



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**JONAS JEFFERSON DE SOUZA LEITE**

**DIREITO HOMOAFETIVO: uma análise das  
formações familiares homossexuais à luz da  
Constituição Federal de 1988**

CAMPINA GRANDE – PB  
2011

**JONAS JEFFERSON DE SOUZA LEITE**

**DIREITO HOMOAFETIVO: uma análise das  
formações familiares homossexuais à luz da  
Constituição Federal de 1988**

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

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Ms. Maria do Socorro Bezerra Agra

CAMPINA GRANDE – PB  
2011

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

L533d            Leite, Jonas Jefferson de Souza.  
                    Direito homoafetivo [manuscrito]: uma análise das  
                    formações familiares homossexuais à luz da constituição  
                    federal de 1988 / Jonas Jefferson de Souza Leite.– 2011.  
                    54 f.

                    Digitado.  
                    Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em  
                    Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de  
                    Ciências Jurídicas, 2011.  
                    “Orientação: Profa. Me. Maria do Socorro Bezerra  
                    Agra, Departamento de Direito Privado”.

                    1. Direito familiar. 2. União homoafetiva. 3.  
                    Homossexualidade l. I. Título.


21. ed. CDD 346.015

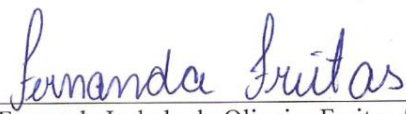
JONAS JEFFERSON DE SOUZA LEITE

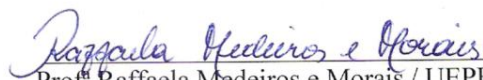
**DIREITO HOMOAFETIVO: uma análise das formações familiares  
homossexuais à luz da Constituição Federal de 1988**

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

Aprovada em 20/06/2011

  
Prof<sup>ª</sup> Ms. Maria do Socorro Bezerra Agra / UEPB  
Orientadora

  
Prof<sup>ª</sup> Fernanda Isabela de Oliveira Freitas / UEPB  
Examinadora

  
Prof<sup>ª</sup> Raffaella Medeiros e Moraes / UEPB  
Examinadora

## DEDICATÓRIA

À minha Mãe, pela obstinação desmesurada em me ver chegar aqui. Dedico.

## AGRADECIMENTOS

No início pensei em agradecer a todos que contribuíram com minha formação de forma genérica, para não pecar com as inevitáveis omissões, mas como é de praxe nessas ocasiões, agradecerei de forma minudente e, desde já, peço perdão se eu não citar alguém que deveria estar aqui.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, pela conclusão e por ser sempre farol em minha vida e nos meus passos;

À minha mãe e ao meu pai, de modo especial, pelo carinho e oportunidade, respectivamente;

Às minhas avós, Terezinha e Maria, pelo cuidado, orações e pela vontade de me ver “doutor”;

Ao meu irmão, Isaac, pela cumplicidade de uma vida inteira. Obrigado.

À minha família, porto seguro de um menino que saiu de casa e foi se aventurar em outras terras. Muito obrigado;

À minha Orientadora, com afeição, que me fez despertar, nas suas magníficas aulas, o gosto pelo Direito de Família. Obrigado, Socorro;

Às examinadoras, Fernanda, minha amiga no Direito e nas Letras, presente desde o início de minha formação e da qual fui monitor; e Raffaella, que me encantou desde o início com suas lindas aulas de psicologia forense. Obrigado pela prontidão e atenção em fazer parte da banca de monografia;

Aos meus colegas de classe, com quem dividi o peso da academia, com suas alegrias e aperreios peculiares. Obrigado, Yluska, Maryjanne, Soraia, Adriane, Rayssa, Crismara, Diego e Gislaine.

Aos meus amigos Ricardo, Diógenes e Johnny. Obrigado pela leitura atenciosa e conselhos preciosos;

Aos meus amigos da 8ª Vara Cível, com os quais aprendi os primeiros passos da prática jurídica. Em particular, muito obrigado, a Dr. Fábio Oliveira, Fábio e a Virgínia, companheira de “arquivem-se”.

Ao meu amigo Marcelo, companheiro de aventuras jurídicas, que na maioria das vezes diverge de meus posicionamentos, mas sem divergir na vida. Obrigado também pelo acompanhamento nesses momentos de “tenho de monografar”.

Aos meus bons e velhos amigos que fiz na vida de universitária e com os quais dividi, sem dúvida, os melhores momentos de minha existência. Obrigado, Diniz, João, Mateus, Jackson, Sandro, Dyogo.

Às minhas professoras do Maria das Neves e meus amigos de Cuité, Jaiana e Hálisson.

Por fim, a todos aqueles que “em mim atingiram zonas assustadoramente inesperadas” e contribuíram para a minha formação enquanto profissional e gente.

“Porque quem ama nunca sabe o que ama  
Nem sabe por que ama, nem o que é amar...”  
(Alberto Caeiro, heterônimo de Fernando Pessoa)

“Uma sociedade decente é uma sociedade que não  
humilha seus integrantes”. (Ellen Gracie)



## RESUMO

O presente trabalho se debruça sobre as formações familiares elencadas no artigo 226 da Constituição da República, especificamente no que toca ao casamento e a união estável, contextualizando-as no âmbito do Direito de Família Constitucionalizado, bem como na seara do Direito Homoafetivo. Tem-se como objetivo compreender, de acordo com os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade e da Liberdade, a formação de unidades familiares entre parceiros homossexuais e analisar se tais arranjos são compatíveis com o Ordenamento Jurídico brasileiro. As implicações históricas e sociais, no que pese a falta de regulamentação da matéria abordada, também são discutidas, visando perceber os desdobramentos da omissão legal e se a homoafetividade é óbice para a constituição de família e, por conseguinte, impedimento para concessão de direitos familiares, no que tange os de ordem pessoal e material. Por fim, é traçado um panorama dos países que já regulamentaram a questão da família homoafetiva e quais foram as estratégias jurídicas adotadas para a normatização da questão.

**Palavras-chave:** Princípios Constitucionais. Direito de Família Constitucionalizado. Direito Homoafetivo. Casamento. União Estável.

## ABSTRACT

The present work focuses on family formations mentioned in Article 226 of the Constitution, specifically with regard to marriage and stable, contextualizing them within the Family Law constitutionalized as well as the mobilization of homosexual law. It has been aimed at understanding, according to the Principles of Human Dignity, Equality and Liberty, the formation of family units among homosexual partners and consider whether such arrangements are compatible with Brazilian legal system. The historical and social implications, albeit the lack of regulation of matters addressed, are also discussed in order to realize the consequences of failure and the legal impediment is homo for the constitution of family and therefore unable to grant Family Law, regarding the interplay of personal and material. Finally, it outlined an overview of countries that have regulated the issue of homo family and what were the legal strategies adopted for the normalization of the matter.

**Keywords:** Constitutional Principles. Family Law Constitutionalized. Homosexual rights. Marriage. Stable Union

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 NOTAS INICIAIS</b> .....	13
2.1 Orientações lingüísticas .....	13
2.3 Direções metodológicas .....	13
<b>3 HOMOSSEXUALIDADE E FAMÍLIA: BREVES CONSIDERAÇÕES</b> .....	15
3.1 Conceito .....	15
3.2 Síntese histórica .....	17
3.2.1 Preconceito: O amor que não ousava dizer o nome .....	18
3.3 Família: novos tempos, novos desafios .....	20
3.4 Direito de Família Constitucionalizado .....	23
3.5 Direito Homoafetivo .....	24
<b>4 UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS</b> ...	26
4.1 União estável: requisitos e efeitos legais.....	26
4.1.1 Requisitos.....	29
4.2 Uniões homoafetivas: possibilidade jurídica? .....	31
4.2.1 Tutela constitucional das uniões estáveis homoafetivas .....	33
4.3 O emblemático julgamento do Supremo Tribunal Federal .....	38
<b>5 CASAMENTO CIVIL HOMOSSEXUAL: A LUTA PELA REGULAMENTAÇÃO</b> .....	43
5.1 Dessacralização do matrimônio .....	43
5.2 Casamento Homoafetivo .....	45
5.3 Lacuna legal: a urgente necessidade de regulamentação .....	46
5.4 Direito ao sonho: possibilidade de escolha .....	48
5.5 Panorama Mundial .....	48
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	51
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	53

## 1 INTRODUÇÃO

“Era apenas um corpo que por acaso era de homem gostando de outro corpo, o dele, que por acaso era de homem também”. Com naturalidade, Caio Fernando Abreu (1996, p. 69) define, no conto *Terça-feira Gorda*, as relações afetivas homossexuais, a despeito de nossa cultura ainda considerar a homossexualidade antinatural, errada e pecaminosa.

Para além da literatura, que imita a vida e vice-versa, tratar as relações homoafetivas com naturalidade, tanto do ponto de vista social quanto jurídico, é a utopia perseguida pelos que militam na causa gay.

A partir dessa constatação, surge a intenção de, na esfera do direito, que também é um lugar de modificação social e espelho de seu povo, analisar o fenômeno da homoafetividade à luz da Constituição de 1988.

Paradoxalmente, a Carta da República assegura um tratamento sem nenhuma distinção entre as pessoas, nem possibilidade de chancela ao preconceito, mas a legislação infraconstitucional não se mostra atenta a esses parâmetros e, de forma lacunosa, tem deixado essas pessoas, quando necessitam da jurisdição, à margem de entendimentos e de precedentes, que nem sempre, asseguram os direitos pleiteados.

Para esse debate é necessário considerar, ainda, as transformações ocorridas no Direito de Família no que tange a sua proteção constitucional ao afeto e as entidades familiares, pois, só com esses conceitos é possível uma análise coerente com as garantias que um Estado Democrático de Direito assegura a todos os cidadãos.

Ademais, a argumentação desta obra é conduzida pela defesa ao Princípio da Igualdade, em que pese a mesma medida dada aos casais heterossexuais, quando das formações de famílias, seja de igual modo aplicada aos arranjos familiares compostos por pessoas do mesmo sexo.

Desta forma, temos como objetivo principal, compreender os relacionamentos homoafetivos, sob o prisma do direito (constitucional de família), quando constituem núcleos familiares, e defender a aplicação de prerrogativas e responsabilidades familiares de forma equânime, sem distinção da sexualidade, tratados com naturalidade.

Para tanto, o primeiro capítulo faz uma leitura histórica e conceitual acerca da homossexualidade e apresenta as mudanças mais significativas no Direito de Família até a sua constitucionalização, com o intuito de lastrear as discussões nos capítulos seguintes.

Já no segundo capítulo, são discutidas questões pertinentes à união estável homoafetiva, ancorada em considerações sobre a união estável tradicional, já resignificadas pelo entendimento hermenêutico do STF, apresentado, por fim, um rol de conquistas em decorrência da constitucionalidade da estabilidade nos relacionamentos afetivos entre gays.

Por fim, o terceiro momento, são discutidas questões atinentes à possibilidade jurídica do casamento homoafetivo, bem como a falta de regulamentação da matéria e os desdobramentos de tal omissão e apresentado um sucinto panorama sobre os países que já regulamentaram a questão da homoafetividade, e quais as estratégias legais adotadas.

## 2 NOTAS INICIAIS

### 2.1 Orientações lingüísticas

A presente pesquisa, além de discorrer sobre as formações familiares homoafetivas, aborda a questão da homossexualidade, para tentar compreender como um parâmetro de natureza sexual impediu e impede tantas pessoas do mesmo sexo de efetivar direitos das mais variadas ordens, necessitando travar uma árdua luta em prol da garantia à igualdade e não discriminação.

Ao longo do trabalho, não usamos termos como *orientação*, *preferência*, *inclinação*, *opção*, *predisposição*, dentre outros, para nos referimos à sexualidade, pois entendemos que tais termos carregam consigo o estigma de que a manifestação sexual de cada indivíduo advém de uma escolha ou de um gosto predominante sobre outro. Na verdade, não se sabe ao certo quais os fatores de ordem biológica e social são preponderantes para a formação da condição sexual de cada um. Sendo assim, usamos o termo genérico *sexualidade*.

