



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

**MONIQUE MORAES FARIAS**

**UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR  
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**CAMPINA GRANDE - PB  
2010**

**MONIQUE MORAES FARIAS**

**União Homoafetiva como Entidade Familiar no  
Ordenamento Jurídico Brasileiro.**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC)  
apresentado à Banca Examinadora do  
Curso de Direito da Universidade Estadual  
da Paraíba, em cumprimento à exigência  
para obtenção do título de Bacharelado  
em Ciências Jurídicas, orientado pelo  
Prof. Claudio Simão de Lucena Neto.

**Campina Grande-PB  
2010**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

F224u Farias, Monique Moraes.  
União homoafetiva como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro [manuscrito] / Monique Moraes Farias. – 2010.

28 f.

Digitado.

Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito)  
– Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2010.

“Orientação: Prof. Esp, Cláudio Simão de Lucena Neto, Departamento de Direito público”.

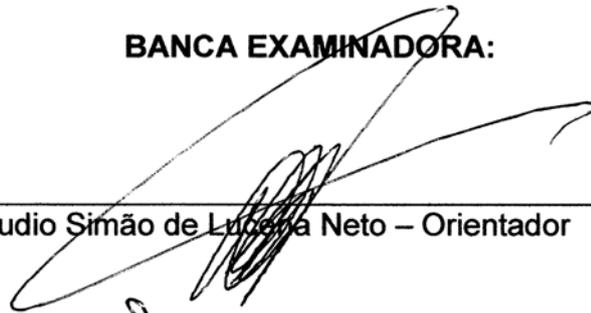
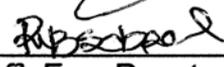
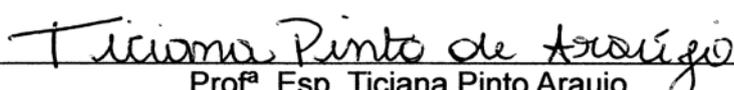
1. Direito familiar 2. União homoafetiva I.Título.

21. ed. CDD 346.015

**MONIQUE MORAES FARIAS****União Homoafetiva como Entidade Familiar no  
Ordenamento Jurídico Brasileiro.**

Aprovado em: 16 de DEZEMBRO de 2010.

**BANCA EXAMINADORA:**

 _____ Prof. Esp. Claudio Simão de Lucena Neto – Orientador	_____ NOTA
 _____ Profª. Esp. Renata Maria Brasileiro Sobral	_____ NOTA
 _____ Profª. Esp. Ticiano Pinto Araujo	_____ NOTA

## AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida;

A Ismael e Joana, meus pais, pelo exemplo de amor, família e união, que é base de minhas condutas e dá sentido a vida; pelo sustento financeiro dos meus estudos e das minhas regalias pessoais; pela confiança em mim depositada, transparecida em poucos momentos; por serem o alicerce de tudo.

A Rodolfo, por estar sempre perto, mesmo distante; pelas poucas conversas sérias, sempre acontecidas em momentos de profundo desânimo; por sempre me apoiar acima de qualquer outra coisa; por me incentivar a crescer do meu modo, com minhas próprias escolhas; por ser a pessoa que sempre estará ao meu lado e nunca me permitirá sentir o verdadeiro gosto da solidão.

A Cyntia, pelo apoio emocional; pelo companheirismo nas horas infernais; por me fazer entender e sentir o mais puro dos sentimentos; pela dedicação; pelo respeito; pela fé no “amor que não ousa dizer o nome”.

A Raissa, pelo apoio intelectual;

A Ilana, André, Rallyson, Luciano e Camilla, pela amizade; por tornar a vida mais bela; por serem transformadores de tristezas em alegrias;

*"Existem nas recordações de todo homem coisas que ele só revela aos amigos. Há outras que não revela mesmo aos amigos, mas apenas a si próprio, e assim mesmo em segredo. Mas também há, finalmente, coisas que o homem tem medo de desvendar até a si próprio."*

**Fiódor Dostoiévski**

## RESUMO

A homossexualidade já foi considerada um dos piores pecados mortais, crime punível com pena de morte e até considerado uma doença psíquica sem explicações genéticas aceitáveis. Hoje, ao menos de forma predominante, compreendeu-se que as pessoas têm orientações sexuais diferentes. Alguns entendem a homossexualidade como uma opção, livre e consciente. Para outros, não se trata de uma escolha – visão segundo a qual a pessoa é homossexual por determinação genética, ou se torna homossexual por fatores socioambientais. Há ainda a possibilidade de ambas as explicações terem procedência. O fato é que a homossexualidade existe e a ciência ainda não determinou de forma definitiva sua origem ou suas causas. Tampouco é possível dizer se cresce ou não o número de pessoas homossexuais. O que se afirma é que aumenta o número de pessoas que assumem sua orientação sexual, constituem uniões duradouras com base em laços afetivos que em nada parecem diferir dos que sempre uniram homens e mulheres. Mundo afora, os países têm reconhecido legalmente as uniões homossexuais. No Brasil, por sua vez, a resposta que os tribunais têm dado à questão permite vislumbrar uma evolução jurisprudencial no sentido de maior reconhecimento dessas uniões. A tendência predominante na doutrina é enfrentar a analogia das uniões homossexuais com os institutos familiares existentes, como o casamento e a união estável, o que evidencia a necessidade de disposição legal que supra a lacuna de tutela jurídica em que vivem pessoas que – pelo simples e único fato de possuírem orientação sexual diversa da ainda considerada normal – têm subtraídos direitos e o amparo da lei.

