

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAROLINE CARLESSO

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE SEU
RECONHECIMENTO JUDICIAL**

CHAPECÓ (SC),

2011

CAROLINE CARLESSO

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE SEU
RECONHECIMENTO JUDICIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Comunitária da Região de Chapecó,
UNOCHAPECÓ, como requisito parcial à obtenção
do título de bacharel em Direito, sob a orientação da
Prof^a. Me. Sílvia Ozelame Rigo Moschetta.

Chapecó (SC), maio de 2011.

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE SEU
RECONHECIMENTO JUDICIAL**

CAROLINE CARLESSO

Prof^ª. Me. Sílvia Ozelame Rigo Moschetta
Professora Orientadora

Prof. Me. Glaucio Wandre Vicentin
Coordenador do Curso de Direito

Prof^ª. Me. Sílvia Ozelame Rigo Moschetta
Coordenadora Adjunta do Curso de Direito

Chapecó (SC), maio 2011.

CAROLINE CARLESSO

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE SEU
RECONHECIMENTO JUDICIAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de BACHAREL EM DIREITO no Curso de Graduação em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ, com a seguinte Banca Examinadora:

Me. Sílvia Ozelame Rigo Moschetta – Presidente

Me. Helenice da Ap. Dambrós Braun – Membro

Esp. Cristiani Fontanela – Membro

Chapecó (SC), maio 2011.

DEDICATÓRIA

Dedico aos meus pais, Ademir e DeJane, duas pessoas maravilhosas e incomparáveis as quais devo quem sou e tudo que conquistei até hoje, pelo amor incondicional, pelo apoio e incentivo em todos os momentos de minha vida. Ao meu irmão, Cristiano, que apesar da distância física, está sempre do meu lado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por toda força concedida para que fosse possível finalizar mais uma etapa de minha vida.

A meus pais, Ademir e Dejane, pela paciência, carinho, compreensão e apoio, fundamentais na busca desta conquista.

À professora orientadora Sílvia Ozelame Rigo Moschetta por toda atenção e dedicação despendida, sempre empenhada em guiar e orientar da melhor forma possível, e por acreditar em minha capacidade de realizar um bom trabalho.

À professora Helenice da Aparecida Dambrós Braun pelo apoio metodológico e pelos inúmeros e-mails respondidos quando eu me encontrava cheia de dúvidas.

A todos os amigos e pessoas que de algum modo me auxiliaram nessa trajetória.

*“E a gente vive junto e a gente se
dá bem, não desejamos mal a
quase ninguém, e a gente vai à luta
e conhece a dor, consideramos
justa toda forma de amor”*

(Lulu Santos, Toda forma de amor).

RESUMO

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE SEU RECONHECIMENTO JUDICIAL. Caroline Carlesso.

Sílvia Ozelame Rigo Moschetta (ORIENTADORA). (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ).

(INTRODUÇÃO) As relações homoafetivas originaram-se nos primórdios da civilização, representando, deste modo, uma realidade que sempre se fez presente, em toda parte, desde as origens da história humana. Nas civilizações antigas, a homossexualidade era aceita com naturalidade, constituindo, inclusive, importante papel em cerimoniais de iniciação e na transmissão dos conhecimentos por meio das gerações. Todavia, com a ascensão do cristianismo a prática homossexual passou a ser considerada uma transgressão à ordem natural e uma afronta aos bons costumes pregados pela Igreja Católica. Com isso, as uniões homoafetivas foram relegadas à margem da sociedade, sofrendo inúmeros preconceitos. Em que pese à queda na supremacia da Igreja, seus ditames encontram-se presentes até os dias atuais. Em suma, apesar da evolução da sociedade, especialmente no que diz respeito à concepção engrandecida de família estabelecida pela Constituição Federal de 1988, nota-se que ainda há grande discriminação em relação às uniões homoafetivas, visto que não possuem qualquer regulamentação específica no ordenamento jurídico brasileiro. (OBJETIVOS) Tem-se como objetivo geral desta pesquisa: verificar se há a possibilidade de reconhecimento, como entidade familiar, da união estável homoafetiva no sistema jurídico brasileiro. Como objetivos específicos: analisar a evolução normativa da família, tomando por base a sua concepção histórica até se chegar à instituição familiar constitucionalizada; estudar os aspectos históricos e conceptuais das uniões homoafetivas; examinar a união entre pessoas do mesmo sexo no cenário brasileiro; identificar os requisitos que caracterizam a união estável constitucionalmente protegida; verificar os obstáculos para o reconhecimento das uniões estáveis homossexuais; examinar quais são os argumentos utilizados para reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar; analisar a possibilidade de equiparação da união estável à união homoafetiva. (EIXO TEMÁTICO) A pesquisa vincula-se ao Eixo Temático do curso de Direito da Unochapecó denominado “Cidadania e Estado”. (METODOLOGIA) O desenvolvimento deste trabalho pauta-se na pesquisa bibliográfica, consubstanciada na leitura de doutrinas, jurisprudências, revistas e artigos, utilizando-se o método científico dedutivo, que se configura a partir da análise de dados gerais para se chegar a um dado específico. (CONCLUSÃO) Após a realização da pesquisa, observa-se que demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, conseqüentemente, o reconhecimento de tal união como entidade familiar. Assim, os obstáculos para o reconhecimento, como entidade familiar, das uniões homoafetivas resultam do preconceito enraizado na sociedade em geral, visto que, conforme amplamente demonstrado, essas relações possuem o elemento material caracterizador da família, que é o amor familiar, o afeto existente entre os parceiros (PALAVRAS-CHAVES) Família, homoafetividade e união estável.

LISTA DE APÊNDICES

APÊNDICE A – ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA.....	120
APÊNDICE B – TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA.....	122

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I.....	15
1 EVOLUÇÃO NORMATIVA DA FAMÍLIA	15
1.1 Contornos históricos sobre a família	16
1.2 A família: das ordenações à Constituição Federal do Brasil de 1988	20
1.3 A família constitucionalizada	26
1.4 A diversidade familiar	31
CAPÍTULO II.....	38
2 A UNIÃO HOMOAFETIVA	38
2.1 Um pouco de história.....	39
2.1.1 A homossexualidade nas sociedades antigas.....	39
2.1.2 A homossexualidade como pecado	44
2.1.3 A homossexualidade na medicina	49
2.1.4 A homossexualidade diante da psicologia e da psicanálise.....	51
2.1.5 A homossexualidade e a genética.....	55
2.2 A união homoafetiva no cenário brasileiro.....	57
CAPÍTULO III	63
3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988 E AS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS.....	63
3.1 União estável constitucionalmente prevista	64
3.1.1 Esboço histórico	64
3.1.2 Elementos caracterizadores da união estável.....	72
3.2 Uniões estáveis homoafetivas e seu reconhecimento jurídico.....	78
3.2.1 Obstáculos para o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas	78
3.2.2 Alicerces para o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas.....	88

CONCLUSÃO.....	110
REFERÊNCIAS	113
APÊNDICES	120

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa trata sobre as uniões estáveis entre casais homoafetivos e a sua consequente (in)constitucionalidade diante da ausência de legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro que verse sobre o assunto.

A relevância da temática está fundamentada na transmutação que a entidade familiar vem sofrendo do decorrer dos anos, perceptível, especialmente, no fato de se ver reconhecidos novos arranjos familiares, além daqueles constituídos pelo matrimônio. A sociedade possui estruturas de convívio cada vez mais complexas e distintas. Assim, legisladores e julgadores devem estar preparados para regular e julgar estas diversidades, sem, contudo, confundir carência legislativa com inexistência de direitos.

Ademais, estudiosos têm se mostrado interessados na pesquisa sobre a homossexualidade, muitos buscando uma ‘cura’, outros tentando compreender melhor o porquê desta atração, numa constante desmistificação das teorias anteriores sobre a homoafetividade.

Não obstante a evolução ocorrida no âmbito das relações (inter)pessoais, muitos cidadãos ainda sofrem com atitudes discriminatórias e preconceituosas, o que resulta, cada vez mais, em estudos voltados para a questão da defesa dos direitos das minorias marginalizadas.

Desta forma, observa-se que as relações homoafetivas encontram-se desamparadas pelo Direito quanto ao aspecto legislativo, usufruindo tão somente da Lei Maria da Penha. O legislador permanece inerte quanto à criação de leis ou, então, na aprovação de projetos já existentes que tratem especificamente sobre o tema, relegando a um futuro incerto a proteção

dos direitos de muitos indivíduos. O Judiciário, por sua vez, diverge, em muitos casos, quanto às ações decorrentes das relações homoafetivas tramitarem nas varas da família, sob o argumento que não há qualquer previsão legal expressa no sentido de considerar as uniões homossexuais como uma entidade familiar.

Portanto, a popularização da temática homossexualidade, a busca de uma melhor compreensão do assunto para que se interprete a norma vigente da forma mais eficiente e justa possível e o estigma em que são envoltos os homossexuais, fizeram com que despertasse o interesse na pesquisa sobre as uniões homoafetivas, cujo preconceito sempre condenou ao silêncio.

No intuito de se verificar uma resposta ao tema proposto – união estável homoafetiva: a (in)constitucionalidade de seu reconhecimento judicial – foi constituído o seguinte problema de pesquisa: Quais são os instrumentos existentes no ordenamento jurídico brasileiro que possibilitam o reconhecimento, como entidade familiar, da união estável entre pessoas do mesmo sexo?

Para o desenvolvimento da temática foi estabelecido como objetivo geral verificar se há ou não a possibilidade de reconhecimento, como entidade familiar, da união estável homoafetiva no sistema jurídico brasileiro.

Por sua vez, para se alcançar o objetivo geral foram traçados alguns objetivos específicos, tais como: analisar a evolução normativa da família, tomando por base a sua concepção histórica até se chegar à instituição familiar constitucionalizada; estudar os aspectos históricos e conceptuais das uniões homoafetivas; examinar a união entre pessoas do mesmo sexo no cenário brasileiro; identificar os requisitos que caracterizam a união estável constitucionalmente protegida; verificar os obstáculos para o reconhecimento das uniões estáveis homossexuais; examinar quais são os argumentos utilizados para reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar; analisar a possibilidade de equiparação da união estável à união homoafetiva.

O aprofundamento teórico do estudo pauta-se na pesquisa bibliográfica, consubstanciada na leitura de obras doutrinárias, artigos jurídicos, jurisprudências, revistas da área e demais publicações pertinentes, bem como na própria legislação, utilizando-se o método científico dedutivo para formalizar a pesquisa, que se configura a partir da análise de dados gerais para se chegar a um dado específico.

O tema proposto vincula-se ao eixo temático “CIDADANIA E ESTADO” do Curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó - Unochapecó.

A pesquisa foi estruturada em três capítulos, a saber: I) Evolução Normativa da Família; II) A União Homoafetiva e III) A Constituição Federal do Brasil de 1988 e as Uniões Estáveis Homoafetivas.

No primeiro capítulo, aborda-se a evolução da família, seus aspectos históricos relevantes, bem como a influência de fatores religiosos e sexuais na sua formação. Ademais, analisa-se o progresso legislativo desta entidade no Brasil, desde as ordenações até a Constituição Federal de 1988, dando-se ênfase para a constitucionalização do Direito de Família. No capítulo inicial, discorre-se, ainda, acerca da diversidade das entidades familiares (visão pluralista) e da instrumentalização da família, como meio utilizado pelos indivíduos para o seu desenvolvimento e para a busca da felicidade pessoal e coletiva.

O segundo capítulo trata das uniões homoafetivas, explanando-se uma concepção geral sobre a homossexualidade nas civilizações antigas, na religião, na medicina, na genética, na psicologia e na psicanálise. Além disso, estuda-se as uniões homossexuais no cenário brasileiro, sua origem e evolução do decorrer dos anos, até culminar na visão atual acerca da homossexualidade.

Por derradeiro, no terceiro e último capítulo será analisada a união estável constitucionalmente prevista, fazendo-se um aparato histórico acerca desta modalidade de entidade familiar e verificando-se os elementos essenciais que a compõe. Ademais, abordam-se as diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade ou não de reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

CAPÍTULO I

1 EVOLUÇÃO NORMATIVA DA FAMÍLIA

A proposta deste primeiro capítulo é discorrer sobre a evolução da família, tecendo considerações sobre a trajetória percorrida por essa entidade ao longo dos anos, que culminou na formação da família contemporânea.

Para tanto, faz-se uma abordagem histórica da família desde a civilização romana até os dias atuais, com o estudo das principais mudanças ocorridas em cada época.

Em seguida, será analisado o aspecto normativo da família brasileira: a sua consagração nas Ordenações Portuguesas, no decorrer das Constituições Federais, nas legislações esparsas, até a sua regulamentação pela Carta Constitucional de 1988.

Posteriormente, estuda-se a família constitucionalizada, momento em que se avalia a concepção contemporânea de entidade familiar, diversa, vale dizer, da visão primitiva, preconceituosa e patrimonialista de família que vigorava até pouco tempo atrás.

Por fim, serão observadas as diferentes formas de entidades familiares, discorrendo-se sobre a visão pluralista de família, o rompimento com o paradigma de entidade familiar condicionada ao matrimônio e a instrumentalização da família, na concepção atual de *locus* indispensável para o desenvolvimento da pessoa humana.

Deste modo, o propósito deste capítulo é fornecer subsídios que permitam uma melhor compreensão do instituto da família e, conseqüentemente, comportem uma análise mais

aprofundada acerca da possibilidade de se reconhecer a união formada entre duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

1.1 Contornos históricos sobre a família

Ao longo da história da humanidade, encontram-se diferentes formas de agrupamentos humanos e, conseqüentemente, distintas concepções de família. A noção de família varia no decorrer dos tempos à medida que o homem e a sociedade evoluem.

Todavia, como bem lembra Gomes (1998, p. 39),

A evolução jurídica da família importa, entre os povos de nossa área cultural, a partir de Roma. O direito romano deu-lhes estrutura inconfundível, tornando-a unidade jurídica, econômica e religiosa, fundada na autoridade soberana de um chefe.

Ademais, nas palavras de Venosa (2006, p. 59), o Direito Romano foi de suma importância para Portugal e também para o Brasil, em decorrência do vínculo de subordinação dos brasileiros em relação aos portugueses:

[...] em Portugal se verificou o fenômeno da recepção do Direito Romano, assim como ocorrera na Alemanha, França, Espanha e em quase todos os países do Ocidente. [...] Em Portugal, a adaptação do Direito Romano deveu-se a seus grandes juristas e em especial à Universidade de Coimbra. Até 1722, nessa Universidade, o estudo do Direito resumia-se ao Direito Romano, tal era sua autoridade.

Desta feita, em Roma o pai era a autoridade máxima, estabelecendo uma relação de hierarquia e subordinação com os filhos, a esposa e os escravos¹. Somente o *pater familias*² poderia adquirir e administrar os bens que compunham o patrimônio familiar (*dominica potestas*), exercer o *patria potestas* sobre seus filhos, deter poder sobre a esposa e sobre a mulher casada com *manus*³ com seus descendentes. O *pater* exercia, ainda, o *ius vitae necisque*, que era o poder sobre o direito de vida e morte dos membros do grupo familiar

¹ O termo família teve origem atribuída aos escravos, pois *famulus* significava escravo doméstico e *família* era o grupo de escravos que pertenciam ao *pater familias*, conforme explica Engels (1987, p. 61).

² *Pater Familias*: o ascendente comum mais idoso (WALD, 2004, p.9).

³ Casamento com *manus* é aquele em que o marido adquire o poder marital sobre a mulher. Conseqüentemente, esta se desvincula totalmente de sua família de origem e ingressa na do marido, como se sua fosse (ALVES, 1995, p. 290).

(WALD, 2004, p. 9-10). “Os valores da família romana colocavam o patrimônio privado em escala valorativa superior à própria vida humana. Eram os interesses econômicos que determinavam as uniões matrimoniais” (TEIXEIRA, 2005, p. 13-14).

Conforme observa Pereira (2003, p. 62), neste período a mulher gozava de total submissão e inferioridade, sendo “propriedade do pai, que por sua vez tinha o direito de casá-la, conservando sobre ela seus poderes.” Visualiza-se, assim, a impossibilidade de a mulher adquirir sua autonomia, pois passava da condição de filha à de esposa, sem, contudo, angariar sua liberdade.

Na época, o conceito de família independia da consanguinidade (WALD, 2004, p. 09). A relação de parentesco era estabelecida por meio de cultos aos antepassados comuns. Sobre o assunto esclarece Coulanges (2003, p. 13-26) que,

A família romana sofria a influência religiosa na sua constituição, pois a religiosidade foi o motivo que caracterizou a formação da família na Antiguidade. [...]. A privação da sepultura era o grande temor, pois, com o sepultamento, tinha-se o repouso e a bem-aventurança eterna. Antes de adorar deuses, os homens adoram os mortos [...]. Foi a partir do culto aos antepassados, por meio de adorações, como o fogo, que a formação da família teve início. A religião representou o principal elemento constitutivo da família antiga; ou seja, pelo culto ao mesmo antepassado, surgiram as entidades familiares e, por meio do casamento, a mulher abandonou o culto do lar paterno, para prestar culto ao antepassado a que o marido pertencia. Os integrantes da família antiga eram unidos pela religião doméstica e pelo culto aos antepassados, que selavam a união familiar.

Deste modo, a crença no culto aos antepassados para a conquista do descanso eterno era um dos fatores que determinavam a união das pessoas em agrupamentos familiares. A existência de afeto entre os membros era irrelevante para a constituição de uma família, pois para o direito romano os sentimentos não apresentavam significativa importância.

Enfim, na família romana objetivava-se assegurar o direito do pai em detrimento de qualquer membro do grupo familiar, porquanto era o *pater* o membro mais importante da família e, em consequência disso, todos deveriam respeitá-lo e servi-lo irrestritamente.

Entretanto, com o passar do tempo se verificou uma restrição progressiva do poder antes investido no *pater familias*, o que gerou uma maior autonomia dos filhos e da mulher, antes vassallos. Com efeito, o *pater* não detinha mais o julgamento sobre a vida e a morte de seus familiares e não governava mais todos os bens da família, haja vista que os filhos passaram a administrar seus próprios pecúlios. A emancipação dos descendentes, que antes

era considerada uma penalidade, foi adotada como um direito; o parentesco dominante, que outrora era desvinculado da consanguinidade, passa a ser o cognatício⁴, em substituição ao agnatício⁵. Além disso, a substituição do casamento com *manus* pelo sem *manus* significou a emancipação gradual e progressiva da mulher (WALD, 2004, p. 10-11).

Durante a Idade Média⁶, com a influência decisiva do cristianismo, mais especificamente da Igreja Católica, a ideia de família consubstanciou-se no casamento religioso, que “além de um acordo de vontades, passou a ser também um sacramento.” (FUJITA, 2003, p.3).

Verifica-se, pois, que o casamento era algo sagrado e indissolúvel. Não se reconhecia a figura do divórcio, haja vista que o matrimônio era uma união sacramentada por Deus e inalterável pelo homem.

Sobre o contexto, ensina Wald (2004, p.13):

Durante a Idade Média, as relações de família se regem exclusivamente pelo direito canônico, visto que, do século X ao século XV, o casamento religioso é o único conhecido. [...] Na doutrina canônica, o matrimônio é concebido como sacramento, reconhecendo-se a indissolubilidade do vínculo e só se discutindo o problema do divórcio em relação aos infieis, cujo casamento não se reveste de caráter sagrado.

Portanto, com o casamento, homem e mulher eram considerados uma só carne, nada podendo separá-los além da morte. O divórcio, autorizado excepcionalmente nos casos de adultério – e muitas vezes nem mesmo nestes casos reconhecido –, simplesmente colocava fim ao matrimônio que não se cobria do caráter sagrado necessário para sua constituição.

⁴ “A cognação era o parentesco pelo sangue que existia entre pessoas que não deviam necessariamente ser agnadas uma da outra.” (WALD, 2004, p.10).

⁵ A agnição era uma forma de parentesco que “vinculava as pessoas que estavam sujeitas ao mesmo *pater*, mesmo quando não fossem consanguíneas (filho natural e filho adotivo do mesmo *pater*, por exemplo).” (WALD, 2004, p.10).

⁶ A Idade Média caracterizou-se pela influência da Igreja sobre toda a sociedade. Defendendo os interesses das camadas proprietárias dominantes, a Igreja justificava a divisão tripartida e estamental da sociedade feudal. Para a Igreja Católica, cada grupo social cumpria uma função determinada pela vontade divina. Ao clero, por exemplo, as orações e o zelo pela fé católica; aos nobres, a proteção e a defesa militar da sociedade; aos servos, a obrigação do trabalho e a produção gratuita, visando à manutenção e à reprodução do sistema. O sistema político, social e econômico da época foi o feudalismo. O período da Idade Média foi tradicionalmente delimitado com ênfase em eventos políticos. Nesses termos, iniciou com a desintegração do Império Romano do Ocidente, no século V (em 476 d. C.), e terminou com o fim do Império Romano do Oriente, com a Queda de Constantinopla, no século XV (em 1453 d.C.) ou com a descoberta da América (em 1492). A Era Medieval pode também ser subdividida em períodos menores: Alta Idade Média, que decorre do século V ao X; e Baixa Idade Média, que se estende do século XI ao XV (WIKIPÉDIA, 2010).

Para Dias (2010, p. 27), “a sociedade, em determinado momento histórico, institui o casamento como regra de conduta [...] para impor limites ao homem, ser desejanter que, na busca do prazer, tende a fazer do outro um objeto.” Logo, a função do casamento perpétuo era a de garantir a ordem social, impedindo que os laços firmados se rompessem.

Ocorre que, no final da Idade Média, surgiram conflitos entre religiosos e autoridades civis, no que dizia respeito ao direito de família e seus aspectos patrimoniais e pessoais. “Fortalecendo-se a autoridade do rei e voltando a dominar o mundo, pela segunda vez, o direito romano, na época do Renascimento⁷, o Estado reivindicou a competência para julgar as questões referentes ao direito de família.” (WALD, 2004, p.16).

Pouco a pouco a competência das autoridades eclesiásticas foi sendo absorvida pelas autoridades civis, sendo instituído na França, no período da Revolução Francesa⁸, em 1767, o casamento civil obrigatório, o qual passou a ser aceito juntamente com o religioso, único até então conhecido (FUJITA, 2003, p. 4).

Em meados do século XVIII, a família apresentou-se em uma nova estruturação, uma vez que a Revolução Industrial⁹ fez com que a procura por mão-de-obra aumentasse significativamente, principalmente para o desempenho de atividades terciárias. “Foi assim que a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família, que se tornou **nuclear**, restrita ao casal e a sua prole” (DIAS, 2010, p. 28) (grifo da autora).

Desse modo, verifica-se neste momento histórico o deslocamento das famílias do campo para os centros urbanos e a consequente redução do número de pessoas que compõe o

⁷ “As grandes transformações sociais e econômicas do final da Idade Média modificaram o modo de viver dos europeus. O reaquecimento do comércio e a lenta desestruturação do feudalismo tornaram mais agitada a vida nas cidades e intensificaram o contato entre as pessoas. [...] Todos estes fatores deixaram os homens mais confiantes em si mesmos, mais ousados e mais críticos. Conscientes de seu valor e de suas possibilidades, eles começaram a desenvolver uma nova maneira de pensar e de ver o mundo, bem diferente do homem medieval. [...] O movimento cultural que caracterizou a transição da mentalidade medieval para a mentalidade moderna é chamado de Renascimento ou Renascença (séculos XV e XVI). Esse movimento teve grande alcance cultural, atingindo as artes, as ciências e a filosofia.” (COTRIM, 2000, p. 38-39).