Por questões coesivas, também usamos o vocábulo *gay* como sinônimo de homossexual, haja vista que a palavra, embora de origem estrangeira, foi incorporada ao nosso léxico<sup>1</sup> e não é carregada negativamente como nos outrora correlatos *pederasta* e *sodomita*.

Quanto à ortografia, por nossa deliberação, usamos as regras gramaticais anteriores à Promulgação do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Conforme o Dicionário Enciclopédico Larousse, o verbete *gay* tem a seguinte definição: diz de ou pessoa homossexual.

<sup>2</sup> O Decreto nº 6.583 de 29 de setembro de 2008, promulgou o acordo ortográfico da língua portuguesa assinado em Lisboa em 1990, tendo como signatários os países lusófonos, objetivando uniformizar o uso do idioma. Até 31 de dezembro de 2012, coexistirão a norma ortográfica atualmente em vigor e a nova norma estabelecida, conforme inteligência do parágrafo único do 2º artigo do Diploma Legal aludido.

## 2.2 Direções metodológicas

A família, instituição mais discutida na seara do Direito de Família, sofreu, ao longo de vários séculos, grandes mudanças, modificando, no âmbito jurídico, sua feição religiosa e patriarcal, adequando-se, assim, à nova conjuntura social do final do século XX e início do XXI.

No entanto, apesar dessas adequações ao contexto social, o direito ao matrimônio é facultado apenas aos casais heterossexuais, tendo, de acordo Gonçalves (Cf.: 2008, p.28), como requisito natural para a sua constituição a diversidade de sexos, vedando-se aos casais homossexuais o direito ao casamento. E o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas ainda depende da ingerência do Poder Judiciário para sua efetivação.

De fato, o critério apresentado por Gonçalves é um panorama de nosso Ordenamento Jurídico vigente, que insiste em não permitir aos casais do mesmo sexo direitos fundamentais na esfera familiar, como, por exemplo, a adoção de crianças e pensão por morte, sendo necessário, na maioria das vezes, enfrentar um longo processo para obter do Poder Judiciário uma resposta positiva.

A partir desse paradoxo, surgiu a presente pesquisa, de cunho qualitativo e interpretativista, que tem por escopo analisar a falta de regulamentação para as relações homossexuais e os desdobramentos de tal problemática e, por fim, com orientação dos Princípios Constitucionais pertinentes ao tema, considerar a possibilidade de formações familiares entre pessoas do mesmo sexo no Brasil.

Para tanto, foi utilizado como critério norteador a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>3</sup> à luz da Dignidade da Pessoa Humana, do Princípio da Igualdade, da Liberdade e de outros pertinentes ao tema para iluminar as leituras de textos doutrinários e legais, selecionados com intuito de servir como arcabouço para as idéias defendidas.

---

<sup>3</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 2, de 11 de abril de 1951, e promulgada pelo Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952.

Consoante aos métodos utilizados, o qualitativo e o interpretativo, delimita-se como espaço de pesquisa a possibilidade jurídica de casais homossexuais formarem unidades familiares e quais os desdobramentos no campo do direito.



### 3 HOMOSSEXUALIDADE E FAMÍLIA: BREVES CONSIDERAÇÕES

#### 3.1 Conceito

A sexualidade humana é classicamente dividida em três categorias, quais sejam: a heterossexualidade, a bissexualidade e, por fim, a homossexualidade. A primeira diz respeito aos relacionamentos sexuais, emocionais e ou afetivos entre sexos diferentes; a segunda aos relacionamentos em que o interesse do indivíduo se volta para ambos os sexos; e, a última, aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo.

A palavra *homossexual* (do grego *homos* = igual + latim *sexus* = sexo) foi criada pelo médico austro-húngaro Karol Maria Kertbeny<sup>4</sup> no ano de 1869. Ao longo dos anos, a palavra sofreu adequações: inicialmente, surgiu como sinônimo de sodomita; depois, até a década de 1990 do século passado, foi associada à doença e, hodiernamente, refere-se apenas à designação da sexualidade da pessoa, como era a intenção de Kertbeny.

Ademais, o uso do vocábulo *homossexualismo*, que trazia em sua estrutura sufixal a perspectiva de que a manifestação da sexualidade era patológica, caiu oficialmente em desuso. Com as políticas de efetivação dos Direitos Humanos<sup>5</sup> em 1993, a Organização Mundial de Saúde retirou a homossexualidade do cadastro internacional de doenças (CID) e, em 1995, o sufixo *-ismo*, designativo genérico de doença, foi substituído por *-idade*, indicativo de modo de ser, comportamento.

Na tentativa de dar a questão um trato mais sensível e menos preconceituoso, Maria Berenice Dias (2006, p. 34) cunha o termo *homoafetividade*, de grande aceitação acadêmica e jurídica, inclusive já incluído em dicionário<sup>6</sup>, para designar o vínculo entre o par homossexual.

---

<sup>4</sup> Nasceu em 1824, na Áustria e morreu em 1882. Como parte da sua classificação sexual, criou a palavra *homossexual* em substituição ao designativo pejorativo de *pederasta*. Foi um grande ativista dos Direitos Humanos, principalmente da causa homossexual.

<sup>5</sup> Em 1991, a Anistia Internacional passou a considerar uma violação dos Direitos Humanos a discriminação a homossexuais.

<sup>6</sup> Segundo o Novo Dicionário Aurélio, 5ª ed., o verbete significa: qualidade ou caráter homoafetivo; relação afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo. Homoafetivo: que diz

Segundo a referida autora “o afeto existente na maior parte das uniões homossexuais é idêntico ao elemento psíquico e volitivo das uniões conjugais e companheris”.

Conceitualmente, são múltiplas as definições dadas para caracterizar o indivíduo homossexual; alguns, ancorados em conceitos retrógrados, ainda acreditam que é uma perversão ou desvio sexual. Para Taísa Ribeiro Fernandes (Cf.: 2004, p.22), homossexual é aquele que, de forma distinta da maioria, sente atração por pessoa de sexo semelhante. Já Para Débora Vanessa Brandão (2002, p.17),

Pode-se afirmar que homossexual é a pessoa que se relaciona, quer de fato, quer de forma fantasiosa, imaginária, com parceiros pertencentes ao mesmo sexo que o seu, mantendo-se, todavia, satisfeita com seu sexo biológico.

Destarte, não se pode afirmar se a homossexualidade decorre de fatores biológicos, sociais, culturais ou psíquicos; ainda, se há uma mixagem desses fatores com propensão a um apenas, também não se sabe. Ser homossexual, conforme acentua Maria Berenice Dias (Cf.: 2006, p.42), não é uma opção livre, não é uma escolha, nem mesmo a heterossexualidade o é, embora mais cômoda aos padrões sociais.

No entanto, a forma de se por no mundo enquanto gay é uma escolha. Muitas vezes, com medo de represálias e de todo o preconceito que envolve a questão, alguns homossexuais não assumem sua verdadeira sexualidade e amoldam-se ao padrão *heteronormativo*<sup>7</sup> e, por vezes, procuram exercer seus desejos-primeiros de forma clandestina e escondida. Sobre a questão, salienta Dias (2006, p.42) que:

Enquanto a homossexualidade em si não é considerada uma escolha, pode-se dizer que o indivíduo de fato escolhe ser gay quando atravessa o rito de passagem: processo através do qual o homossexual revela sua orientação sexual a outras pessoas, tornando-se visível, culturalmente inteligível e desafiando abertamente o discurso sexual hegemônico.

---

respeito à afetividade e sexualidade entre pessoas do mesmo sexo; realizado entre pessoas do mesmo sexo: *casamento homoafetivo*; relativo ou pertencente a, ou próprio de duas pessoas que mantém relação conjugal, ou que pretende fazê-lo: *direito homoafetivo*.

<sup>7</sup> O termo foi criado por Michael Warner, em 1991 e tem sido utilizado nas discussões sobre gênero, identidade, sexualidade e papel social do gênero. Conceitualmente, revela as expectativas, demandas e restrições produzidas pela heterossexualidade, enquanto modelo dominante de sexualidade, dentro de uma sociedade.

O que é importante, na égide de um Estado Democrático de Direito, é que as pessoas, mesmo destoando de um padrão cultural de vivência, não sejam preteridas em direitos básicos apenas com a justificativa vã de não pertencimento a um *modus vivendi* da maioria. Nesse contexto, Luiz Mott (2003, p. 10), comenta:

Mesmo deixando a homossexualidade de ser crime, malgrado ser reconhecida por todas as ciências como conduta tão normal e saudável quanto a heterossexualidade, a despeito de vigorar hoje em dia – inclusive no Brasil – leis que condenam o preconceito e discriminação contra gays e lésbicas, lastimavelmente, como mentalidades não mudam por decreto, persiste ainda no início do terceiro milênio o mesmo complô do silêncio contra este amor-maldito: do qual se fala mal e é amaldiçoado.

Por fim, é imperioso reconhecer que o respeito à diferença perpassa, além de questões culturais e individuais, a atuação do Estado em coibir, pelo menos na sua esfera de concentração, ações discriminatórias e preconceituosas.

### 3.2 Síntese histórica

Os relatos sobre a homossexualidade remontam às civilizações mais antigas, como a narrativa bíblica de Sodoma e Gomorra, bem como a referência a Safo de Lesbos<sup>8</sup>, o que, de fato, evidencia que tal comportamento não é nem de longe produto da Modernidade. Também, segundo Goethe<sup>9</sup> (*apud* MOTT, 2003, p. 198) ela é “tão antiga quanto a própria humanidade”.

Na antiga civilização grega, a homossexualidade era vista com naturalidade, envolvendo transmissão e aquisição de conhecimento; já em Roma, era tolerada, vista no mesmo patamar que as relações entre casais heterossexuais, no entanto, aqueles que prestavam favores sexuais a outros

---

<sup>8</sup> Poetisa grega. Nasceu entre 630 e 632 a. C. na ilha de Lesbos. Considerada por Platão de *A Décima Musa*. Foi líder e mestre de um círculo de mulheres. Sua poesia de cunho erótico sofreu censura na Idade Média pelos monges copistas, restando de sua obra fragmentos esparsos.

<sup>9</sup> Johann Wolfgang Von Goethe (1749-1832), escritor e pensador alemão. Foi um dos líderes do movimento literário Romântico em seu país.

homens eram igualados a escravos. Nesse sentido, comenta Taísa Ribeiro Fernandes (2004, p. 38):

A homossexualidade se revelava por meio de lendas, mitos, deuses, reis e heróis. Estava ligada à intelectualidade, à estética corporal e à ética comportamental, não existindo discriminação das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo, sendo, inclusive, por muitos considerada mais nobre que o relacionamento heterossexual. Tanto a homossexualidade como a bissexualidade eram consideradas comuns, e a heterossexualidade era tida como diferente, uma preferência interior, pois era reservada exclusivamente à procriação.

Com a conversão de Roma ao cristianismo, por volta do século IV d. C., o Império assimilou e reproduziu crenças judaicas e cristãs, e o sexo, segundo esses costumes, possuía o único fim bíblico do “crescei e multiplicai-vos”; logo, as relações entre iguais em sexualidade passou a ser algo antinatural, punidas com castigos corporais e até com a pena capital.

Com efeito, o primeiro texto de lei proibindo a prática homossexual foi promulgado pelo Imperador Justiniano, em 533 d. C., no qual tais atos eram equiparados ao adultério. Outras leis – de 538 e 544 – obrigavam os homossexuais a arrepende-se de seus pecados e fazer penitência. O nascimento e expansão do Islamismo, junto com a força da fé cristã, reforçaram a idéia de pecado e essa direção foi seguida durante toda a Idade Média e Moderna.