Palavras-chave: União Homoafetiva, Entidade Familiar, Lacuna Legal, Tutela Jurisdicional;

## ABSTRACT

Homosexuality has been considered a mortal sin, a crime penalized with capital punishment, and even considered a psychic disease without genetic explanation. Today, however, most people accept that people have different sexual orientations. Some people view the homosexual behavior as a free and conscious sexual option. Others, however, don't see as such – according to them, someone is homosexual because of a genetic predisposition, or because of social-environmental factors. There's also the possibility of both explanations being true. The fact is that homosexuality is a social fact, and science has not yet determined its origins or causes. It is also impossible to say if the number of homosexual individuals has grown, but many people have admitted their sexual orientation and have durable relationships based on affection that are no different from those between man and women. Many countries worldwide have legally recognized homosexual unions. In Brazil, many courts of law have shown a juridical evolution in recognizing these unions. The predominant tendency in the doctrine is confronting the analogy between homosexual unions and existing family institutes such as marriage, which shows the necessity of laws to support people that – only because of their different sexual orientation – are not contemplated by legal jurisdiction.

Key words: Homosexual union. Family. Legal law. Juridical proteccion.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>06</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>07</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>1. ASPECTOS HISTÓRICOS .....</b>	<b>10</b>
<b>2. DIREITO COMPARADO .....</b>	<b>11</b>
<b>3. POSIÇÃO DOUTRINÁRIA EM RELAÇÃO ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS .....</b>	<b>14</b>
<b>3.1 EQUIPARABILIDADE DO CASAMENTO A UNIÃO HOMOSSEXUAL.....</b>	<b>16</b>
<b>3.2 POSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO DO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL A UNIÃO HOMOSSEXUAL.....</b>	<b>17</b>
<b>4. FAMÍLIA HOMOAFETIVA: CONTROVÉRSIAS SOBRE SUA ACEITAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>20</b>
<b>4.1 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.....</b>	<b>19</b>
<b>4.2 LEI FEDERAL “MARIA DA PENHA” RECONHECE UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR.....</b>	<b>22</b>
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>24</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>27</b>

## INTRODUÇÃO

O conceito de família está em constante evolução no nosso ordenamento jurídico e também no de outros países. Isto decorre das mudanças sociais que estão sempre ocorrendo. Novas modalidades de família estão se formando e com isso surgem novos valores e concepções de vida conjunta.

A lei advém do fato social e está sempre mudando de acordo com as mudanças ocorridas na sociedade. Se considerarmos o fato social: pessoas do mesmo sexo unindo-se com uma frequência cada vez maior, é imprescindível que estas relações sejam regulamentadas. Assim como uniões heterossexuais, as uniões homossexuais também carecem de amparo da lei.

Sendo assim, o Judiciário e operadores do Direito não podem fechar os olhos para os fatos sociais. Deve-se refletir a respeito do vazio legal que recaem às uniões homossexuais de convivência e afeto. É fato que tais uniões geram efeitos no mundo jurídico, cabendo ao Judiciário solucionar os fatos decorridos desses efeitos. Afinal, “subtrair juridicidade a um fato social implica deixar o indivíduo à margem da própria cidadania, o que não se comporta no âmbito do Estado Democrático de Direito” (DIAS, 2001, p. 85).

Neste artigo, serão abordados os conceitos de família e sua evolução com enfoque nas questões socioculturais e jurídicas, analisando os aspectos históricos envolvidos; será feito um comparativo do direito brasileiro com o de alguns países quanto ao tema abordado; analisar-se-á a posição doutrinária em relação às uniões homossexuais com explanação sobre casamento e união estável; e serão abordadas as controvérsias sobre sua aceitação no ordenamento jurídico brasileiro.

## 1. ASPECTOS HISTÓRICOS

A forma como as sociedades trataram a homossexualidade, em diferentes épocas, foi extremamente desigual. Na Grécia antiga, o livre exercício da sexualidade era privilégio dos bem nascidos e fazia parte do cotidiano dos deuses, reis e heróis. Para a sociedade grega, a heterossexualidade era considerada uma necessidade reservada à procriação, ao passo que a homossexualidade era tida como uma necessidade natural, digna de ambientes cultos, uma legítima manifestação da libido.

Ainda na Grécia antiga, existia um ritual de iniciação dos jovens, no qual os mesmos mantinham relações sexuais com um homem mais velho, geralmente sábio e grande guerreiro, o que era uma honra para os jovens. Esta relação tinha caráter iniciatório, restringindo-se à ligação entre homem mais velho e menino impúbere.

A grande diferença entre gregos e romanos era que os homens gregos cortejavam os meninos de seu interesse; já para os romanos, o amor livre era proibido, uma vez que a sexualidade deste povo estava intimamente ligada à dominação. Em Roma, era permitido o interesse sexual dos homens apenas por jovens escravos.

Em Roma, mais que na Grécia, a situação diante do social podia definir a aceitação ou o rechaço ao amor entre dois homens. Se um patrício ou um homem livre submetesse um escravo, situação muito disseminada, se considerava aceito, mas isso passa a ser execrável se se deixa submeter. (...) O homossexualismo mediante determinadas condições era visto como de procedência natural, ou seja, no mesmo nível das relações entre casais, entre amantes ou de senhor e escravo. Mas, se o patrício romano, ou o simples cidadão, concedesse ser passivo para o escravo, seria definitivamente degradante (SOUZA, 2001, p. 109).

