civil decorre de um raciocínio dedutivo às conseqüências naturais da união estável, pelo que não há motivos para denegar o desiderato.

Seguindo a tendência das referidas intelecções, alguns juízos de primeira instância foram caminhando no sentido de converter as uniões estáveis homoafetivas em casamento civil. Comarcas no Estado de São Paulo, a exemplo de

³⁵ Disponível em <http://direitohomoafetivo.com.br/2011/uploads_jurisprudencia/1082.pdf> Acesso em 19 abril 2012.

³⁶ Disponível em <http://direitohomoafetivo.com.br/2011/uploads_jurisprudencia/1173.pdf>. Acesso em 19 abril 2012.

³⁷ Disponível em <http://direitohomoafetivo.com.br/2011/uploads_jurisprudencia/1101.pdf>. Acesso em 19 abril 2012.

Dracena (em 04/08/2011), Franco da Rocha (em 19/08/2011), Limeira (em 30/08/2011) e Santos em (12/12/2011)³⁸, perfilharam a inteligência da interpretação lógico-natural à decisão do STF, homologando os pedidos de conversão das uniões estáveis formadas por casais do mesmo gênero.

Uma das mais recentes conversões adveio da Comarca de Guarulhos – SP, proferida em 07/02/2012 pela juíza substituta, Dr. Rafaela de Melo Rolemberg. Impende transcrever didático fragmento de sua fundamentação:

Registro que resta superada a discussão acerca da aplicação dos direitos oriundos da união estável aos casais do mesmo sexo, em razão do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental — ADPF 132-RJ (convertida em ADI) e Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.277-DF, onde o Supremo Tribunal Federal, em 05/05/2011 por unanimidade e utilizando-se da técnica denominada interpretação conforme, reconheceu que o artigo 1.723 do Código Civil, que trata da união estável, deve ser aplicado em observância (e conforme) ao parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Em outras palavras, a decisão acima mencionada, cujos efeitos são vinculantes e erga omnis, ao afastar qualquer interpretação discriminatória do art. 1.723 do Código Civil que impedia o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, não só reconheceu como união estável a união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo, como também garantiu todos os efeitos jurídicos dela decorrentes, dentre os quais o recebimento de pensão e herança, partilha de bens, adoção, mudança de nome e, em especial o direito da conversão ao casamento civil. Nesse contexto, perfeitamente aplicável o art. 1.726 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual os conviventes podem requerer a conversão da união estável em casamento, mediante pedido ao juiz para posterior assento no Registro Civil da Circunscrição de seus domicílios. (SP, Proc. nº 224.01.2011.081916-6, Juíza Substituta Rafaela de Melo Rolemberg, j. 07/02/2012, p. 01).

Registre-se, por oportuno, a mais coeva das conversões concedida em sede de apelação pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 17/04/2012. O Desembargador Relator Luiz Felipe Francisco, da 8ª Câmara Cível, afirmou que “não há que se negar aos requerentes a conversão da união estável em casamento, máxime porque consta dos autos a prova de convivência contínua, estável e duradoura”, utilizando o parâmetro já mencionado da interpretação lógico-natural aos efeitos da decisão prolatada pelo STF, ressaltando que a própria Corte Constitucional vedou tratamento diferenciado entre uniões hétero e homoafetivas³⁹.

Como se denota, espocaram pelo país, e ainda espoca, uma série de demandas titularizadas por casais homoafetivos em união estável requerendo a conversão desta em casamento civil, em reflexo direto à decisão do STF.

³⁸ Dados extraídos do sítio <<http://direitohomoafetivo.com.br>>. Acesso em 19 abril 2012.

³⁹ Disponível em <<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/70603>>. Acesso em 20 abril 2012.

Se o tribunal máximo reconheceu o status de família às uniões homoafetivas, concedendo-as, a priori, natureza de união estável para os efeitos legais, utilizando uma regra sistêmica, esta união pode ser convertida em casamento civil, pois, além da lei assim autorizar, são situações dotadas de mesmo valor jurídico, não obstante a omissão legal.