Ao longo desse período, várias codificações vedavam a *prática sodomita*. Em Florença (1432), foi criada os *Ufficiali di Notte* (agentes da noite) que tinham a função de procurar e perseguir os homens que mantinham relações com outros. Do ano da criação até 1502, mais de 17 mil pessoas foram incriminadas, e 3 mil condenados pela *prática de sodomia*. Na Inglaterra, no século XIX, a pena para quem praticava esses atos era o enforcamento, só em 1861, a pena de morte foi substituída pela imposição de dez anos de trabalho forçado. O caso mais conhecido foi o de Oscar Wilde<sup>10</sup>, condenado a dois anos de trabalhos forçados por “cometer atos imorais com diversos rapazes” e suas obras não podiam sequer ser mencionadas em sociedade.

No Brasil, até 1830, vigoraram as *Ordenações Filipinas* (1999), base legal portuguesa de 1603, promulgada por Felipe I, Rei de Portugal, que, no

---

<sup>10</sup> Dramaturgo, poeta e escritor irlandês. Nasceu em Dublin, em 1854 e morreu em Paris em 1900, debilitado e pobre, após dois anos quebrando pedras no Presídio de Readind, Berkshire, Inglaterra.

livro V, dedicado exclusivamente ao direito penal, estabelecia no Título XIII que “Toda a pessoa, de qualquer qualidade que seja, que pecado de sodomia por qualquer maneira cometer, seja queimado, e feito por fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória” (p. 91). Depois da publicação do Código Criminal do Império, a prática deixa de ser criminosa, mas o preconceito arraigado de cunho religioso e jurídico se estenderia por séculos em nossa história.

### 3.2.1 Preconceito: o Amor que não *ousava* dizer o nome<sup>11</sup>

Hodiernamente, o movimento homossexual ganhou evidência e, na maioria dos países ocidentais, há ações afirmativas em prol da causa, apesar de existir o preconceito, forte e incisivo, sem, no entanto, desanimar os que buscam uma sociedade plural e democrática, na qual cada pessoa possa dar à sua vida a direção desejada, com o devido respeito aos demais.

Além disso, toda a construção imagética e convencional da sociedade se dá aos moldes heterossexuais, não sendo uma tarefa fácil assumir-se homossexual num mundo em que a família, a religião, a política, a moral, a mídia impõem verdadeiras normas sociais que devem ser estritamente seguidas, sob pena de exclusão, de preconceito e de, por muitas vezes, atos de violência<sup>12</sup>. Nesse entendimento, assevera Mott (2003, p. 201):

Os homossexuais, assim como os anarquistas, foram e continuam sendo perseguidos pelos donos do poder civil, religioso e militar, posto que ambos os grupos professam a profunda convicção de que historicamente todas as formas de governo interferem injustamente na liberdade individual – seja na esfera sociopolítica, seja na libidinal e na própria imposição rígida e excludente de papéis de gênero e de divisão sexual do trabalho.

Em resposta a esse panorama, diversas ações de políticas afirmativas são apresentadas com o intuito de diminuir o preconceito e garantir, para esse

---

<sup>11</sup> A frase original é “O amor que não ousa dizer o nome”, de Alfred Douglas, mais conhecido como Bosie (1870-1945), foi um poeta e tradutor inglês, famoso por ter se envolvido com Oscar Wilde e ter protagonizado o maior escândalo homossexual do século XIX.

<sup>12</sup> De acordo com o Grupo Gay da Bahia (GGB), em 2010, a cada 36 horas, um homossexual foi morto no Brasil em decorrência de homofobia. Nos últimos cinco anos houve um aumento de 113% no número de assassinatos de homossexuais. Só nos três primeiros meses de 2011, foram 65 mortes.

grupo, direitos fundamentais que historicamente lhes foram renegados, não obstante a Carta Magna de 1988 ter estabelecido para todos direitos de ordem fundamental e adotado o respeito à diferença como pilastra de sustentação.

Contudo, é crescente no Brasil o número de casais que declararam ser homossexuais<sup>13</sup>, o que demonstra, apesar do preconceito, que a conscientização e a luta por igualdade têm, mesmo de forma pálida, surtido efeitos.

Com isso, a luta pela cidadania homossexual engloba, além de políticas de inclusão e fortalecimento da chamada consciência gay, o reconhecimento de uma realidade, estatisticamente comprovada, que alguns não querem lembrar, mas que o Legislador Ordinário não pode fechar os olhos.

### **3.3 Família: novos tempos, novos desafios**

A Família, uma das mais antigas instituições que se tem notícia, abrange, *lato sensu*, todos aqueles indivíduos ligados por vínculo sanguíneo e que descendem *uns dos outros ou* de um ancestral comum, bem como as pessoas ligadas pela afinidade (parentes afins), pela socioafetiva, a exemplo da filiação por adoção, e pela afetividade, que é o caso de cônjuges e companheiros. É um grupo social ligado por aspectos afetivos, culturais e sociais, surgindo, antes mesmo da noção de civilidade ou Estado, como pontua João Baptista Villela (*apud* FERNANDES, 2004, p.41):

A família não é criação do Estado ou da Igreja. Tampouco é uma invenção do direito, como são, por exemplo, o *leasing*, a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, o mandado de segurança, o aviso prévio, a suspensão condicional da pena ou o devido processo legal. Estes institutos são produtos da cultura jurídica e foram criados para servir a sociedade. Mas a família antecede ao Estado, preexiste à Igreja e é contemporânea do direito. Pela ordem natural das coisas, não está no poder de disposição do Estado ou da Igreja desenhar, ao seu arbítrio, o perfil da família.

---

<sup>13</sup> Segundo dados do IBGE, em 2007, nos municípios com menos de 170 mil habitantes, 9.586 homens e 7.974 mulheres viviam em domicílios com cônjuges do mesmo sexo. Já em 2010, dos dados preliminares apresentados em abril de 2011, o Brasil tem, pelo menos, 60.002 pares do mesmo sexo vivendo maritalmente.

Por muito tempo, o Direito Positivo só reconhecia como *legítima* a formação da unidade familiar através do matrimônio. Entidades familiares que não tinham o casamento como elemento fundante estavam à margem da proteção jurisdicional do Estado. Na prática, as mulheres eram as que mais sofriam com tal situação: com a morte ou o abandono do *concupino*<sup>14</sup>, elas não poderiam postular o direito aos bens ou à pensão do companheiro, sendo relegadas ao abandono e muitas vezes sem a menor condição de sobrevivência.

O modelo familiar passou por diversas alterações, ao sabor das mudanças e anseios sociais. Em síntese, a família em Roma era fundada sob o patriarcalismo; na Idade Média, comunitária e, atualmente, é basicamente, sem exclusão de outras formações, como a defendida nesse trabalho, formada pelo modelo nuclear de *pai, mãe* e a sua *prole*, denominado de *pequena família* por Gonçalves (2008, p. 2), tratando-se de:

Instituição jurídica e social, resultante de casamento ou união estável, **formada por duas pessoas de sexos diferentes** com a intenção de estabelecerem uma comunhão de vida e, via de regra, de terem filhos a quem possam transmitir o seu nome e o seu patrimônio. (grifo nosso).

No entanto, a concepção familiar aí adotada pelo referido doutrinador, dada a devida permissão do autor, não abarca toda a realidade em relação a constituições familiares, trazendo apenas o conceito dogmático de que o casamento e, depois do reconhecimento, a união estável, são os elementos fundadores da unidade familiar. Porém, há estruturas familiares que merecem total proteção jurisdicional, inclusive em relação ao direito sucessivo, que não

---

<sup>14</sup> O Código Civil de 1916 possuía diversos termos discriminatórios para as relações não advindas do matrimônio: os filhos da constância do casamento eram classificados como *naturais*, os que eram advindos de relações em que os pais eram impedidos de se casar em decorrência de parentesco, afinidade ou casamento anterior eram classificados como *espúrios* e se dividiam em *adulterinos e incestuosos*. O diploma de 1916 proibia o reconhecimento de filhos *espúrios*. No entanto, a Constituição de 1988 vedou, no art. 227, § 6º qualquer designação discriminatória em relação à filiação. O termo concubinato para designar as relações não matrimoniais traz em seu âmago uma forte carga de preconceito, e não se coadunando com a nova Ordem Constitucional brasileira. Com o advento da União Estável o termo utilizado para denominar os integrantes da relação de convivência passou a se chamar de *Companheiro*. O termo *concubinato* ainda é utilizado para designar as relações em que a pessoa mantém ao mesmo tempo relação marital e relação extraconjugal (art. 1.727, CC).

são baseadas no casamento, nem na estabilidade, como, por exemplo, e as famílias monoparentais<sup>15</sup>, inclusive, em grande número no Brasil<sup>16</sup>.

Outro aspecto que merece destaque é que o autor mencionado destaca a diferença de sexos como requisito para que seja possível a instituição da família e, posteriormente, a comunhão de vida, o que não se assemelha a feição atual do Direito de Família que considera as formações familiares plurais e não baseadas, necessariamente, na procriação, nem na diversidade de sexos, vide, por exemplo, as famílias anaparentais<sup>17</sup>.

Pois bem. O Direito de Família, dinâmico por excelência, desde o Código Civil de 1916 mudou consideravelmente, em virtude, obviamente, das mudanças dos paradigmas sociais.

A família brasileira, antes da Promulgação da Constituição de 1988, era, por lei, patriarcal, patrimonialista, matrimonial e excludente. Não era permitida a institucionalização da família se não fossem observados tais requisitos. Insta ressaltar que os arranjos familiares, diferentes do tradicional patriarcado, não são produtos da contemporaneidade; existiam mas, como o Estado não reconhecia esses grupos, permaneceram por anos quase que esquecidos pela guarida do Direito.

Com o advento da Lei Maior, em 1988 e, posteriormente, como o Código Civil de 2002, uma mensurada renovação se instalou no Direito de Família: a concepção familiar foi ampliada sendo plural a sua formação; o casamento deixou de ser o elemento fundante e as relações deixaram de ser hierarquizadas e patriarcalistas. O vínculo afetivo deixou de ser coadjuvante e é o Princípio Condutor do Direito de Família pós-1988. Outras mudanças são significativas, o reconhecimento da União Estável, a isonomia filial, a instituição do bem de família e a igualdade entre cônjuges. Tudo isso ressalta a função social da família no direito pátrio. Sobre essas alterações, Paulo Luiz Netto Lôbo (*apud* MEDEIROS, 2008, p. 39) constata:

---

<sup>15</sup> Conforme o artigo 226, § 4º, da Constituição Federal de 1988, a família monoparental é a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

<sup>16</sup> Em 2009, segundo dados do IBGE, 19,51% das famílias brasileiras eram monoparentais, dentre as quais, 17,34% eram do tipo mãe com seu(s) filho(s) e somente 2,17%, formada pelo pai e seu(s) filho(s).

<sup>17</sup> Segundo Maria Berenice Dias (2007, p.46) “A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família anaparental”.



Relativizou-se sua função procriacional. Desapareceram suas funções políticas, econômicas, religiosas, para as quais era necessária a origem biológica. Hoje, a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. Sendo assim, é exigente de tutela jurídica mínima, que respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução; a auto-responsabilidade; a igualdade irrestrita de direitos, embora com reconhecimento das diferenças naturais e culturais entre os gêneros; a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, como pessoas em formação; o forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais.

Nesse mesmo sentido, assevera Fernandes (2004, p.46):

A Constituição de 1988, sem dúvida, promoveu uma verdadeira revolução, no bom e melhor sentido da palavra, em nosso Direito de Família: estabeleceu a igualdade entre os cônjuges, a igualdade entre os filhos, indicou que a família é a base da sociedade, referiu-se ao casamento e estatui que a união estável é também entidade familiar, como as famílias monoparentais, merecendo proteção do Estado.

Assim, após anos, a família se liberta do caráter patrimonialista e se funda sob a égide da afetividade, com as relações mais democráticas, de pé de igualdade entre os pares e com respeito à dignidade da pessoa humana.

Com efeito, é patente que, sob o prisma constitucional, os arranjos homoafetivos merecem proteção estatal, pois se arquitetam sob o afeto e a vontade de comunhão plena de vida, e, para além preconceitos, não afronta nenhum preceito da Carta da República, que inviabilizasse o seu reconhecimento.

Nesse contexto, é necessária atenção e sensibilidade do legislador infraconstitucional para perceber e regulamentar as mudanças que se instalam no seio da sociedade e que precisam de uma posição do Ordenamento.