Com o surgimento da Igreja Católica e sua dominação sobre os povos, governos e sociedades, mudou-se radicalmente a forma como as relações homossexuais eram encaradas. Com a bíblia, surgiu a concepção de preservação dos grupos étnicos, como forma de sobrevivência de culturas e religiões, e assim foi responsável pela completa inversão da visão sobre as relações humanas. As relações de prazer passaram a serem vistas como grave transgressão dos valores estabelecidos, sendo consideradas perversão. O contato sexual ficou restrito ao

casamento e exclusivamente para fins procriativos. Daí a condenação à homossexualidade, principalmente a masculina, por haver perda de sêmen, enquanto o relacionamento entre mulheres era considerado mera lascívia.

A partir do século XIX, com a evolução da ciência, muda-se a idéia do homossexualismo como pecado para tratá-lo como doença. É nesta época que surge os termos “homossexual” e “heterossexual”.

Nos dias de hoje, esta idéia de homossexualismo-doença se encontra ultrapassada e superada. Desde 1985, o Código Internacional de Doenças foi revisado e mudou-se a questão do homossexualismo como sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais.

Em 1995, os cientistas concluíram que a homossexualidade não poderia mais ser considerada doença e sustentada como diagnóstico. Assim, o sufixo “ismo”, que significa doença, foi substituído pelo sufixo “idade”, que designa um modo de ser.

A grande mudança no histórico da homossexualidade está diretamente ligada ao surgimento de grupos organizados que lutam por reconhecimento e direitos. É a década de 1960 que marca o nascimento do movimento gay contemporâneo, lutando pela liberdade sexual.

Nesse sentido, a atual tendência é o crescimento do direito do homossexual de ser o que ele optou ser, de não sofrer preconceitos ou discriminações, tendo seus relacionamentos reconhecidos assim como os têm os heterossexuais.

Com isto, desde 1991, a Anistia Internacional considera a proibição da homossexualidade uma violação dos direitos humanos.

## **2. O DIREITO COMPARADO**

As diversas nações no planeta dão diferentes tratamentos a seus cidadãos homossexuais, conforme seu grau de desenvolvimento sócio-cultural. O maior exemplo disto são as legislações de países mais desenvolvidos, como Holanda, Dinamarca, Noruega, Suécia, entre outros, que já legalizaram as uniões homoafetivas. A tendência atual é a universalização dos valores, tendo a dignidade da pessoa humana como norte e objetivo primordial. Procurando-se cada vez mais conferir o status de humano pleno a todos.

Analisando dados da Anistia Internacional, ainda existem mais de 70 países que consideram a homossexualidade um crime. No grupo de maior repressão encontram-se os países islâmicos, onde existe a pena de morte para qualquer tipo de manifestação homossexual, seja masculina ou feminina.

O Brasil está entre os países intermediários no assunto, pois não há criminalização das relações homossexuais, existe a proibição da discriminação, porém não adota iniciativas positivas para regulamentar o assunto.

A Dinamarca, em 1989, foi o primeiro país a reconhecer juridicamente a homossexualidade, permitindo o registro da união civil com os mesmos direitos dos parceiros heterossexuais.

Desde o ano de 1998, a Holanda já permitia a união civil, com direito a saúde, educação e benefícios trabalhistas iguais aos dos heterossexuais. A partir do ano de 2001, a Holanda tornou possível a união homoafetiva como casamento.

Em 1993, a Noruega passou a permitir o registro da união civil homoafetiva, conferindo-lhe direitos quase iguais aos dos casais heterossexuais.

Em um patamar de evolução encontram-se os países que adotam ações afirmativas, que apóiam as organizações homossexuais, sendo a maioria países europeus.

O Parlamento Europeu, em 1994, emitiu uma resolução acerca da paridade de direitos homossexuais na União Europeia, ao recomendar aos países membros a instituição de direitos iguais, como os limites de idade para consentimento do ato sexual, igualdade de oportunidades no trabalho, direitos decorrentes do casamento, regime parental e adoção. Em seguida, no ano de 1994, a legalização surgiu na Suécia. Neste mesmo ano, também foi admitida a parceria homossexual em Israel.

Em 2001, foi reconhecida legalmente a união homossexual na Finlândia, garantindo-se aos finlandeses maiores de 18 anos o direito de registrar uniões de pessoas do mesmo sexo em cerimônias civis, comparáveis aos do casamento, porém não permitindo a adoção e a utilização do mesmo sobrenome. Em caso de divórcio, são concebidos os mesmos direitos dos casais heterossexuais.

Também em 2001, surgiu na Inglaterra o registro de parceria de casais homossexuais, mas sem conceder os mesmos direitos legais do casamento. A Alemanha permitiu o registro das uniões homoafetivas em julho de 2002, com o nome de “parceria de vida”.

No dia 1º de junho de 2003, entrou em vigor a lei que autoriza matrimônios entre homossexuais na Bélgica. Esta mesma lei, desde fevereiro de 2004, é aplicada aos estrangeiros, e para que esta união seja válida, basta que um dos dois cônjuges seja belga ou resida na Bélgica. Os casais homossexuais têm os mesmos direitos dos heterossexuais, porém não podem adotar crianças.

No ano de 2004, a concessão de direito aos parceiros homossexuais foi aprovada em Luxemburgo, Itália, Austrália, Andorra e Eslovênia. Em seguida, no ano de 2005, a legislação foi aprovada na Nova Zelândia e, em 2006, na República Tcheca, onde foram garantidos benefícios de plano de saúde, direito à pensão em caso de morte e de decisão sobre o funeral do parceiro. Na Suíça a lei é de 2007.