Segundo Vecchiatti (2011) esta mudança do regime jurídico da família homoafetiva “é uma decorrência puramente lógica da decisão do STF e uma decorrência da própria legislação, que determinada a possibilidade da conversão da união estável em casamento civil”. Em um parecer sobre a possibilidade da comentada conversão, o referido autor pontua, com precisão cirúrgica, argumentos jurídicos dos quais valem transcrever, *verbis*:

Com efeito, do ponto de vista material, não faz sentido jurídico nenhum reconhecer a união estável homoafetiva, mas não reconhecer o casamento civil homoafetivo, pois tanto casamento civil quanto união estável são regimes jurídicos que visam regulamentar a família conjugal, donde reconhecida a união homoafetiva como família conjugal, é obrigatório o reconhecimento do direito de casais homoafetivos terem acesso ao casamento civil. [...] Ademais, do ponto de vista puramente formal, o art. 226, §3º, da CF/88 e o art. 1.726 do CC/02 determinam obrigatoriamente ao Estado Brasileiro que possibilite possibilidade da conversão da união estável em casamento civil, donde reconhecida a união homoafetiva como união estável, tem-se ordem constitucional obrigando a possibilidade de sua conversão em casamento civil. (p.01)

A decorrência lógica deste reconhecimento judicial enseja, invariavelmente, que os homoafetivos podem usufruir de todos os direitos próprios à união estável, inclusive o direito à conversão ao casamento civil, insculpido no já citado §3º, parte final, do artigo 226 da Carta Magna, sob pena de desconsiderar o caráter familiar das uniões homoafetivas e desvirtuar o instituto da união estável.

Portanto, se um casal homossexual preenche os requisitos necessários para a configuração da união estável – convivência pública, contínua e duradoura, com perspectiva de vida em comum – não há que se cogitar de um possível indeferimento caso este casal venha requerer a conversão da união em casamento civil, pois os mesmos direitos e deveres intrínsecos à união estável entre um homem e uma mulher foram concedidos aos companheiros homoafetivos.

Sendo assim, por já estar sedimentado o entendimento sobre o caráter familiar das uniões homoafetivas, alçadas ao status-jurídico de união estável, é inafastável o cabimento de uma interpretação lógico-natural à decisão do STF como

forma de possibilitar a conversão destas uniões em casamento civil, tendo em vista as consequências naturais das quais a união estável está sujeita.

5.2 Casamento Civil direto aos casais de mesmo sexo – Decisão no STJ

Como mais um reflexo, mesmo que indireto, à decisão do STF (ADI 4277 e ADPF 132), urge considerar a habilitação direta ao casamento civil como mais um direito ínsito aos casais homoafetivos, pois, se a conversão da união estável homoafetiva já se consolida jurisprudencialmente, por que não possibilitar o acesso direto destas uniões ao casamento civil?

Ora, como os homossexuais estão casando via transformação, não há como negar-lhes acesso ao casamento direto. Isto porque, para a escritura pública de união estável nada é exigido. Nem prazo de duração, nem prova de sua existência. Assim, nada impede que o casal um dia formalize o contrato e no dia seguinte peça sua conversão em casamento. Em face do elementar princípio da garantia de acessibilidade à justiça, de todo descabido impor a duplicação de procedimentos. Está na hora de acabar com a hipocrisia para se admitir a habilitação e o casamento. (DIAS, 2011, p. 139)

O Ministro Relator das já ventiladas ADI 4277 e ADPF 132, Carlos Ayres Britto (2011), sinalizou que o casamento civil homoafetivo também é possível, como se denota:

Essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos “homem” e “mulher”. (p. 42)

Assevera Marianna Chaves (2011) que “não obstante não seja um efeito jurídico do julgamento do STF, o casamento civil homoafetivo direto é uma consequência factual” haja vista o teor das fundamentações das decisões que o autorizaram.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou favoravelmente ao pedido de habilitação para casamento entre duas mulheres gaúchas. Em 25/10/2011, por quatro votos a um, o STJ permitiu o casamento civil direto a um casal de mulheres lésbicas, entendendo que inexistente vedação expressa, ou até

mesmo implícita, que obste a habilitação para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, *verbis*:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.535 E 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4277/DF. (1183378 RS 2010/0036663-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2012)

O Ministro Relator Luis Felipe Salomão (2011), em voto extremamente consentâneo com a realidade social, destacou que a Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova fase ao direito de família, em especial ao casamento, inaugurando um “poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado família, recebendo todos eles a especial proteção do Estado”. Atentando-se a isto, o Ministro afirma que as famílias homoafetivas não são menos dignas de proteção do Estado, sendo o casamento civil a melhor forma pela qual o Estado protege esse núcleo doméstico de família, arrematando:

não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. (p. 18)