### **3.4 Direito de Família Constitucionalizado**

O direito objetivo subdivide-se em Direito Público e Direito Privado. O primeiro disciplina os interesses da comunidade, a organização, os serviços, a tutela dos direitos fundamentais e a repressão dos delitos; o segundo, por sua vez, cuida das relações dos indivíduos entre si.

O Direito de Família, ramo do Direito Civil, é eminentemente privado, pois, em seu conteúdo, a normatização se debruça sobre as relações *personais*, sejam no direito pessoal, nas relações de parentesco, no direito patrimonial, na tutela ou sejam na curatela; os conteúdos dizem respeito à uma realidade privada.

No entanto, o Direito Familiarista é um instituto *sui generis*, impregnado de norma de interesse público, do qual possui inegável prevalência sobre o interesse privado. Portanto, como nossa Carta Régia albergou os fundamentos e princípios do Direito de Família, a autonomia privada tornou-se quase nula, com o intuito de proteger as formações familiares, mas tal postura não retira o ramo do direito em debate da esfera do Direito Civil, nem do âmbito do privado, em decorrência de que as relações do organismo familiar são particulares, porém com total proteção constitucional (pública).

Seguindo esse entendimento, o jurista deve interpretar o Código Civil à luz da Constituição, não o contrário, como corriqueiramente ocorre. Tal postura é reflexo da despatrimonialização da família e, conseqüentemente, da instituição do afeto como pedra angular na supremacia do interesse público para proteger as relações privadas no âmbito familiar. Destarte, salienta Fernandes (2004, p. 46):

Isto significa que alguns temas tratados no Código adquiriram *status* constitucional, portanto, como o novo conteúdo axiológico, o interprete deve considerar, nesses casos, que os princípios estão num nível hierárquico superior, dado que a Constituição é a Lei Fundamental. Ao aplicar o Código Civil, estando o assunto previsto na Constituição, a postura do operador jurídico tem de ser diferente, porque precisa dar à norma infraconstitucional uma interpretação conforme o Texto Magno, priorizando comando que se encontra na Lei Maior.

Sobre a temática, comenta Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros (2008, p. 40):

É importante ressaltar que a idéia de constitucionalização do Direito Civil também não ocorre por simples escolha, mas é fruto da adequação da interpretação jurídica ao paradigma do Estado Democrático de Direito previsto pela Constituição da República, paradigma esse que concede importante dimensão aos princípios constitucionais dentro do ordenamento e na sua relação com os diversos ramos do direito, superando, dessa forma, leituras tradicionalistas que defendiam a idéia de desnecessidade de adequação do ramo civilista aos princípios presentes na Constituição.

Nessa perspectiva, as discussões sobre a implementação de direitos pertinentes à família para pessoas do mesmo sexo devem estar balizadas pelo Direito de Família Constitucionalizado, pois, só assim, poderemos perceber,

sem o ranço do Diploma Civilista de 1916, e em consonância com a Dignidade Humana e seus princípios corolários, as novas necessidades que se desenham na seara familiar.

### 3.5 Direito Homoafetivo

De uma compreensão imediata, entendemos por direito homoafetivo o conjunto de mecanismos legais que visam proteger os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, como, por exemplo, o reconhecimento de união estável através de uma ação declaratória, habilitação desses parceiros em processo de adoção, pedido de alimentos, dentre outros, inseridos nas seara do direito familiar e de competência das varas de família.

Contudo, como as discussões sobre a homoafetividade, nos últimos dez anos, ganharam notoriedade e conquistaram espaços na grande mídia, respaldo no ambiente acadêmico e jurídico, alguns doutrinadores e operadores do direito, a exemplo de Maria Berenice Dias, defendem a idéia de um ramo de direito próprio, para regulamentar as questões da homoafetividade – o direito homoafetivo. Sobre a questão, defende Dias (2010, p. 14):

É necessário instituir um novo ramo do direito: o direito homoafetivo, estabelecer os seus princípios, fontes, suas conexões com outros ramos do direito e um regramento próprio. Destarte, é necessário elaborar um estatuto da diversidade sexual, tal qual há o estatuto do idoso, da criança e do adolescente.

Desta forma, o conjunto de mecanismos e conhecimentos legais do direito de família, no que importe à homoafetividade, migrariam para um ramo próprio e autônomo do direito que surge, sendo o direito familiar fonte subsidiária, como é o Processo Civil em relação ao Penal.

Porém, entendemos que é um contra-senso tal separação, em virtude do princípio da igualdade, invocado *ad nauseam* na defesa de um Ordenamento que preveja direitos e deveres de forma equânime para todos, “sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*, CF/88). Desse jeito, a forma mais igualitária de tratar juridicamente as questões familiares, independente da

sexualidade do casal, ou da formação, é incluí-las todas no âmbito do direito de família constitucionalizado.

No entanto, entendemos que, nesse momento, haja vista a falta de regulamentação legal para a homoafetividade, não é de todo equivocada a separação do assunto para seu aprofundamento, em virtude de ainda não serem manejadas no poder judiciário com naturalidade.

Dessa maneira, os operadores do direito podem prestar aos seus constituintes um trabalho mais efetivo e adequado ao contexto jurídico da atualidade.

## 4 UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS

### 4.1 União Estável: requisitos e efeitos legais

O Direito, antes de ser Norma e Ordenamento, é fato social, logo, não podemos conceber um Direito voltado para o vácuo ou uma abstração. Ele existe pelo simples fato da sociedade existir e por esse caráter sociológico inato deve responder aos anseios do povo que codifica e sempre se renovar para atender as demandas que porventura venham a surgir.

As relações maritais entre pessoas não casadas não possuíam por parte do Estado regulamentação. Os chamados *amancebados*<sup>18</sup> não gozavam de nenhuma proteção estatal, não lhes sendo dispensados direitos patrimoniais, de filiação, bem como previdenciários, decorrentes dessas relações. Como já explicitado, os laços familiares que não advinham do casamento não existiam no mundo jurídico e, na esfera social, eram vistos com certo desprezo.

E não só as pessoas solteiras que não se casavam, como as que mesmo casadas, possuíam relações extraconjugais, eram tidas como concubinos, outras disposições familiares não tinham respaldo jurídico como o casamento celebrado validamente no estrangeiro e não reconhecido pela lei pátria, ou ainda, as pessoas que viviam sob um casamento posteriormente declarado nulo e que não reunia as condições para ser putativo. O que, de acordo com Gonçalves (Cf.: 2008, p. 540), nesses casos, inúmeros problemas apareciam, revestindo os casos de máxima importância.

Mesmo de forma tímida, para tentar acompanhar a dinâmica social, algumas ações foram estabelecidas para tentar diminuir verdadeiras injustiças quando do fim dessas relações livres. Nessa linha de pensamento, esclarece Fernandes (2004, p.57):

A jurisprudência só passou a reconhecer alguns efeitos positivos às uniões estáveis quando as concepções sociais e culturais evoluíram,

---

<sup>18</sup> De acordo com o Dicionário Aurélio, a palavra tem a seguinte definição: viver em mancebia, amasiar-se, amigar-se. Até hoje, mesmo com o reconhecido valor constitucional da união estável como entidade familiar, muitas pessoas utilizam esse termo como forma de diminuir ou rechaçar aqueles que vivem sob a estabilidade familiar. É mais um resquício de uma época em que o Direito Positivo se mostrava mais discriminatório do que protecionista.

superando-se a fase em que se afirmava que o concubinato era mera perversão social, uma situação imoral e agressiva da família, epítetos que, hoje, muitos destinam às parcerias homossexuais.

Inicialmente, o STF, através da Súmula 35<sup>19</sup>, estabeleceu que as pessoas que viviam em regime de concubinato poderiam, desde que não houvesse impedimento ao casamento, receber indenização decorrente de acidente de trabalho. Assim, a Suprema Corte, por analogia, equiparava para fim específico as relações de concubinato ao casamento, o que, tempo depois iria ser a União Estável. Outras demonstrações de reconhecimento, por parte do Poder Legislativo, foram extremamente importantes no avanço da temática. Fernandes (2004, p. 61), descreve:

A Lei 6.015 de 31.12.1972 (Lei dos Registros Públicos), art. 57, § 1º, previu que a mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patrimônio de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que não haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas. Os §§ 3º a 6º do aludido art. 57 complementam as disposições sobre a referida alteração do nome da companheira. Por sua vez, a Lei 6.515, de 26.12.1977 (Lei do Divórcio), estabeleceu, no art.45: “quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existente antes de 28.06.1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultados filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil.

Após pouco mais de dez anos da Lei do Divórcio, foi Promulgada a Constituição da República, alcunhada carinhosamente por Ulisses Guimarães de *Constituição Cidadã*, mudando radicalmente as questões de família, sem distinguir as concepções familiares oriundas ou não do casamento. Estabelece o Texto Magno, no artigo 226, que a família é a célula *mater* da sociedade e tem proteção total do Estado. Prosseguindo, no mencionado dispositivo legal, o § 3º, de forma explícita, funda o instituto da união estável no Brasil “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Inicialmente, o Legislador Infraconstitucional regulamentou a união estável através da Lei 8.971/94, em relação aos alimentos e à sucessão.

---

<sup>19</sup> “Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”.

Estabelecia que a caracterização da união estável quando o casal vivesse junto por mais de cinco anos e, para a implementação dos direitos elencados nesse texto legal, era necessário que o estado civil dos companheiros fosse solteiro, viúvo, separado judicialmente<sup>20</sup> ou divorciado.

Em 1996, foi editada a Lei 9.278, trazendo avanços em relação à primeira codificação pertinente à temática: estabeleceu que o regime de bens é o da *comunhão parcial* (artigo 5º), institui os direitos e deveres dos companheiros (artigo 2º), revogou, tacitamente, o dispositivo que caracterizava a união estável após cinco anos de convivência, prevendo, no artigo 1º “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Nessa perspectiva, salienta Gonçalves (2008, p. 545/546):

Não é, pois, o tempo com determinação de número de anos que deverá caracterizar uma relação como a união estável, mas outros elementos expressamente mencionados: “*convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*”. (grifo do autor).

Já em 2002, com a inclusão da matéria no Novo Código Civil, as duas leis mencionadas restaram revogadas. O Livro de Família tratou de questões pessoais, de alimentos e patrimoniais, e deixou os aspectos hereditários para o Livro próprio das sucessões (artigo 1.790, CC). Decerto, as disposições do *Codex Civil* atinentes à união estável, possuem patente inspiração na aludida legislação de 1996, copiando, inclusive, a sua conceituação, no artigo 1.723, *caput*, CC.

Com isso, a proteção jurídica à entidade familiar formada por esse modelo corresponde ao complexo de direitos de ordem fundamental e patrimonial, assegurados aos companheiros, compreendendo principalmente direito a alimentos, meação e herança.

---

<sup>20</sup> A Emenda Constitucional de nº 66 deu nova redação ao §6º do art. 226 da CF/88, retirando a figura da separação jurídica do ordenamento, assim como eliminou qualquer apuração sobre culpa pela falência do casamento e prazos para o divórcio. Agora, somente o divórcio, além da morte, é claro, dissolve a sociedade conjugal e o vínculo do casamento, podendo ser obtido a qualquer momento após a celebração do matrimônio, bastando um ou ambos os cônjuges exercerem seu direito potestativo a respeito. Muito bem-vinda a chamada Emenda do Amor, que pôs fim à separação judicial e à separação extrajudicial, isto é, à separação jurídica, o que significa dizer: acabou com “o abominável sistema dual”, vigente desde 1977 com o advento da Lei nº 6.515, conhecida como Lei do Divórcio.

Um aspecto importante acrescentado pelo Código Civil é o dever de lealdade entre os companheiros (art. 1.724, CC). Tal disposição não havia sido incluída na Lei 9.278/96, o que revela uma flagrante omissão em se tratando de relacionamentos de cunho afetivo e sexual, no que pese a vontade de comunhão de vida a dois.