Dos 50 estados norte-americanos, apenas dez conferem direitos às uniões homoafetivas.

As primeiras cidades da América Latina a garantir direitos a duas pessoas, independente do sexo e orientação sexual, no ano de 2002, foram Buenos Aires e Rio Negro. Sendo inscrita a relação de afetividade estável e pública, por um período de pelo menos dois anos no Registro Público, é reconhecida a condição de dependente em plano de saúde, bem como assegurada a pensão ao sobrevivente.

A primeira legislação federal foi a do Uruguai, em janeiro de 2008, legalizando a união de casais homossexuais depois que o presidente ratificou a lei da união concubinária.

Embora diante do Congresso argentino, 60 mil pessoas convocadas por organizações católicas e evangélicas realizassem uma das maiores manifestações já vistas em Buenos Aires, mostrando repúdio ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e pedindo que os senadores mantivessem a solidez da família tradicional, no dia quinze de julho de 2010, com 33 votos a favor, 27 contra e 3 abstenções, o Senado da Argentina aprovou o projeto de lei que legaliza o casamento entre pessoas do mesmo sexo, dando um grande e importante passo em direção à igualdade.

No Brasil, ainda predomina um grande silêncio acerca do assunto. Existe um projeto de lei (PL 1151) regulamentando a parceria civil registrada, que está emperrado no Congresso Nacional desde 1995, sem movimentação desde então.

### 3. POSIÇÃO DOUTRINÁRIA EM RELAÇÃO ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS

É realidade a existência de uniões homossexuais. Ao mesmo tempo, há a ausência de legislação sobre o tema. Sendo assim, como a doutrina brasileira classifica tais uniões? Há divergências. A maior parte reconhece as uniões homoafetivas apenas como “sociedades de fato”. Os doutrinadores que defendem esta tese recorrem ao Código Civil, quando, em seu art. 981, concebe a formação de contrato de sociedade entre pessoas que obrigam-se quanto à união de bens e/ou serviços para o exercício de uma determinada atividade econômica.

Tal posição encontra firmes opositores. Assim, conforme MELO (2005, p. 26):

Se a norma acima mencionada preconiza a conjugação de capital e esforços com fim econômico, estaria sendo atribuída à relação entre homossexuais natureza de cunho friamente patrimonial, sem garantias dos direitos de família. As sociedades de fato podem ser formadas por pessoas do mesmo sexo e se enquadram no contexto do art. 981 do Código Civil e nem por isso identificam comunhão homossexual. Assim, a interpretação da convivência da relação entre homossexuais diante do dispositivo citado não encontra guarida quando considerado o desprezo da situação afetiva.

Ao considerarmos a união homossexual uma mera sociedade civil de fato, a competência para julgar as lides provindas dessas sociedades será das varas cíveis comuns, e não das varas de família. “Os direitos sucessórios seriam previstos em testamentos, a partilha de bens previamente convencionada, assim como ocorre com a formação das demais sociedades” (MELO, 2005, p. 29).

A ideia de considerar as uniões homossexuais como mera sociedades de fato desconsidera a relação de afeto existente entre o casal. Isto leva os doutrinadores a questionarem a possibilidade de considerar tal união como entidade familiar. José Carlos Teixeira GIORGIS (2001, p. 117) lembra a existência do entendimento ainda existente no Brasil de que,

Por mais estável que seja, a união sexual entre pessoas do mesmo sexo, que morem juntas ou não, jamais se caracteriza como uma entidade familiar, o que resulta não de uma realização afetiva e psicológica dos parceiros, mas da constatação de que duas pessoas do mesmo sexo não formam um núcleo de procriação humana e de educação de futuros cidadãos.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, disposições significativas foram criadas, como a proteção assegurada não só ao casamento, como também à família: em seu art. 226: nos §§ 3º e 4º, encontra-se o conceito de entidade familiar; no § 5º, foram equiparados os cônjuges em direitos e deveres; no § 6º, instituíram-se novas regras para o instituto do divórcio; no § 7º, previu-se o planejamento familiar; e no § 8º, a assistência à família, além de ser estabelecida a absoluta igualdade entre os filhos.

A Carta Magna de 1988 trouxe um avanço considerável no conceito de família, estabelecendo como entidades familiares a instituída pelo casamento, pela união estável e a família monoparental, esta constituída por apenas um dos pais mais a prole. No entanto, a doutrina e a jurisprudência vêm aumentando o rol de modalidades de família, já sendo aceita por alguns juristas nesse contexto a união homoafetiva.

O Código Civil de 2002 veio atualizar antigas disposições do anterior e adequar a legislação civil ao texto constitucional, instituindo, por exemplo: a regra de que o cônjuge passou também a ser herdeiro, em razão de se ter adotado, como novo regime geral de bens no casamento, o da comunhão parcial; a igualdade absoluta dos cônjuges, substituindo-se a expressão “pátrio poder” por “poder familiar”; e a promoção da união estável ao status de nova entidade familiar, inclusive aparecendo em capítulo próprio no livro sobre Direito de Família.

Como bem sintetiza Carlos Roberto Gonçalves (2005, pp. 5-6), as alterações trazidas pela nova lei civil “visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade”.

Ao considerarmos a união homossexual uma entidade familiar, levanta-se a questão de que gênero seria, para assim saber quais disposições legais existentes poderiam abrigá-la. A Constituição considera a existência de três espécies de entidade familiar (art. 226): as decorrentes do casamento, da união estável, e as “comunidades formadas por qualquer dos pais e seus descendentes”, as chamadas famílias monoparentais.