A Ministra Maria Isabel Gallotti (2011) acompanhou o voto do relator, afastando o óbice relativo à diversidade de sexos para a habilitação ao casamento civil, aduzindo:

Se o Supremo, intérprete máximo da Constituição, estabeleceu que a menção a “homem e mulher”, no art. 226, §3º, da CF, não exclui, da abrangência do instituto da união estável, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, pelo mesmo motivo, a referência a “homem e mulher”, no art. 1.514, do Código Civil, não pode ser interpretado com esta restrição, afirmada inconstitucional pelo STF. O Direito é um sistema lógico e as normas legais devem ser interpretadas em consonância com os parâmetros assentados pelo Supremo, no controle concentrado de constitucionalidade. (p. 28)

Por sua vez, o Ministro Antônio Carlos Ferreira (2011) deu provimento ao Recurso Especial nos termos do voto do Relator, lembrando que a omissão

legislativa não pode prejudicar o jurisdicionado, razão pela qual não pode o STJ restringir o exercício de direitos civis pelo homoafetivos, incluído o direito ao casamento civil e à segurança jurídica que dele sobrevém.

Em contrapartida, o Ministro Raul Araújo (2011) entendeu que apenas o STF poderia deliberar sobre o mérito em análise, por estar o recurso “além dos limites do exame de norma infraconstitucional”, votando pelo não conhecimento do Recurso Especial.

Por fim, o Ministro Marco Buzzi (2011), após pedido de vista, entendeu que a matéria discutida viola artigos do Código Civil no tocante à disciplina do casamento civil sob a luz do dispositivo genérico contido no art. 226 da Constituição Federal. Para o julgador, afigura-se totalmente despropositado que o instrumento jurídico do casamento não alcance os casais homoafetivos, já que são reconhecidamente modelo familiar.

Este precedente judicial, emanado pela segunda mais importante corte de justiça do país, embora sem efeito vinculante e *erga omnes*, demonstrou mais uma vez a função contramajoritária do judiciário em salvaguardar o direito das minorias, excluindo qualquer forma de discriminação aos cidadãos brasileiros, entre eles os homossexuais, em consonância com o espírito jurisprudencial da Suprema Corte Constitucional. Tal decisão serve de modelo para a justiça de primeiro grau julgar casos semelhantes do mesmo modo.

Não reconhecer à família homoafetiva o direito ao casamento civil é uma forma anacrônica de tratar seres humanos como se assim não os fossem, menosprezando-os a uma segunda categoria de cidadãos e descumprindo os princípios constitucionais da isonomia, dignidade da pessoa humana e liberdade.

O casamento civil homoafetivo é uma decorrência direta da interpretação dos princípios constitucionais da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da liberdade real, que impõem o reconhecimento de uma interpretação evolutiva do Direito que reconheça as uniões homoafetivas como famílias conjugais e lhes reconheça, portanto, os direitos ao casamento civil e à união estável, tendo em vista que elas são pautadas pelo mesmo amor familiar que justifica a proteção destes regimes jurídicos às uniões amorosas, donde tem-se que o acesso de casais homoafetivos ao casamento civil decorre da aplicação direta das normas constitucionais na interpretação da lei do casamento civil. (VECCHIATTI, 2011, p. 03)

Corroborando com as intelecções acima expostas, extrai-se da fundamentação do Juiz, Dr. Bruno Machado Miano (2011), o lapidar ensinamento:

Nesse passo, se os Ministros da Suprema Corte entenderam que a expressão “entre o homem e a mulher”, constante no § 3º do art. 226 da Constituição Federal, é discriminatória, porque existentes, possíveis e válidas as uniões entre homem e homem bem como entre mulher e mulher, não parece cabível manter a constitucionalidade das demais regras vigentes no ordenamento jurídico brasileiro que estabeleçam essa discriminação, verdadeira segregação de alguns institutos a apenas alguma espécie de seres humanos (os heterossexuais). (SP, Protocolo nº 363/11, Juiz de Direito Bruno Machado Miano, j. 04/08/2011, p. 02).

Nos dizeres conclusivos de Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros (2007), o reconhecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, os homoafetivos, “independe de alteração legislativa ou constitucional, consubstanciando-se, [...], na consolidação de princípios constitucionais de igualdade e liberdade, conforme seu significado desenvolvido dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito”.