⁸ “A Revolução Francesa é um dos grandes acontecimentos históricos que marcaram a superação final do feudalismo pelo capitalismo. É tradicionalmente utilizada para assinalar o início da Idade Contemporânea. Destruindo as decadentes estruturas do Antigo Regime, a revolução derrubou a nobreza que ainda vivia dos privilégios do Estado absolutista. Liderado pela burguesia, o movimento contou com a participação de vários grupos sociais: a população miserável das cidades, os pequenos produtores e comerciantes, os camponeses explorados pela servidão, etc.” (COTRIM, 2000, p. 89).

⁹ A Revolução Industrial correspondeu a um conjunto de transformações econômicas, políticas, sociais e tecnológicas, ocorridas em um primeiro momento na Inglaterra, em meados do século XVIII, significando a substituição do sistema de manufatura para o sistema maquinofatureiro de produção, expandindo-se posteriormente para a Europa, os Estados Unidos e o Japão (COTRIM, 2000, p. 71-72).

núcleo familiar. O número reduzido de pessoas e a convivência em espaços menores fizeram com que as relações afetivas entre seus membros se intensificassem, havendo a valorização do afeto, do carinho, do amor.

A família atual, portanto, “não é mais tão ampla como a família antiga, [...] porém o centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor” (FUJITA, 2003, p. 04).

Sob a ótica de Dias (2007, p. 27), os “vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. O **acasalamento** sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do **instinto de perpetuação da espécie**, seja pela aversão que todas as pessoas têm à **solidão**” (grifo da autora).

Deste modo, a constituição das famílias varia de acordo, por exemplo, com os “valores morais ou religiosos de determinada época e da maior ou menor proteção jurídico-estatal” (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 54).

Assim, depreende-se da análise histórica que a família se apresentou, inicialmente, em um modelo patriarcal e hierarquizado, no qual se realçavam os laços patrimoniais e a manutenção forçada de vínculos matrimoniais em detrimento da felicidade de seus membros. Todavia, como esta entidade apresenta seu quadro evolutivo ligado ao próprio avanço do homem e da sociedade, a família passou a apresentar uma nova concepção, baseada em uma maior valorização da solidariedade e do afeto.

Em suma, o conceito de família é relativo, pois a estrutura familiar assume diferentes funções, alterando-se continuamente, influenciada pelas circunstâncias de tempo e lugar. Trata-se, portanto, de uma variável em constante evolução.

1.2 A família: das ordenações à Constituição Federal do Brasil de 1988

Conforme visto alhures, a família modifica-se de acordo com a época, juntamente com o homem e a sociedade. Neste sentido, a definição de família é algo relativo, que se altera continuamente, renovando-se como ponto de referência do indivíduo na sociedade

(TEPEDINO, 2004, p. 372). Portanto, qualquer análise não pode deixar de levar em conta o momento histórico e o sistema normativo em vigor.

A história do Direito brasileiro está estritamente ligada a Portugal. Nesse contexto, assevera Fujita (2003, p. 15) que o Direito de Família no Brasil possui como fontes históricas o Direito Canônico e o Direito Português.

[...] A nossa lei civil, sobretudo no que concerne ao Direito de Família, demonstra a grande influência exercida pela Igreja Católica, por intermédio de seu **Direito Canônico**. Tenha-se como exemplo o instituto do matrimônio, que foi objeto de disputa árdua entre o Estado e a Igreja, visando à sua regulamentação e celebração. Essa discussão se estendeu até o final do século XIX, quando foi instituído o casamento civil, por meio do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890. [...] Igualmente, o **Direito Português** se revela fonte histórica do Direito de Família, na medida em que os portugueses fizeram vigorar em nosso país as suas normas jurídicas, valendo observar que as Ordenações Filipinas, que foram impostas pela Espanha a Portugal e suas colônias, vigoraram no Brasil até 1916, bem após o término do domínio espanhol e pouco antes da entrada em vigência do Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071, de 1º-1-1916) em 1º de janeiro de 1917. (FUJITA, 2003, p. 15) (grifo do autor)

Assim, desde o descobrimento, o império de Portugal impôs ao Brasil-Colônia o seu ordenamento jurídico por meio das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, que, por sua vez, remetiam ao direito canônico da Igreja Católica a matéria referente à família (LÔBO, 2009, p. 21).

A família na sociedade brasileira, primeiramente, foi considerada um fato natural, inexistindo, portanto, interesse por parte do Estado na sua regulamentação. Todavia, conforme ressalta Dias (2010, p. 27), a família não representa um grupo natural, mas cultural, porquanto é a família que desempenha a função primordial na transmissão da cultura, e é essa estrutura que ao Estado interessa regulamentar.

Mesmo sendo a vida dos pares um **fato natural**, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito. [...] A família juridicamente regulada nunca é multifacetada como a família natural. Essa preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma **construção cultural**. [...] É essa estrutura familiar que interessa investigar e trazer para o direito. É a preservação do LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito. (DIAS, 2010, p. 27) (grifo da autora)

De tal modo, por ter sido considerada, inicialmente, um fato natural, a família passou praticamente despercebida nas duas primeiras Constituições nacionais. A primeira

Constituição do Brasil e única do período imperial, outorgada por Dom Pedro I, em 25 de março de 1824, não fazia qualquer referência à família, enquanto que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, restringiu-se apenas a “reconhecer o casamento civil como o único ato jurídico capaz de constituir a família, determinando que sua celebração fosse gratuita”¹⁰ (OLIVEIRA, J. S., 2002, p. 25-27).

Com o advento do Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916), a família passou a ter uma regulamentação mais efetiva no Direito Brasileiro, vindo a substituir as leis esparsas de origem portuguesa até então vigentes no país (PEREIRA, 2003, p. 64).

Originariamente, o Estatuto de 1916 trazia consigo uma visão precária da família, limitando-a ao grupo originário do casamento e considerando indissolúvel o vínculo matrimonial. Do mesmo modo, fazia distinções entre os membros familiares e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos oriundos dessas relações (DIAS, 2010, p. 30).

Para Teixeira (2005, p. 20), “a família pré e pós-codificada era marcadamente patriarcal, patrimonializada, matrimonializada e hierarquizada. [...] A família era desenhada em moldes semelhantes à família romano-canônica”. No mesmo sentido, afirma Wald (2004, p. 21) que o Código Civil de 1916 manteve “num Estado leigo, uma técnica canônica, e, numa sociedade evoluída do século XX, o *privativismo doméstico* e o patriarcalismo conservador do direito das Ordenações.” (grifo da autora).

Destarte, o primeiro Código Civil brasileiro estabeleceu que o homem era o chefe da sociedade conjugal¹¹, cabendo-lhe a representação legal da família¹², a administração dos bens comuns, inclusive dos bens particulares da mulher¹³ e a fixação do domicílio familiar¹⁴.

A sujeição da mulher em relação ao homem era tamanha que com o casamento ela se tornava relativamente incapaz, perdia o direito de administrar seus bens particulares, não podia exercer profissão sem que o seu marido a autorizasse e era submetida às ordens e

¹⁰ Artigo 72, § 4º, da Constituição de 1891: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”

¹¹ Artigo 233, CCB/1916: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.”

¹² Artigo 233, I, CCB/1916: “Compete-lhe: a representação legal da família;”

¹³ Artigo 233, II, CCB/1916: “[...] a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial;”

¹⁴ Artigo 233, III, CCB/1916: “[...] o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique.”

vontades do consorte, incumbindo-lhe exercer o pátrio poder somente de forma subsidiária (WALD, 2004, p. 21).

O casamento era a única forma lícita de constituição de família. Era ele que determinava a legitimidade, tanto da própria família quanto dos filhos advindos desta relação. Assim, o concubinato – referido como concubinato adulterino – não restou disciplinado no Código Civil de 1916, uma vez que era considerado uma ameaça à preservação da paz doméstica, sendo tratado como sociedade de fato (e não de afeto), no âmbito das relações obrigacionais (TEIXEIRA, 2005, p. 23-25).

Além disso, no que se refere ao pátrio poder, o artigo 379 do Estatuto de 1916 estabelecia que “os filhos legítimos, ou legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.” Por sua vez, os filhos que não eram reconhecidos pelo pai – os ilegítimos – deveriam permanecer sob o poder materno, ou então sob os cuidados de um tutor¹⁵.

O que se conclui, portanto, é que o Estatuto Civil de 1916 preocupou-se com o aspecto econômico da família, estabelecendo como principal objetivo a regulamentação e proteção do patrimônio familiar. “A esse propósito, alinharam-se o autoritarismo e a discriminação nas relações familiares, em que o marido, o casamento civil e a exclusividade dos filhos legítimos eram os pontos preponderantes.” (TEIXEIRA, 2005, p. 27).

Posteriormente, mais precisamente a partir de 1930, surgiram várias normas que acabaram por alterar as disposições estabelecidas pelo Código de 1916. Tais leis objetivavam garantir uma maior proteção à família (Decreto-Lei n. 3.200, de 19/04/1941); assegurar a guarda de filhos menores no desquite judicial (Decreto-Lei n. 9.701, de 03/09/1946); dispor sobre a prova do casamento para fins de previdência social (Decreto-Lei n. 7.485, de 23/04/1945), etc. (WALD, 2004, p. 22).

Com a promulgação da Constituição de 1934, a família passou a ser tratada mais profundamente em diversos momentos da referida Carta Magna¹⁶, possuindo, inclusive, capítulo específico denominado “Da Família”, inserido dentro do Título V (“Da Família, da

¹⁵ Artigo 383 do Estatuto Civil de 1916: “O filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno. Se, porém, a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o pátrio poder, dar-se-á tutor ao menor.”

¹⁶ Carta Magna ou Magna Carta: expressões que fazem referência à Constituição Federal do Brasil.

Educação e da Cultura”), artigos 144 a 147¹⁷ (OLIVEIRA, J. S., 2002, p. 46). Verifica-se, todavia, que a Constituição de 1934 preocupou-se mais em estabelecer regras para o casamento como única forma de constituição de família do que com a família propriamente dita. Ateve-se à formalística e se esqueceu da substância do instituto.

Ulteriormente, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada em 10 de novembro de 1937, tratou do tema “Da Família”, nos artigos 124 a 127¹⁸. As Constituições que se seguiram (a promulgada em 18 de setembro de 1946 – artigos 163 a 165¹⁹; a promulgada em 24 de janeiro de 1967 – artigo 167²⁰; e a promulgada em 17 de outubro de

¹⁷ Artigos 144 a 147 da Constituição Federal de 1934: “Artigo 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo. Artigo 145 - A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País. Artigo 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento. Parágrafo único - Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juizes Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas. Artigo 147 - O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.”

¹⁸ Artigos 124 a 127 da Constituição de 1937: “Artigo 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos. Artigo 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular. Artigo 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais. Artigo 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.”

¹⁹ Artigos 163 a 165 da Constituição de 1946: “Artigo 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado. § 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público. § 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente. Artigo 164 - É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa. Artigo 165 - A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em, benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do *de cuius*.”

²⁰ Artigo 167 da Constituição de 1967: “Artigo 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel. § 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público. § 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente. § 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.”

1969 – artigo 175²¹) não inovaram substancialmente no Direito de Família até então regulado, apenas confirmando a exclusividade de constituição da família por meio do casamento civil indissolúvel (OLIVEIRA, J. S., 2002, p. 50-71).

Desta feita, assevera Wald (2004, p. 22):

A Constituição de 1937 beneficiou o filho natural, e a Lei n. 883, de 21/10/1949, permitiu o reconhecimento e a investigação de paternidade do filho adulterino depois de dissolvida a sociedade conjugal e, conforme alteração que sofreu pela Lei n. 7.250, de 14-11-1984, autorizou, também, o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos contínuos. A Lei n. 968, de 10-12-1949, estabeleceu a fase de conciliação prévia nos desquites e nas ações de alimentos. A Lei n. 1.110, de 23-5-1950, regulamentou o reconhecimento dos efeitos civis do casamento religioso, já assegurado na Constituição de 1937 [...] A Lei n. 3.133, de 8-5-1957, atualizou a adoção, enquanto a Lei n. 4.655, de 2-6-1965, introduziu no direito brasileiro a legitimação adotiva. Uma reforma processual da ação de alimentos foi feita pela Lei n. 5.478, de 25-7-1968.

Com o advento da Lei 4.121, em 27 de agosto de 1962 – Estatuto da Mulher Casada – foi reconhecida à esposa, no âmbito familiar, igualdade aos direitos do marido e situação jurídica análoga, passando a mulher a exercer um papel mais ativo na direção da família. Vale acrescentar que referido diploma representou uma grande mudança nas relações jurídicas entre mãe e filho, haja vista que alterou a redação do artigo 393 do CCB/1916²², no sentido de reconhecer que a mãe, mesmo que venha a contrair novas núpcias, não perde o pátrio poder quanto ao(s) filho(s) advindo(s) de casamento anterior (TEIXEIRA, 2005, p. 22).

Ademais, importante diploma legal que alterou consubstancialmente o sistema até então adotado pelo Código Civil Brasileiro foi a Lei n. 6.515/77, que introduziu ao sistema normativo os casos de dissolução do casamento e da sociedade conjugal, retirando, assim, o caráter sacramental/indissolúvel do matrimônio (WALD, 2004, p. 23). Nessa seara, a

²¹ Artigo 175 da Constituição de 1969: “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos. § 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1977). § 2º O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e prescrições da lei, o ato fôr inscrito no registro público, a requerimento do celebrante ou de qualquer interessado. § 3º O casamento religioso celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, fôr inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente. § 4º Lei especial disporá sôbre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sôbre a educação de excepcionais.”

²² Redação dada ao artigo 393 do CCB/1916 pelo Estatuto da Mulher Casada: “A mãe que contrair novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido.”

constatação da culpa era fundamental para delimitar a relação obrigacional decorrente do término do relacionamento.

A separação judicial trazia em seu bojo a discussão da culpa. Impunha-se achar um culpado para o fim da conjugalidade, o que era relevante para a definição da existência da obrigação de prestar alimentos, da guarda dos filhos e do uso do patronímico do marido pela mulher separada (TEIXEIRA, 2005, p. 24).

A comunhão parcial de bens passou a ser o regime legal, em substituição ao da comunhão universal, sendo indispensável, para a adoção deste último, o contrato antenupcial (WALD, 2004, p. 23-24).

Deste modo, com o passar dos tempos várias modificações ocorreram no sentido de dar à família uma estruturação mais conforme com os anseios da sociedade, reconstruindo-a de acordo com as necessidades humanas.

Com esse espírito, a Constituição Brasileira de 1988 trouxe consigo a primazia da valorização da pessoa humana e a família como fundamento da sociedade brasileira²³, sobrepujando o caráter patrimonialista até então prevalecente (FARIAS, 2007, p. 132).

Assim sendo, somente com a Constituição Federal de 1988 deu-se fim à história da desigualdade jurídica na família brasileira, uma vez que além do referido diploma legal ampliar as formas de constituição da família, reconhecendo entidades familiares outras, que não as formadas pelo matrimônio, também apresenta um modelo igualitário de estrutura familiar, na qual a solidariedade, o respeito e o afeto representam fundamentos basilares da família constitucionalizada.

1.3 A família constitucionalizada

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária se deu em decorrência dos avanços da humanidade, que se transforma de acordo com os valores e ideais predominantes em cada momento histórico. Com efeito, a família não está submetida

²³ Artigo 226, *caput*, da Constituição de 1988: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

à inalterabilidade. Pelo contrário, apresenta inúmeras concepções, adaptando-se às expectativas da própria sociedade e às necessidades do próprio indivíduo.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 preocupou-se em transferir para a ordem jurídica as constantes modificações ocorridas na sociedade brasileira, uma vez que a legislação até então vigente apresentava-se desatualizada em relação aos anseios da sociedade contemporânea. A Carta Magna, portanto, ocasionou profundas transformações na própria vida das pessoas, porquanto enfatizou a proteção do Estado às relações familiares, sobretudo aos membros que a compõe.

Na lição de Lôbo (2009, p. 12),

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto – a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização.

Nesse passo, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988 é que o Direito de Família apresentou novos contornos, baseando-se principalmente na igualdade, na solidariedade e na dignidade humana (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 38).

Segundo Giorgis (2010, p. 37), “a conversão da família em espaço de realização da afetividade humana marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para nova função: a *repersonalização das relações civis* [...]”, que ao invés de dar maior importância ao patrimônio, prestigia o ser humano; “[...] é a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade.”

Destarte, a família inserida no Texto Constitucional não é a família como instituição, tampouco unidade de produção e reprodução, na qual não importa a felicidade e realização dos seus membros, mas, sim, a família essencialmente funcionalizada à dignidade das pessoas que compõe o grupo familiar (TEPEDINO, 2004, p. 397).

Na nova ordem constitucional, homem e mulher devem ser tratados com igualdade²⁴, não havendo mais espaço para a subordinação antes imposta à esposa em relação ao marido.

²⁴ Artigo 5º, inciso I c/c artigo 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.” Artigo 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988: “Art. 226. [...] § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

Essa regra foi reproduzida no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.511²⁵. A igualdade também deve ser consagrada aos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações²⁶ - disposição inserida do Código Civil de 2002, no artigo 1.596. A família permanece assentada no casamento, que continua civil e gratuito²⁷, contudo é reconhecido o casamento religioso com efeitos civis, nos termos da legislação²⁸. A neutralização do matrimônio acabou por estender igual proteção à família constituída pela união estável entre o homem e a mulher²⁹, bem como à formada por qualquer dos pais e seus descendentes³⁰.

Observa-se, pois, que os cônjuges passaram a dividir as responsabilidades familiares, cabendo-lhes, inclusive, o planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (FUJITA, 2003, p. 17). Ao Estado restou a obrigação de fornecer os recursos necessários para a promoção desse direito³¹ e a assistência à família na pessoa de cada um de seus membros, por meio de mecanismos que coíbam a violência no seio familiar³².

Com relação aos direitos da criança e do adolescente, a Constituição estabelece, em seu artigo 227, *caput*, o direito à vida, à alimentação, à educação, à saúde, ao lazer, à dignidade, ao respeito, à profissionalização, à cultura, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, condenadas quaisquer formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Ainda, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou

²⁵ Artigo 1.511, do Código Civil Brasileiro de 2002: “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

²⁶ Artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988: “Art. 227. [...] § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

²⁷ Artigo 226, §1º, da Constituição Federal de 1988: “Art. 226. [...] § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.”

²⁸ Artigo 226, §2º, da Constituição Federal de 1988: “Art. 226. [...] § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.”

²⁹ Artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º - 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.”

³⁰ Artigo 226, § 4º, da Constituição Federal de 1988: “Art. 226. [...] § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

³¹ Artigo 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988: “Art. 226. [...] § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

³² Artigo 226, § 8º, da Constituição Federal de 1988: “Art. 226. [...] § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

enfermidade, assim como a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida – artigos 229 e 230 da CF/1988 (BITTAR, 2006, p. 37).

Outro ponto a ser lembrado, refere-se à antiga redação do § 6º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, a qual instituía que o casamento poderia ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos³³ – divórcio indireto e direto, respectivamente. Deste modo, a comprovação do lapso temporal era requisito fundamental para a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, por meio do divórcio (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 405-409).

Diante deste quadro, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) elaborou um anteprojeto de emenda constitucional – Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 28 de 2009 – para suprimir do referido artigo o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos (LÔBO, 2009, p. 127).

A inovação trazida pela Emenda Constitucional n. 66/2010³⁴, alterou a redação do §6º, do artigo 226, da Carta Magna de 1988, ao estabelecer que: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, permitindo, assim, a extinção do vínculo matrimonial independentemente de prévia separação judicial ou de anterior separação de fato.

Portanto, atualmente a única forma de dissolver o casamento é por meio do divórcio (a EC 66/2010 eliminou a separação), quer de modo amigável, quer por meio litigioso. Ainda, se os cônjuges não possuem filhos menores nem conflitos a serem resolvidos judicialmente, poderão obter o divórcio de forma extrajudicial, por escritura pública perante o tabelião³⁵. O divórcio poderá ser requerido a qualquer tempo, superando-se o injustificado prazo de espera que só prolongava sofrimentos evitáveis (DIAS, 2010, p. 316).

³³ Antiga redação do artigo 226, §6º, da Constituição Federal de 1988: “Artigo 226. [...] § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

³⁴ A Proposta de Emenda à Constituição n. 28/2009 gerou a Emenda Constitucional n. 66/2010.

³⁵ Artigo 1.124-A, do Código de Processo Civil Brasileiro: “Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. § 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. § 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.”

A “PEC do Divórcio” repercute os valores da sociedade brasileira atual, na qual não se justifica a permanência em uma relação conjugal quando já não mais existe vínculo afetivo. A nova família tem como fim supremo o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, transparecendo uma concepção puramente eudemonista³⁶ que visa à felicidade individual desapegada de valores (TEIXEIRA, 2005, p. 28).

Com efeito, a família não tem razão de subsistir por si só, porquanto representa o instrumento pelo qual seus membros se realizam. Nas palavras de Tepedino (2004, p. 398):

[...] altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Assim, a busca da felicidade individual e coletiva por meio da valorização dos sentimentos no âmbito familiar, acabou por consagrar relações mais autênticas, consubstanciadas na liberdade de escolha de cada indivíduo (TEIXEIRA, 2005, p. 30). De tal modo, a família passou a ser o alicerce para a construção individual da felicidade (FARIAS, 2007, p. 7).

Neste sentido, “a família existe em razão de seus componentes, e não estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescandível a pessoa humana.” (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 12).

As pessoas não mais se preocupam em permanecer em estruturas preestabelecidas quando a relação de amor entre elas já sucumbiu. O que elas procuram é uma comunhão afetiva, na qual o respeito mútuo e a liberdade de cada indivíduo são preservados, numa verdadeira democratização dos sentimentos. A manutenção da família baseia-se na capacidade em dar e receber amor (DIAS, 2010, p. 44). Este novo conceito de família acabou consagrado pela Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06), que identifica como família qualquer relação íntima de afeto.

Destarte, como se observa da análise da família contemporânea, que teve especial contribuição introduzida pela Constituição Federal de 1988, esta passou de instituição

³⁶ Eudemonismo: “É a busca da felicidade individual ou coletiva como fundamento e fim do comportamento humano; é o anseio do sucesso individual e da realização de cada um como objetivo que se conjuga com o progresso exitoso do grupo no âmbito de sua satisfação plural.” (GIORGIS, 2010, p. 37).

engessada a instrumento idealizador utilizado pelo ser humano para o alcance da felicidade, servindo como ambiente favorável para a promoção da dignidade às gerações presente e futura.

1.4 A diversidade familiar

A família mudou. Ou melhor, a família muda, sempre. Sua evolução vem desde a família patriarcal e hierarquizada, que posteriormente se transformou em uma instituição dominada pela Igreja Católica e representada, exclusivamente, pelo casamento sacramental, até culminar na família-instrumento, fundamentada na busca da felicidade e na promoção da dignidade humana.