A esse respeito, LÔBO (2002, p. 3) esclarece:

A interpretação dominante do art. 226 da Constituição, entre os civilistas, é no sentido de tutelar apenas os três tipos de entidades familiares, explicitamente previstos, configurando *numerus clausus*. Esse entendimento é encontrado tanto entre os "antigos" civilistas quanto entre os "novos" civilistas, ainda que estes deplorem a norma de clausura que teria deixado de fora os demais tipos reais, o que tem gerado soluções jurídicas inadequadas ou de total desconsideração deles.

Ao considerar unicamente as espécies de entidade familiar previstas na Carta Magna, cabe o questionamento se não poderiam ser aplicadas às uniões homoafetivas. Excluindo-se, por incompatibilidade, a hipótese de família monoparental.

### **3.1 Equiparabilidade do casamento à união homossexual**

Até a entrada em vigor da atual Constituição Brasileira, o casamento era a única modalidade de família admitida no ordenamento jurídico pátrio, em especial pela postura conservadora do Estado em consonância com o padrão de moralidade disseminado pela Igreja, no sentido de se preservar o perfil de família tradicional até então existente: patriarcal, hierarquizada e heterossexual.

Por meio do casamento, a mulher se tornava relativamente capaz e era obrigada a adotar o sobrenome do marido, a quem cabia administrar os bens da família e dar a última palavra na sociedade conjugal.

Não é possível encontrar na nossa doutrina e jurisprudência a hipótese das uniões homossexuais como entidade familiar decorrentes do casamento, pois o entendimento é que a distinção dos sexos é inerente ao conceito de casamento. Assim, como explica a ex-desembargadora Maria Berenice DIAS (2001, pp. 90-91),

Alguns países dispensam expressa previsão legislativa sobre o gênero dos nubentes, tendo como implícito que só possa ocorrer casamento entre pessoas de sexo diverso. Mais cautelosa é a doutrina. Praticamente todo conceito de casamento traz a expressão "entre um homem e uma mulher" como elemento essencial do instituto.

Ainda, de acordo com VARELLA (2000, p. 27):

Todos os textos legais que o tempo nos permitiu examinar, Constituições, Códigos, Leis esparsas e demais, respeitadas as peculiares maneiras de se expressar, firmaram-se no princípio da heterossexualidade do casamento, ou seja, na união consensual entre o homem e a mulher, pessoas naturalmente de sexos diversos.

No geral, os doutrinadores, mesmo os que defendem o reconhecimento das relações homoafetivas, consideram a impossibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Isto ocorre devido ao pressuposto da distinção de gêneros.

Nos dias de hoje, mesmo com todas as mudanças ocorridas no instituto do casamento, esta ainda é uma instituição que guarda vínculos com preceitos religiosos e com o conceito tradicional de família geradora de prole.

### **3.2. Possibilidade de equiparação do instituto da união estável à união homossexual**

A família instituída pela união estável é a decorrente da convivência pública, contínua e duradoura entre um homem e uma mulher, formada com o objetivo de constituição de família, nos termos do art. 1.723 do Código Civil de 2002.

Pela análise da legislação, não poderia uma união homoafetiva ser enquadrada na categoria de união estável. Pois o art. 226, § 3º, da Constituição Federal dispõe que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Sendo assim, para caracterização da união estável, a doutrina e jurisprudência consideram como pressupostos básicos a existência de relação afetiva, durabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole e dependência econômica. Não significando que seja essencial a conjugação de todos esses requisitos, devendo-se avaliar, em cada caso concreto, os elementos que possam caracterizar tal modalidade de unidade familiar.

Porém, observa-se a exigência expressa de que tal união seja entre um homem e uma mulher. Duas ordens de respostas têm sido dadas a essa restrição. Uma sustenta a inconstitucionalidade do art. 226, § 3º, ao restringir o conceito de

união estável, por ferir os princípios da dignidade humana e da igualdade. Dessa forma, para PINHEIRO (2005, p. 11), o referido artigo:

É norma marcadamente discriminatória, pois viola o princípio da igualdade que, no artigo 3º, inciso IV do mesmo Diploma, proíbe o preconceito e a diferenciação das pessoas em razão de seu sexo, vale dizer, de sua preferência sexual.

Para alguns autores, o princípio da igualdade equivale a tratar desigualmente os desiguais, não podendo as relações homossexuais serem tratadas como as relações heterossexuais, por terem natureza distinta.

Para outros autores, as uniões homossexuais são incluídas no âmbito das uniões estáveis por meio de uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais, por analogia, ou mesmo por exclusão. É como pensa DIAS (2001, p.69):

Se o convívio homoafetivo gera família e se esta não pode ter a forma de casamento, necessariamente há de ser a união estável. Não há outra opção. Trata-se de uma alternativa entre duas opções. Daí, é forçoso reconhecer que a união estável é um gênero que admite duas espécies: a heteroafetiva e a homoafetiva.

A autora prossegue o raciocínio, dizendo que:

Nada justifica o estabelecimento da distinção de sexos como condição para a identificação da união estável. Dita desequiparação, arbitrária e aleatória, estabelece exigência nitidamente discriminatória. Frente à abertura conceitual levada a efeito pelo próprio legislador constituinte, nem o matrimônio nem a diferenciação dos sexos ou a capacidade procriativa servem de elemento identificador da família. Por conseqüência, de todo descabida a ressalva feita no sentido de só ver como entidade familiar a união estável entre pessoas de sexos opostos (DIAS, 2001, p.80).