Ademais, “as relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar, constituem concubinato” (art. 1.727, CC). O que revela que a união estável só poderá ser configurada quando não houver empecilho ao casamento. No entanto, em homenagem à afetividade e à livre constituição de vida, segundo inteligência do § 1º do artigo 1.723, CC, nem todas as pessoas impedidas de casar são concubinos: as relações públicas e duradouras entre pessoas separadas de fato, mas não de direito, são consideradas como uniões estáveis.

#### 4.1.1 Requisitos

A união estável dispensa formalidades para a sua constituição, como ocorre no casamento, que é revestido de solenidades, tanto para a celebração, como para a dissolução. Como assinala Antonio Carlos Mathias Coltro (*apud* Gonçalves, 2008, p. 548) a estabilidade se instaura “a partir do instante em que resolvem seus integrantes iniciar a convivência, como se fossem casados, renovando dia a dia tal conduta, e recheando-a de afinidade e afeição, com vistas à manutenção da intensidade”.

Pois bem. Mesmo sem formalismo, é necessária a observância de alguns requisitos para a consecução da estabilidade, de acordo com o artigo 1.723, CC, quais sejam<sup>21</sup>:

---

<sup>21</sup> Apesar de grande parte da doutrina considerar a diversidade de sexos como requisito de ordem objetiva para implementação da união estável, de acordo com uma interpretação taxativa do § 3º do art. 226 da CF/88, entendemos de forma oposta, baseados na nova ordem constitucional brasileira, não há como proibir formações estável apenas com o argumento de que a androgenia é condição *sine qua non* para sua aceitação no plano jurídico, quando todos os outros requisitos (objetivos e subjetivos) estão perfeitamente cumpridos. Dessa forma, não incluiremos a diversidade de sexos no rol de pressupostos. Em tópico específico, detalharemos de melhor forma o assunto.



- *Notoriedade*: as uniões que se pretendem estáveis não podem ser sigilosas devem, os companheiros, apresentar-se à sociedade como um casal e sua convivência ser de conhecimento das pessoas com as quais convivem. Não podendo ser os arranjos sigilosos ou clandestinos;
- *Durabilidade*: mesmo a Lei não determinando tempo específico para a caracterização da união estável<sup>22</sup>, é necessário que a união tenha um tempo mínimo suficiente para evidenciar o intuito de comunhão de vida e desejo de formação familiar. Sendo um fato jurídico e não um ato jurídico como o casamento, a união estável se constrói dia após dia. Nos dizeres de Zeno Veloso (*apud* Gonçalves, 2008, p. 555):

O que não se marcou foi um prazo mínimo, um lapso de tempo rígido, a partir do qual se configuraria a união estável, no geral dos casos. Mas há um prazo implícito, sem dúvida, a ser verificado diante de cada situação concreta. Como poderá um relacionamento afetivo ser público, contínuo e duradouro se não for prolongado, se não tiver algum tempo, o tempo que seja razoável para indicar que está constituída uma entidade familiar?

- *Continuidade*: é necessário que as relações tenham um mínimo de continuidade para que seja atestada a sua solidez. Grandes lapsos de tempo causam instabilidade no relacionamento e obstam a sua configuração em se tratando de estabilidade;
- *Inexistência de impedimentos matrimoniais*: os impedimentos matrimoniais de ordem pública, previstos no artigo 1.521 CC<sup>23</sup>, salvo o inciso VI, são aplicados também à união estável, sendo verdadeiros óbices para o seu reconhecimento jurídico. Porém, as causas suspensivas, obstáculos temporários à celebração do casamento (art. 1.523, CC), não são barreiras a efetivação união estável, conforme disposição do artigo 1.723, § 2º, do CC;

---

<sup>22</sup> Inicialmente, o de relacionamento para a confirmação da união estável era de cinco anos, conforme a Lei 8.971/94, contudo, com a publicação da Lei 9.278/96 e posterior manutenção pelo Novo Código Civil, o prazo de cinco anos restou revogado.

<sup>23</sup> **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 o 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.

- *Monogamia*: o vínculo entre os companheiros deve ser único. Pessoas casadas, salvo as separadas de fato, ou que já vivam sob uma união estável, não podem constituir outro arranjo familiar que goze de proteção estatal. Desse requisito decorre o dever de fidelidade e lealdade entre os companheiros;

Como a união estável é um fato jurídico, na maioria das vezes, sem prova documental que demonstre sua configuração, os requisitos acima elencados servem como elementos probantes do arranjo. Diferentemente do casamento, comprovado *per se*, a união estável é comprovada, vistos os requisitos, com os fatos pretéritos.

#### 4.2 Uniões Homoafetivas: possibilidade jurídica?

Como já ressaltado, para a formação de entidade familiar através da união estável, além do afeto existente entre os companheiros, é necessário que haja convivência pública e duradoura capaz de evidenciar a vontade de comunhão de vida, além, claro, de um relacionamento monogâmico e respeitoso entre pessoas desimpedidas de casar. Portando, as pessoas que vivem sob a estabilidade, agem como casadas fossem, tanto entre si, como para o meio social em que vivem, faltando, apenas, como dizem popularmente, “o papel passado”

Há no Brasil um número considerável de pessoas do mesmo sexo que dividem o mesmo teto e mantêm um relacionamento estável<sup>24</sup>, respeitoso e contínuo, no qual, subvertendo os paradigmas da maioria, numa atitude, saliente-se, corajosa, vivem maritalmente. Percebendo essa realidade, André Fischer (2008, p. 83), prosador das idiosincrasias do mundo gay, narrou:

Carlos e André estão comemorando dez anos juntos. Assim como um casal lésbico, foram morar sob o mesmo teto apenas um mês depois que se conheceram e desde então não se separaram mais. Para os amigos gays, são uma referência de relacionamento que deu certo, e mesmo para os hêteros formam um casal estabelecido como poucos.  
**Relacionamentos gays sofrem pressões incomparavelmente**

---

<sup>24</sup> Por ser um dado extremamente expressivo e, a título de reforço, reitere-se a nota de número 12.

**maiores do que os heterossexuais. A começar pela sociedade, que não reconhece a possibilidade de dois homens se amarem.** (grifo nosso).

Em síntese, o relato de Fischer resume os relacionamentos gays duráveis, com estabilidade e publicidade, mas, sem reconhecimento legal e ainda com o preconceito da sociedade. Além do aludido preconceito da sociedade em não querer aceitar o amor entre duas mulheres ou dois homens, não existe legislação pertinente ao tema, restando a esses pares, para terem seus direitos reconhecidos, uma longa e sofrível trajetória em busca de reconhecimento. Decerto, nossa jurisprudência caminhou no sentido de acolher esses arranjos como entidades familiares e conferir-lhes as prerrogativas a que têm direito. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi o pioneiro do país no reconhecimento de direitos aos pares de mesmo sexo, conforme emblemática jurisprudência de 17/11/2004:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar 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 gêneros.** E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC) (Apelação Cível Nº 70009550070, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias (grifo nosso, caracteres maiúsculos do original).

Pois é. Ao contrário de interpretações que buscam *o bem de todos*<sup>25</sup>, muitos doutrinadores e operadores do direito têm se debruçado em uma leitura isolada e taxativa do artigo 226, § 3º, estabelecendo que só homem e mulher podem se unir para uma formação estável de uma entidade familiar.

---

<sup>25</sup> Os objetivos da República Federativa do Brasil funcionam como um norte a ser perseguido, devendo a Nação se esmerar para alcançá-los. “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV- Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (art. 3º, IV, CF/88).

Entendemos que a diversidade de sexos como requisito objetivo para a concepção da união estável é discriminatória, pois fere a essência de um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a Dignidade da Pessoa Humana e como norte a Igualdade. Estabelecer distinções baseadas em critério inatos, como as características individuais, resulta em uma flagrante inconstitucionalidade para as pessoas que, baseadas nesse critério, têm os seus direitos preteridos.

Diante disso, afora a diferenciação de sexos, as uniões homoafetivas em nada diferem das uniões heterossexuais, pois, em se tratando de seres humanos, sujeitos de desejos e vontades, a forma de amar, de sentir afeto e querer dividir com outrem sonhos, angústias, conquistas e necessidades, para, nos dizeres de Caio Fernando Abreu, saciar a eterna busca pelo “amor: a ancestral sede antropológica”, é a mesma, guardada apenas as suas manifestações.

Com efeito, o disciplinamento estabelecido às uniões estáveis heterossexuais são, analogicamente, aplicados às homossexuais, quando presentes os requisitos de vida em comum, para ambas, salientamos, sob pena de afronta ao Princípio da Igualdade, como bem enuncia Dias (2006, p. 97):

A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio das pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes; ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar de fora do conceito de famílias as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e de imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características (...). Assim impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva.

Para tanto, é necessário fazer um exercício amplo de compreensão e não se apegar apenas à letra fria da Lei, atentando para a nova conjuntura do Direito de Família Constitucionalizado, a interpretação deve-se pautar no fim social da Norma e na possibilidade de garantir, sem discriminações, a Justiça Social.

#### 4.2.1 Tutela Constitucional das Uniões Estáveis Homoafetivas

Malgrado o posicionamento que considera a união de pessoas do mesmo sexo ato inexistente, por não cumprir o requisito da androgenia anunciado no art. 226, §3º e, por reflexo, do art. 1.723, CC, considerando essas relações apenas como contrato de sociedade (art. 981, *caput*, CC<sup>26</sup>), gerando efeitos de caráter obrigacional, entendemos que à luz do Princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) o mencionado dispositivo constitucional deve ser interpretado de forma mais abrangente, a considerar as relações de afetos gays como entidades familiares, e, por conseguinte, receber proteção estatal. Filiamo-nos à opinião de Pedro Lenza (2010, p.952), que argumenta:

Parece, então, que a união homoafetiva, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º. III – regra matriz dos direitos fundamentais), do direito à intimidade (art. 5º, X), da não discriminação, enquanto objetivo fundamental do Estado (art. 3º, IV), da igualdade em relação ao tratamento dado à união estável entre um homem e uma mulher (art. 5º, *caput*), deve ser considerada entidade familiar e, assim, ter o tratamento de proteção especial por parte do Estado, exatamente como vem sendo conferido à união estável entre um homem e uma mulher.

Pois bem. Não é arrazoado excluir do direito de família a matéria das uniões afetivas de pessoas do mesmo sexo com o argumento de que só é reservado para os conviventes direitos obrigacionais, haja vista a não formação de entidade familiar por parte desses grupos.

Primeiro, em se tratando de relações humanas de cunho afetivo, a técnica jurídica que melhor tutela esses aspectos é o direito de família constitucionalizado, em virtude do respeito ao sentimento inerente a esses arranjos, descabendo a ingerência do direito obrigacional, pois não se trata de negócio jurídico como uma sociedade que persegue o lucro ou o conforto dos participantes, mas como uma parceria que, para além de questões patrimoniais, busca a felicidade a dois, unidos pelo amor.

---

<sup>26</sup> Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividades econômicas e a partilha, entre si, dos resultados.

Segundo, se as considerações acima são aplicáveis aos relacionamentos heterossexuais, qual o impedimento de serem aplicadas aos casos homoafetivos? Por que negar aos homossexuais que se pretendem unir pelo afeto o direito de formação de família, com suas responsabilidades? A resposta parece, mas não é simples: o preconceito arraigado não deixa que os detentores do poder legiferante regulamente a questão, além disso, os exegetas da Lei, passíveis de preconceitos, muitas vezes só reconhecem os efeitos societários, justificando que falta requisito de ordem objetiva para o reconhecimento da união estável.

Dito isso, passamos a analisar se à luz do Texto Maior a tão mencionada diversidade de sexos é requisito fundamental para a formação de entidade familiar e, via de consequência, óbice às uniões estáveis homoafetivas.

Preleciona o *caput* do art. 226 da CF/88: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” e nos §§ 1º, 3º e 4º sintetiza as formações familiares através do casamento, da união estável e da monoparentalidade, respectivamente. Seguindo na discussão, o ponto central do debate é o § 3º que textualmente diz que a união estável é formada por homem e mulher e não faz menção a uniões de pessoas do mesmo sexo.