Nas palavras de Farias (2007, p. 5)

A família não traz consigo a pretensão da inalterabilidade conceitual. Ao revés, composta por seres humanos, decorre, por conseguinte, uma mutabilidade inexorável na feição da família, apresentando-se sob tantas e diversas formas quantas forem as possibilidades de se relacionar, ou melhor, de expressar o amor.

A legislação nunca se interessou em definir um conceito de família, limitando-se a identificá-la com o casamento, visto que era a única forma legitimamente protegida. Hoje, isso já não mais se fundamenta, porquanto na visão pluralista³⁷ da família compreendem-se os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar um elemento comum a todos que permita identificá-los como tal. O princípio da pluralidade das entidades familiares é o reconhecimento pelo Estado da possibilidade de existência de vários tipos de família (DIAS, 2010, 43).

Ensina Pereira (2003, p. 13) que a família não se constitui apenas por homem, mulher e filhos. “Ela é antes uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente”. Assim, atualmente, o que identifica a família é a presença de um vínculo afetivo entre os membros que a compõe, e não mais o casamento, o

³⁷ Visão pluralista da família: considera como família os mais diversos arranjos familiares, não só aqueles formados pelo casamento (DIAS, 2010, p.43)

sentimento de procriação ou até mesmo o elo biológico existente entre eles. (DIAS, 2010, p. 42).

Até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o casamento era a única forma reconhecida de constituição da família brasileira. O constituinte de 1988, todavia, rompeu com o paradigma de família condicionada ao matrimônio e recepcionou outras formações familiares que se encontravam marginalizadas de seu reconhecimento jurídico (FACHIN, 2000, p. 136). De tal modo, conferiu, expressamente, igual proteção a entidades extramatrimoniais, quais sejam: a união estável³⁸ e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes – família monoparental³⁹ – (§§ 3º e 4º, do artigo 226, da Carta Constitucional). Entretanto, o que se apresenta nos dias atuais são modelos de família cada vez mais diversificados, que escapam aos padrões previstos na atual Constituição. (DIAS, 2010, p. 45-55).

Sob a justificativa de manter uma falsa ordem social e de preservar certo padrão de moralidade, o Estado e a Igreja consagraram o casamento como uma instituição, regulamentando-o de forma exaustiva e rígida. Pode-se dizer que o casamento representa quase que um contrato de adesão, na qual os nubentes apenas se limitam a aceitar os termos e condições pré-estabelecidos pelo ente estatal (SILVA, 2002, 354).

O Código Civil de 2002 define casamento como uma comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges⁴⁰. Todavia, a concretização deste instituto está além da norma, consoante observa Oliveira (J. S., 2002, p. 224):

Só existe sentido em falar em casamento se existir uma combinação diária, sucessiva, contínua e renovadora de uma série de elementos (perfeitamente alteráveis) eleitos pelos cônjuges como responsáveis pela felicidade, pela vida em comum (respeito, amor, afeto, preocupação recíproca, conselhos, que, reunidos, traduzem-se numa só palavra: afetividade).

O abandono da união cerimonial e ortodoxa representada pelo casamento como única forma de concepção da família decorre, principalmente, da heterogeneidade dos arranjos familiares presentes na sociedade atual. Além disso, o Texto Constitucional brasileiro

³⁸ Artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988: “Art. 226 [...] § 3º - 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.”

³⁹ Artigo 226, § 4º, da Constituição Federal de 1988: “Art. 226 [...] § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

⁴⁰ Artigo 1.511, do CCB/2002: “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

estabeleceu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana⁴¹ e, conseqüentemente, conferiu eficácia ao princípio da dignidade de cada um dos membros que compõe o núcleo familiar (§ 8º, do art. 226, CF). Nesse passo, a proteção estatal não está voltada à família em si, mas à pessoa que integra o grupo familiar, devendo-se respeitar o indivíduo, independentemente da estrutura familiar em que estiver inserido.

Exatamente por isso se reconhece o importante papel da união estável na sociedade contemporânea, porquanto possibilita a compreensão do caráter instrumental das entidades familiares, devendo-se proclamar a especial proteção à família, independentemente de sua origem (FARIAS e ROSENVALD, 2010, 428-429).

No entanto, as relações informais, antes denominadas de concubinato, nem sempre receberam a atenção do Estado. Pelo contrário, somente se reconhecia o casamento como entidade familiar, sequer se admitindo a existência de uniões extramatrimoniais, fazendo com que os direitos decorrentes destas uniões espúrias fossem negados com veemência. Em consequência disso, por muitos anos, referidas relações foram tratadas como um negócio, aplicando-se, por analogia⁴², o direito comercial. Eram, portanto, sociedades de fato e não de afeto, das quais decorreriam efeitos, tão somente, patrimoniais. Tanto é verdade, que se chegou a considerar tais uniões como uma relação de trabalho que, quando ausente patrimônio a ser partilhado, concedia à mulher apenas uma indenização por serviços prestados (DIAS, 2010, p. 46).

A nossa Constituição Federal denominou o concubinato de união estável, “numa expressão que traduz, na atualidade, uma melhor idéia desta instituição jurídica tão antiga e tão atual” (PEREIRA, 2003, p. 41).

O Código Civil Brasileiro de 2002 destinou um livro específico à união estável, notadamente em seus artigos 1.723 a 1.727⁴³, recepcionando a definição conferida ao instituto

⁴¹ Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;”

⁴² Analogia: processo de raciocínio lógico pelo qual o juiz estende um preceito legal a casos não diretamente compreendidos da descrição legal. O juiz pesquisa a vontade da lei para transportá-la aos casos que a letra do texto não havia compreendido (VENOSA, 2006, p. 24).

⁴³ Artigos 1.723 a 1.727 do CCB de 2002: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e

pela Lei 9.278/96⁴⁴, qual seja: entidade familiar de convivência pública, contínua e duradoura, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família. A nomenclatura utilizada para definir as pessoas que constituem união estável é companheiro(a), cumprindo observar que concubino(a) é terminologia empregada para determinar as pessoas impedidas de casar (MOSCHETTA, 2009, p. 47).

Em relação às famílias monoparentais, a Constituição elencou como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º, da CF/98). A nomenclatura (monoparental) utilizada para definir tais famílias ressalta a “presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar” (DIAS, 2010, p. 48). Conforme Moschetta (2009, p. 48), tal característica as diferencia das famílias biparentais, porquanto estas últimas são constituídas de pai, mãe e filhos.

A inserção da família formada por somente um dos pais e seu(s) filho(s) traduz uma realidade cada vez mais presente na sociedade contemporânea. Essa opção de vida está associada, muitas vezes, à liberdade dos indivíduos em escolher a relação amorosa que mais lhe convém, em uma incansável busca da felicidade (PEREIRA, 2003, p. 52-54).

Observa-se, pois, que o Texto Constitucional adotou o princípio da pluralidade das entidades familiares, haja vista o emprego de termos que indicam um abrigo maior, e não uma letra taxativa (“Entende-se, também [...]”) (GIORGIS, 2010, p. 65-66). Deste modo, o fato de a Constituição Federal de 1988 ter reconhecido expressamente algumas modalidades mais comuns de formação da família brasileira (casamento, união estável e comunidade formada

de guarda, sustento e educação dos filhos. Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.”

⁴⁴ Lei 9.278, de 10 de maio de 1996: “regula o §3º do art. 226: conceituou união estável como entidade familiar: convivência duradoura, pública, contínua, com objetivo de constituição de família. O conceito compreende a união sem qualquer restrição. Assim, admite-se, implicitamente, o concubinato adulterino. Estabeleceu o rol de direitos e deveres iguais dos conviventes: respeito e consideração mútuos. Assistência moral e material recíproca; guarda, sustento e educação dos filhos comuns. Redefiniu a possibilidade de divisão do patrimônio adquirido pelo esforço comum – em condomínio, exceto se existente estipulação contrária em contrato escrito; excluem-se bens adquiridos anteriormente à união; a administração do patrimônio compete a ambos, salvo se estipulado contrariamente; disciplina que o direito aos alimentos é conferido na hipótese de dissolução da união estável por rescisão, sugerindo a necessidade de culpa de um dos companheiros; confere ao convivente sobrevivente o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado à residência familiar, enquanto viver ou não constituir nova união; mencionou a possibilidade de conversão da união estável em casamento; estabeleceu que a matéria relativa à união estável é de competência da Vara da Família.” (MOSCHETTA, 2009, p. 47).

por qualquer dos pais e seus descendentes), “não tem o condão de obstaculizar outras espécies que surgiram e surgirão no decorrer da evolução social.” (MOSCHETTA, 2009, p. 49).

Pode-se dizer, portanto, que o conceito estampado no *caput* do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 é plural e indeterminado, representando uma verdadeira cláusula geral de inclusão. Assim, “são o cotidiano, as necessidades e os avanços sociais que se encarregam da concretização dos tipos. E, uma vez formados os núcleos familiares, merecem, igualmente, proteção legal”, visto que não é a família em si que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* considerado imprescindível para realização e desenvolvimento da pessoa humana (FARIAS e ROSENVALD, 2010, 39).

Nesta linha, preceitua Tepedino (2004, p. 398) que:

[...] a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que [...] se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes.

Em verdade, na leitura das disposições constitucionais sobre a família deve-se ter uma interpretação sistemática e teleológica (princípio da máxima efetividade) que as abarque como cláusulas abertas, admitindo-se a inclusão de outras entidades, mesmo que não previstas expressamente. Isso porque, por mais minuciosa e atenta que seja a legislação sempre haverá casos que fogem às suas regulamentações, incitando a revisão de seus conceitos e teorias para que possa abranger, também, a nova situação que se apresenta. Neste sentido, não se pode aceitar que haja famílias deixadas ao desarrimo pelo Estado, pelo simples fato de não estarem elencadas no Texto Constitucional (PAULO, 2009, 41-54).

Destarte, não há justificativas, senão baseadas no preconceito e na discriminação, para que não se reconheça efetividade a relações outras, que não as previstas expressamente, tais como: uniões homossexuais, comunidades constituídas entre irmãos, tios e sobrinhos, avós e netos, etc. Pois “a nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado [...]” (DIAS, 2010, p. 47).

Apesar do entendimento de parte dos doutrinadores brasileiros⁴⁵, que inserem as uniões homossexuais no âmbito do direito obrigacional, identificando-as como sociedades de

⁴⁵ Carlos Roberto Gonçalves; Maria Helena Diniz; Lenio Luiz Streck, dentre outros.

fato, tal posicionamento não encontra fundamento na sistemática do Direito Constitucional, uma vez que os princípios basilares da dignidade humana, da igualdade, da liberdade, da fraternidade, da autodeterminação, da não-discriminação, da intimidade, autorizam o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, conferindo a estas o *status* de entidade familiar, sujeita ao Direito de Família (LÔBO, 2009, p. 68-72).

Dentro da mesma perspectiva, o reconhecimento, como entidade familiar, das comunidades formadas entre irmãos, entre tios e sobrinhos, entre avós e netos e das famílias recompostas por padrastos, madrastas e enteados, é perfeitamente plausível, justamente por haver o elemento caracterizador de toda e qualquer família: o afeto. “Dividem-se alegrias, tristezas, [...], solidariedade, afeto, amor..., enfim, projetos de vida. Por isso, não é crível, nem admissível, que lhes seja negada a caracterização como entidade familiar.” (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 59-61).

Conclui-se, portanto, que a família contemporânea baseia-se no afeto como garantia para o pleno desenvolvimento do ser humano, porquanto é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade e o desenvolvimento do indivíduo. A família torna-se um refúgio para os seus membros, criando um ambiente propício para a ascensão pessoal. Essa nova tendência que busca a felicidade individual ou coletiva como fundamento do comportamento humano constitui a família eudemonista (GIORGIS, 2010, 60-61).

Nas palavras de Carbonera (1998, p. 310),

[...] o Direito não deve decidir de que forma a família deverá ser constituída ou quais serão suas configurações juridicamente relevantes. Em se tratando de relações familiares, seu campo de atuação deve se limitar ao controle da observação dos princípios orientadores, deixando às pessoas a liberdade quanto à formação e modo de condução das relações. Neste sentido, formando-se uma família que respeite a dignidade de seus membros, a igualdade nas relações entre eles, a liberdade necessária ao crescimento individual e a prevalência das relações de afeto entre todos, ao operador jurídico resta aplaudir, como mero espectador.

Para Roudinesco (2003, p. 198), a família é “o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições”, na expectativa de que ela “saiba manter, como principal fundador, o equilíbrio entre o um e o múltiplo de que todo sujeito precisa para construir sua identidade.”

Assim, num contexto no qual há estruturas de convívio cada vez mais complexas e diversificadas, não se pode falar em um modelo único e determinado de família, mas, sim, em um *locus* baseado na supremacia do amor e na comunhão de vidas, no qual as pessoas se desenvolvem e se realizam, representando verdadeira efetivação do princípio constitucional da dignidade humana e de todos os demais princípios que o norteiam, como o da igualdade, da liberdade, da não discriminação, da fraternidade, da intimidade, da autodeterminação, bem como o respeito que todos os cidadãos devem ter ao reconhecer as individualidades e diferenças de cada ser humano.

CAPÍTULO II

2 A UNIÃO HOMOAFETIVA

Neste segundo capítulo, analisa-se a evolução histórica da homoafetividade, discorrendo-se sobre a percepção das relações entre pessoas do mesmo sexo nas civilizações antigas.

Por meio da análise do aparato histórico da homossexualidade, percebe-se que nem sempre esta prática foi repudiada pela sociedade, porquanto já representou papel fundamental na estrutura das civilizações primitivas, sendo considerada o meio pelo qual seriam transmitidos os conhecimentos dos homens guerreiros aos jovens aprendizes.

Posteriormente, contudo, com a disseminação da doutrina cristã pelo mundo, a homossexualidade passou a ser encarada com um pecado que deveria ser fortemente censurado. Assim, iniciou-se uma era de perseguições e lutas contra os homossexuais, tendo em vista que para a Igreja essas relações iam de encontro à ordem natural.

Com a evolução dos estudos e das diferentes técnicas e métodos de pesquisa, a união homossexual passou a ser discutida na área da medicina, em especial no campo da engenharia genética, e, principalmente, tem interessado à psicologia e à psicanálise.

Destarte, serão observados os diferentes estágios pelos quais a homoafetividade passou no decorrer de todos esses anos, desde seu surgimento até a contemporaneidade, analisando-se a experiência sexual como instituição pedagógica, pecado, doença, perturbação, orientação sexual.

Por fim, o estudo recairá sobre a evolução da homossexualidade na história brasileira, analisando-se o desenvolvimento da concepção desta prática em nosso país.

Os tópicos que serão avaliados terão por objetivo fornecer elementos que auxiliem numa melhor compreensão da homossexualidade, os quais, posteriormente, serão empregados para analisar os fundamentos utilizados em nosso sistema jurídico que expliquem a atual posição adotada em relação às uniões homoafetivas.

2.1 Um pouco de história

A união entre pessoas do mesmo sexo já foi tratada com naturalidade, sendo, inclusive, sagrada em muitas culturas antigas. Passou, então, por um período cristão, que a considerou um dos piores pecados da época. Posteriormente, foi objeto de pesquisa, sendo considerada por um longo período uma doença que necessitava de cura.

Constata-se, pois, que a homossexualidade encontra “reprovabilidades dos mais variados graus, a depender da cultura e do momento histórico em questão” (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 66).

Entretanto, com a evolução da sociedade e das áreas do conhecimento humano, foi possível observar que a atração entre pessoas do mesmo sexo é apenas um modo de ser e agir diverso do estabelecido como ‘normal’ pela sociedade. É uma variante da sexualidade humana que merece respeito social e proteção do Estado.

2.1.1 A homossexualidade nas sociedades antigas

O relacionamento entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade que sempre se fez presente, em toda parte, desde as origens da história humana. Na Pré-História, a homossexualidade era permitida e representava um importante papel no ritual de passagem masculino. As tribos cultivavam rituais de sexualidade, sendo traço costumeiro geral a

“inseminação homossexual ritualizada dos meninos que, transcorrida a infância, eram separados das mães e retirados da ‘casa das mulheres’, para dormir com o pai na ‘casa dos homens’ [...]” (TALAVERA, 2004, p. 65).

Do mesmo modo, em muitas sociedades antigas a homossexualidade era considerada um comportamento normal e irrepreendido, que representava “um estágio de evolução da sexualidade, das funções definidas para os gêneros e para as classes” (DIAS, 2006, p. 25). Esse era o caso da Grécia Antiga e do Império Romano, porquanto ambas foram permeadas, durante todo seu apogeu até seu declínio, por relacionamentos homossexuais (TALAVERA, 2004, p. 48).

Conforme Dias (2006, p. 25), “na Grécia, o livre exercício da sexualidade – verdadeiro privilégio dos bem-nascidos – fazia parte do cotidiano de deuses, reis e heróis.” A homossexualidade era encarada como uma necessidade natural, uma verdadeira manifestação da libido, que apresentava vital importância para a integridade do tecido social. (DIAS, 2006, p. 26).

O casal homossexual mais expressivo da mitologia grega é formado por Zeus⁴⁶ e Ganimedes⁴⁷. “O deus mais poderoso e senhor do Olimpo era terminantemente apaixonado por Ganimedes”. (TALAVERA, 2004, p. 68).

Para os gregos, as relações homossexuais dispunham de caráter pedagógico, visto que era por meio destas uniões que eram transmitidos ensinamentos aos jovens ‘aprendizes’ no intuito de prepará-los para a vida social e política. Essas relações pedofílicas⁴⁸ constituíam “verdadeiro rito de iniciação sexual para os adolescentes, nominados de *efebos* [...]. O *preceptor* era um modelo de sabedoria, geralmente um guerreiro, que se dispunha a transmitir seus conhecimentos [...]” (DIAS, 2006, p. 26) (grifo da autora).

Deste modo, os jovens gregos mantinham relações com homens mais velhos (preceptores) como forma de iniciação de sua vida adulta e para que lhes fossem transmitidos

⁴⁶ Zeus: “[...] Na mitologia grega, é o rei dos deuses, soberano do Monte Olimpo e deus do céu e do trovão.” (WIKIPÉDIA, 2011).

⁴⁷ Ganimedes: “Na mitologia grega, Ganímedes ou Ganimedes era um príncipe de Tróia, por quem Zeus se apaixonou.” (WIKIPÉDIA, 2011).

⁴⁸ Relação pedofílica: que se refere à pedofilia. Pedofilia: “[...] é a perversão sexual, na qual a atração sexual de um indivíduo adulto ou adolescente está dirigida primariamente para crianças pré-púberes ou no início da puberdade.” (WIKIPÉDIA, 2011).

todos os conhecimentos necessários para torná-los jovens mais bem treinados para a guerra e mais aptos à política.

Observa-se, assim, que “a heterossexualidade aparecia como uma preferência de certo modo inferior e reservada à procriação”, enquanto que a homossexualidade era admitida como “instituição pedagógica ou ritual iniciatório” importante e necessário para transmissão dos ensinamentos por meio das gerações (DIAS, 2006, p. 26).

Talavera ensina, ainda, (2004, p. 69) que “toda a Mitologia grega perpassa pelo elemento hedonista⁴⁹ da exposição do corpo e da materialização do belo como coroamento de uma virilidade superior dos deuses”. Os cultos, exclusivamente masculinos, incitavam o erotismo e os relacionamentos homossexuais, sendo vedada a participação das mulheres por não possuírem a capacidade para apreciar o belo.

Dias (2006, p. 26) relembra que “nas representações teatrais, os papéis femininos eram desempenhados por homens travestidos ou mediante o uso de máscaras. Por certo, manifestações homossexuais.”

Neste sentido, Correia (*apud* SILVA JÚNIOR, 2010, p. 69) assevera que foi em meio aos gregos que “a homossexualidade tomou maior feição, pois [...] lhe atribuíram características como a intelectualidade, estética corporal e ética comportamental, sendo por muitos, considerada mais nobre do que relacionamento heterossexual.”

Em ‘O Banquete’⁵⁰, Platão⁵¹ (1997, p. 130), no discurso de Aristófanes⁵², reconhece a ascendência da relação homossexual em detrimento da heterossexualidade:

Dizem alguns, é verdade, que eles são despudorados, mas estão mentindo; pois não é por despudor que fazem isso, mas por audácia, coragem e masculinidade, porque acolhem o que lhes é semelhante. Uma prova disso é que, uma vez amadurecidos, são os únicos que chegam a ser homens para a política, os que são desse tipo.

⁴⁹ “O termo hedonismo é derivado do grego *hedone*, que significa o gozo da vida, relacionado com a sensualidade e com o amor.” (TALAVERA, 2004, p. 69) (grifo do autor).

⁵⁰ “O Banquete [...] é um diálogo platônico escrito por volta de 380 a.C.. Constitui-se basicamente de uma série de discursos sobre a natureza e as qualidades do amor [...]” (WIKIPÉDIA, 2011).

⁵¹ “Platão [...] foi um filósofo e matemático do período clássico da Grécia Antiga, autor de diversos diálogos filosóficos e fundador da Academia em Atenas, a primeira instituição de educação superior do mundo ocidental. Juntamente com seu mentor, Sócrates, e seu pupilo, Aristóteles, Platão ajudou a construir os alicerces da filosofia natural, da ciência e da filosofia ocidental.” (WIKIPÉDIA, 2011)

⁵² “Aristófanes [...] foi um dramaturgo grego. É considerado o maior representante da Comédia Antiga.” (WIKIPÉDIA, 2011).

Verifica-se, deste modo, que somente os pupilos escolhidos por seus mentores para serem iniciados na vida adulta, os quais receberiam ensinamentos sobre a arte da guerra, dos jogos e da política, tornavam-se homens preparados para desempenhar papéis de destaque na sociedade grega.

Ainda, nos dizeres de Platão, a pederastia, isto é, a homossexualidade masculina, simbolizava, na verdade, a pura representação do amor, por meio da qual se uniam e se confundiam com o ser amado, fazendo de dois um só (PLATÃO, 1997, p. 129).

No Império Romano, assim como na Grécia, a homossexualidade era vista com naturalidade, todavia a diferença estava no preconceito quanto ao agente passivo da relação homossexual. Para os romanos, havia uma ligação entre a passividade sexual e a impotência política. Ou seja, a censura recaía somente na figura passiva da relação, representada, geralmente, por seres excluídos da estrutura do poder, tais como mulheres e escravos (DIAS, 2006, p. 27).

Conforme descreve Spencer (1996, p. 68), não obstante a *Lex Scatinia*⁵³ punir com multa o relacionamento sexual com um menino nascido livre, essa disposição legal não impediu tal prática. “Cícero⁵⁴ condena esse tipo de amor, afirmando que, no seu entendimento, a prática tinha origem nos ginásios gregos, ‘onde esse tipo de amor era livre e permitido’”. Contudo, o amor pelos meninos escravos era aceito. “O próprio Cícero continuou a amar o seu Tiro⁵⁵, mesmo após libertá-lo da escravatura.” (SPENCER, 1996, p. 68).

Deste modo, embora houvesse uma aversão natural na utilização de meninos livres como amantes e sujeitá-los a uma passividade estranha à natureza viril, esse costume existiu desde cedo e era muito popular (SPENCER, 1996, p. 68).