Por sua vez, VARELLA (2000, pp. 33-34) afirma, em consonância com o pensamento doutrinário que parece ainda ser o dominante:

No Brasil, somente uma construção hermenêutica muito sólida, fincada sobretudo no direito de igualdade, de intimidade e da vida privada, poderá vencer a crueza literal das disposições pertinentes do Texto Constitucional. Com efeito, dos parágrafos de seu art. 226,

não há como concluir diferente: o casamento, assim como a união estável, é formado pelo homem e pela mulher.

Interpretar as leis de maneira restrita e restritiva, mormente as constitucionais, ignorando situações fáticas relevantes, faz com que se deixem cidadãos à margem da cidadania plena. Urge, portanto, que se encarem as normas constitucionais já existentes à luz dos princípios maiores da igualdade, da liberdade e da fraternidade, tríades da Revolução Francesa que sintetizam o espírito de respeito mútuo e dignidade humana que devem nortear todas as esferas da civilização.

#### **4. FAMÍLIA HOMOAFETIVA: CONTROVÉRSIAS SOBRE SUA ACEITAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Em nosso ordenamento, as uniões homoafetivas são fatos sociais carentes de tutela jurídica. Essas uniões não podem ser simplesmente esquecidas ou postas de lado enquanto não se chega ao consenso sobre como regulamentá-las.

Tais uniões, embora fujam do modelo tradicional de família, se fundam no amor e no afeto, este a mais pura exteriorização do ser, de forma que a sua marginalização se constituiria em afronta aos direitos humanos e, conseqüentemente, aos princípios do respeito à dignidade humana e da igualdade.

Um dos princípios mais importantes na sustentação da tese do reconhecimento da família homoafetiva é o princípio da afetividade, que hoje tem uma grande relevância no ramo do Direito de Família.

Atualmente, tanto na doutrina como jurisprudência, cresce o pensamento de que a afetividade e solidariedade derivam da convivência familiar e não do sangue, sendo reconhecidos a partir disto novos tipos de entidades familiares, mesmo que fujam do modelo tradicional de família.

Como destaca Maria Berenice DIAS (2006), o envolvimento afetivo é que proporciona um espaço de individualidade, assegurando “uma auréola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano”, acrescentando:

Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida (DIAS, 2006, p. 45).

O termo afeto, hoje, é consagrado como valor jurídico, sendo presente em vários dispositivos, mesmo que de forma tácita, devido a importância que hoje tem no conceito de família.

É assim que o constituinte, ao conceder a tutela jurídica às uniões estáveis, elevando-as à categoria de família (art. 226, § 3º, da Constituição Federal), baseou-se na constatação de que o afeto que une e enlaça duas pessoas é o grande alicerce do núcleo familiar, de onde se gerarão os filhos, dando continuidade assim à árvore genealógica da família.

#### **4.1 Legislação Aplicável**

Atualmente, nos meios doutrinários, intelectuais e políticos, a idéia de legalizar as uniões homossexuais vem crescendo. Visa-se torná-las uniões civis, regularizando de vez tais situações de fato já existentes, estabelecendo direitos e deveres para os envolvidos na relação.

A legislação brasileira não criminaliza os atos homossexuais e proíbe a manifestação de discriminação contra tais. A jurisprudência está caminhando no sentido crescente de reconhecimento das uniões homoafetivas, porém não pode transpor o limite da lei.

Assim, cabe verificar como anda o pensamento dos representantes do povo no Congresso Nacional. Uma pesquisa no site da Câmara dos Deputados, realizada em 17/11/2010, tendo como base no argumento “homossexual”, revela a existência de 51 proposições, entre indicações, requerimentos, projetos de lei e propostas de emenda à Constituição.

Em 1995, de autoria da então Deputada Federal Marta Suplicy, foi apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.151, em que se pretendia implantar no ordenamento jurídico brasileiro a união civil de pessoas do

mesmo sexo. Esta união teria natureza jurídica de contrato cível, regido por normas comuns a todos os contratos, com repercussão no campo do Direito de Família no que diz respeito a alguns direitos e deveres dos contraentes. Este projeto até hoje está em tramitação.

A autora do projeto, Marta Suplicy, não visou equiparar tais uniões ao casamento ou união estável, o objeto foi basicamente regularizar os efeitos patrimoniais e sucessórios decorrentes dessas relações. Pois hoje podemos observar a existência de vários casais homossexuais vivendo juntos há vários anos, construindo um patrimônio comum, dividindo alegrias e tristezas com base na afetividade e amor duradouro.

Os direitos patrimoniais que se pretendem regularizar com a legalização das uniões civis entre homossexuais abrangem os relativos a bens, os sucessórios e os previdenciários. Hoje, no que tange a estes últimos, já há reconhecimento jurídico e aplicação na esfera administrativa.

Como exemplo deste reconhecimento jurídico, temos a decisão da 6ª Turma do TRF da 4ª Região, que, em acórdão proferido em 27 de julho de 2005, determinou que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS considerasse, em âmbito nacional, os companheiros ou companheiras homossexuais como dependentes preferenciais dos segurados ou seguradas do Regime Geral de Previdência Social. Tal decisão é um expressiva vitória, porém muitos outros direitos básicos ainda são negados aos casais homossexuais. Esta decisão vinha sendo assegurada perante liminar da Justiça Federal do Rio Grande do Sul desde 2000, e no dia 10.12.2010 foi publicada no Diário Oficial da União a portaria 513 do Ministério da Previdência, determinando que os benefícios do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), como pensão por morte, devem incluir parceiros do mesmo sexo em união estável. A portaria, assinada pelo ministro da Previdência Social, Carlos Eduardo Gabas, confirma o parecer divulgado em junho pela Advocacia Geral da União (AGU) neste mesmo sentido.