Constituindo, as relações homossexuais, pautadas no afeto, em família conjugal, e por ser toda família objeto valorativamente amparado pelo casamento civil, cai por terra qualquer argumento discriminatório que pretenda obstar o acesso das famílias homoafetivas ao regime jurídico do matrimônio civil, de forma a expurgar o preconceituoso anacronismo ainda existente na sociedade brasileira.

A tônica do Casamento Civil Igualitário repousa, essencialmente, na combinação entre: ausência de proibição legal que obste o acesso de casais homoafetivos ao matrimônio civil; postulados valorativos da isonomia, liberdade e dignidade; bem como nos direitos fundamentais à felicidade, à intimidade e, por conseguinte, o direito individual à livre orientação sexual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, infere-se que a homossexualidade sempre esteve presente na história da humanidade, a exemplo das civilizações antigas (Grécia e Roma, v.g), quando implicava não só na satisfação das lascívias, como também na educação dos menores, ou utilizada como estratégia militar. Era vista e tratada com certa normalidade no tecido social, sem maiores intolerâncias ou ingerências. Em contrapartida, com o advento do Cristianismo e o domínio de seus dogmas sobre grande fração do mundo, em especial o ocidental, a prática foi veementemente condenada e os indivíduos homossexuais perseguidos e taxados de pecadores. A Idade Média marcou o período do obscurantismo humano, quando a ciência, influenciada pela doutrina cristã, entre outros equívocos, prognosticou a prática de “homossexualismo”, sugerindo ser esta uma espécie de enfermidade a ser tratada.

Felizmente, a ciência evoluiu e a mentalidade humana acompanhou-a. A homossexualidade, em meados do século XX, foi retirada, pela Organização Mundial de Saúde, do rol de patologias, sendo, com isso, paulatinamente desestigmatizada e incorporada, ainda que timidamente, à habitualidade do convívio humano. Mas não bastou a despatologização. Era, e ainda é necessário o reconhecimento dos direitos civis básicos excluídos, indevidamente, desta parcela da população.

A homossexualidade deixou de ser sinônimo de promiscuidade e passa a constituir-se hodiernamente em mais uma estilo de vida, protegido pelo direito à privacidade, cujas relações íntimas, alcunhadas de *relações homoafetivas* (pois tem no afeto a base de constituição), em nada difere da convencional união entre homem e mulher. Os homossexuais, portanto, que se unem afetivamente, visando à comunhão de vida e objetivos comuns, merecem ser tutelados pelo Direito, haja vista as conseqüências jurídicas inerentes a tais uniões.

Em sendo afeto e havendo desejo de compor relações duradouras, de caráter público, sem nenhum impedimento legal, é certo que o reconhecimento e a regulação das uniões homoafetivas deve ser encarado por ser um fato social notório e imodificável, não sendo moralmente legítimo excluir segmentos minoritários, como os homoafetivos, cumprindo, desta forma, o escopo básico do Direito: proteger e regular todos os fatos jurídicos.

Não cabe mais se fazer uma leitura exclusivamente patrimonialista ou procriativa das famílias. O conceito destas se alargou e repersonalizou-se, sendo

considerado, modernamente, como núcleo de afeto-familiar com vistas à realização pessoal de seus membros, adotando novos aspectos para sua configuração.

Deste modo, desconsiderar o intuito familiar das relações constituídas entre casais do mesmo sexo, que têm no afeto a base de seu fundamento, afronta o basilar princípio constitucional da dignidade humana, penalizando com a invisibilidade esta parcela da população que visa, tão somente, a igualdade material de direitos.

Invocando os Princípios Constitucionais e os Direitos Fundamentais, em especial, a Dignidade Humana, a Igualdade e a Liberdade, a causa homossexual relaciona-se diretamente com as idéias insculpidas na Lei Fundamental, por buscar um reconhecimento digno de suas relações afetuosas, sem o receio de rechaço, exclusão social ou qualquer forma de privação e discriminação irracional que impeça o tratamento igualitário em questões como o matrimônio.

A orientação sexual, direito individual fundamental implícito, não se presta para capitanear atos de preconceito, pois a Constituição Federal veda qualquer tipo de discriminação como forma de promover o bem de todos.

Já o desprezo legislativo, que ainda persiste, não pode ensejar uma *apartheid sexual*, criando cidadãos de segunda categoria. Enquanto perdurar a inércia dos legisladores, o judiciário brasileiro deve continuar combatendo toda violação aos direitos fundamentais, cumprindo o princípio da igualdade ao respeitar como iguais os que se apresentam diferentes. E não há maior forma de respeito, para os homossexuais, do que igualá-los em direitos a todos os cidadãos, pois, ainda que possuam desejos de ordem íntima diferentes, são essencialmente iguais aos heterossexuais que gozam de plenos direitos.