Os que defendem a impossibilidade de configuração de união estável entre parceiros gays se apegam à literalidade do mencionado dispositivo e eleva a diversidade de sexos como o grande requisito de formação, e, por extensão, a maior barreira para os homossexuais, naturalmente iguais em sexualidade. Dessa forma, a Constituição é interpretada de forma taxativa, encerrada apenas em sua textualidade.

Não obstante, não podemos interpretar a Constituição da forma que melhor apraz aos nossos anseios. Existem princípios<sup>27</sup> que regulam o entendimento acerca das normas constitucionais para afastar ao máximo as antinomias que por ventura possam surgir da interpretação do Texto Magno.

---

<sup>27</sup> De acordo com Lenza (2010, p. 135), os princípios que regulam a técnica de interpretação constitucional são: Princípio da Unidade da Constituição, Princípio do Efeito Integrador, Princípio da máxima efetividade, Princípio da Justeza, Princípio da Harmonização, Princípio da Força Normativa, e, por fim, Princípio da Proporcionalidade. Para o nosso trabalho, como fator de argumentação, só utilizaremos apenas os dois primeiros princípios, pois são os que se adéquam ao nosso tema, mas, de antemão, salientamos que a aplicação de um não impede a aplicação de outro.

Com efeito, segundo a técnica de interpretação, a Constituição é um todo organizado e sistêmico, devendo, em homenagem ao Princípio da Unidade, ser compreendida em sua totalidade de regras e princípios. Nos dizeres do mestre português J.J. Canotilho (*apud* Lenza, 2010, p. 135) “o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços vazios existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.

Prosseguindo na análise hermenêutica, o Princípio da Máxima Efetividade deve ser entendido no sentido de dar à norma a maior efetividade social possível, como bem assinala Canotilho (*apud* Lenza, 2010, p. 136):

É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (**no caso de dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais**). (grifo nosso).

Sendo a norma jurídica interpretável por excelência, tais princípios apontam para uma leitura mais afeita aos direitos fundamentais do cidadão, quando houver divergências entre qual tese aplicável.

Especificamente, se a interpretação do artigo 226 da CF/88 levar em consideração os ditames expostos acima, se afastará, de pronto, a taxatividade do dispositivo ora combatido, para aplicarmos uma leitura que contemple os arranjos homossexuais dispostos a formarem uma unidade familiar.

Explicamos: a Lei Maior estabelece uma série de direitos fundamentais, alçados ao patamar de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV) tamanha a importância para o nosso Ordenamento Jurídico. Logo, preliminarmente, as interpretações não podem subverter esses preceitos ao ponto de, em conformidade com nossa temática, facultar direitos a uns e a outros não, como expressou George Orwell<sup>28</sup> (2007, p. 106) na célebre obra *A Revolução dos Bichos* “Todos os bichos são iguais, mas alguns bichos são mais iguais que outros”.

Prosseguindo, para evitar uma verdadeira divisão de cidadãos de primeira classe (heterossexuais, direitos na seara familiar assegurados, formação da família pelo casamento e pela união estável) e cidadãos de

---

<sup>28</sup> Pseudônimo de Eric Arthur Blair (1903-1950). Nasceu na Índia e foi educado na Inglaterra. Jornalista, crítico e romancista, serviu o exército britânico na Birmânia e lutou como voluntário na Guerra Civil Espanhola.

segunda classe (homossexuais, direitos familiares renegados, formação familiar a depender do reconhecimento do Poder Judiciário, garantia de direitos apenas na esfera obrigacional), a exegese jurídica deve atentar também para a melhor solução encontrada a fim de garantir a maior efetivação das normas constitucionais, no que pese a efetivação de direitos fundamentais.

Nesse diapasão, aplicando à interpretação constitucional os princípios aludidos, em respeito à dignidade da pessoa humana, verdadeira viga mestra de nosso Sistema Jurídico, entendemos que o artigo 226, CF/88 não é um rol taxativo e sim exemplificativo, no qual é mencionada as entidades familiares formadas pelo casamento, união estável (que textualmente é dita entre homem e mulher) e pela monoparentalidade, sem, na verdade, exclusão à possibilidade da formação de entidade familiar pela união estável homoafetiva, em analogia às uniões heteroafetivas, como bem esclarece Maria Berenice Dias (2006, p. 95):

Se duas pessoas têm vida em comum, cumprindo deveres de mútua assistência, verdadeiro convívio caracterizado pelo amor e respeito, a identidade meramente biológica de sexos do par não pode impedir que se reconheçam direitos e se imponham obrigações recíprocas. Assim, não é desarrazoado, firme nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, por analogia e com suporte nos princípios gerais do direito, aplicar os mesmos efeitos patrimoniais que se deslumbra da união estável, repartindo-se o acervo angariado por parceiros em sua vida em comum, desde que se vislumbrem os pressupostos da notoriedade, da coabitação, da fidelidade, de sinais explícitos de uma verdadeira comunhão de afetos.

Desta feita, quando da Promulgação da Constituição Federal, a norma do tão reiterado artigo 226, § 3º, pretendia valorizar as entidades familiares concebidas pela união estável, que até então não gozavam de regulamentação, e foi colocada no âmbito de nossa Legislação Maior.

Compreensível que à época, o constituinte originário só tenha elencado no rol do art. 226 a união estável heterossexual, tanto por uma questão histórica, repetindo o modelo tradicional, bem como por falta de amadurecimento das questões pertinentes aos direitos dos homossexuais no que tange o desejo de se unirem enquanto célula familiar.

Porém, na atualidade, com a questão da homoafetividade já maturada, o dispositivo referido deve ser analisado, respeitada a unidade constitucional, sob os ditames de encontrar a melhor forma de garantir a implementação dos



direitos sociais e respeito aos Princípios Constitucionais da Igualdade, Liberdade, da Dignidade da Pessoa Humana, dentre outros que são pertinentes à questão, que são, como bem salienta Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p.53), superiores às normas:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. (...) É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo um sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Sendo assim, concebe-se um rol exemplificativo para o artigo 226 da CF/88, do qual a união estável apresentada (heterossexual) não exclui a possibilidade para um arranjo homossexual da união. Nesse sentido, no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132-RJ<sup>29</sup> o STF reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar. Em seu voto, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal, César Peluso (2011, p.25), asseverou:

Não se trata de *numerus clausus*, o que permite dizer, tomando em consideração outros princípios da Constituição – dignidade, igualdade, não discriminação e outros – que é possível, além daquelas que estão explicitamente catalogadas na Constituição, outras entidades que podem ser tidas normativamente como familiares, tal como se dá no caso”,

Corroborando o entendimento aqui exposto, Paulo Lôbo (2011, p. 90) chama a atenção para o fato de que, ao dispor que "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", o *caput* do art. 226 da CF/88 está se referendo à família como gênero, de que são espécies, exemplificativamente, o casamento, a união estável, a família monoparental. E acrescenta o conceituado autor:

As uniões homossexuais seriam entidades familiares constitucionalmente protegidas? Sim, quando preencherem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e tiverem finalidade de constituição de família. A norma de inclusão do art. 226 da Constituição apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões. Entre as entidades familiares explícitas há a comunidade monoparental, que dispensa a existência de casal (homem e mulher). A Constituição não veda o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo.

---

<sup>29</sup> Em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, a estabilidade das uniões homoafetivas, em decisão de efeito vinculado que alcança toda a sociedade. Em tópico específico trataremos mais detalhadamente a questão.

Desta forma, é imperioso reconhecer a possibilidade jurídica da união estável homossexual e, via de consequência, compreendê-la como entidade familiar com total proteção do Estado, em similitude com os relacionamentos estáveis heterossexuais e as demais formações familiares previstas no polêmico artigo 226 de nossa Excelsa Lei.

Por fim, reitere-se, sob a primazia do Princípio da Igualdade, todos os direitos advindos da união estável tradicional, há muito já pacificado em nosso Ordenamento, como resume Gonçalves (2008, p. 561):

A proteção jurídica à entidade familiar constituída pela união estável entre o homem e a mulher abrange o complexo de direitos de cunho pessoal e de natureza patrimonial, (...) além de inúmeros outros, esparsos pela legislação ordinária. Destacam-se, no entanto, como direitos fundamentais dos companheiros, no plano material, os concernentes a alimentos, meação e herança.

bem como os deveres de lealdade, respeito e assistência, elencados no artigo 1.724, CC, são, por analogia, assegurados às relações estáveis homoafetivas.

#### **4.3 O emblemático julgamento do Supremo Tribunal Federal: “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”<sup>30</sup>**

Os Ministros do STF, ao julgarem o mérito das duas ações<sup>31</sup> que pediam o reconhecimento da união estável homoafetiva, entenderam, conforme voto do relator, Ministro Ayres Britto, que qualquer depreciação dessa união estável colide com o inciso IV do artigo 3º da CF/88.

---

<sup>30</sup> Fragmento do voto do Ministro Ayres Britto, p. 10.

<sup>31</sup> A ADI 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo; Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos do Rio de Janeiro (<<http://www.stf.jus.br/portal>> acesso em 02 de jun. 2011).

Evidente, nesses casos, que o a apreciação da Suprema Corte surge da falta de legislação para a matéria, fato que se tornou corriqueiro nos últimos anos, em virtude do Poder Legislativo se mostrar omissos em questões que necessitam de urgente regulamentação. Exemplo patente é o direito de greve, norma constitucional de eficácia limitada (art. 37, VII, CF/88) que espera há mais de vinte anos por um regramento específico. De toda sorte, enquanto essas demandas não são apreciadas pelos representantes do povo, o Poder Judiciário não pode adotar a mesma postura e tem que responder, ao menos que de forma paliativa, aos pleitos que desembocam em sua esfera. Atenta a essas realidades, preleciona Dias (2006, p. 97):

Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juizes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. (...) Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. (...) Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas – como já fez a maioria dos países do mundo civilizado – incube ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes direitos que merecem as demais as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade.

Sendo assim, coube ao Pretório Excelso, como guardião precípua da Carta Republicana, analisar a possibilidade constitucional das uniões homoafetivas em relação à aparente impossibilidade decorrente da diversidade de sexos estabelecida no artigo 226, § 3º da CF/88 e no artigo 1.723, CC.

Portanto, foi utilizado o controle de constitucionalidade concentrada denominada *interpretação conforme a constituição* para a análise da matéria. Tal técnica consiste na análise de norma constitucional para reverter um sentido interpretativo que se mostre equivocado em relação aos ditames da Lei Maior, possível, somente, quando houver espaço vazio deixado pelo legislativo. Sobre o tema, ensina Paulo Bonavides (2007, p.474):

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto [a interpretação conforme a constituição], há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada “conforme a Constituição”, será, portanto considerada constitucional.

Ademais, como a técnica reside em um exercício interpretativo, é necessário que a norma combatida seja polissêmica, permitindo assim, que o Judiciário se manifeste ou afaste interpretação inconstitucional. Nessa perspectiva, aduz Lenza (2010, p. 287):

Importante notar que em hipótese alguma poderá o STF funcionar como *legislador positivo*. A interpretação conforme só será admitida quando existir um **espaço para a decisão** do Judiciário, deixado pelo Legislativo. A interpretação não cabe quando o sentido da norma é **unívoco**, mas somente quando o legislador deixou um campo com diversas interpretações, cabendo ao Judiciário dizer qual delas se coaduna com o sentido da Constituição. O Judiciário, ao declarar a inconstitucionalidade de determinada lei, deve sempre atuar como **legislador negativo**, sendo-lhe vedado, portanto, instituir norma jurídica diversa da produzida pelo Legislativo. (grifo do autor).