Para comprovar a união estável, os casais homossexuais devem apresentar pelo menos três documentos: declaração de Imposto de Renda do segurado, com o beneficiário na condição de dependente; certidão de disposições testamentárias (testamento); declaração especial feita perante tabelião ou conta bancária conjunta. Os itens são os mesmos requeridos a casais heterossexuais. Segundo o presidente da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais

(ABGLBT), Toni Reis, a portaria vem após um ofício enviado pela associação ao presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, de novembro de 2009, pelo reconhecimento.

#### **4.2 Lei federal “Maria da Penha” reconhece união homoafetiva como entidade familiar**

Muito embora a legislação brasileira não tenha regulado a matéria, a Lei Maria da Penha, de nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, abordou explicitamente, em um de seus dispositivos, a união homoafetiva entre duas mulheres como entidade familiar, *in verbis*:

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

I – *omissis*

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

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Analisando o dispositivo, Iglesias Rabelo e Rodrigo Saraiva (2006) afirmam que o reconhecimento legal da família constituída por vontade expressa pode ser interpretado no sentido de se incluir nessa modalidade um casal homossexual – no caso, composto por mulheres. Vale citar seu raciocínio:

Acerca da situação até então vigente, com a exclusão legal de reconhecimento da união homoafetiva entre mulheres, Alves (2006) preleciona que “são elas, portanto, cônjuges ‘autoconsiderados’, porque, perante si mesmos e perante a sociedade, mas à margem da lei, ambas têm um vínculo íntimo sólido, com envolvimento sexual e afetivo tal qual um casal heterossexual. Além disso, mesmo que o Direito não as reconheça como tal, elas o fazem, mediante ato voluntário de manifestação de vontade”.

O relato de Alves demonstra a existência da manifestação de vontade expressa na constituição da relação homoafetiva feminina. Dessa forma, os casais homossexuais conjugam o mesmo afeto, os

mesmos planos comuns, as mesmas vontades e os mesmos interesses que o fariam um casal heterossexual.

Constata-se, portanto, que as uniões homoafetivas são constituídas por vontade expressa, o que as inclui na previsão legal retro citada [sic]. Inclusive, admitir de forma contrária poderia levar ao absurdo da hipocrisia, pois uma mulher vítima de violência familiar pela sua parceira não poderia obter a proteção legal.

Ademais, nos termos do art. 5º, III, as uniões homoafetivas, entre mulheres, também estão englobadas pela presente lei. Isto porque esse tipo de união apresenta-se como uma relação íntima de afeto. Reforçada encontra-se, portanto, a previsão legal da nova forma de entidade familiar acima expressa.

Ademais, para sanar qualquer dúvida, o parágrafo único do art. 5º assegura que ‘as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual’. O legislador, de forma expressa, extirpou qualquer possibilidade de interpretação diversa da aqui estabelecida. Uma interpretação sistemática do inciso II com o parágrafo único do mesmo artigo 5º permite afirmar que a lei reconheceu a união homoafetiva entre mulheres, que, por analogia, também haverá de ser aplicado aos casais homossexuais do sexo oposto.

Tal interpretação apresentada pelos juristas reforça a tese da possibilidade da união homoafetiva duradoura e pública ser encarada como união estável, no mesmo sentido em que se construiu a previsão constitucional de proteção à família (art. 226 da Constituição Federal de 1988).

Acrescenta Paulo Luiz Lobo (*apud* RABELO; SARAIVA, 2006) que a “enumeração constitucional é meramente exemplificativa, o que não permite excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade”, não considerando o rol constitucional exauriente, vez que não abrangeu todas as modalidades familiares merecedoras de proteção.

## 5. CONCLUSÃO

Verificou-se, ao longo do desenvolvimento deste artigo, que é de grande importância para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo um núcleo familiar bem estruturado, harmônico e afetivo. Motivo porque tanto o legislador como o magistrado devem ter em mente a conjugação de princípios jurídicos básicos na criação e aplicação das leis, como os do respeito à dignidade humana, da igualdade, da intimidade, de proteção à família e da afetividade.

Urge a atualização do Direito para conferir legitimidade jurídica a uma situação real da união homoafetiva. É inquestionável e crescente a escala ascendente de pessoas do mesmo sexo que, em busca de sua felicidade e realização pessoal, se unem em laços afetivos duradouros e estáveis.

Em muitos países, o Direito tem regularizado a situação de seus cidadãos homossexuais, de várias formas. É notável a crescente no sentido do reconhecimento desses relacionamentos.

Hoje, a família é tida como um grupo de pessoas que se unem não só como um grupo de pessoas unidas por laços de consanguinidade, mas também pelo afeto, pelo amor e pela solidariedade mútua, dividindo afazeres e despesas, compartilhando momentos de dor, alegria e tristeza, numa relação de sentimentos múltiplos.

Vive-se hoje numa sociedade em que o amor, a solidariedade e a afetividade são de grande valia e têm pesos importantes na constituição e manutenção da felicidade de uma família, independentemente de sexo, cor, idade e status financeiro.