A bancada evangélica do Legislativo utiliza-se de argumentos retóricos em um discurso proselitista para desqualificar os homossexuais e impedir o acesso destes aos direitos civis básicos, em detrimento dos valores máximos constitucionais. A Carta Magna, entretanto, não pode ser lida com olhares inflamados exclusivamente por valores religiosos.

E foi nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal⁴⁰ brilhantemente exerceu seu papel de guardião da Constituição e arqueiro dos direitos fundamentais, ao não se prostrar diante a ausência de regulamentação específica, demonstrando que não há necessidade de um regramento específico para que os relacionamentos

⁴⁰ ADI 4277 e ADPF 132.

homoafetivos adentrem no campo jurídico, em consideração à força normativa dos princípios constitucionais.

A partir deste novo paradigma jurisprudencial, de efeito vinculante e *erga omnes*, o quadro das relações homoafetivas se redesenhou. Até então consideradas, por alguns, meras sociedades de fato, passaram a ser encaradas como mais uma modalidade familiar merecedora de reconhecimento e proteção. O status jurídico da união estável lhes foi concedido em sua inteireza, não mais subsistindo qualquer diferença de ordem técnica entre a união estável formada por homem e mulher ou por casais do mesmo sexo.

Com esta equiparação ao instituto da união estável, em todos os seus efeitos, vem surgindo na seara jurídica demandas que têm como pretensão a conversão das uniões homoafetivas em casamento civil, de acordo com permissivo do §3º, parte final, do artigo 226 da Constituição, além de pedidos à habilitação direta ao matrimônio, utilizando-se de uma interpretação lógica-natural à decisão do STF. E com galhardia o judiciário vem deferindo tais pleitos.

O silogismo, de maneira objetiva, se constrói a partir de tais premissas: se as uniões homoafetivas foram igualadas à condição de união estável, instituto que, analisado de maneira literal, recomenda a diversidade de sexos, não há mais sentido lógico-jurídico em não conceder o direito do casamento civil às relações formadas entre homens ou entre mulheres que já possuem status de família, pois a Constituição Federal não traz qualquer referência que delimite as condições dos indivíduos para o matrimônio civil. Sequer a heterossexualidade, ou a finalidade procriativa, são condições constitucionalmente expressas para o casamento.

Não conceder o direito do casamento civil aos homoafetivos, mesmo já estando reconhecida a natureza de união estável aos casais formados por estes, é transgredir, patentemente, o exercício vivo da cidadania e da autonomia pública e privada do cidadão. É uma incoerência jurídica sustentar a exclusão deste direito aos casais formados por homossexuais que se unem e estruturam projetos de vida compartilhados.

A concessão do casamento civil aos homoafetivos não torna a sociedade homossexual, não destrói o casamento entre heterossexuais, não ameaça as crianças, não diminui nenhum direito alheio, tampouco fere os princípios constitucionais da liberdade de pensamento e de crença religiosa. Apenas assegura

o desenvolvimento digno da personalidade de determinados cidadãos e concretiza o significado de uma sociedade democrática protetora dos direitos humanos.

O casamento homoafetivo, curiosamente, resgata um instituto desprezado nos últimos tempos pelos pares heterossexuais.

O Poder Público, assim, não pode relegar a existência das Famílias Homoafetivas, também não pode ignorar a necessidade destas em ver reconhecido seus direitos, inclusive o direito ao Casamento Civil Igualitário, seja por conversão da União Estável já reconhecida, seja diretamente.

Conclui-se, portanto, que a relevância normativa dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, ao lado da interpretação teleológica e sistemática ao julgado proferido pelo STF, são parâmetros suficientes para consolidar o direito do casamento civil aos casais homoafetivos.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. IN: DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

ASSIS, Dallmer Pereira Rodrigues de. **A homossexualidade desconstruída em Levítico 18,22 e 20,13**. Dissertação (Mestrado em Ciências da Religião) – Universidade Metodista de São Paulo, São Bernardo do Campo, p. 19-45, 2006

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 e ADI 4277. Voto do Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>> Acesso em: 25 fev. 2012.