Sendo assim, por entender que a inteligência do artigo 1.723, CC merece um direcionamento interpretativo, com a finalidade de incluir a união homoafetiva como entidade familiar e afastar o argumento de diversidade de sexos como impedimento legal para tal formação, o STF se valeu da técnica da aludida, conforme destaque do relator das ações, Ministro Ayres Britto (2011, p. 3; 10):

Técnica da “interpretação conforme” para viabilizar o descarte de qualquer inteligência desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais. O que, em princípio, seria viável, pois entendo que os dispositivos em foco tanto se prestam para a perpetração da denunciada discriminação odiosa quanto para a pretendida equiparação de direitos subjetivos. E o fato é que tal plurissignificatividade ou polissemia desse ou daquele texto normativo é pressuposto do emprego dessa técnica especial de controle de constitucionalidade que atende pelo nome, justamente, de “interpretação conforme à Constituição”, quando uma das vertentes hermenêuticas se põe em rota de colisão com o Texto Magno Federal. (...) E, desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.

Destarte, com a legitimação da estabilidade das uniões homoafetivas, o STF marca indelevelmente a história do movimento homossexual no Brasil, bem como na trajetória de efetivação de direitos humanos. Agora, surge, para esses parceiros e os que por ventura queiram se unir com o vínculo do afeto, a possibilidade de, sem depender do entendimento do magistrado ou da

jurisprudência favorável, pleitear os direitos que historicamente lhes foram postergados. A decisão é de caráter *erga omnes* e vincula toda a sociedade e afasta qualquer interpretação do art. 1.723 que não incluía as relações homoafetivas no rol das uniões estáveis, como arremata em seu voto o Ministro Celso de Mello (2011, p. 49-50):

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, julgo procedente a presente ação constitucional, para, com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de também reconhecer, com ADI 4.277 / DF idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo.

Ademais, da cognição do voto do Relator do Processo, referendado pelos demais integrantes da Corte, se percebe claramente que toda a discussão foi engendrada com estrita observância à dignidade e balizada pelo respeito à igualdade e pela exaltação da afetividade enquanto fator de união das pessoas. Destacam-se as seguintes passagens do relatório de Britto (2011, p. 20; 28, 46-47):

Afinal, 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 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. (...) O que significa o óbvio reconhecimento de que todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados. (...) Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição.

Por fim, com a decisão favorável, são assegurados direitos de ordem familiar e patrimonial, dentre os quais:

- Adotar sobrenome do parceiro;
- Acompanhar o parceiro servidor público transferido;
- Garantia de pensão alimentícia em caso de separação;

- Assumir a guarda do filho do cônjuge;
- Adotar o filho do parceiro;
- Poder ser inventariante do parceiro falecido;
- Visita íntima na prisão;
- Alegar dano moral se o parceiro for vítima de um crime;
- Proibir a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem do companheiro falecido ou ausente;
- Segredo de justiça nos processos que se referirem a qualquer coisa que esteja discutindo a união ou separação;
- Autorizar cirurgia de risco;
- Herança;
- Somar renda para aprovar financiamentos;
- Somar renda para alugar imóvel;
- Direito à impenhorabilidade do imóvel em que os companheiros residem;
- Fazer declaração conjunta do IR;
- Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro companheiro ao amante;
- Solicitar o seqüestro dos bens comuns (do casal), caso o companheiro os estiver dilapidando e estiverem dissolvendo a união.

Desta forma, se evidencia a importância desse entendimento para a construção de uma cultura de tolerância e respeito à diversidade.

## 5 CASAMENTO HOMOSSEXUAL: A LUTA PELA REGULAMENTAÇÃO

### 5.1 Dessacralização do matrimônio

O matrimônio é um dos mais antigos institutos de direito civil que se conhece. Segundo o art. 1.511, CC, o casamento possui a finalidade de “comunhão plena de vida” e segundo o Direito Canônico, o fim precípua do casamento é a procriação e educação dos filhos e, em segundo plano, a assistência mútua e legalização das relações sexuais. Classicamente, Pontes de Miranda (*apud* Gonçalves, 2008, p. 23) define-o:

É contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexos diferentes e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.

Do ponto de vista religioso, o Cristianismo divinizou o casamento, apregoando que o matrimônio é uma manifestação de Deus na vida dos homens, num vínculo solúvel apenas com a morte. “O que Deus uniu, não separe o homem” ou “Até que a morte os separe”, frases comumente proferidas por religiosos, quando da celebração de casamento, demonstra o quanto essa idéia ainda é forte. Para tanto, a Igreja Católica elevou o casamento ao patamar de um sacramento, no qual, segundo a Bíblia, “deixará o homem pai e mãe e se unirá a sua mulher e serão dois num só carne” (Mateus, 19:5).

Até a Proclamação da República, tanto os casamentos quanto os registros de nascimento, eram feitos pela Igreja Católica, inexistindo o instituto do casamento civil. Com a ruptura, hoje é possível, se quiserem os noivos, a cerimônia de dois casamentos, um feito pelo Estado e o outro pela Igreja. No entanto, atenta ao caráter religioso do povo brasileiro, a Constituição faculta ao matrimônio religioso o efeito civil (art. 226, § 2º), desde que cumpridas as devidas comunicações ao órgão competente do Estado, para o registro em livro próprio (art. 1.516, § 2º, CC/02), como salienta Fernandes (2004, p.73):

Temos assim, o casamento civil e o casamento religioso com efeitos civis, e os dois se equivalem. O casamento apenas religioso, sem que tenha tomado a providência de registrá-lo no registro civil, só tem validade diante da seita ou religião em que foi feito. Os que participaram da cerimônia não são civilmente casados. Dependendo do caso, poderão ter constituído uma união estável.

Sendo assim, é evidente que a celebração religiosa é arbitrariedade dos nubentes, realizando-a na liturgia de sua profissão de fé, que recebe total proteção Estatal (art. 5º, VI, CF/88).

Destarte, em relação ao casamento homoafetivo, não há o que se discutir na esfera religiosa, visto que está atrelado a uma liturgia própria e de escolha de seus adeptos. Logo, não há como conceber uma discussão que estenda aos parceiros homoafetivos o direito de celebração de núpcias no âmbito religioso, se assim a religião professada não permitir, posto que não é da ordem do direito tal regramento.

Porém, enquanto civil o casamento, em decorrência da laicidade da Federação (art. 19, I, CF/88), não é possível, de forma alguma, invocar dogmas religiosos para justificar o impedimento do matrimônio de pessoas do mesmo sexo. Sendo da seara do direito, é mais que plausível a reivindicação da tutela do Estado para regulamentar o casamento homoafetivo, em homenagem à Igualdade e a Dignidade da Pessoa Humana. Nesse norte, responde Medeiros (2008, p. 141):

Reconhecer a possibilidade do casamento homossexual não diz respeito apenas a reconhecer os direitos advindos para os particulares que optem por essa via, mas reconhecer o próprio direito a casais homossexuais de serem tratados com igual consideração pelo ordenamento jurídico. É nesse sentido que o acesso ao casamento de pessoas do mesmo sexo permite a esses cidadãos o exercício de autonomia privada (garantia de direitos individuais) e de autonomia pública (respeito como sujeitos iguais na atuação pública, sem redução de *status* jurídico de nenhuma espécie por conta de suas diferenças); de liberdade (na escolha da forma de proteção jurídica ao seu afeto) e igualdade (acesso às mesmas proteções que um casal heterossexual dispõe), celebrando, conseqüentemente, o exercício vivo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, sendo o casamento civil instituto de direito, sem ingerência da religião para a sua propositura, não há como balizar a discussão da possibilidade jurídica do casamento homoafetivo com argumentos de ordem religiosa, pois o que se busca é a efetivação do direito de poder se casar com



outrem, independentemente do sexo, e isso, só diz respeito ao direito. Nesse diapasão, arremata Medeiros (2008, p.142):

Por que deve o casamento civil permanecer em uma indevida sacralização heterossexual desprovida de qualquer fundamentação jurídica? Condutas morais e religiosas de determinados grupos podem conceber respostas a essa pergunta, mas serão respostas que atentam contra o ordenamento constitucional e, portanto, não merecem albergue jurídico.

## 5.2 Casamento homoafetivo

A doutrina dominante afirma que para a celebração do casamento é necessária a diversidade de sexos dos nubentes, sendo requisito para a sua existência no mundo jurídico, como demonstra Gonçalves (2008, p. 28) quando apresenta as características do casamento:

A Constituição Federal, com efeito, só admite casamento entre homem e mulher. Esse posicionamento é tradicional e já era salientado nos textos clássicos romanos. A diferença de sexos constitui requisito natural do casamento, a ponto de serem considerados inexistentes as uniões homossexuais.

Com efeito, os que se apegam ao posicionamento do referido autor, se utilizam do Código Civil para embasarem a sua opinião, na dicção do artigo 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”.

Por conseguinte, seguindo essa orientação, o casamento homossexual seria ato inexistente, por não cumprir o critério de androgenia, como defende Gonçalves (2008, p. 124; 126/127):

Para que o casamento exista, é necessária a presença dos elementos denominados essenciais ou estruturais: *diferença de sexo, consentimento e celebração*. (...) a diversidade de sexos constitui requisito natural do casamento, a ponto de serem consideradas inexistentes as uniões homossexuais. Estas devem merecer regulamentação de natureza diversa (...) com o objetivo de discipliná-las somente como uniões estáveis, não se propondo a dar às parcerias homossexuais um *status* igual ao do casamento. (destaque do autor).

No entanto, não há na Constituição nenhuma menção à androgenia como condição vital para a validade do casamento, limitando-se a dizer que “o

casamento é civil e gratuita a celebração” (art. 226, § 1º) e a disposição do Código Civil (art. 1.514) deve ser entendida de forma semelhante à união estável, ou seja, entender que a menção “homem e mulher” registra apenas uma forma possível de casamento, não excluindo a possibilidade do matrimônio homoafetivo. Anote-se também, que no rol de impedimentos para o casamento, o legislador não menciona a diferença de sexos como óbice à realização do matrimônio. Sobre o assunto, expõe Medeiros (2008, p. 143):

O direito ao casamento homossexual já se encontra garantido no ordenamento jurídico com base nos princípios elencados (igualdade, liberdade, dignidade e abertura para entidades familiares para além daquelas expressamente previstas no texto constitucional), e o entendimento que procura negar sua possibilidade acaba por gerar um cotidiano de desrespeito e negativa de reconhecimento por meio da manutenção desprovida de juridicidade da exigência de diversidade de sexos para a celebração do casamento. Não existe hoje fundamento jurídico algum apto a conferir normatividade a um entendimento excludente da possibilidade de celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo. **O que há é a repetição anacrônica de um entendimento preconceituoso e incoerente com o atual estágio em que se encontra a tradição jurídica.** (grifo nosso).

Desta forma, conclui-se, adotando as mesmas técnicas hermenêuticas utilizadas para afastar a impossibilidade de estabilidade das uniões homoafetivas, e observando os princípios constitucionais protetores, que o matrimônio homoafetivo se coaduna com os preceitos do nosso Ordenamento Jurídico.

Entretanto, entendemos que a melhor maneira de conceber o casamento homoafetivo, do ponto de vista legal, é a sua regulamentação, pois, mesmo com uma exegese atenta à Igualdade e a Dignidade Humana, a nossa prática jurídica, preconceituosa e tradicionalista, encontraria, decerto, uma forma de postergar esses entendimentos.

### **5.3 Lacuna Legal: a urgente necessidade de regulamentação**

Como já ressaltado, a sociedade, mutante por excelência, necessita de um direito que acompanhe as suas mudanças, para que ambos não sofram, a primeira pela clandestinidade e o segundo pela estagnação.

Em relação as comunidades familiares homoafetivas, se faz urgente que o legislador tome uma posição, pois sendo fato social incontestável, não se admite o silêncio da lei. Sobre esse ponto, adverte Dias (2006, p. 85):

A tentativa de abordar as questões referentes às uniões homoafetivas, além das dificuldades de ordem dogmática e cultural, esbarra no silêncio da Lei Maior, na falta de previsão legislativa e no conservadorismo judicial. As barreiras do preconceito, por sua vez, são ainda mais desafiantes: esmaecem a razão, quando não produzem rejeição sistemática e violência.