O objeto do tema principal deste artigo é a chamada família homoafetiva, tendo sido relatados, o longo do artigo, fatos sociais que envolvem, como a aceitação da união civil entre homossexuais e sua legalização em diversos países. Também foram abordados os princípios embaixadores da tese de seu reconhecimento e informações relevantes sobre a discussão da controvérsia nos meios doutrinários.

A respeito da legislação aplicável, diante das informações trazidas pelo trabalho, verificou-se o crescimento no país de um movimento em prol da legalização do instituto da união homoafetiva, já havendo alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que visam não só a aprovação da união civil de

casais de pessoas do mesmo sexo, como também seu reconhecimento como entidade familiar, pela similitude do instituto com a união estável, prevista no art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

No mesmo contexto, citaram-se leis que já vêm considerando a existência de união estável entre homossexuais, como a Lei Federal nº 11.340/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, que inovou na matéria ao abordar explicitamente em um de seus dispositivos a união afetiva entre duas mulheres como entidade familiar; a Lei Municipal nº 3.344/2001, que, ao disciplinar o regime próprio de previdência de servidores do Município do Rio de Janeiro, reconhece, em um de seus artigos, como estável a união entre homossexuais.

Por determinação do Judiciário, o INSS há alguns anos já vem concedendo pensão a companheiro homoafetivo, com base na Instrução Normativa daquele Instituto de nº 25/2000, que prevê a concessão tanto de auxílio por morte como auxílio-reclusão.

É clara a tendência cada vez mais crescente em ser regulamentada a união civil entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, tanto pela influência do que vem ocorrendo em outros países, bem como seu reconhecimento como nova modalidade de união estável, como já vem sendo considerado na doutrina e na jurisprudência.

Quanto a isto, há de se questionar por que o legislador pátrio, apesar dos fatos e dos valores que vêm se sedimentando no seio da sociedade, ainda não fez reconhecer, através da lei, essa nova modalidade de família.

São muitos os casais de pessoas do mesmo sexo que convivem sob o mesmo teto, de forma contínua e duradoura, por muitos anos, dividindo despesas e juntando esforços para manter uma relação estável, baseada no amor, no respeito e na solidariedade mútua. Negar esses fatos seria como vendar os olhos a uma realidade que já se tornou pública e cotidiana.

O reconhecimento das uniões homossexuais coibirá injustiças relacionadas à destinação dos bens dessas pessoas e amparará parceiros ao fim de cada relacionamento.

Não há que se pensar em “incentivo” à homossexualidade, argumento utilizado por setores religiosos e conservadores contrários à parceria civil registrada – ou instituto semelhante –; não parece sensato supor que o país verá a “proliferação” de homossexuais somente porque há uma norma legal que trate de seus direitos.

Deve haver no Brasil uma lei que regule as uniões homossexuais porque legitimá-las é restituir a cidadania a milhares de pessoas que querem nada mais que ter garantida sua livre vivência de orientação sexual e afetiva. Porque em uma sociedade democrática, a diversidade humana não pode justificar exclusões sociais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMNESTY. INTERNACIONAL "Países que consideram crime a homossexualidade". Disponível em: < <http://www.amnesty.org/> > Acesso em 13 nov 2010;

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

CAMPOS, Patrícia Eleutério. A união estável e o novo Código Civil: uma análise evolutiva. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 7, n. 89, 30 set. 2003. Disponível em: <[http:// jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4342](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4342)>. Acesso em: 09 out. 2010.

\_\_\_\_\_. União homoafetiva será lei. **Direito de família**. Disponível em: <<http://www.direitodefamilia.com.br/materia.asp?codmater=107>>. Acesso em: 02 nov 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 542 p.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual – O preconceito & a justiça**. 2ª ed, revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001;

GIORGIS, José Carlos Teixeira. "A relação homoerótica e a partilha de bens", in INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA – IDEF (coord.). **Homossexualidade – discussões jurídicas e psicológicas**. Curitiba: Juruá, 2001;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005. 650 p.

JUS BRASIL "Inédito na América Latina: Argentina aprova união homoafetiva." Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2283772/inedito-na-america-latina-argentina-aprova-uniao-homoafetiva>>. Acesso em 16 nov 2010;

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 10 out. 2010;

MELO, Elaíne Cristina de Oliveira e. **Um novo modelo de família. Aspectos sócio-jurídicos da união entre homossexuais.** Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 625, 25 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6496>>. Acesso em: 16 nov. 2010;

PINHEIRO, Fabíola Christina de Souza. **Uniões homoafetivas. Do preconceito ao reconhecimento como núcleo de família.** Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 625, 25 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6495>>. Acesso em: 02 out 2010;

RABELO, Iglesias Fernanda de Azevedo; SARAIVA, Rodrigo Viana. **A Lei Maria da Penha e o reconhecimento legal da evolução do conceito de família.** Jus Navigandi, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8911>>. Acesso em: 12 set. 2010.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. “Homossexualismo, uma instituição reconhecida em duas grandes civilizações”, in INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA – IDEF (coord.). **Homossexualidade – discussões jurídicas e psicológicas.** Curitiba: Juruá, 2001;

VARELLA, Luiz Salem. **Homoerotismo no Direito Brasileiro & Universal – parceria civil entre pessoas do mesmo sexo.** Campinas, SP: Agá Juris Editora, 2000;

FARIAS, Rodolfo Moraes. **Laicidade estatal e direito à livre expressão da sexualidade. 2007. 33 f.. Artigo (Especialização lato sensu em Direito Constitucional)** - Universidade Potiguar, Natal, 2007.