Em Roma, os valores de sexualidade e de moralidade possuíam um padrão variável. “Para assegurar afeição, respeito e fidelidade, os romanos constituíam família com a escolha de uma esposa [...]”, mas, todavia, “[...] se desejassem intemperividade, paixão e volúpia,

⁵³ *Lex Scatinia*: Lei promulgada em torno de 226 a.C. que regulamentava o comportamento sexual. Estabelecia um proibitivo à sedução e ao amor de homens por meninos nascidos livres (SPENCER, 1996, p. 68).

⁵⁴ Cícero: “[...] (Arpino, 3 de Janeiro de 106 a.C. — Formia, 7 de Dezembro de 43 a.C.) foi um filósofo, orador, escritor, advogado e político romano. Cícero é normalmente visto como sendo uma das mentes mais versáteis da Roma antiga.” (WIKIPÉDIA, 2011).

⁵⁵ Tiro: escravo e secretário de Cícero. Foi o inventor da escrita taquigráfica e escreveu diversos livros, entre eles a famosa biografia de Cícero. Cícero refere-se à Tiro com frequência em suas cartas, exaltando a importância do jovem na vida do filósofo romano (WIKIPÉDIA, 2011).

escolhiam um garoto, tal qual os efebos que eram escolhidos pelos aristocratas e preceptores gregos” (TALAVERA, 2004, p. 70).

César, o Grande Imperador do Império Romano, era conhecido como “*omnium virorum mulier, omnium mulierum virum*, ou seja, mulher de todos os homens e homem de todas as mulheres”, demonstrando a plenitude de sua bissexualidade (TALAVERA, 2004, p. 70) (Grifo do autor).

Destarte, a compreensão da homossexualidade para as civilizações grega e romana possuía aspectos distintos. Isso porque, apesar de ambas aceitarem a prática homoafetiva, para os gregos a relação entre pessoas do mesmo sexo representava um processo educativo, no qual os jovens aprendizes eram iniciados sexualmente por homens mais velhos, sendo uma honra para os púberes serem escolhidos por seus “mestres”, não havendo, deste modo, qualquer preconceito quanto ao agente passivo da relação. Já para os romanos, a passividade sexual era associada com a ideia de fraqueza, de incapacidade política e carência de poder. Assim, o preconceito incidia somente na figura passiva da união.

No entanto, não era somente nas sociedades romana e grega que a homossexualidade se mostrava presente. Talavera (2004, p. 65) evidencia que na Suméria, na Mesopotâmia, no Egito, na China e na Índia da Antiguidade, bem como no Império Islâmico, o amor entre pessoas do mesmo sexo era respeitado e honrado.

O Código de Hamurabi⁵⁶, conjunto de leis babilônicas de 1750 a.C., considerava a homossexualidade como sinal de virilidade. Há documentos egípcios de 500 anos antes de Abraão⁵⁷, que revelam práticas homossexuais não somente entre os homens, mas também entre deuses como Horus⁵⁸ e Seth⁵⁹. Certamente, houve variações no tocante à interpretação da homossexualidade, cada tempo com sua experiência singular, mas invariavelmente com o mesmo direcionar do desejo: o igual (TALAVERA, 2004, p. 66).

⁵⁶ “O Código de Hamurabi é um dos mais antigos conjuntos de leis escritas já encontrado, e um dos exemplos mais bem preservados deste tipo de documento da antiga Mesopotâmia. Segundo os cálculos, estima-se que tenha sido elaborado pelo rei Hamurabi por volta de 1700 a.C.” Um dos pontos principais do código de Hamurabi é a Lei de Talião – Olho por Olho, Dente por Dente (WIKIPÉDIA, 2011).

⁵⁷ “Abraão [...] é um personagem bíblico citado no Livro do Gênesis a partir do qual se desenvolveram três das maiores vertentes religiosas da humanidade: o judaísmo, o cristianismo e o islamismo (WIKIPÉDIA, 2011).

⁵⁸ “Na mitologia egípcia, Hórus é o deus dos céus [...]. Tinha cabeça de falcão e os olhos representavam o Sol e a Lua.” (WIKIPÉDIA, 2011).

⁵⁹ “Seth (ou Set) é o deus egípcio da violência e da desordem, da traição, do ciúme, da inveja, do deserto, da guerra e dos animais.” (WIKIPÉDIA, 2011).

Na Idade Média, mas especificamente no período Renascentista, vários artistas e intelectuais, como “Leonardo Da Vinci⁶⁰, Michelângelo⁶¹, Caravaggio⁶², Shakespeare⁶³ e Francis Bacon⁶⁴, cultivaram explicitamente paixões eminentemente homossexuais” (TALAVERA, 2004, p. 66).

Desta feita, verifica-se que a prática homossexual encontra-se presente em todas as fases históricas e ramos da atividade humana, possuindo, em cada época e lugar, significados diferenciados, de acordo com a cultura de cada povo.

2.1.2 A homossexualidade como pecado

Nas civilizações primitivas, conforme já explicitado, as relações homossexuais eram aceitas e representaram, por diversas vezes, papel fundamental na estrutura da sociedade. Contudo, a partir do início da Era Cristã, a prática homossexual passou a ser considerada uma transgressão à ordem natural, devendo ser fortemente repreendida.

Para Dias (2006, p. 27), é das religiões que provém o maior preconceito contra a homossexualidade. “A concepção bíblica busca a preservação do grupo étnico baseado no

⁶⁰ Leonardo da Vinci: “(Vinci, 15 de abril de 1452 – Amboise, 2 de maio de 1519) foi uma das figuras mais importantes do Alto Renascimento, que se destacou como cientista, matemático, engenheiro, inventor, anatomista, pintor, escultor, arquiteto, botânico, poeta e músico. É ainda conhecido como o precursor da aviação e da balística. Leonardo frequentemente foi descrito como o arquétipo do homem do Renascimento, alguém cuja curiosidade insaciável era igualada apenas pela sua capacidade de invenção. É considerado um dos maiores pintores de todos os tempos e como possivelmente a pessoa dotada de talentos mais diversos a ter vivido [...]” (WIKIPÉDIA, 2011).

⁶¹ Michelângelo: “(Caprese, 6 de Março de 1475 — Roma, 18 de Fevereiro de 1564) [...] foi um pintor, escultor, poeta e arquiteto italiano, considerado um dos maiores criadores da história da arte do ocidente.” (WIKIPÉDIA, 2011).

⁶² Caravaggio: “(Milão, 29 de Setembro de 1571 – Porto Ercole, comuna de Monte Argentario, 18 de Julho de 1610) foi um pintor Italiano atuante em Roma, Nápoles, Malta e Sicília, entre 1593 e 1610. É normalmente identificado como um artista Barroco, estilo do qual ele é o primeiro grande representante. Caravaggio era o nome da aldeia natal de sua família, que ele adotou como nome artístico.” (WIKIPÉDIA, 2011).

⁶³ Shakespeare: “[...] (26 de Abril de 1564 – 23 de Abril de 1616) foi um poeta e dramaturgo inglês, tido como o maior escritor do idioma inglês e o mais influente dramaturgo do mundo.” (WIKIPÉDIA, 2011).

⁶⁴ Francis Bacon: “[...] (Londres, 22 de Janeiro de 1561 — Londres, 9 de abril de 1626) foi um político, filósofo e ensaísta inglês, barão de Verulam (ou Verulamo ou ainda Verulâmio), visconde de Saint Alban. É considerado como o fundador da ciência moderna.” (WIKIPÉDIA, 2011).

Gênesis⁶⁵ e na história de Adão e Eva⁶⁶, de que a essência da vida é o homem, a mulher e sua família.”

O alicerce do juízo condenatório, que considera a relação homossexual um pecado, advém da interpretação prevalente da doutrina cristã (RIOS, 2001, p. 32).

Consoante tal tradição, tendo o ser humano sido criado à imagem e semelhança de Deus, mas corrompido pelo pecado original, seus atos devem-se conformar aos desígnios divinos mediante uma prática ascética dirigida à reconciliação com o Criador. Disto resulta, no plano sexual, uma moral cristã que enxerga no deleite dos prazeres carnisais a tentação do abandono de Deus em favor do mundo temporal, visto como obstáculo à elevação espiritual do homem em direção à salvação eterna. Daí a restrição das atividades sexuais à reprodução, cujo âmbito adequado é a vida marital (RIOS, 2001, p. 32).

Deste modo, o matrimônio era considerado uma solução Divina dada ao homem para preservá-lo do despudoramento e da libertinagem. Conforme ensina Dias (2006, p. 28), para a doutrina Católica, a relação sexual prazerosa não-reprodutiva constitui pecado e afasta o homem do amor de Deus. Neste contexto, “até hoje a masturbação e o sexo infértil são considerados antinaturais”; verdadeiras perversões (DIAS, 2006, p. 27).

Portanto, era grande o preconceito que a religião mantinha em relação aos homossexuais, haja vista a defesa da Igreja na preservação da humanidade e, conseqüentemente, na aceitação de práticas sexuais somente com a finalidade de procriação.

Conforme Fontanella (2006, p. 61), “[...] não há uma classificação das pessoas como homossexual ou heterossexual, mas sim, em termos de valores morais, no sentido de julgar e condenar manifestações extraconjugais e práticas sexuais não reprodutivas”.

No universo cristão, a primeira fonte de condenação à homossexualidade é a Bíblia, porquanto a leitura de algumas passagens remete a uma interpretação condenatória deste tipo

⁶⁵ Gênesis: “[...] é o primeiro livro tanto da Bíblia Hebraica como da Bíblia Cristã. [...] Narra uma visão mitológica desde a criação do mundo na perspectiva judaica, genealogias dos Patriarcas bíblicos, até a fixação deste povo no Egito através da história de José.” (WIKIPÉDIA, 2011).

⁶⁶ Adão e Eva: “Segundo a Bíblia e o Alcorão, Adão e Eva foram o primeiro casal criado por Deus.” (WIKIPÉDIA, 2011).

de prática, como é o caso, por exemplo, do Antigo Testamento⁶⁷, que menciona trechos do Livro Gênesis, referente à destruição de Sodoma e Gomorra⁶⁸ (RIOS, 2001, p. 34).

A crença de que a Bíblia repudia o homossexualismo serve de desculpa à aversão e à prática de atrocidades contra os homossexuais. Contudo, ao expressar sua opinião sobre o assunto, o padre católico romano Daniel A. Helminiak é categórico ao afirmar que “a Bíblia não fornece qualquer base real para a condenação da homossexualidade” (HELMINIAK *apud* DIAS, 2006, p. 27). Assim, quanto à exegese bíblica no que se refere a esse tema, há muita discussão sobre o que a Bíblia realmente diz a respeito da homossexualidade: se condena a prática homoafetiva ou se a Igreja Católica empresa uma interpretação equivocada ao texto sagrado.

A Igreja Católica assegurava a aceitação de seus dogmas e mandamentos por meio da evangelização, porquanto era com essa prática que se “ditava a voz de Deus” (DIAS, 2006, p. 28). A expressão “*vox populi, vox Dei*” tinha o sentido de que qualquer atitude em descompasso com a maioria estava em desarmonia com a vontade divina e, por consequência, as minorias deveriam ser castigadas por implícito atentado a Deus.” (DIAS, 2006, p. 28) (grifo da autora).

Na Idade Média, houve a sacralização do matrimônio e das relações heterossexuais (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 69). Neste sentido, leciona Dias (2006, p. 28):

Na Idade Média, [...] somente as uniões sexuais devidamente sacramentadas seriam válidas, firmes, indissolúveis. O ato sexual foi reduzido a fonte de pecado. Deveria ser evitado sempre, exceto no matrimônio abençoado pela Igreja, única hipótese em que poderia ser praticado – assim mesmo em condições de máximo recato – e estritamente para cumprir o ditame ‘crescei-vos e multiplicai-vos’. A virgindade é cultuada como um estado mais abençoado do que o próprio casamento, e o sexo ligado ao prazer é associado à noção de pecado, mesmo dentro do matrimônio. A igreja rejeitou qualquer prazer ou sensualidade que pudessem ser atribuídos ao sexo marital, adotou a idéia de que o sexo estava estritamente ligado ao divino e ao sagrado.

⁶⁷ “O Antigo Testamento [...] constitui a primeira grande parte da Bíblia cristã e a totalidade da Bíblia hebraica. [...] Chama-se também Tanakh, acrônimo lembrando as grandes divisões dos escritos sagrados da Bíblia hebraica que são os Livros da Lei (ou Torá), os livros dos profetas (ou Nevi'im) e os chamados escritos (Ketuvim). Entretanto, a tradição cristã divide o antigo testamento em outras partes, e reordena os livros dividindo-os em categorias; lei, história, poesia (ou livros de sabedoria) e profecias.” (WIKIPÉDIA, 2011).

⁶⁸ Sodoma e Gomorra: “[...] são, de acordo com a Bíblia judaico-cristã, duas cidades que teriam sido destruídas por Deus com fogo e enxofre descido do céu. Segundo o relato bíblico, as cidades e os seus habitantes foram destruídos por Deus devido à prática de atos imorais. [...] Segundo a bíblia, os motivos da destruição das cidades de Sodoma e Gomorra foram a perversidade de seus habitantes, a imoralidade e a desobediência ao Senhor. Após o retorno de Abraão do Egito, o relato bíblico menciona que os habitantes de Sodoma eram grandes pecadores contra Deus.” (WIKIPÉDIA, 2011).

Portanto, com a influência do cristianismo, a prática sexual viu-se limitada ao casamento religioso entre homem e mulher, com a finalidade única de procriação. Isso porque, “a igreja fez do casamento a forma de propagar a fé cristã [...]. A infertilidade dos vínculos homossexuais a levou a repudiá-los, acabando por serem relegados à margem da sociedade.” (DIAS, 2010, p. 197).

A repressão contra os homossexuais intensificou-se com a Inquisição⁶⁹, que passou a perseguir e penalizar ostensivamente quaisquer atos de heresia, como, por exemplo, a sodomia⁷⁰, qualificada como o maior dos crimes, o mais vil e sujo, responsável pela ira divina ter destruído Sodoma e Gomorra (RIOS, 2001, p. 35).

A reunião das autoridades eclesiásticas em diversos concílios⁷¹ para debater sobre temas que afetavam a moral e a fé cristã fez com que as condenações a práticas homossexuais se intensificassem, especialmente após o III Concílio de Latrão⁷², em 1179, que converteu a homossexualidade em crime (DIAS, 2006, p. 28).

As leis dos séculos XII e XIII também consideraram a prática da sodomia como crime. Contudo, foi com o primeiro código ocidental que a homossexualidade teve a mais severa penalização, pois referido diploma legal prescreveu a pena de morte à prática homossexual (DIAS, 2006, p. 28).

Não obstante todo o “aparato ideológico-condenatório [...] que se instituiu nesse período [...], a prática do amor homossexual sempre fora detectada – inclusive, *a posteriori*, na Idade Moderna, após a separação entre Estado e Igreja.” (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 70) (grifo do autor).

⁶⁹ “A Inquisição, ou Santa Inquisição foi uma espécie de tribunal religioso criado na Idade Média para condenar todos aqueles que eram contra os dogmas pregados pela Igreja Católica. Fundado pelo Papa Gregório IX, o Tribunal do Santo Ofício da Inquisição mandou para a fogueira milhares de pessoas que eram consideradas hereges (praticante de heresias; doutrinas ou práticas contrárias ao que é definido pela Igreja Católica) por praticarem atos considerados bruxaria, heresia ou simplesmente por serem praticantes de outra religião que não o catolicismo.” (FARIA, 2011).

⁷⁰ “Sodomia é uma palavra de origem bíblica usada para designar as perversões sexuais, com ênfase para o sexo anal, que pode ser entre homossexuais ou heterossexuais. [...] À época da inquisição, a relação homossexual era referida como ‘sodomia’, ‘pecado nefando’ ou ‘sujidade’. A palavra sodomia tem origem na descrição bíblica da destruição de Sodoma e Gomorra. A Bíblia, no livro do Gênesis, narra que Deus enviou dois anjos para analisarem tais cidades, que seriam origem de diversos pecados.” (WIKIPÉDIA, 2011).

⁷¹ Concílio: “[...] é uma reunião de autoridades eclesiásticas com o objetivo de discutir e deliberar sobre questões pastorais, de doutrina, fé e costumes (moral). Os concílios podem ser ecumênicos, plenários, nacionais, provinciais ou diocesanos, consoante o âmbito que abarquem.” (WIKIPÉDIA, 2011).

⁷² Concílio de Latrão (1179): O III Concílio de Latrão, realizado em março de 1179, foi o décimo primeiro concílio ecumênico da Igreja Católica (WIKIPÉDIA, 2011).

Ainda nas palavras de Silva Júnior (2010, p. 70), na Idade Contemporânea⁷³, mesmo com “o surgimento de uma série de discursos científicos tendenciosos, que ‘adoeceram’ a sexualidade humana, a extensão do desejo pelo mesmo sexo se verificou com ampla ventilação.”

Posteriormente, com o enfraquecimento dos laços entre o Estado e a Igreja, a dogmática de estrita obediência às normas estabelecidas pela religião cedeu lugar a um espaço de maior valorização do afeto, no qual a orientação sexual deixou de caracterizar um ilícito a ser severamente punido (DIAS, 2006, p. 29).

De fato, com o declínio da influência da Igreja, a dessacralização do casamento oficializado pelo Estado e, em especial, com a valorização psicológica e jurídica do afeto, como fundamento primordial de uma sexualidade mais livre de restrições discriminatórias [...], a homofobia institucional e social diminuiu um pouco, e os homossexuais, mais destemidos, passam a se organizar, juridicamente, através de grupos de pressão voltados para a defesa dos seus direitos de cidadania [...]. Tal movimento libertário [...] ficou conhecido, nos Estados Unidos, pelo slogan ‘saindo do armário’ – uma resposta [...] à ação policial injustificada, arbitrária da histórica madrugada de 28.06.1969 [...]. Por isso, no dia 28 de junho, de todos os anos subsequentes, passou-se a comemorar, mundialmente, o Dia do Orgulho Gay, como sinônimo de conscientização crítico-transformadora e de respeito à diversidade sexual (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 71-72).

Destarte, nota-se uma evolução quanto à aceitação da homossexualidade desde o advento do cristianismo, visto que anteriormente o sexo não-reprodutivo e, conseqüentemente, o amor homossexual, eram considerados pecados que deveriam ser punidos severamente. No decorrer dos anos, contudo, com a separação entre Estado e Igreja, o surgimento de novas estruturas de convívio, que não as constituídas pelo matrimônio, e a valorização do afeto e da pessoa humana, a fobia que existia em relação aos homossexuais diminuiu, não representando mais crime a relação entre pessoas do mesmo sexo.

Todavia, em que pese à queda na supremacia da Igreja, seus ditames continuam vigentes até os dias atuais. Neste sentido, a encíclica *Fides et Ratio*⁷⁴, editada pelo papa João Paulo II, reitera que “a Igreja só aprova as relações heterossexuais dentro do matrimônio,

⁷³ Idade Contemporânea: “[...] compreende o espaço de tempo que vai da Revolução Francesa aos nossos dias. A Idade Contemporânea está marcada de maneira geral, pelo desenvolvimento e consolidação do regime capitalista no ocidente e, conseqüentemente, pelas disputas das grandes potências européias por territórios, matérias-primas e mercados consumidores.” (WIKIPÉDIA, 2011).

⁷⁴ *Fides et Ratio*: expressão que significa Fé e Razão. “É a décima segunda Encíclica do Papa João Paulo II, de 14 de Setembro de 1998, e aborda as relações entre a fé e a razão.” (WIKIPÉDIA, 2011).

classificando [...] o amor livre e a homossexualidade como condutas moralmente inaceitáveis, que distorcem ‘o profundo significado da sexualidade.’” (DIAS, 2006, p. 29).

Assim, analisando o contexto histórico da homossexualidade, verifica-se que é da religião que provém a maior carga de preconceito em relação aos homossexuais, haja vista que até hoje considera a prática homossexual como um comportamento intolerável, contrário às leis da natureza e às leis do Criador e em desacordo com a moral e os bons costumes.

2.1.3 A homossexualidade na medicina

Por muitos anos, a homossexualidade foi considerada como uma doença, um mal que deveria ser tratado. Como prova disso, a terminologia adotada para designar pessoas que mantinham relação com outras do mesmo sexo era homossexualismo – sufixo “ismo” é indicativo de doença, patologia, transtorno.

Esse pensamento tinha por base a influência da dogmática religiosa, que, conforme visto anteriormente, desempenhou um papel significativo na concepção da homossexualidade como sendo algo inaceitável, que ia de encontro aos ditames divinos.

Silva Júnior (2010, p. 70) assevera que “a estrutura discursiva do século XVIII, bem como a posterior legitimação científica de alguns ramos do conhecimento [...] continuaram a serviço da heterossexualidade sacralizada, como padrão lícito e normal de sexualidade [...]”

Deste modo, em que pese os avanços que estavam ocorrendo na área da sexualidade (o sexo como objeto de estudo), especialmente no que se refere ao interesse na pesquisa da homoafetividade⁷⁵, os especialistas ainda consideravam a relação entre pessoas do mesmo sexo fora dos padrões comportamentais estabelecidos pela sociedade.

A consolidação do discurso científico sobre o sexo acontece ao final do século XIX, quando as pesquisas médicas formalmente se desinteressam pela valoração moral das condutas e se centram no sexo enquanto objeto de estudo. Aquilo que era visto como imoralidade passou a ser tratado como doença; assim como o vício da bebida se transformou na doença do alcoolismo, o pecado da sodomia foi sucedido pelo diagnóstico da perversão sexual (RIOS, 2001, p. 40-41).

⁷⁵ Neologismo criado por Maria Berenice Dias, primeira Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo sido a primeira mulher a ingressar na magistratura gaúcha. Colaboradora ativa na luta em prol dos excluídos.

Nesse passo, em 1869, um médico húngaro chamado de Károly Mária Kertbeny⁷⁶ criou o termo “homossexualismo”⁷⁷, tentando explicar a relação sexual entre pessoas do mesmo gênero como sendo como algo anormal, todavia, inato da pessoa humana. Assim, para o médico, o homossexualismo não era algo que se pudesse adquirir, mas, sim, uma condição inerente à pessoa, não havendo, deste modo, motivos para perseguir os homossexuais como se criminosos fossem, devendo-se tratá-los por meio da medicina (TALAVERA, 2004, p. 46).

Desde o diagnóstico médico do homossexualismo, desenvolvido pelo Dr. Kertbeny, a medicina tenta compreender esse “quadro clínico” (TALAVERA, 2004, p. 47). Durante anos a medicina pesquisou sobre diversas áreas do corpo humano, contudo, sem encontrar nada que diferenciasse e explicasse a atração por pessoas do mesmo sexo (DIAS, 2006, p. 37).

A Classificação Internacional das Doenças (CID⁷⁸) identificou, inicialmente, o homossexualismo (termo utilizado) como desvio ou transtorno sexual, inserido no capítulo das doenças mentais (DIAS, 2006, p. 37). Todavia, como o homossexualismo “interrompia as cíclicas considerações que o entabulavam como doença”, a Organização Mundial da Saúde – OMS – inseriu-o no capítulo dos “Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais”, ou seja, passou a ser considerado um “desajustamento social decorrente de discriminação religiosa ou sexual” (TALAVERA, 2004, p. 47).