_____. Voto da Min. Carmen Lúcia. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CL.pdf>> Acesso em: 25 fev. 2012.

_____. Voto do Min. Luiz Fux. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277LF.pdf>> Acesso em: 25 fev. 2012.

_____. Voto do Min. Marco Aurélio. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>> Acesso em: 25 fev. 2012.

_____. Voto do Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf>> Acesso em: 25 fev. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.183.378 – RS (2010/003663-8). Votos dos Ministros. Disponível em:
<http://direitohomoafetivo.com.br/2011/uploads_jurisprudencia/1145.pdf> Acesso em: 03 mar. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC nº 70001388982 Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis – Julgado em 14/03/2001. Disponível em
<<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=jurisprudencia&id=162>> Acesso em 14 mar 2012.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **Diferenças: Contrair Casamento e Constituir União Estável**. 2008. Disponível em
<http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/08_contrair.casamento.e.constituir.uniao.estavel.pdf> Acesso em 18 abril 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. IN: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CAPELLANO, Luiz Carlos. **Breve Histórico da Homossexualidade**. 2004. Disponível em: <<http://lucappellano.sites.uol.com.br/Homossexualidade.html>> Acesso em: 23 fev. 2012.

CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e Direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade – um panorama luso-brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3092, 19 dez. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20672>>. Acesso em: 03 fev 2012.

DEL PRIORE, Mary. **História do amor no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito e a Justiça**. 5ª Ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de direito das famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**, 5. vol. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos Jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. IN: DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito e a Justiça**. 5ª Ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v.6, São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

JUNIOR, Adilson Kloh & KLOH, Fabiana F. Pimentel. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Degrau Cultural, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Versão condensada pelo próprio autor. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LACERDA NETO, Artur Virmond de. **A homossexualidade em Platão**. Disponível em: <<http://arthurlacerda.wordpress.com/2007/08/12/a-homossexualidade-em-platao/>> Acesso em: 23 fev 2012.

_____. **História da Homossexualidade**. Disponível em:

<<http://www.revistaladoa.com.br/website/artigo.asp?cod=1592&idi=1&moe=84&id=5847>> Acesso em: 23 fev 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas. IN: CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e Direito**: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade – um panorama luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A Constitucionalidade do Casamento Homossexual**. Brasília: Ltr, 2010.

_____. **Estado democrático de direito, igualdade e inclusão: a constitucionalidade do casamento homossexual**. 2007. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

MIRANDA, Jorge. Escritos vários sobre direitos fundamentais. IN: DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito e a Justiça**. 5ª Ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARTREC, Maurice. A homossexualidade na Grécia Antiga. In: CAPELLANO, Luiz Carlos. **Breve Histórico da Homossexualidade**. 2004. Disponível em: <<http://lucappellano.sites.uol.com.br/Homossexualidade.html>> Acesso em: 23 fev. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Michel Mascarenhas. **A homossexualidade e o afeto** . Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2952, 1 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19672>>. Acesso em: 13 fev. 2012

SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Entenda as diferenças entre casamento e união estável**. Uol, 31 out 2011. Disponível em <<http://mulher.uol.com.br/casamento/noticias/infomoney/2011/10/31/entenda-a-diferenca-entre-casamento-e-uniao-estavel.htm>>. Acesso em 18 abril 2012.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **Amor e Família Homossexual: o fim da invisibilidade através da decisão do STF**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=727>> Acesso em: 26/02/2012.

VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008.

_____. **Possibilidade de Conversão da União Estável Homoafetiva em**

Casamento Civil. Disponível em:

<<http://pauloriv71.wordpress.com/2011/05/31/parecer-possibilidade-de-conversao-da-uniao-estavel-homoafetiva-em-casamento-civil/>> Acesso em: 27 fev. 2012.

_____. **Casamento Civil Homoafetivo – a controvérsia judicial**. Disponível em:

<<http://pauloriv71.wordpress.com/2011/09/26/casamento-civil-homoafetivo-a-controversia-judicial/>> Acesso em: 27 fev. 2012.

_____. **STF reconhece união estável homoafetiva – breves considerações e**

lembranças. Disponível em: <<http://pauloriv71.wordpress.com/2011/05/22/stf-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva-breves-consideracoes-e-lembrancas/>> Acesso em: 27 fev. 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2007.

VEYNE, Paul. A homossexualidade em Roma. In: CAPELLANO, Luiz Carlos. **Breve Histórico da Homossexualidade**. 2004. Disponível em:

<<http://lucappellano.sites.uol.com.br/Homossexualidade.html>> Acesso em: 23 fev. 2012.