E que não se argumente que as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo já se encontram regulamentadas com a decisão do STF que reconhece a constitucionalidade da estabilidade das uniões homoafetivas. O entendimento, sem dúvida, permite aos homossexuais envolvidos em relações de afeto garantia de direitos de ordem familiar e patrimonial, mas, na sistemática de um ordenamento pautado na codificação, a decisão apenas cumpre o seu papel de medida de urgência, necessário ainda que a legislação, por sua vez, reconheça e discipline essas formações familiares, como ressalta o Ministro Peluso (2011, p. 38) “Da decisão da Corte folga um espaço para o qual, penso eu, que tem que intervir o Poder Legislativo”.

Ademais, em respeito à Igualdade, não é arrazoado, nem justo, que a Lei não preveja a possibilidade de formações familiares homoafetivas pelo vínculo do casamento, uma vez que é facultado, em nossa codificação civil, aos heterossexuais, deve, por isonomia, ser facultado também aos homoafetivos.

Nessa linha, o debate sobre a regulamentação do casamento homoafetivo deve estar ancorada pelo Princípio da Igualdade, para que não seja somente disciplinada, à vista do precedente do STF, a união homoafetiva e a possibilidade de casamento seja silenciada. Dessa forma, se incorrerá em medida discriminatória, já que o casamento é o maior vínculo civil entre duas pessoas envolvidas pelo afeto e dispensada apenas aos heterossexuais, restando, como “prêmio de consolação” a possibilidade de união estável. Aduz, sobre a pertinência da questão, Medeiros (2008, p. 143-144):

Reconhecer a possibilidade do casamento homossexual se demonstra como consequência da garantia da igualdade como forma de proteção da diferença e da diversidade, permitindo, por conseguinte, o exercício de um desenvolvimento livre de vida, inclusive quanto à possibilidade de escolha da forma de proteção jurídica às diversas formas de relacionamento existentes. É necessário atentar-se para o fato de que o reconhecimento da

possibilidade do casamento homossexual não estaria a gerar uma “heterossexualização da homossexualidade”, uma homogeneização da diversidade, nem uma incorporação da diferença que, a pretexto de igualar a diferença, acabe por matá-la. O reconhecimento do casamento homossexual respeita a igualdade pela diferença, ao permitir que uma orientação sexual entendida como diversa da tradicional possa ter acesso aos mesmos institutos jurídicos (casamento) e, dessa forma, promova a liberdade individual, na medida em que permite que cada indivíduo possa estruturar juridicamente seu relacionamento como bem lhe aprouver, independentemente de sua orientação sexual.

E, à guisa de futuras indagações, não estamos a menosprezar a união estável, formação familiar constitucionalmente reconhecida, e de suma importância na regulamentação das vidas afetivas que, por motivos diversos, não foram institucionalizadas pelo casamento, mas, em defesa de um tratamento equânime, estamos a defender as mesmas oportunidades dos casais heterossexuais para os homossexuais.

Por fim, no Brasil, o Poder Legislativo tem se mostrado bastante tímido em relação às demandas sociais que, pelo caráter polêmico, geram discussões bastante acaloradas. Especificamente, sobre o tema, as bancadas religiosas do Congresso Nacional, em sua maioria evangélicas, tem atravancado, de forma reiterada, o avanço do debate sobre as formações familiares homoafetivas, com argumentos apenas de ordem dogmáticas, quando, a questão é unicamente de direito.

#### **5.4 Direito ao sonho: possibilidade de escolha**

Muitas vezes a discussão da possibilidade de formação de família por casais homossexuais nos leva a uma conclusão generalizada da realidade dos fatos, porém, nem todos os homossexuais, como os heterossexuais, querem casar ou viver um relacionamento sério com outrem. Não que isso seja de todo ruim, digamos que é pecar por excesso, pois, nessas defesas, a generalização é quase que inevitável.

No entanto, estamos a defender um direito, que é, antes de tudo, de escolha: querer formar família é um direito fundamental de qualquer cidadão,

mas se manifesta de forma arbitrária: ninguém é compelido para a institucionalização familiar. Cabe, a cada qual, querer ou não.

Desse modo, não é justo, e é até cruel, que um critério sexual, permeado de preconceitos de várias ordens, impeça a livre escolha de um homossexual querer e, por que não, sonhar, com a união com outro e ter a possibilidade de celebrar seu matrimônio, ou, se não, se cumpridos os requisitos, viver sob uma união estável.

Incumbe ao Estado à proteção familiar, mas não lhe cabe, respeitando a sua codificação, impedir qualquer que seja de querer, ou não, formar uma família, no tempo, no lugar e da maneira que quiser.

## 5.5 PANORAMA MUNDIAL

A polêmica em torno do reconhecimento das parcerias homoafetivas está presentes em todos os países do mundo, alguns com entendimentos já pacificados, outros em fase de discussão, como o Brasil e, países na contramão da questão, como Uganda<sup>32</sup>, na África.

Com efeito, a Dinamarca, em 1989, através da Lei 372, foi o primeiro país do mundo a reconhecer as parcerias entre pessoas do mesmo sexo, inclusive com o direito de troca de nome. A parceria registrada traz, com poucas exceções, os mesmos direitos que o casamento dinamarquês. No item 1, prescreve “duas pessoas do mesmo sexo podem ter sua parceria registrada”.

A Noruega, em 30/05/1993, promulgou a Lei 40, regulamentando o “Registro de Parceria de Casais Homossexuais”. Segundo Fernandes (2004, p. 124) “o maior avanço da lei, diz respeito à possibilidade que os companheiros têm de partilhar da ‘autoridade parental’, o nosso poder familiar”.

---

<sup>32</sup> O Parlamento de Uganda, em abril de 2011, adiou a votação do projeto de lei que determina a pena capital para os homossexuais. “O projeto determina que pessoas consideradas culpadas de “homossexualidade agravada” - quando elas fizerem sexo com um menor de idade ou deficiente físico ou mental, ou quando o acusado for HIV-positivo - possam ser condenadas à morte. O mesmo valeria para pessoas acusadas de estuprar pessoas do mesmo sexo”. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/bbc/2011/05/13/parlamento-de-uganda-adia-debate-sobre-pena-de-morte-para-gays.jhtm>>.

Na Suécia, em 1995, quando entrou em vigor a Lei de 23/06/1994, as relações homossexuais foram oficializadas. Para constituir parceria, pelo menos um dos interessados tem que ser sueco e se não, que tenha instalado domicílio no país há algum tempo. No que tange aos direitos patrimoniais e dissolução de parceria, os procedimentos são semelhantes aos do casamento, e toda propriedade adquirida na constância da relação, será dividida igualmente. Em 2009, o parlamento sueco aprovou por esmagadora maioria a possibilidade do casamento entre gays.

Na Islândia, no ano de 1996, foi promulgada uma lei que permitiu o registro da parceria homossexual, com a possibilidade de os conviventes partilharem a autoridade parental, ou seja, permitida a adoção de crianças.

Em 1999, mediante alteração no Código Civil, a França publicou a Lei 99-944, que dispõe sobre o Pacto Civil de Solidariedade, que autoriza pessoas de sexo diferentes ou iguais, celebrarem um contrato para organizar sua vida em comum.

A Holanda possui, em se tratando de formações familiares, a legislação mais liberal, uma vez que possibilita aos homossexuais o direito de escolha: se querem casar ou manter parceria registrada. Em 2001, entrou em vigor a lei 26.672, que alterando alguns dispositivos do Código Civil, permitiu o casamento homossexual, podendo, inclusive, a conversão da parceria civil em matrimônio.

Em 2002, a Bélgica promulgou uma lei prevendo os mesmos direitos dos heterossexuais aos casais homossexuais, especialmente em relação ao patrimônio e à herança, com exceção da adoção. Com isso, foi o segundo país europeu, depois da Holanda, a autorizar o casamento gay.

Em 2005, a Câmara dos Comuns canadenses aprovou projeto de lei que regulamentou o casamento entre gays, permitindo a essas pessoas o livre acesso ao instituto.

Também em 2005 a Espanha legalizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Agora o dispositivo legal prevê, "O casamento terá os mesmos requisitos e resultados, quando as duas pessoas que entram no contrato são do mesmo sexo ou de sexos diferentes".

Em novembro de 2006, a África do Sul legalizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e foi o primeiro país do continente africano a tomar uma posição referente à temática.

Já em 2009, a Noruega estabeleceu que casais do mesmo sexo podem legalmente casar, adotar crianças e até fazer inseminação artificial.

Em 2010, Portugal se tornou o sexto país a legalizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas sem a possibilidade de adoção de crianças.

Por fim, também em 2010, a Argentina se tornou o primeiro país da América Latina a instituir o casamento gay e prevê os mesmos direitos dos casais heterossexuais, inclusive a adoção. A definição do Código Civil foi alterada, deixando de se referir ao matrimônio entre “homem e mulher”, para ser “contratantes”.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças na sociedade e no Direito de Família, hoje Constitucionalizado, propiciaram o alargamento do debate sobre a homossexualidade e, por conseguinte, a homoafetividade. Somada aos movimentos de efetivação de direitos em prol da causa homossexual, não há como passar despercebida a questão.

Contudo, há ainda um grande desafio a ser superado: a falta de regulamentação legal para os desdobramentos familiares homoafetivos. E que não se pense que se estaria a legislar para um fragmento da sociedade isolado e pequeno, mas para pessoas que estão em todas as parcelas da sociedade, de todos os grupos e raças, estar-se-ia legislando, quiçá, para os nossos futuros parentes e conhecidos, pois não há como saber qual a manifestação do desejo daqueles que ainda virão ao nosso convívio.

Enfim, o que se propôs foi uma leitura mais atenta às formações familiares homossexuais, no que pesem os dizeres da Constituição Federal em relação aos direitos fundamentais da pessoa, não do ser heterossexual em relação ao homossexual. Infelizmente, essa distinção, fruto de diversos preconceitos, ainda perdura em nossas práticas e, por reflexo, também no Ordenamento.

Seguindo a leitura da Carta Magna, as pessoas (descabendo o critério da sexualidade) possuem a liberdade de construir família e receber a proteção do Estado, sem interferência de terceiros e respeito à vida privada. Simplesmente por isso, sem ignorar os demais argumentos aqui defendidos, as relações homoafetivas merecem igual proteção e reconhecimento estatal, por se tratarem de relações entre pessoas, de amor, frise-se, entre pessoas.

Dessa forma, é imperioso que o Legislador Ordinário regulamente a questão, pois, não basta apenas que o Poder Judiciário diga que a homoafetividade merece respeito e esteja sob a proteção constitucional, no que tangem as entidades familiares já descritas em lei, mas que a sociedade, por meio de sua representação, declare esses direitos em medida semelhante aos já declarados, para que se evite uma classe de cidadãos de primeira linha e



cidadãos de segunda. Nesses casos, a ordem dos fatores altera o resultado, pois não adianta legitimação de direitos, se a Lei, explicitamente, não os legitima.

Essa é a grande batalha e, oxalá, a futura lei não crie mais uma celeuma, e sim, considere a questão no sentido de garantir direito às pessoas, sem se ater à sexualidade, como se observa da legislação holandesa referente ao tema. Só assim, Dignidade, Liberdade e Igualdade serão respeitadas. De outro modo, será mais um paliativo, e disso, já nos cansamos.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Caio Fernando. **Morangos mofados**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

BRASIL. **Código civil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação Publicações, 2010.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 135, reconhece a legalidade das uniões homoafetivas. Rel. Ministro Ayres Britto, 05 de maio de 2011, Brasília – DF, 2011. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ayres-britto-julgamento.pdf>> acesso em: 06 de maio de 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 35. *In: Vade mecum*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1673.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRANDÃO, Débora Vanessa. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: RT, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 3 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **União homossexuais: efeitos jurídicos**. São Paulo: Editora Método, 2004.

FISCHER, André. **Como o mundo se tornou gay?: Crônicas sobre a nova ordem sexual**. São Paulo: Ediouro, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. VI. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LARA, Sílvia Hunold (org). **Ordenações Filipinas**. Livro V. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 91.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEDEIROS, Jorge Luiz de. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: LTr, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOTT, Luiz. **Crônicas de um gay assumido**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