Em 1995, na 10ª revisão da CID-10, a relação homossexual “foi nominada de ‘Transtornos da Preferência Sexual’ (F65)” e o termo homossexualismo, que é designativo de doença, foi substituído por homossexualidade, que significa modo de ser e agir (DIAS, 2006, p. 37).

Destarte, os especialistas concluíram que a homossexualidade “não mais encontra suporte defensável como diagnóstico médico, pois não existem sintomas que justifiquem considerá-la uma doença” (TALAVERA, 2004, p. 47).

⁷⁶ Karl-Maria Kertbeny ou Károly Mária Kertbeny (batizado como Karl-Maria Benkert) (28 de Fevereiro de 1824 – 23 de Janeiro de 1882) foi um ativista dos direitos humanos. Benkert tinha um amigo homossexual que se suicidou por ter sido chantageado, sendo esse trágico episódio que o levou a se interessar pelo tema da homossexualidade, seguindo o que ele descrevia como o seu "impulso instintivo de lutar contra cada injustiça." (WIKIPÉDIA, 2011).

⁷⁷ Homossexualismo: Na medicina, o sufixo “ismo” é designativo de doença/patologia. Deste modo, o termo homossexualismo indica que a relação sexual entre iguais (homo) – pessoas do mesmo sexo – é uma doença, uma perversão (TALAVERA, 2004, p. 47).

⁷⁸ “A Organização Mundial de Saúde – OMS – possui uma publicação mundial designada ‘Classificação Internacional das Doenças’, conhecida por CID, sendo esta classificação revisada periodicamente por peritos médicos.” (TALAVERA, 2004, p. 47)

No entanto, ainda existem autores que associam o estigma da doença mental à orientação homossexual, como se depreende das afirmações de Delton Croce, que considera a homossexualidade uma:

[...] perversão sexual que atinge os dois sexos; pode ser, portanto, masculino – quando praticados por homens entre si – e feminino – quando por mulher com mulher. Homossexual é o que pratica atos libidinosos com indivíduos do mesmo sexo ou então apenas exhibe fantasias eróticas a respeito, e, do ponto de vista legal, o que perpetrar ato homossexual devidamente confirmado, visão que, embora estigmatizante e notadamente preconceituosa, não é primitiva, vez que é compartilhada por Hélio Gomes, que também a considera como forma de perversão (CROCE *apud* TALAVERA, 2004, p. 48).

Há muito se percebe “uma preocupação científica em identificar e perquirir as causas do desejo homossexual, porque, na verdade, esta manifestação da sexualidade ainda é compreendida de forma marginal”, visto que se afasta “*dos padrões comportamentais estabelecidos pela sociedade – de acordo com os seus ‘critérios’ de normalidade.*” (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 67) (grifo do autor).

Assim, a homossexualidade já foi considerada uma doença, uma perversão que deveria ser tratada por meio da medicina. Todavia, com os avanços científicos e a evolução da sociedade, compreendeu-se que a homossexualidade representa um modo de ser e de agir da pessoa humana, não sendo mais concebível estabelecer-se nenhuma conotação patológica acerca dessa orientação sexual. Contudo, ainda há autores que entendem que a homossexualidade é um mal que deve ser tratado.

2.1.4 A homossexualidade diante da psicologia e da psicanálise

Assim como em outros ramos do conhecimento, a homossexualidade também despertou o interesse da psicologia e da psicanálise, na investigação do que seria esse fenômeno sexual. Nesse contexto, “a partir do final do século XIX, os desvios sexuais passaram a merecer uma abordagem no campo da psicopatologia.” (DIAS, 2006, p. 38).

Não obstante antigamente a psicologia considerar a homossexualidade como uma doença mental, Sigmund Freud⁷⁹, o pai da Psicanálise, em sua obra *Três Ensaios sobre a Teoria da Sexualidade*, criticou as teorias que reconheciam a relação entre pessoas do mesmo sexo como uma perversão (DIAS, 2006, p. 39).

Em resposta à carta da mãe de um homossexual, em 1935, Freud asseverou que:

A homossexualidade não é, evidentemente, uma vantagem, mas não há nela nada do qual se possa ter vergonha. Não é nem vício, nem um aviltamento, nem se pode qualificá-la como doença. Nós a consideramos uma variação da função sexual [...]. Entendi, pela sua carta, que seu filho é homossexual. Estou muito impressionado pelo fato de a senhora não mencionar este termo nas informações sobre ele. [...] É uma grande injustiça perseguir a homossexualidade como um crime, além de ser uma crueldade (FREUD *apud* SILVA JÚNIOR, 2010, p. 71).

Logo, segundo o fundador da Psicanálise, a atração entre pessoas do mesmo sexo não deve ser vista como uma enfermidade, mas, sim, como uma variação do desenvolvimento sexual.

Destarte, para a Psicologia, a homossexualidade deve ser encarada como um distúrbio de identidade e não como uma doença. Não é hereditária nem é uma opção consciente ou deliberada e, justamente, por ser involuntária não pode ensejar qualquer reprovabilidade social ou jurídica.

O psicanalista Roberto Granã define a homossexualidade como sendo “[...] fruto de um determinismo psíquico primitivo, que tem origem nas relações parentais desde a concepção até os 3 ou 4 anos de idade.” (DIAS, 2006, p. 40). Conforme o autor, “nessa época, constitui-se o núcleo da identidade sexual na personalidade do indivíduo, ou seja, firma-se o entendimento interior de ser masculino ou feminino, que irá determinar sua orientação sexual.” (DIAS, 2006, p. 40).

Por conseguinte, conclui referido estudioso que a firmação da identidade de gênero é produzida pelo ambiente. Assim, a interação da criança com os símbolos e significações do meio em que vive irá servir como referência para a constituição de sua identidade subjetiva e sexual.

⁷⁹ “Sigismund Schlomo Freud (6 de maio de 1856 — 23 de setembro de 1939), mais conhecido como Sigmund Freud, foi um médico neurologista austríaco e judeu, fundador da psicanálise.” (WIKIPÉDIA, 2011).

Nesta direção, Costa (*apud* SILVA JÚNIOR, 2010, p. 67) ressalta que a orientação sexual assenta-se, nas pessoas, “*em torno dos 4 ou 5 anos de idade*” (grifo do autor). Os fenômenos da sexualidade aparecem na infância e “*fazem parte de um curso ordenado de desenvolvimento, que atravessam um processo regular de aumento, chegando a um clímax, por volta do final do quinto ano de idade, após o qual, segue-se uma acalmia.*” (FREUD *apud* SILVA JÚNIOR, 2010, p. 67) (grifo do autor).

Já o psiquiatra e psicanalista francês Henri Ey trata a homossexualidade como um “desvio do impulso sexual, adquirido em consequência de um fracasso do aparecimento edípiano⁸⁰, que pode decorrer de fatores constitucionais, acidentais, [...] ou advir de características da personalidade dos pais” (DIAS, 2006, p. 40).

Denota-se, portanto, que ainda há muitas divergências entre os profissionais da área da psicologia e da psicanálise acerca dos motivos que levam alguns indivíduos a se relacionar com outros do mesmo sexo, o que torna a homossexualidade um enigma do psiquismo humano.

Como consequência dos avanços nas áreas da Medicina, da Psicologia e da Psicanálise, em 1973, a homossexualidade foi retirada da lista dos distúrbios mentais e emocionais da Associação Americana de Psiquiatria – APA (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 73).

Deste modo, a homossexualidade não pode mais ser compreendida como distúrbio mental que implicaria prejuízos para as aptidões e para o raciocínio, porquanto representa uma variação natural da expressão humana que deve ser respeitada.

A homossexualidade, destarte, é considerada, no máximo, um transtorno de preferência sexual – na medida em que, se os homossexuais apresentam distúrbios ou transtornos psicológicos, estes derivam dos preconceitos e não da orientação sexual de *per se* (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 73) (grifo do autor).

⁸⁰ “O Complexo de Édipo foi um conceito criado por Sigmund Freud [...]. O criador da psicanálise foi influenciado, em suas observações e pesquisas, pela tragédia Édipo Rei, de Sófocles. Nesta peça Édipo, sem saber que Jocasta é sua mãe, se casa com ela, após assassinar o próprio pai, Laio, inconsciente do parentesco entre ambos. Ao descobrir a verdade, ele cega a si mesmo, enquanto que a mãe se suicida [...].” Conforme Freud, o Complexo de Édipo verifica-se quando a criança atinge o período sexual fálico, no qual os meninos focalizam o seu desejo e prazer na mãe, e as meninas, no pai. É nessa fase que a criança distingue a diferença dos sexos masculino e feminino e determina a sua fixação pela pessoa mais próxima do sexo oposto. (SANTANA, 2011).

Sintonizado com tais avanços, o Conselho Federal de Psicologia, por meio da Resolução n. 1/99⁸¹, proibiu que os(as) psicólogos(as), e demais terapeutas ligados a esse Conselho no Brasil, exprimam “opinião pública de que a homossexualidade seja doença ou proponham a cura para essa manifestação sexual, que não é patologia.” (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 73).

A orientação dada pelo Conselho Federal de Psicologia, quanto à proibição de os profissionais tratarem a homossexualidade como doença, é explicada nas palavras de Stubrin (*apud* TALAVERA, 2004, p. 49), que afirma: “Talvez uma resposta possível seja que não se pode curar o que não está doente. A meta não é a mudança da orientação sexual da pessoa e sim a diminuição de sua angústia para poder melhorar sua qualidade de vida.”

Salienta o psicanalista Freire (1995, p. 3), em entrevista ao *Jornal do Psicólogo*:

Minha proposta é que deixemos de identificar socialmente pessoas por suas preferências sexuais [...]. Porque nos interessamos tanto pela preferência sexual das pessoas, a ponto de julgarmos muito importante identificá-la socialmente por este predicado? Quem disse que este mau hábito cultural tem de ser eterno? É isto que, a meu ver, importa. Quando e de que maneira poderemos ensinar, convencer, persuadir as novas gerações de que classificar sociomoralmente pessoas por suas inclinações sexuais é uma estupidez que teve, historicamente, péssimas conseqüências éticas. Muitos sofreram por isto; muitos mataram e morreram por esta crença inconseqüente e humanamente perniciosas.

Logo, a função dos psicólogos e psicanalistas não é a de tentar ‘curar’ os homossexuais transformando-os em heterossexuais, mas, sim, dar suporte para que as pessoas

⁸¹ RESOLUÇÃO CFP N. 1/99, de 23 de março de 1999: "*Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual*". O Conselho Federal de Psicologia no uso de suas atribuições legais e regimentais, Considerando que o psicólogo é um profissional da Saúde; Considerando que na prática profissional, independentemente da área em que esteja atuando, o psicólogo é freqüentemente interpelado por questões ligadas à sexualidade; Considerando que a forma como cada um vive sua sexualidade faz parte da identidade do sujeito, a qual deve ser compreendida na sua totalidade; Considerando que a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão; Considerando que há uma inquietação na sociedade em torno de práticas sexuais desviantes da norma estabelecida socioculturalmente; Considerando que a Psicologia pode e deve contribuir com seu conhecimento para o esclarecimento das questões da sexualidade, permitindo a superação de preconceitos e discriminações. Resolve: Art. 1º - Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão, notadamente aqueles que disciplinam a não discriminação e a promoção do bem-estar das pessoas e da humanidade. Art. 2º - Os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas. Art. 3º - Os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreçam patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados. *Parágrafo único* - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades. Art. 4º - Os psicólogos não se pronunciarão e nem participarão de pronunciamentos públicos nos meios de comunicação de massa de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica. Art. 5º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. Art. 6º - Revogam-se todas as disposições em contrário.” (GLSSITE, 2011).

que se sintam atraídas por outras do mesmo sexo consigam enfrentar as dificuldades cotidianas como o preconceito e a rejeição; que possam conviver sem medos, sem a vergonha de ser ‘diferente’ e com toda dignidade que qualquer ser humano merece.

Conclui-se, desta forma, que apesar de ainda haver disparidades nas teorias que justificam a prática homossexual, constata-se uma grande evolução desses entendimentos, sobretudo no que diz respeito ao afastamento do estigma de distúrbio mental, antes amplamente associado à homossexualidade, agora rejeitado pela Associação Americana de Psiquiatria.

Assim, não obstante as dúvidas quanto à origem da homossexualidade, se orgânica, psicológica ou histórico-antropológica, o que se pode afirmar com certeza é que as relações homoafetivas existem e são merecedoras de respeito social e de proteção estatal.

2.1.5 A homossexualidade e a genética

Estudos têm demonstrado que cada vez mais se busca uma motivação para o comportamento homossexual. Neste contexto, cientistas contemporâneos esperam identificar o gene que atua no desenvolvimento da homossexualidade, porquanto acreditam que a atração existente entre pessoas do mesmo sexo se explica por meio de “causas genéticas, com características biológicas hereditárias, não sendo fruto do ambiente social e afetivo.” (DIAS, 2006, p. 37).

Nesta direção, uma pesquisa foi realizada nos Estados Unidos entre irmãos gêmeos e entre irmãos adotivos, sendo um deles homossexual, no intuito de descobrir se a homoafetividade decorre de uma ordem genética (DIAS, 2006, p. 38). A pesquisa mostrou que entre os gêmeos univitelinos⁸², em 52% dos casos os dois irmãos eram homossexuais. Entre os gêmeos bivitelinos⁸³, essa estatística caiu para 22%. Já entre os irmãos adotivos, o número foi de 11%.

⁸² Gêmeos Univitelinos: “Quando um óvulo é produzido e fecundado por um só espermatozóide e se divide em duas culturas de células completas, dá origem aos gêmeos idênticos ou monozigóticos ou univitelinos. Sempre possuem o mesmo sexo.” (WIKIPÉDIA, 2011).

⁸³ Gêmeos Bivitelinos: “Irmãos nascidos da mesma gravidez e desenvolvidos a partir de dois óvulos que foram liberados do ovário simultaneamente e fertilizados na mesma relação sexual, porém podem ser concebidos de cópulas distintas, mas daquela mesma ovulação dupla. Podem ter ou não o mesmo sexo, se diferenciam tanto fisicamente como em sua constituição genética e possuem duas placentas e duas membranas independentes e bem diferenciadas.” (WIKIPÉDIA, 2011).

Logo, concluiu-se da análise da pesquisa que a incidência da homossexualidade é substancialmente maior em irmãos com a mesma carga genética, o que significaria a presença de um gene que agiria no desenvolvimento da homossexualidade.

Assim, para a genética, a homossexualidade não configura uma escolha sexual, visto que esta orientação ‘diferenciada da normal’ está inteiramente vinculada a causas genéticas, inerentes, portanto, ao indivíduo homossexual.

Do mesmo modo, o professor de psicologia Michael Baily, da Universidade do Noroeste de Evanston, defende que “a homossexualidade, de 30 a 70%, decorre de fatores genéticos [...]” (BAILY *apud* DIAS, 2006, p. 38); enquanto que Oswaldo Pataro assinala como sendo uma possível explicação para a homossexualidade “a ocorrência de uma anomalia genética, uma perturbação psicológica ou endócrina.” (PATARO *apud* DIAS, 2006, p. 38).

Sobre o assunto, o médico Dráuzio Varella (2011) afirma que a busca por uma causa determinante da homossexualidade é inútil e antiquada, uma vez que “cada indivíduo é um experimento único da natureza porque resulta da interação entre uma arquitetura de circuitos neuronais geneticamente herdada e a experiência de vida.” Deste modo, o médico constata que por mais que “existam irmãos geneticamente iguais, jamais poderemos evitar as diferenças dos estímulos que moldarão a estrutura microscópica de seus sistemas nervosos.” (VARELLA, 2011).

Vale dizer, portanto, que a discussão de qual seria a causa da homossexualidade, se genética ou decorrente do ambiente em que o indivíduo convive, torna-se irrelevante se comparada ao fato de que a nossa sociedade discrimina seres humanos simplesmente por possuírem uma orientação homossexual.

[...] por que é tão difícil aceitarmos a riqueza da biodiversidade sexual de nossa espécie? Por que insistimos no preconceito contra um fato biológico inerente à condição humana? Em contraposição ao comportamento adotado em sociedade, a sexualidade humana não é questão de opção individual, como muitos gostariam que fosse, ela simplesmente se impõe a cada um de nós. Simplesmente, é! (VARELLA, 2011).

Neste contexto, Priscila Del Claro (*apud* SILVA JÚNIOR, 2010, p. 68) aduz que nenhum aspecto hormonal, genético, neurofuncional, ambiental, psicológico ou sociocultural “foi confirmado como isoladamente crucial para a caracterização da homossexualidade” (grifo do autor).

Como o desejo é uma extensão da psique humana, mutante por conta das circunstâncias existenciais e moldado historicamente, resta-nos *perguntar por que estamos, como sociedade, tão emocionalmente dedicados a estas pesquisas. Irá fazer – ou deverá fazer – alguma diferença na forma como percebemos nós próprios e os outros e como vivemos nossas vidas e permitimos aos outros que vivam as suas? Talvez as respostas às perguntas mais relevantes deste debate não estejam na biologia do cérebro humano, mas na cultura que estes cérebros criam* (MATTOS apud SILVA JÚNIOR, 2010, p. 68) (grifo do autor).

Verifica-se, deste modo, que o fato de a homossexualidade ser ou não determinada por fatores genéticos é irrelevante, porquanto o que importa é o respeito que se deve a cada indivíduo, podendo este manifestar livremente sua sexualidade, haja vista que o exercício da sua dignidade humana não está associado à sua orientação sexual.

Neste diapasão, faz-se necessária a superação da visão tendenciosa do ser humano em repudiar tudo que lhe é diferente ou que não está de acordo com seus costumes e hábitos, reconhecendo-se o pluralismo como paradigma do Estado Democrático de Direito.

2.2 A união homoafetiva no cenário brasileiro

Conforme elucidado anteriormente, a homossexualidade esteve presente em todas as fases históricas da humanidade, sendo, em algumas, venerada, e em outras, tratada com repulsa. Deste modo, a homoafetividade encontrou sua evolução junto com a sociedade.

No cenário brasileiro, as práticas homossexuais também estiveram presentes. Neste contexto, a relação sexual entre pessoas do mesmo gênero era realizada com naturalidade entre os indígenas que aqui se encontravam, antes do ano de 1.500 (WIKIPÉDIA, 2011).

Quando da chegada dos portugueses, alguns colonizadores aderiram a tais práticas homossexuais, sob o pretexto de que “não há pecado abaixo da linha do Equador”⁸⁴. Todavia, essas relações sexuais eram praticadas de forma dissimulada, porquanto vigoravam em Portugal as Ordenações – aplicadas posteriormente no Brasil – que puniam severamente a sodomia (JENCZAK, 2008, p. 31).

⁸⁴ ‘Infra Equinoxialem Nihil Peccari’, expressão que significa: “não há pecado abaixo da linha do Equador.” (JENCZAK, 2008, p. 31).

As Ordenações Afonsinas de 1446 eram inspiradas no Direito Canônico e determinavam “a pena da fogueira para os sodomitas.” As duas Ordenações que se seguiram, as Manuelinas de 1521 e as Filipinas de 1603, mantiveram a pena da fogueira aos praticantes da sodomia, “[...] que passam a ser equiparados aos criminosos de lesa-majestade⁸⁵ e de traição nacional, ficando, por conseguinte, seus descendentes inábeis e estigmatizados por três gerações sucessivas [...]” (TALAVERA, 2004, p. 66). Foram, ainda, acrescentadas as “penas de perda da fortuna e de degredo⁸⁶, e as mulheres deveriam trajar máscaras e vestes masculinos em dias não-festivos.” (JENCZAK, 2008, p. 31).

Neste sentido, Rios (2001, p. 37), ao discorrer sobre a prática homossexual na época, menciona que:

[...] o pensamento religioso predominante no Ocidente acabou por impingir a estes atos a pecha de gravidade extrema, cujo grau pode ser aquilatado, por exemplo, nas Ordenações Filipinas [...]: ‘Toda 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, e todos seus bens sejam confiscados para a Coroa de nossos Reinos [...]. E esta lei queremos que também se entenda e haja lugar nas mulheres, que umas com as outras cometem pecado contra natureza, e da maneira que temos ditos nos homens.’

Deste modo, a influência da religião, em especial da Igreja Católica, quanto à compreensão da homossexualidade refletiu também no Brasil, o que resta confirmado por meio das Ordenações, que eram baseadas no Direito Canônico e condenavam as práticas sexuais entre pessoas do mesmo gênero, visto que as consideravam pecados horrendos que iam contra a natureza do homem.

No intuito de reprimir as relações homossexuais existentes no Brasil, tendo em vista a cultura indígena aqui presente, o Santo Ofício enviou juízes inquisitoriais para fiscalizar tais práticas e impor sanções a quaisquer indivíduos que mantivessem relações com outros do mesmo sexo. Todavia, em que pese o esforço da Igreja em perseguir as práticas consideradas libidinosas, o que se verificou, em verdade, foi que o “Rio de Janeiro e a Bahia se tornaram notórios centros de prostituição, infiltrando-se a devassidão até entre os membros do corpo eclesiástico [...]” (JENCZAK, 2008, p. 31).

⁸⁵ Crime de Lesa-Majestade: “[...] quer dizer traição cometida contra a pessoa do Rei, ou seu Real Estado [...]” (WIKIPÉDIA, 2011).

⁸⁶ Degredo: pena de exílio imposta em caráter excepcional como punição de um crime considerado grave, constituindo uma forma de banimento (WIKIPÉDIA, 2011).

Em 1824, entrou em vigor no país a Constituição Imperial, que descriminalizou a sodomia. Contudo, essa descriminalização não perdurou por muito tempo, visto que o Código Criminal de 1830 tipificou a conduta homossexual, enquadrando-a como ‘ofensa à moral e aos bons costumes’. A Lei Criminal de 1890, por sua vez, confirmou a tipificação da prática homossexual, por meio das figuras penais do ‘atentado contra a segurança da honra e da honestidade das famílias’ e do ‘ultraje ao pudor’, esta última, mantida no Diploma Legal de 1940 (JENCZAK, 2008, p. 41).

Contribuindo com esse quadro de opressão sexual, foram organizadas pelo Estado diversas campanhas contra a libertinagem e a homossexualidade, muito por conta da intensificação de tais práticas no Rio de Janeiro, especialmente entre empregados e comerciantes portugueses (JENCZAK, 2008, p. 31). Nesse contexto, a urbanização e a crescente industrialização fizeram com que os imperativos de higiene e correção comportamental resultassem numa regulação em que a sexualidade era encarada de modo negativo. “Comportamento sexual, moralidade e saúde pública eram unificadas no discurso médico pela advertência dos riscos e dos perigos, o que fazia sentido na cosmovisão capitalista então vigente [...]” (RIOS, 2001, p. 40).

Com a Revolução de 1964⁸⁷, instalou-se no país “um regime militar autoritário e impediu a livre expressão do pensamento [...]”, levando “[...] ao exílio muitos artistas e intelectuais [...]”. No tempo em que permaneceram exilados, essas figuras públicas puderam ter uma “visão cosmopolita sobre vários temas”, experiência esta que trouxeram para o Brasil, com a anistia. Deste modo, o país viu-se influenciado por ideais liberais, que culminou no movimento gay brasileiro. Tal movimento incluía iniciativas que iam desde publicação de jornais e revistas até a “organização da XVII Conferência da Internacional Lesbian and Gay Association (ILGA⁸⁸) e da I Olimpíada Gay no Brasil, [...] com grande sucesso de público.” (JENCZAK, 2008, p. 32).

⁸⁷ Revolução de 1964: Foi um golpe de Estado que submeteu o Brasil a uma ditadura militar alinhada politicamente com os interesses dos Estados Unidos da América. O ciclo militar durou até 1985, quando, indiretamente, foi eleito o primeiro presidente civil desde as eleições de 1960, Tancredo Neves. (WIKIPÉDIA, 2011).

⁸⁸ ILGA: “A Associação Internacional de Gays e Lésbicas, em inglês International Lesbian and Gay Association (ILGA) é uma federação mundial que congrega grupos locais e nacionais dedicados à promoção e defesa da igualdade de direitos para lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (LGBT) em todo o mundo. Fundada em 1978, a ILGA reúne entre seus membros mais de 400 organizações, representando, assim, cerca de 90 países, oriundos de todos os continentes. De pequenas coletividades a grupos nacionais, a ILGA chega a reunir, entre seus membros, até mesmo cidades inteiras. Atualmente, a ILGA é a única federação internacional a reunir ONGs e entidades sem fins lucrativos que concentra a sua atuação, em nível global, na luta pelo fim da discriminação por orientação sexual.” (WIKIPÉDIA, 2011).

Portanto, em que pese toda repressão empregada contra os homossexuais, isso não impediu que tais relações continuassem a ser praticadas, visto que em meados de 1970 aconteceu no Brasil o ‘boom gay’, que teve seu marco inicial com a exposição de quadros eróticos do pintor Darcy Penteado⁸⁹ (JENCZAK, 2008, p. 31-32).

Só na década de 1970, a exemplo do que ocorria nos EUA, é que os brasileiros passaram a levantar a voz contra a discriminação sexual. Organizaram-se passeatas e movimentos pelos direitos dos homossexuais, ao mesmo tempo em que eram publicados jornais e revistas sobre o tema – o que contribuiu para que muitos assumissem sua opção sexual e lutassem pelo reconhecimento de seus direitos. As manifestações ganharam vulto quando figuras públicas aderiram ou se solidarizaram ao movimento, dentre elas artistas do teatro, cinema e televisão, intelectuais e escritores (JENCZAK, 2008, p. 41).

Destarte, a partir desse marco histórico, os homossexuais passaram a ter maior visibilidade social, porquanto diversos artistas começaram a assumir a sua identidade homossexual, o que incentivou muitos anônimos a fazer o mesmo.

Assim sendo, na segunda metade do século XX, a questão homossexual ganhou incentivo por meio do teatro, com as peças ‘Greta Carbo, quem diria, acabou no Irajá’, de Fernando Melo⁹⁰, bem como ‘Beijo no asfalto’ e ‘Toda nudez será castigada’, ambas de Nelson Rodrigues⁹¹. Tais obras ampliaram “o debate sobre o assunto, propondo o enfraquecimento do preconceito de massa e o rompimento das relações reprimido-repressor.” (JENCZAK, 2008, p. 32).

O historiador Luiz Mott⁹² elaborou uma lista na qual enumerava as cem maiores personalidades do Brasil que, na sua concepção, possuíam comportamentos homossexuais, gerando inúmeros protestos e controvérsias. No rol estão incluídos, dentre outros, Tiradentes, Mário de Andrade, Olavo Bilac, Roberto Burle Marx, Dom João VI, Santos Dumont e Zumbi dos Palmares. No âmbito cultural, todavia, a questão ocasiona menos controvérsias, visto que são diversos os artistas que revelaram abertamente sua homossexualidade ou bissexualidade,

⁸⁹ “Darcy Penteado (São Roque, 1926 — São Paulo, 2 de dezembro de 1987), foi um desenhista, cenógrafo, autor teatral e pioneiro militante dos movimentos LGBT brasileiro. [...] Participou ativamente, durante os anos de repressão da ditadura militar, do jornal O Lampião, ativo na defesa dos direitos dos homossexuais.” (WIKIPÉDIA, 2011).

⁹⁰ Fernando Melo: (Recife, 1945) é um dramaturgo brasileiro (WIKIPÉDIA, 2011).

⁹¹ Nelson Rodrigues: (Recife, 23 de agosto de 1912 – Rio de Janeiro, 21 de dezembro de 1980) foi um importante dramaturgo, jornalista e escritor brasileiro (WIKIPÉDIA, 2011).

⁹² Luiz Roberto de Barros Mott (São Paulo, 6 de maio de 1946) é antropólogo, historiador e pesquisador; um dos mais notáveis ativistas brasileiros em favor dos direitos das minorias – gays, lésbicas, bissexuais e transexuais (WIKIPÉDIA, 2011).

podendo ser citados, dentre outros, Cazuzza, Renato Russo, Cássia Eller, Ney Matogrosso, Gilberto Braga e Aguinaldo Silva (WIKIPÉDIA, 2011).

Nesse diapasão, Talavera (2004, p. 51) menciona decisão proferida nos autos da Apelação Cível n. 96.04.55333-0/RS, pela Dra. Marga Barth Tessler, Juíza do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos termos seguintes: “A ciência vem confirmando que a diferença, ser diferente, não é destino que se escolhe ou elege. A homossexualidade é tão involuntária quanto a heterossexualidade [...]”. E ainda: “Somos uma sociedade hipócrita, aplaudimos a cantores e artistas, símbolos de comportamento andrógino, mas hostilizamos o nosso vizinho, se trazer um amigo para morar com ele [...]”. Aos poucos, contudo, vamos nos dando conta de como nosso agir está em desconformidade com a justiça e a razoabilidade.

Diante das iniciativas pelos direitos dos homossexuais, a Constituição Federal de 1988, ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e da igualdade de direitos e obrigações, vedou quaisquer atos discriminatórios contra as liberdades fundamentais (artigo 5º, incisos I e XLI), o que inclui a discriminação aos homossexuais.

Para Fachin (1999, p. 95), com os recentes avanços em matéria de direitos humanos, tem-se, finalmente, “a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual, como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana.” Ademais, Rios (2001, p. 34) garante que considerar a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um indivíduo, em decorrência da orientação sexual, é o mesmo que dispensar tratamento indigno a um ser humano.

Neste contexto, preceitua Dias (2010, p. 199):

Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvidas, inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. Diante das garantias constitucionais que configuram o Estado Democrático de Direito, impositiva a inclusão de todos os cidadãos sob o manto da tutela jurídica. A constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo em suas estruturas de convívio, independente de sua orientação sexual.

Todavia, não obstante o sistema jurídico brasileiro assegurar ampla proteção constitucional à família, sem distinção (artigo 226, *caput* e §8º da Constituição Federal de 1988), a falta de reconhecimento expresso das uniões homoafetivas como entidades familiares, por parte da doutrina, de magistrados e legisladores, evidencia “preconceitos injustificados e enraizados culturalmente.” (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 88).

Conforme assevera Giorgis (2010, p. 290), “não é negando direito à união homossexual que se fará desaparecer o homossexualismo, pois os fundamentos destas uniões se assemelham ao casamento e à união estável, sendo o afeto o vínculo que une os parceiros”.

Vale mencionar que, apesar de ainda não haver sido aprovado, no Brasil, nenhum projeto de lei que vise ao reconhecimento legal das relações entre pessoas do mesmo sexo, a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) ampliou o conceito de família, alcançando as uniões homoafetivas, “ao proteger a mulher inserida em relações de afeto, independente de orientação sexual”. (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 87). Foi a primeira vez que uma lei federal utilizou, para designar proteção, a expressão orientação sexual, consagrando uma nova definição de entidade familiar, que independe dos sexos dos parceiros (DIAS, 2010, p. 209-210).

Estabelece o artigo 2º, da Lei Maria da Penha, que toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, idade, cultura, religião, nível educacional, orientação sexual, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. O parágrafo único do artigo 5º, por sua vez, reitera que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar.

Destarte, o avanço trazido pela referida lei é significativo, pois não mais cabe questionar a natureza familiar dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo, restando infundada a alegação sustentada por parte da doutrina e de magistrados de que, em face da omissão legislativa, não é possível emprestar efeitos jurídicos a essas uniões. “A eficácia da nova lei é imediata, passando as uniões homossexuais a merecer a especial proteção do Estado [...]”, não cabendo sequer falar em sociedade de fato, “[...] subterfúgio de conotação nitidamente preconceituosa, pois nega o componente de natureza sexual e afetiva dos vínculos homossexuais, além de negar vigência à lei federal.” (DIAS, 2010, p. 210).

Assim, analisando todo contexto histórico da homossexualidade no Brasil, verifica-se que, apesar da recente tendência de inserção dos vínculos entre pessoas do mesmo sexo no âmbito do Direito das Famílias, ainda existe muito preconceito e discriminação contra os homossexuais dentro da nossa sociedade, o que dificulta o reconhecimento de tais uniões como uma simples forma de afeto entre duas pessoas, ficando, portanto, os pares homoafetivos abandonados e à mercê de inúmeras injustiças.

CAPÍTULO III

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988 E AS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS

Os vínculos afetivos fora do casamento sempre se fizeram presentes na história da humanidade, tanto nas civilizações mais remotas como na atualidade. Isso porque, não obstante a Igreja Católica afirmar que família é aquela constituída, tão somente, pelos sagrados laços do matrimônio, tal reprovação não impediu que as pessoas continuassem buscando a felicidade nas mais variadas estruturas de convívio, fazendo com que as relações informais se mantivessem presentes na estrutura social.

Diante dessa realidade, o Direito viu-se compelido a positivizar aquilo que já havia se tornado costume. Tais relações, que antes eram denominadas de concubinato e tratadas no direito obrigacional como meras sociedades de fato, receberam a nomenclatura de união estável, restando regulamentadas pela Constituição Federal de 1988 como entidades familiares merecedoras de proteção estatal.

Ocorre que ao ser analisada a possibilidade dessas uniões estáveis serem configuradas por pessoas do mesmo sexo e não somente por casais heterossexuais, a questão torna-se alvo de divergências. Diante da falta de legislação que regulamente de forma específica as uniões homoafetivas, parte da doutrina e da jurisprudência defende que a união estável pode ser constituída, tão somente, por casais heterossexuais. A outra parte, por sua vez, acredita que o fato de a Constituição regulamentar a união estável heteroafetiva não significa que o texto

constitucional exclua da proteção jurídico-estatal as uniões estáveis constituídas por pessoas do mesmo sexo.

Nesse diapasão, o derradeiro capítulo discorre, inicialmente, acerca da união estável constitucionalmente prevista, no que concerne ao seu contexto histórico, bem como aos elementos essenciais que a compõe. Em seguida, analisa-se a questão do reconhecimento judicial das uniões estáveis homoafetivas, com a apresentação das divergentes posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema.

Todos os tópicos que serão analisados terão por objetivo fornecer subsídios que permitam uma melhor compreensão da união estável constitucionalmente prevista e, conseqüentemente, permitam a verificação da possibilidade de reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis constituídas entre pessoas do mesmo sexo.

3.1 União estável constitucionalmente prevista

As relações informais sempre estiveram presentes na sociedade, desde as antigas civilizações até a contemporaneidade.

Desde modo, é interessante fazer-se uma explanação histórica sobre a união estável, antes denominada concubinato, bem como uma análise dos elementos essenciais que a caracterizam, para uma melhor compreensão acerca do que representa esta modalidade de entidade familiar.

3.1.1 Esboço histórico

A união afetiva livre e informal sempre existiu e sempre existirá. A história revela que, entre diversos povos da Antiguidade, a união entre homem e mulher sem casamento não era algo condenável. Nesse sentido, Cavalcanti (2003, p. 76) assevera que a origem do concubinato “parece confundir-se com a da própria sociedade humana, haja vista que nos

primórdios da civilização a informalidade era a regra prevalecente nas relações humanas, inclusive no que diz respeito ao casamento.”

Segundo Bittencourt (*apud* PEREIRA, 2004, p. 14), “entre os gregos, a concubinação não acarretava qualquer desconsideração e era, em certa medida, reconhecida pelas leis.” Em Roma não era diferente, haja vista que “no início do império, o concubinato era comum e freqüente, inclusive entre homens de grande moralidade, mas não produzia quaisquer efeitos jurídicos.” (PEREIRA, 2004, p. 14).

Deste modo, o concubinato, que representava a união estável entre homem e mulher solteiros e livres, como se casados fossem, não importava ato atentatório à moral e nem era proibido, sendo comum entre gregos e romanos.

Posteriormente, no baixo Império Romano, essas relações informais, que antes eram toleradas ou apenas não punidas, passaram a ser juridicamente configuradas, todavia, como uniões conjugais de segundo grau, inferiores ao matrimônio legítimo (LÔBO, 2009, p. 148).

Na Idade Média, a Igreja Católica, em princípio, se opôs ao concubinato de modo complacente, tolerando-o como uma realidade social e lhe concedendo certos efeitos, “procurando assim, realisticamente, preservar a monogamia e assegurar a estabilidade do relacionamento do casal. Contudo não o ratificou.” (CAVALCANTI, 2003, p. 85).

Ocorre que “a partir de determinada época, passou a ocorrer uma degeneração dos costumes e surgiram uniões concubinárias até no interior dos conventos, ameaçando as estruturas do clero.” (CAVALCANTI, 2003, p. 85). Com isso, essas relações informais passaram a ser perseguidas e combatidas pela Igreja, acentuando-se sua reprovação nos Concílios de Toledo e no da Basileia, no Século V, e no de Latrão, em 1516. Por fim, o Concílio de Trento, de 1563, condenou o relacionamento extramatrimonial, porquanto consubstanciou a concepção de família, tão somente, no matrimônio, criando penas severas contra os concubinos, que iam desde a excomunhão até a declaração destes como hereges. Todavia, em que pese o esforço da Igreja no combate das uniões constituídas sem as formalidades do matrimônio, essas relações não deixaram de existir (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 434-435).

Assim, as relações concubinárias, que até então eram tratadas como um fato natural, passam a ser consideradas imorais, sofrendo inúmeras discriminações. O termo concubinato recebeu significado depreciativo, visto que desafiava a sacralidade do matrimônio.

No Brasil, o relacionamento livre entre homem e mulher nunca foi tratado como algo ilícito ou criminoso, contudo, as suas consequências eram projetadas, tão somente, no direito obrigacional. Nossas legislações não o regulavam, mas também não o proibiam, conforme se constata desde as Ordenações Filipinas. “Mesmo as proibições de doações feitas à concubina, dispostas em nosso Código Civil⁹³ [...], não se constitui propriamente uma repulsa ao concubinato, mas, sim, uma defesa do patrimônio da família.” (PEREIRA, 2004, p. 16).

Nesse sentido, o Código Civil de 1916 conferiu juridicidade apenas à família constituída pelo casamento, não reconhecendo quaisquer direitos às relações informais. O casamento era a única forma de constituição da família considerada legítima, sendo ilegítima, em consequência, qualquer outra forma familiar, mesmo que consubstanciada no afeto⁹⁴. (DIAS, 2010, p. 46).

Em decorrência da indissolubilidade do matrimônio, verificou-se o crescimento exponencial das relações concubinárias. O concubinato não produzia efeitos no âmbito do direito de família, mas apenas do campo do direito das obrigações, por ser considerado uma sociedade de fato com efeitos puramente patrimoniais (DIAS, 2010, p. 168).

Conforme assevera Tepedino (*apud* FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 436), “durante muito tempo o estigma do adultério e a proteção ao casamento como única forma de constituição da família fez com que se considerasse o concubinato estranho ao direito, insuscetível de produzir efeitos jurídicos.”

Contudo, essas relações afetivas apresentavam consequências fáticas e, em decorrência disso, muitos indivíduos que viviam em concubinato começaram a reivindicar proteção jurídica, buscando o reconhecimento de seus direitos junto ao Poder Judiciário. Provocadas as Cortes, “[...] o Supremo Tribunal Federal, então, cumprindo um papel visivelmente construtivo [...]”, editou a Súmula 380, “[...] reconhecendo algum tipo de proteção às pessoas que viviam concubinariamente, fora do matrimônio.” (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 436).

⁹³ Código Civil Brasileiro de 1916.

⁹⁴ Constituição da República de 1967: “Art. 167 – A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel [...]”

Referida súmula dispõe: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.” Nesse diapasão, a justiça socorreu-se do direito obrigacional, a partir da sociedade de fato, cuja dissolução levava à partilha do patrimônio comum. Entretanto, como esclarece Dias (2010, p. 168), “para ensejar a divisão dos bens adquiridos na constância da união, havia a necessidade da prova da efetiva contribuição financeira de cada consorte para a constituição do patrimônio [...]”, evitando, deste modo, o enriquecimento injustificado de um dos companheiros.

No entanto, nada mais se cogitava conceder, nem alimentos, nem direitos sucessórios, uma vez que as relações informais não tinham natureza familiar. Assim, nas situações em que, por exemplo, a mulher não exercia atividade remunerada e não possuía qualquer fonte de renda, a jurisprudência brasileira, inspirada nos tribunais franceses, reconhecia uma indenização por serviços domésticos e sexuais prestados. A competência para processar e julgar essas causas era da vara cível, por não configurar relação familiar (DIAS, 2010, p. 167-168).

Segundo Farias e Rosenvald (2010, p. 437):

Tratava-se de uma maneira efetiva e concreta de conceder algum tipo de direito às pessoas que, por lei, não teria direito a nada. Era, enfim, um modo de conceder alimentos a alguém que, com base no sistema jurídico-positivo, não poderia recebê-los por não constituir uma entidade familiar. Veja-se, pois, que o referido posicionamento jurisprudencial tem grande consistência jurídica, representando significativo avanço para aquele tempo.

Cumprido esclarecer, ainda, que em consonância com os entendimentos então proferidos pelos tribunais, que objetivavam conferir alguns direitos aos concubinos, firmou-se a posição de que as restrições⁹⁵ existentes no Código Civil de 1916 eram aplicadas tão somente aos casos de concubinato adúltero ou impuro, quando as pessoas envolvidas estivessem impedidas para a união, como, por exemplo, as casadas. Quando, porém, essas pessoas não possuíam quaisquer empecilhos para se relacionar, ou seja, podiam casar mais preferiam não o fazer (concubinato puro, hoje denominado união estável), tais restrições deixavam de ser aplicadas (GIORGIS, 2010, p. 42).

⁹⁵ “O Código Civil de 1916 continha alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, proibindo, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida.” (GONÇALVES, 2010, p. 580).

Neste sentido, os tribunais começaram a decidir que o artigo 1.177⁹⁶ do antigo Código Civil, que proibia a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice, “não atingia a companheira, que não devia ser confundida com a concubina.” (GONÇALVES, 2010, p. 582).

Constata-se, pois, que as uniões extramatrimoniais, por anos nominadas simplesmente de concubinato, eram tratadas à margem da legislação, contudo possuíam efeitos reconhecidos pelos tribunais. Para Lôbo (2009, p. 150), essas orientações jurisprudenciais constituíram “notável avanço em face do direito existente antes da Constituição de 1988; depois desta, perderam sua função prestante, pois a união estável adquiriu o *status familiae*, [...] em tudo e por tudo regida pelo direito de família.” (grifo do autor).

Verifica-se, assim, que essas estruturas familiares, mesmo que rejeitadas pela legislação, acabaram aceitas pela sociedade, “fazendo com que a Constituição albergasse no conceito de entidade familiar o que chamou de **união estável** [...]” (DIAS, 2010, p. 47) (grifo da autora).

O texto constitucional “emprestou juridicidade aos enlaces extramatrimoniais até então marginalizados pela lei. Assim, o concubinato foi colocado sob regime de absoluta legalidade.” (DIAS, 2010, p. 168). Por certo, o concubinato que foi abarcado no conceito de família foi o concubinato puro, passando a ser chamado de união estável com o fim de evitar estigmas ou preconceitos.

A Carta Magna de 1988 representou, portanto, a ruptura de paradigmas, visto que o casamento perdeu seu valor sagrado, cedendo lugar para uma concepção engrandecida de família. Assim, as relações familiares nascidas fora do casamento ganharam novo status dentro do ordenamento jurídico brasileiro, passando de sociedades de fato para sociedades de afeto.

Entretanto, Dias (2010, p. 168) afirma que a proteção constitucional conferida à união estável de muito pouco serviu, haja vista que restou sem reflexos na jurisprudência. Para ela, “apesar de a doutrina ter visto o surgimento de novo sistema jurídico de aplicação imediata, não sendo mais possível falar em sociedade de fato, o mesmo não aconteceu com os tribunais.”

⁹⁶ Artigo 1.177, CCB/1916: “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (arts. 178, § 7º, VI, e 248, IV).”

Nesse sentido, segundo a autora:

A relação concubinária, com denominação legal de união estável, permaneceu sendo tratada no âmbito do **direito das obrigações**. Nenhum avanço houve na concessão de direitos, além do que já vinha sendo deferido. A Súmula 380 continuou a ser invocada. As demandas permaneceram nas **varas cíveis**, não sendo redistribuídas às varas de família. Nada foi alterado, como se não tivesse existido a transformação do que antes era considerado um fato espúrio em uma relação jurídica (DIAS, 2010, p. 168) (grifo da autora).

Por conseguinte, não tendo a norma constitucional alcançado aplicabilidade, duas leis surgiram para regulamentar o novo instituto. A Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, disciplinou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Todavia, estabeleceu requisitos para a configuração da união estável, tais como: a pessoa ser solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, deixando de fora, deste modo, as separadas de fato. Determinou, ainda, uma convivência mínima de cinco anos ou a existência de prole⁹⁷. Ademais, assegurou ao(à) companheiro(a) sobrevivente o usufruto sobre parte dos bens deixados pelo *de cuius* e, no caso de não existirem descendentes ou ascendentes, o(a) companheiro(a) terá direito à totalidade da herança⁹⁸. Se, por sua vez, os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o(a) sobrevivente direito à meação⁹⁹.

Já a Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, apresentou um maior campo de abrangência, porquanto reconheceu a união estável como uma entidade familiar de convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família¹⁰⁰, omitindo, assim, os requisitos de natureza pessoal, tempo mínimo de convivência e existência de prole, antes exigidos.

⁹⁷ Artigo 1º da Lei 8.971/94: “A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.”

⁹⁸ Artigo 2º da Lei 8.971/94: “As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns; II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.”

⁹⁹ Artigo 3º da Lei 8.971/94: “Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.”

¹⁰⁰ Artigos 1º e 2º da Lei 9.278/96: “Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família. Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes: I - respeito e consideração mútuos; II - assistência moral e material recíproca; III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.”

Além disso, referida lei fixou a competência das varas de família para o processamento e julgamento dos litígios referentes à união estável¹⁰¹, bem como reconheceu o direito real de habitação¹⁰². Suscitou a presunção *juris et de jure* de que os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum¹⁰³, afastando, assim, questionamentos sobre a efetiva participação de cada um dos parceiros para proceder a igualitária partilha dos bens (DIAS, 2010, p. 169-170).

Nesse passo, Welter (2003, p. 39) sustenta que “o comportamento rançoso e odioso, notoriamente conceitual e infectado de interesse patrimonial e ideologia judaico-cristã, foi afastado pela Constituição Federal de 1988, as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 e o Código Civil”, que equipararam a união estável ao casamento.

Atualmente, a união estável possui todos os efeitos jurídicos típicos de uma relação familiar, visto que a atual Constituição, em seu artigo 226, § 3º, proclamou: “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”, não podendo, deste modo, haver diferenças, para efeito de proteção estatal, em relação ao casamento.

Nesse diapasão, visualiza-se a união estável como uma situação de fato existente entre duas pessoas, que não estão impedidas de se casar, que vivem juntas, como se casadas fossem (convivência *more uxório*, ou seja, na posse do estado de casado), caracterizando uma entidade familiar (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 446).

Corroborando esse entendimento, o artigo 1.723 do Código Civil de 2002, dispõe estar “reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

¹⁰¹ Artigo 9º da Lei 9.278/96: “Art. 9º Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.”

¹⁰² Artigo 7º da Lei 9.278/96: “Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos. Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.”

¹⁰³ Artigo 5º da Lei 9.278/96: “Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito. § 1º Cessa a presunção do caput deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer

A Lei Civil de 2002 fez significativas mudanças, inserindo um título específico referente à união estável no Livro de Família, incorporando em seus artigos (1.723 a 1727¹⁰⁴) os princípios básicos das Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 e introduzindo disposições esparsas em outros capítulos, como, por exemplo, nos casos de obrigação alimentar – artigo 1.694¹⁰⁵ (GONÇALVES, 2010, p. 585).

Cumprido esclarecer, ademais, que o concubinato antes denominado impuro se manteve regulamentado no âmbito do direito obrigacional, chamado a partir de então simplesmente de concubinato. Tal relacionamento, conhecido também como adúltero, configura-se, segundo o artigo 1.727 do Código Civil, quando ocorrem relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar. Assim, aos relacionamentos paralelos são reconhecidos apenas efeitos patrimoniais, visto que são tratados como sociedade de fato, não produzindo, deste modo, efeitos jurídicos familiares (DIAS, 2010, p. 50-52).

Nota-se, portanto, que as uniões informais percorreram um longo caminho até a sua regulamentação. Primeiramente foram tratadas com naturalidade, sendo, contudo, posteriormente, condenadas pela Igreja Católica. Entretanto, com a evolução da sociedade e com a verificação do aumento da incidência de pessoas que optavam por esta forma de constituição de família, o Estado passou a regular tais uniões estáveis como sendo entidades familiares merecedoras de especial proteção.

com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união. § 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.”

¹⁰⁴ Artigos 1.723 a 1727 do CCB/2002: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.”

¹⁰⁵ Artigo 1.694 do CCB/2002: “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.”

3.1.2 Elementos caracterizadores da união estável

A legislação brasileira não prevê um conceito delimitado de união estável. Conforme estabelece Dias (2010, p. 173), “a lei não imprime à união estável contornos precisos, limitando-se a elencar suas características (CC 1.723): convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família.” Portanto, a norma jurídica condiciona o reconhecimento da união estável a uma série de elementos caracterizadores de ordem subjetiva e objetiva.

A partir da análise dos dispositivos 226, §3º, da Constituição Federal e 1.723 do Código Civil, infere-se que a união estável se submete a alguns requisitos, tais como: estabilidade, publicidade, continuidade, diversidade sexual, ausência de impedimentos matrimoniais e ânimo de constituir família – convivência *more uxório* (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 447).

Nessa linha de ideias, Gonçalves (2010, p. 589-600) diferencia os requisitos para a configuração da união estável em subjetivos e objetivos. Os requisitos objetivos se referem à diversidade de sexos, à estabilidade, à publicidade, à continuidade e à inexistência de impedimentos nupciais. Já o elemento subjetivo é o *animus familiae*, a intenção de constituir família.

Nesse contexto, primeiramente tem-se a análise do elemento subjetivo, que é o ânimo de constituir família. Para Farias e Rosenvald (2010, p. 449), o intuito de constituir família é, sem dúvida, o requisito principal caracterizador da união estável. Referidos autores afirmam que é o *intuito familiae*, também chamado de *affectio maritalis*, que diferencia a união estável de um namoro prolongado ou então de um noivado, pois mesmo que presentes, nessas relações, alguns requisitos ensejadores da união estável, “sendo ausente o ânimo de estar vivendo uma relação nupcial, como se casados fossem, não se caracterizará a entidade familiar e, via de consequência, não decorrerão efeitos pessoais ou patrimoniais.” (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 449).

Assim, não é qualquer relacionamento amoroso que configura uma relação estável, sob pena de banalização do instituto jurídico. Se a união estável se difere do casamento em razão da informalidade, a relação estável vai diferir do namoro pelo fato de que aquela visa à

constituição de uma família. Deste modo, um relacionamento afetivo, ainda que público, contínuo e duradouro, não será união estável se não estiver presente o objetivo de constituir família.

Todavia, em que pese à importância desse requisito caracterizador da união estável, muitas vezes se torna difícil a prova de referido elemento. Nesse passo, Oliveira (E. B., 2003, p. 133) sustenta ser indícios do *affectio maritalis* “a manutença de um lar comum, frequência conjunta a eventos familiares e sociais, eventual casamento religioso, existência de filhos havidos dessa união, empreendimentos em parceria [...] contas bancárias conjuntas, etc.”

Vale ressaltar, contudo, que a convivência sob o mesmo teto não é requisito da união estável, visto que nem a Constituição nem o Código Civil fazem tal exigência. Conforme aduz Lôbo (2009, p. 152), “[...] da realidade social brotam relações afetivas estáveis de pessoas que optam por viver em residências separadas, especialmente quando saídas de relacionamentos conjugais, ou que foram obrigadas a viver assim em virtude de suas obrigações profissionais.”

Neste sentido, Pereira (2004, p. 29) concorda que a tendência é dispensar a convivência sob o mesmo teto como condição para a caracterização da união estável, “exigindo-se, porém, relações regulares, seguidas, habituais e conhecidas, se não por todo mundo, ao menos por um pequeno círculo.” Assim, essa circunstância não afeta a estabilidade da união, quando os companheiros se comportarem, publicamente, como se casados fossem.

O Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 382, já se manifestou sobre o assunto, esclarecendo que a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato¹⁰⁶.

No que se refere à diversidade sexual, pressuposto de ordem objetiva, Gonçalves (2010, p. 592) é enfático ao afirmar que “por se tratar de modo de constituição de família que se assemelha ao casamento, a união estável só pode decorrer de relacionamento entre pessoas de sexo diferente. A doutrina considera da essência do casamento a heterossexualidade [...]”

Nesse mesmo sentido, Azevedo (2003, p. 293) acentua que desde que foram conferidos efeitos ao concubinato, sempre a jurisprudência brasileira teve em mente a diversidade sexual, o que restou claro com a Constituição Federal, porquanto só reconhece,

¹⁰⁶ Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal: “A vida em comum sob o mesmo teto, “*more uxorio*”, não é indispensável à caracterização do concubinato.”

como entidade familiar, “[...] a união estável entre o homem e a mulher, conforme claríssimo enunciado do § 3º do seu art. 226.”

Ademais, Diniz (2009, p. 375) afirma que entre pessoas do mesmo sexo “haverá tão-somente uma sociedade de fato [...]”, negando, assim, a possibilidade de reconhecimento, como entidade familiar, da união estável homoafetiva.

Contudo, noutra linha de pensamento, Farias e Rosenvald (2010, p. 450) afirmam que “[...] a união entre pessoas homossexuais poderá estar acobertada pelas mesmas características de uma entidade heterossexual, fundada, basicamente, no afeto e na solidariedade.” E ainda: “não é a diversidade de sexos que garantirá a caracterização de um modelo familiar, pois a afetividade poderá estar presente mesmo nas relações homoafetivas.”

É bem verdade, portanto, que esse elemento caracterizador das entidades familiares apresenta-se conectado a padrões morais de outros tempos, não condizente com a conceituação atual de família.

Não há, pois, obstáculo algum para que o conceito de união estável estenda-se tanto às relações homossexuais quanto às heterossexuais. A convivência diária, estável, sem impedimentos, livre, mediante comunhão de vida e de forma pública e notória na comunidade social independe da orientação sexual de cada qual. Inexistem razões para não se outorgar reconhecimento jurídico às uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo (FUGIE, 2002, p. 135).

Nota-se, deste modo, que há divergência no posicionamento de vários autores sobre a questão da necessidade de diversidade sexual para a configuração da união estável, porquanto alguns defendem a impossibilidade de reconhecimento de uniões estáveis homoafetivas, conforme visto alhures.

Outro elemento caracterizador da união estável é a publicidade ou notoriedade. Dias (2010, p. 173) assevera que apesar de a lei ter utilizado o termo ‘pública’ para designar a convivência ensejadora da referida relação familiar, o que se exige, em verdade, é a notoriedade, porquanto tudo que é público é notório, mas nem tudo que é notório é público. “A publicidade denota a notoriedade da relação no meio social frequentado pelos companheiros, objetivando afastar da definição de entidade familiar as relações [...] nas quais os envolvidos não assumem perante a sociedade a condição de ‘como se casados fossem’” (DIAS, 2010, p. 173-174). Acrescenta Gonçalves (2010, p. 594-595) que se a relação

permanecer em sigilo, em segredo, se for desconhecida no meio social, não constituirá união estável.

Ressalta-se, porém, que o requisito da publicidade não deve ser entendido como uma exigência excessiva e desmedida. “Por certo, as pessoas não são obrigadas a propagar, a todo tempo e lugar, o seu relacionamento amoroso e suas opções afetivas, pois a Constituição da República protegeu, como direito fundamental, a *vida privada*¹⁰⁷” (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 453) (grifo do autor). Exatamente por isso, Gama (2001, p. 166) propõe que a notoriedade não é propriamente um requisito, mas uma qualidade das uniões estáveis.

Por sua vez, a estabilidade ou durabilidade que a família convivencial exige subentende a ideia de duração prolongada no tempo. Malgrado a legislação não prever um lapso temporal mínimo para a configuração da entidade familiar, a relação não deve ser circunstancial, momentânea ou acidental, mas sim estável (DIAS, 2010, p. 174).

Confere-se, então, ao intérprete, casuisticamente, a tarefa de verificar se a união perdura por tempo suficiente para a estabilidade familiar. E percebe-se que o traço caracterizador da estabilidade é a convivência prolongada no tempo durante bons e maus momentos, a repartição das alegrias e tristezas experimentadas reciprocamente, a expectativa criada entre ambos de alcançar projetos futuros comuns... Tais situações, sem dúvida, servem para *estabilizar* a convivência (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 452) (grifo do autor).

Cumprindo lembrar que, conforme visto anteriormente, o prazo estipulado pela Lei 8.971/94 para a caracterização da união estável era de cinco anos. Contudo, a Lei 9.278/96 veio estabelecer que não há prazo determinado para a configuração da união estável, revogando, portanto, o prazo de cinco anos exigido pela lei anterior.

Corroborando esta ideia de não se estabelecer um prazo determinado para a caracterização da união estável, o Código Civil de 2002 deixou em aberto a questão do prazo, permitindo, assim, uma interpretação abrangente do conceito de estabilidade e durabilidade.

Conforme acentua Pereira (2004, p. 33), uma relação de dez anos entre homem e mulher pode apenas configurar um namoro, ou então pode ser que uma relação de apenas dois anos constitua uma família. Não é o tempo que importa, mas a estabilidade da relação.

¹⁰⁷ Artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988: “Art. 5º [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Destarte, para a configuração da união estável por meio do elemento da durabilidade ou estabilidade, não há que se falar em um prazo determinado, mas, sim, que essas relações perdurem o tempo mínimo necessário para a estruturação de uma família, gerando todos os efeitos dela decorrentes.

A própria noção de estabilidade traz consigo o imperativo de continuidade da relação amorosa. Desta feita, o requisito da continuidade das relações estáveis se configura pela ininterruptabilidade e solidez do vínculo (GONÇALVES, 2010, p. 596).

Todavia, a continuidade que se exige para as uniões estáveis é subjetiva; “é a intenção das partes de imprimir continuidade ao relacionamento, não se tratando de uma mera relação transitória, independentemente de tempo. Até mesmo porque o amor não precisa de tempo...” (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 453).

Por óbvio, eventuais conflitos e desentendimentos são naturais na vida em comum, ocorrem com todos os casais, durante o namoro, o noivado, o casamento ou o companheirismo. Não é qualquer interrupção que irá comprometer a estrutura familiar, mas, sim, constantes rupturas, que acabarão por originar instabilidade nessas relações, retirando das partes, por conseguinte, o intento de viver como se casados fossem (GONÇALVES, 2010, p. 596).

Segundo Farias e Rosenvald (2010, p. 452) “o que deteriora o vínculo afetivo é a ruptura séria, quebrando a base objetiva (que é a convivência) e subjetiva (a intenção de continuar comprometido à outra pessoa) do relacionamento.”

Por fim, com relação à inexistência de impedimentos matrimoniais, o Código Civil estabelece, em seu artigo 1.723, §1º, que a presença de qualquer dos impedimentos previstos no artigo 1.521¹⁰⁸, impedirá a configuração da união estável. Essa exigência se justifica na intenção do legislador em facilitar a posterior conversão da união estável em casamento, o que no dizer de Hironaka (*apud* DIAS, 2010, p. 47), “é a mais inútil de todas as inutilidades.”

Dessa maneira, não poderão constituir união estável os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; os afins em linha reta, ou seja, sogro e nora,

¹⁰⁸ Artigo 1.521 do CCB de 2002: “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.”

sogra e genro, padrasto e enteada, madrasta e enteado, observando-se que o vínculo de afinidade decorre tanto do casamento como da união estável, conforme dispões o artigo 1.595, *caput*; o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; o adotado com o filho do adotante; e, finalmente, o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Atenta-se, no entanto, para o fato de que o inciso VI, do artigo 1.521, do Código Civil, estabelece que a existência de casamento anterior não constitui óbice para a caracterização da união estável se a pessoa casada já estiver separada judicialmente ou de fato. No entanto, conforme explanado anteriormente (Capítulo I), após a aprovação da “PEC do Divórcio”, não há mais que se falar em separação, porquanto a Emenda Constitucional n. 66/2010 eliminou esta modalidade do ordenamento pátrio, ao estabelecer que “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

Ademais, as causas suspensivas previstas no artigo 1.523 do Código Civil não impedem a caracterização da união estável. É o que expressamente prevê o § 2º, do artigo 1.723, do referido diploma legal. Assim, mesmo constituindo causas suspensivas para o casamento, não podem ser aplicadas às uniões estáveis. “E nem se tente invocar a incidência das causas suspensivas na união estável, já que regra comezinha jurídica assevera que as normas que estabelecem privilégio ou restrição devem ser interpretadas restritivamente.” (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 455). Portanto, descabe limitar direitos quando a própria lei expressamente não o faz.

Em suma, conforme o exposto, em que pese à lei não delimitar com precisão os contornos da união estável, ela enumera as características que lhe são essenciais, tais como: publicidade, continuidade, durabilidade e ânimo de constituição de família. Esses elementos irão possibilitar que se verifique a configuração da união estável e, conseqüentemente, que se reconheçam todos os direitos e obrigações que lhe são decorrentes.

3.2 Uniões estáveis homoafetivas e seu reconhecimento jurídico

Conforme visto alhures, as relações entre pessoas do mesmo sexo não possuem regulamentação específica no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, Pereira (2003, p. 36) constata que “no Brasil, a lei não toma conhecimento do homossexualismo, não lhe dá aprovação nem punições.”

Dessa forma, há um vazio legislativo no que se refere às uniões homoafetivas. Isso faz com que surjam inúmeras controvérsias sobre a natureza dessas relações (se familiar ou civil) e dúvidas quanto à possibilidade de reconhecimento, como entidade familiar, de uniões estáveis constituídas por pessoas do mesmo sexo.

Em que pese o discurso religioso e fundamentalista ainda influente na sociedade, fazendo com que, por vezes, se admita como família somente aquela estrutura formada por marido, mulher e filhos, verifica-se, na contemporaneidade, pontuais avanços, especialmente por parte da jurisprudência, na retirada das uniões homoafetivas da marginalidade.

Pelo exposto, é por meio da análise das divergentes posições doutrinárias e jurisprudências que se procura compreender se há a possibilidade de reconhecimento, no sistema jurídico brasileiro, da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

3.2.1 Obstáculos para o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas

Inicialmente, analisa-se a corrente de pensamento segundo a qual, nas relações constituídas por pessoas do mesmo sexo, não há que se falar em entidade familiar, de modo que estas uniões devem ser tratadas no direito obrigacional, gerando tão somente efeitos patrimoniais.

Tal posicionamento se fundamenta na ideia de que a Constituição Federal de 1988, complementada pelas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96, ao instituir a união estável, define que essa forma de entidade familiar só pode ser constituída entre um homem e uma mulher.

Neste sentido, eis o que assevera Czajkowski (1999, p. 71-73):

A condição se impõe porque duas pessoas do mesmo sexo não podem assumir, uma perante a outra, as funções de marido e esposa, ou de pai ou de mãe em face de eventuais filhos. [...] homossexuais entre si não podem assumir, concomitantemente, o papel de pai e de mãe. Ter-se-á sempre, por força de intransponível condicionamento biológico, dois pais ou duas mães. Nesta medida, as relações homossexuais – mesmo que exista descendência natural de um deles ou a presença de um filho adotado – agride a idéia de família num dos elementos que lhe é mais próprio. No máximo a entidade familiar se configura, neste caso, com um dos parceiros e seu filho natural ou adotado, por força do art. 226, §4º, da Constituição, com exclusão necessária do outro parceiro do mesmo sexo.

Do mesmo modo, Diniz (2009, p. 376-377), leciona que a união estável, por força da Constituição Federal de 1988, não se aplica à relação entre pessoas do mesmo sexo, porquanto referido diploma legal deixa clara a intenção do legislador em reconhecer uniões estáveis, tão somente, entre casais heterossexuais. Para a autora, a relação homossexual não configura uma entidade familiar, só podendo gerar uma sociedade de fato, com eventual partilha do patrimônio constituído pelo esforço comum.

Ademais, referida autora aduz que para firmar a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis entre homossexuais, seria necessária uma alteração na Constituição Federal, mediante emenda constitucional, não sendo possível, deste modo, a utilização de analogia, visto que o artigo 226, §3º, da Constituição Federal de 1988 é norma especial, e estendê-la aos casais homossexuais equivaleria tratar igualmente os desiguais (DINIZ, 2009, p. 377).

Gonçalves (2010, p. 592) partilha da ideia de que a relação homossexual não representa uma entidade familiar e, conseqüentemente, está excluída do âmbito do direito de família. Afirma, ainda, tal autor que a união de duas pessoas do mesmo sexo, por si só, “não gera direito algum para qualquer delas, independente do período de coabitação.” Comprovada, contudo, sociedade de fato entre os parceiros homossexuais, os mesmos terão direito à participação no patrimônio formado pelo esforço comum, visando impedir o enriquecimento ilícito de um deles.

Por seu turno, Azevedo (2003, p. 293) pondera que “[...] ainda que se cogite de mera convivência, no plano fático, entre pessoas do mesmo sexo, não se configura a união estável.” Isso porque, para o autor, comprovada a sociedade de fato entre companheiros(as) do mesmo

sexo, com aquisição de bens pelo esforço comum, resta caracterizado o contrato de sociedade¹⁰⁹, independentemente de união estável.

Em artigo publicado no dia 19 de julho do ano de 2009, Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barreto e Rafael Tomaz de Oliveira (2011) se posicionaram contrários à procedência da ADPF n. 132 e da ADI n. 4.277, porquanto entendem que, apesar de a Constituição Federal de 1988 não proibir a união estável homoafetiva, a redação do artigo 226, §3º, da Carta Magna impediria tal reconhecimento, haja vista que a expressão de que nem tudo que não é proibido se torna permitido não tem aplicação no caso em apreço e que a procedência dessas ações resultaria na ruptura da Constituição Federal.

Primeiramente, antes de adentrar mais profundamente na posição defendida pelos autores, cumpre fazer breves considerações iniciais sobre os remédios constitucionais acima referidos, para uma melhor compreensão da discussão. Vale dizer, contudo, que tais ações comportarão uma melhor análise, no item que segue.

A ADI n. 4.277, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR), protocolada inicialmente como ADPF n. 178, objetiva o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre o homem e a mulher, bem como a extensão, aos companheiros homossexuais, dos mesmos direitos e deveres presentes nas uniões estáveis heterossexuais. A PGR solicitou que a ação fosse distribuída por dependência à ADPF n. 132, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, pois versava questão conexa – reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar.

Nas referidas ações¹¹⁰, defende-se que a união homossexual é uma realidade inegável, no mundo e no Brasil. Sustenta-se, ademais, que os homossexuais devem ser tratados com o mesmo respeito e consideração que os demais cidadãos, e que a recusa estatal ao reconhecimento das suas uniões implica em menosprezo à sua própria identidade e dignidade. Aduz-se, ainda, que a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar se extrai da própria Constituição Federal de 1988, notadamente

¹⁰⁹ Artigo 981, *caput*, do CCB/2002: “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.” Por sua vez, o artigo 1.363 do antigo Código Civil (1916), estabelecia que “Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns.”

¹¹⁰ Petições iniciais consultadas no sítio do STF – Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>> Acesso em: 02 maio 2011.

dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da vedação de discriminações odiosas e da proteção à segurança jurídica.

Com efeito, Streck, Barreto e Oliveira (2011) acreditam que a questão do reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares, bem como a extensão do regime jurídico da união estável a essas relações, não devem ser delegadas ao Poder Judiciário, porquanto tal atitude resultaria na fragilização “da produção democrática do direito, cerne da democracia.”

Para os autores, não cabe ao Poder Judiciário “[...] colmatar lacunas (sic) do constituinte (nem originário e nem derivado) [...]”, porquanto aquilo que não consta do pacto constitucional, não deve ser estabelecido pela simples subjetividade do julgador. “Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário ‘crie’ uma Constituição ‘paralela’ (uma verdadeira “Constituição do *B*”) [...].”

Acrescentam, ademais, que em um Estado Democrático de Direito consubstanciado na democracia representativa, cabe ao Poder Legislativo a elaboração das leis e/ou emendas constitucionais. Destarte, a regulamentação das uniões estáveis homoafetivas, mesmo que necessária, somente seria possível por meio de um processo legislativo.

Assim, enquanto não for elaborada emenda constitucional ou legislação específica que regule a união estável entre pessoas do mesmo sexo, as questões relativas às uniões homoafetivas devem ser resolvidas no âmbito do direito obrigacional, e não a partir do direito de família. Isso porque, para os autores, o fato de a Constituição somente reconhecer união estável entre homem e mulher sem, contudo, proibir que essa união estável seja estabelecida entre homossexuais, não significa que o texto constitucional está autorizando tal extensão, no sentido de que “o que não é proibido é permitido.”

De tal modo, para eles, o fato de o legislador ter sido categórico ao reconhecer somente a união estável heterogênea, faz com que se exclua da aplicação do instituto as relações existentes entre pessoas do mesmo sexo, inadmitindo a família homoafetiva. Asseveram, ademais, ser incabível, neste caso, a utilização da analogia, porquanto o Judiciário não pode se aproveitar de tal instrumento para formular decisão que vá de encontro ao que a própria Lei Magna estabelece.

Streck, Barreto e Oliveira (2011) ressaltam que,

Não se trata de ser contra ou a favor da proteção dos direitos pessoais e patrimoniais dos homossexuais. Aliás, se for para enveredar por esse tipo de discussão, advertimos desde já que somos absolutamente a favor da regulamentação de tais direitos, desde que efetuados pela via correta, que é a do processo legislativo previsto pela Constituição Federal. O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial¹¹¹. O Judiciário não pode substituir o legislador.

Destarte, apesar de referidos autores sustentarem a necessidade de regulamentação dos direitos dos homossexuais, estes asseveram que tal ação implica na indispensável atuação do Poder Legislativo, por meio da edição de leis e emendas, haja vista que “em um Estado Democrático de Direito, mesmo que sejamos todos a favor de uma causa, é necessário esperar pelo legislador.”

Para eles, está se criando uma ideia errônea de ativismo judicial, pois os Tribunais estão passando por cima das leis, ao invés de cumprir seus papéis de modo estrito e em conformidade com a Constituição vigente. “Há uma perigosa tendência no interior da comunidade jurídica de recorrer aos tribunais para sanar eventuais omissões do legislador, pugnando por um verdadeiro exercício de uma tardia jurisprudência dos valores [...]”. Tal atitude, afirmam os autores, “importa transformar o Tribunal em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de mutação constitucional [...]”. Neste sentido,

[...] estamos convictos que não é através do exercício de um ativismo judicial que essa regulamentação deve ser levada a efeito. Em nome do direito não podemos fragilizar o direito. Não se pode confundir a jurisdição constitucional, absolutamente necessária para concretizar direitos previstos na Constituição, com um apelo indevido à jurisdição para que atue nas hipóteses que não estão previstas na Constituição [...].

Assim, eles acreditam que a crise de representatividade do Legislativo tem fomentado o aumento de ativismos, o que acaba retirando das instâncias políticas tradicionais a

¹¹¹ Ativismo judicial: “[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. [...] A ideia de ativismo judicial está associada a uma ideia de participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. [...] Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.” (BARROSO, 2011).

legitimidade para atuarem na construção legislativa. Todavia, defendem que não é por meio do ativismo judicial que se deve resolver a questão da regulamentação das uniões estáveis homossexuais, mas, sim, por meio do processo legislativo constitucionalmente previsto.

Ainda no que diz respeito à ADI n. 4.277 e à ADPF n. 132, vale explicar a posição defendida pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e pela Associação Eduardo Banks, que na qualidade de *amici curiae* (amigos da Corte) se manifestaram contrárias ao reconhecimento de uniões estáveis homoafetivas¹¹².

A CNBB, representada pelo advogado Hugo José Sarubbi Cysneiros de Oliveira, defendeu que o afeto não pode servir de parâmetro para a configuração de uma união estável homoafetiva. Para a entidade, a Constituição Federal é clara ao estabelecer limitação expressa, no sentido de reconhecer, tão somente, uniões estáveis entre homem e mulher.

De acordo com o advogado, não se pode confundir lacuna constitucional com o fato de não encontrar na Constituição aquilo que se quer ouvir. O raciocínio deve ser baseado na Carta Magna, no que ela prevê, e não “em questões filosóficas ou metafísicas.” Assim, afirma que não se trata da questão de ser contra ou a favor da união estável homoafetiva, mas se esta união é constitucional ou não.

Conforme Hugo de Oliveira, “a pluralidade tem limites”. A ausência da palavra ‘apenas’, quando da regulamentação das uniões estáveis entre homem e mulher, “não pode significar que, por essa razão, toda e qualquer tipo de união, agora, deverá ser contemplada.”

Ademais, o advogado faz referência a decisões internacionais, tal como a recente emitida pela Suprema Corte francesa, que, no dia 28 de janeiro de 2011, ao avaliar a Declaração dos Direitos Humanos de 1789, afirmou que esta “não é ilícita, não é inconstitucional, não agride a dignidade da pessoa humana, não é preconceituosa, não é racista, e não atenta contra diversos princípios”. O advogado explica que aquela Declaração muito se assemelha à nossa, porquanto “faz referência à entidade familiar como aquela que é decorrente da união do homem e da mulher e diz, ainda, que se a sociedade clama por outra solução, que busque no parlamento, pois o constituinte originário decidiu de outra maneira.”

¹¹² As manifestações da CNBB e da Associação Eduardo Banks foram colhidas do sítio do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178775>> Acesso em: 04 maio 2011.

Por sua vez, a Associação Eduardo Banks, representada pelo advogado Ralph Anzolin Lichote, certificou que “esse julgamento pode ter consequências inimagináveis para todos se dermos um passo errado. Imaginem o fardo de ter que conviver com esta cruz sabendo que, para a maioria do povo brasileiro, Deus criou o casamento quando criou Adão e Eva.”

Segundo o advogado, a vontade da maioria deve ser garantida e da minoria, respeitada. Para a entidade, o povo brasileiro não está preparado para aceitar o casamento homoafetivo. Não se pode, desse modo, desrespeitar milhões de brasileiros para atender a uma minoria “organizada e barulhenta”. Ademais, Lichote faz “um brinde de justiça à família brasileira e à vida que só pode ser concebida de acordo com a nossa lei, ou seja, por meio da união de um homem com uma mulher.”

No que diz respeito à união estável homoafetiva, interessante, ainda, explicar a posição de Welter (2008, p. 80), que, em outras oportunidades¹¹³, concordava com a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, com base na principiologia constitucional. Ocorre que, atualmente, Welter (2008, p. 77) compartilha das ideias de Streck, Barreto e Oliveira, acima expostas, no sentido de que no momento em que o intérprete/julgador “substituir a vontade da representação popular [...], estará legislando, liquidando, portanto, a representação do Poder Legislativo, ferindo letalmente o princípio da separação dos poderes.”

Deste modo, passa a defender a impossibilidade de acolher a união estável homoafetiva, diante da compreensão de que a norma constitucional admite, tão somente, a união estável heteroafetiva, bem como a criticar a utilização aleatória e descompromissada dos princípios constitucionais, como alicerce para o reconhecimento daquilo que a lei expressamente proíbe. “Não é possível resolver todos os problemas de interpretação com base no princípio da dignidade humana, na medida em que não há hierarquia hermenêutica nas normas constitucionais.” (WELTER, 2008, p. 70). Ademais, referido autor assevera que,

Numa linguagem mais direta, onde o constituinte originário restringiu o texto não é possível colmatar a compreensão com a subjetividade do intérprete/julgador, mesmo quando o texto pareça contrariar a principiologia constitucional de igualdade, de afetividade, de proibição de discriminação, da dignidade humana, já que foi a Constituinte que excluiu a homoafetividade do patamar de família, de casamento, de união estável (WELTER, 2008, p. 79).

¹¹³ WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável**. 2. ed. Síntese, 2003. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. RT, 2003; **Alimentos no código civil**. 2 ed. Thomson/IOB, 2004.

Assim, garante que até que não seja emendada a Constituição Federal de 1988, no sentido de suprimir a expressão “entre o homem e a mulher” do artigo 226, §3º, do referido diploma legal, não há que se falar em união estável entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que, no atual sistema jurídico brasileiro, tais relações não restam regulamentadas, permitindo o casamento, a união estável e a família, exclusivamente, entre homem e mulher.

Acrescenta, ainda, Welter (2008, p. 81) que “[...] embora a homoafetividade não possa ser aceita como família, ela, sem dúvida alguma, é uma forma de ser-em-família, porquanto existem várias condições de ser-em-família [...]” Nota-se, portanto, certa contradição nas ideias amparadas pelo autor acima citado, porquanto, em um primeiro momento, este defende que se permite “a família, exclusivamente, entre homem e mulher”, negando, deste modo, a família homoafetiva (WELTER, 2008, 79). Todavia, em um segundo momento, Welter (2008, p. 80) aduz que a homoafetividade é “uma espécie de família”, pois representa “uma forma de ser-no-mundo-afetivo”, mas que ela “não poderá ser reconhecida constitucionalmente, na medida em que o art. 226, §3º admite tão-somente a família heteroafetiva.”

Em suma, na atual posição de Welter (2008, p. 77-78), o pensamento que denega o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas possui argumentos hermenêuticos sólidos, no sentido de que não se trata de uma interpretação puramente literal/gramatical, mas de uma ligação entre o texto, o autor do texto e a tradição da família. Para ele, o Poder Judiciário tem a finalidade de “[...] modificar, adaptar, compreender hermeneuticamente o texto da Constituição do País, mas pela jurisdição constitucional, e não pela judicialização da Constituição, que significa interpretação judicial subjetiva e arbitrária [...]”, como é o caso da união estável entre pessoas do mesmo sexo, “[...] na medida em que o texto constitucional é *expresso* ao admitir a união estável exclusivamente entre homem e mulher, repudiando, portanto, a homoafetividade.” (WELTER, 2008, p. 79) (grifo do autor).

Corroborando o entendimento de que a união homoafetiva não representa uma entidade familiar, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, ao aprovar, no final do ano de 2010, em caráter conclusivo, o Projeto de Lei n. 2.285/07, de autoria do deputado Sérgio Barradas Carneiro, que se encontrava apensado ao Projeto de Lei n. 674/07, do deputado Cândido Vaccarezza, manteve a redação do

substitutivo¹¹⁴ elaborado pelo relator da Comissão de Seguridade Social e Família, que alterou o texto original do projeto, no sentido de excluir deste as uniões homoafetivas.

O Projeto de Lei n. 2.285/07, denominado como “Estatuto das Famílias”, que retira do Código Civil a matéria relativa à família e a regulamenta em diploma próprio, previa, em seu artigo 68¹¹⁵, inserido no Título III – “Das Entidades Familiares”, Capítulo IV, o reconhecimento, como entidade familiar, da união estável entre pares homoafetivos, dispondo que “É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável [...]”. Referido artigo, assim como todas as disposições que, de alguma forma, reconheciam direitos às famílias homoafetivas, foi totalmente desconsiderado quando da aprovação do projeto, no ano de 2010.

Ademais, conforme já visto, não há, no Brasil, legislação que regulamente as relações entre pessoas do mesmo sexo, fazendo com que muitos homossexuais não tenham seus direitos reconhecidos. Projetos de lei existem, tal como de n. 1.151 de 1995, apresentado ao Congresso Nacional pela então deputada federal Marta Suplicy, que disciplinava a chamada união civil entre pessoas do mesmo sexo e instituíam o direito à propriedade e à sucessão aos casais homoafetivos, bem como o substitutivo ao projeto mencionado, apresentado, em 1996, pelo deputado Roberto Jefferson, objetivando algumas mudanças no projeto de lei original, tal como a alteração da expressão “união civil” para “parceria” (JENCZAK, 2008, p. 59-60).

Todavia, estes projetos, mesmo após vários anos de tramitação, não são apreciados nem ensejam qualquer debate por parte dos parlamentares quanto à sua aprovação. Isso decorre da “evidente homofobia reinante no Congresso Nacional.” (JENCZAK, 2008, p. 60).

Em 2001, o substitutivo de Roberto Jefferson foi incluído na pauta de votação da Câmara dos Deputados, contudo, não chegou a ser votado, pois a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) “se opôs vigorosamente ao projeto e enviou carta a todos os deputados federais, em nome da Igreja Católica, advertindo sobre o ‘perigo’ das ‘uniões

¹¹⁴ Substitutivo: “Espécie de emenda que altera a proposta em seu conjunto, substancial ou formalmente. Recebe esse nome porque substitui o projeto. O substitutivo é apresentado pelo relator e tem preferência na votação, mas pode ser rejeitado em favor do projeto original.” (CÂMARA, 2011).

¹¹⁵ Projeto de Lei 2.285/2007, de autoria do deputado federal Sérgio Barradas Carneiro, que teve iniciativa do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, e estava apensado ao Projeto de Lei n. 674/2007. Íntegra disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=338>> Acesso em: 03 maio 2011.

antinaturais” (ALMEIDA *apud* JENCZAK, 2008, p. 61). Dessa feita, aguarda-se a boa vontade dos legisladores em analisar o projeto de Lei n. 1.151/95, bem como seu substitutivo de 1996.

Além dos mencionados projetos, há, ainda, a proposta de emenda constitucional (PEC) n. 139/95, que objetiva inserir entre os objetivos fundamentais da República o de promover o bem de todos sem preconceito de orientação sexual (DIAS, 2010, p. 201) e o Projeto de Lei n. 52/99, que legisla sobre o acordo de convivência entre duas pessoas, sem qualquer especificação de gênero, denominado pacto de solidariedade. A exemplo das tentativas anteriores, estas também não prosperaram. (TALAVERA, 2004, p. 128-130).

Isso demonstra que a maior parte dos legisladores continua relutante em reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, visto que adotam o conceito tradicional de família, consubstanciada, exclusivamente, na figura do pai, da mãe e dos filhos.

Diferente não é o caso da jurisprudência brasileira, que ainda encontra enormes dificuldades em reconhecer as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, admitindo, assim, a existência de mera sociedade de fato, que concede aos homossexuais, tão somente, direitos no âmbito patrimonial, proporcional à efetiva participação na aquisição dos bens comuns¹¹⁶ (DIAS, 2010, p. 47).

Sob a afirmativa de falta de regulamentação jurídica que reconheça as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, quando da propositura de ação declaratória de reconhecimento de união estável entre homossexuais, muitos tribunais têm extinguido a ação sem julgamento do mérito, alegando a carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido¹¹⁷.

¹¹⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento n. 2007.063226-2**. “Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO. UNIÃO HOMOAFETIVA. EQUIPARAÇÃO A SOCIEDADE CIVIL. INEXISTÊNCIA DE NORMA LEGAL QUE RECONHEÇA A RELAÇÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. RELAÇÃO AFETA AO DIREITO CIVIL. COMPETÊNCIA DAS VARAS CÍVEIS PARA PROCESSAR E JULGAR CASOS ANÁLOGOS. INCOMPETÊNCIA DA VARA DA FAMÍLIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.” Agravo provido. Relator: Edson Ubaldo. Primeira Câmara de Direito Civil. Julgamento proferido em 05 de maio de 2010. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br> Acesso em: 01 maio 2011.

¹¹⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2007.032992-5** da Terceira Câmara de Direito Civil. “Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. LEGISLAÇÃO EM VIGOR QUE NÃO AMPARA TAL PRETENSÃO. ART. 226, § 3º, CF, LEI 9.278/96 E ART. 1.723 DO CC. NORMAS QUE EXPRESSAMENTE ESTABELECEM COMO UM DOS REQUISITOS AO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL A DIVERSIDADE DE SEXOS. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO. O relacionamento homoafetiva entre pessoas do

Destarte, em que pese à grande evolução na sociedade como um todo no que se refere à compreensão do conceito de família, essa mesma evolução não se verifica quanto à aceitação, como entidade familiar, das uniões entre pessoas do mesmo sexo, visto que estas encontram muitos óbices à sua regulamentação, tanto por parte da doutrina, como pelos poderes Legislativo e Judiciário. Isso gera sofrimento e inúmeros prejuízos às pessoas que, pela simples orientação sexual diferenciada da considerada 'normal' pela sociedade, são tratadas com aversão e têm seus direitos negados, o que, em tese, não poderia ocorrer em um Estado que adota como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação*.

3.2.2 Alicerces para o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas

Conforme exposto, o reconhecimento da união estável homoafetiva constitui um tema ainda não pacificado entre a doutrina pátria. Corrente contrária à explanada no item anterior, defende que as relações homossexuais não somente são entidades familiares, como é perfeitamente cabível a aplicação, a estas, das regras concernentes ao instituto da união estável, por meio da utilização da analogia e dos princípios gerais do direito.

Dias (2010, p. 197) leciona que “quase intuitivamente se reconhece como **família** exclusivamente a relação interpessoal entre um homem e uma mulher constituída pelos *sagrados* laços do **matrimônio**” (grifo da autora). Tal concepção é tão arraigada, “que o legislador, quando trata do casamento, não se refere sequer à diversidade de sexo do par.”

Isso decorre da influência religiosa-moral que se encontra enraizada na sociedade, e que acaba dificultando a evolução da compreensão da família, porquanto se mantém, na coletividade, a visão tradicional católica de que a essência da vida se fundamenta na história de Adão e Eva – homem e mulher, conforme visto alhures.

mesmo sexo não pode ser reconhecido como união estável, a ponto de merecer a proteção do Estado, porquanto o § 3º do art. 226 da Carta Magna e o art. 1.723 do Código Civil somente reconhece como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher.” Recurso Desprovido. Apelante: F. C. de A. Apelados: A. C. F. e M. D. da R. F. Relatora: Desª. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Julgado em 16.04.2008. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br> Acesso em: 01 maio 2011.

Todavia, tal visão retrógrada de família não impediu que novas formas de entidades fossem reconhecidas, no âmbito social e jurídico, como é o caso da união estável e da família monoparental, fazendo com que a proteção conferida à família passasse da instituição positivada para as pessoas que compõe o grupo familiar. A regulamentação legal da família voltava-se, anteriormente, para “a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial” (LÔBO, 2011).

Atualmente, “o objeto da norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram. [...]”, mas, sim, a família como instrumento, funcionalizada no desenvolvimento das pessoas que compõe o núcleo familiar (LÔBO, 2011). Nesse diapasão, sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, referido autor leciona que “não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.”

Assim, a família passou a ser um “*locus* de afeto, de comunhão do amor, em que toda forma de discriminação afronta o princípio basilar do Direito de Família.” Os seres humanos que constituem o núcleo familiar passaram a ser respeitados “em sua esfera mais íntima, na medida em que disto depende a própria sobrevivência da família, que é um meio para a realização pessoal de seus membros [...]” (PEREIRA, 2006, p. 167) (grifo do autor).

Para Vecchiatti (2010, p.72), o elemento material formador da entidade familiar é o amor existente entre as pessoas. Constituir família, segundo o autor, significa “a manutenção de uma união pública, contínua e duradoura, em uma comunhão plena de vida, com todas as consequências que esta plenitude acarreta: felicidade recíproca, mútua assistência, etc”, não havendo, deste modo, qualquer ressalva quanto à necessidade de diversidade sexual (homem e mulher) para sua configuração.

Portanto, o amor familiar é o elemento que configura a família contemporânea. Ressalta Lôbo (2011), contudo, que além da afetividade devem estar presentes outros dois elementos identificadores do núcleo familiar, que são a ostensibilidade¹¹⁸ e a estabilidade. A estes elementos, Pereira (2006, p. 181) acrescenta, ainda, outro que, na verdade, engloba todos eles. “Esse elemento, ou melhor, essa noção de família sustentada pelo afeto, deve

¹¹⁸ Ostensibilidade, na visão de Lôbo (2011), pressupõe “uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.”

conter, em seu núcleo, uma estrutura psíquica. É a partir desses pressupostos que Lencan pôde definir a família como uma estruturação psíquica.” (PEREIRA, 2006, p. 181-182).

Diante deste quadro, Lôbo (2011) assevera que não se admite excluir da tutela jurídica qualquer entidade em que estejam presentes os requisitos ensejadores da família contemporânea, independentemente da orientação sexual dos membros que a constituem. Assim sendo, este conclui que o *caput* do art. 226 representa verdadeira cláusula geral de inclusão. Nesse sentido:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade (LÔBO, 2011).

Logo, o artigo 226 da Constituição Federal não representa uma norma de clausura, na qual se elencam somente as entidades familiares que são objeto da proteção do Estado. O fato de se listar, de forma expressa, somente algumas famílias decorre, na verdade, da impossibilidade natural do legislador em cogitar todas as situações possíveis que, porventura, venham a ser merecedoras de tutela jurídica.

Além daquelas expressamente previstas, existem entidades outras (implícitas), independentemente do Direito, visto que “a vida como ela é vem antes da lei jurídica.” (PEREIRA, 2006, p. 166). Verifica-se, portanto, que a referência expressa ao reconhecimento da união estável entre heterossexuais não resulta na proibição de enquadramento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar merecedora de proteção jurídica.

Isso porque, por conta do disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual ninguém será obrigado a deixar de fazer algo senão em virtude de lei, inexistem, no Direito Pátrio, proibições implícitas (VECCHIATTI, 2010, p. 68-69). Assim, exige-se norma expressa no sentido de impor que determinada relação não configura uma união estável e, conseqüentemente, uma entidade familiar, o que, vale dizer, não é o caso do artigo 226, §3º, da CF/88.

Com base nisso, constata-se que não há inviabilidade constitucional para o reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva, visto que a legislação apenas confere

legalidade à união heterossexual, não fazendo qualquer ressalva proibitiva quanto às relações entre pessoas do mesmo sexo.

Referido autor relembra, ainda: “É preciso ter em mente que não vivemos mais sob a égide de um formalismo positivista [...], que pregava que somente era juridicamente possível aquilo que os enunciados normativos reconheciam expressamente.” (VECCHIATTI, 2010, p. 68). Nesse mesmo sentido, leciona Pereira (2006, p. 18-19):

Não mais se aceita um Direito adstrito a concepções meramente formais, enclausurado em uma moldura positivista. É necessário ultrapassar esta barreira e visualizar que só é possível a construção de um Direito vivo e em consonância com a realidade se tivermos em mente um Direito principiológico.

Destarte, a concepção jurídica positivista, baseada, tão somente, em regras preestabelecidas, muitas vezes, não apresenta respostas jurídicas válidas à realidade contemporânea, o que a torna ineficiente. Em outras palavras, o Direito não se resume a normas fechadas, no sentido de que tudo que não se encontra prescrito especificamente não existe no mundo jurídico. Se assim o fosse, estaria o Direito fadado à imutabilidade, porquanto não evoluiria conjuntamente com a sociedade.

É nesse contexto que se verifica a importância dos princípios na construção de um ordenamento jurídico vivo, que corresponda aos anseios da sociedade moderna, haja vista que as regras não conseguem acompanhar a evolução social, especialmente no que diz respeito à família. Por esse motivo, Tepedino (*apud* PEREIRA, 2006, p. 18) aduz que “a interposição de princípios constitucionais nas vicissitudes das situações jurídicas subjetivas está a significar uma alteração valorativa que modifica o próprio conceito de ordem pública [...]”, tendo como valor maior, posto no ápice do ordenamento, a dignidade da pessoa humana.

Os princípios “exercem uma função de otimização do Direito. Sua força deve pairar sobre toda a organização jurídica, inclusive preenchendo lacunas deixadas por outras normas, independentemente de serem positivados, ou não, isto é, expressos ou não expressos.” (PEREIRA, 2006, p. 36). Assim, para o autor, é por meio da utilização de bases principiológicas que será possível “pensar e decidir sobre o que é justo e injusto, acima de valores morais, muitas vezes estigmatizantes.”

De acordo com Dias (2010, p. 199), “o princípio norteador da Magna Carta, que baliza o sistema jurídico, é o que consagra o respeito à dignidade humana [...]”. Com efeito, a

Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 1º, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em um Estado Democrático de Direito e tem como fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana¹¹⁹.

O constitucionalista Alexandre de Moraes (2007, p. 16) define dignidade como sendo “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas [...]”, representando um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, “[...] somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre *sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.*” (grifo do autor).

A dignidade representa um macroprincípio sob o qual “irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade. São, portanto, uma coleção de princípios éticos.” (PEREIRA, 2006, p. 94).

Referido autor leciona, ainda, que:

[...] não importa quais sejam as circunstâncias ou qual o regime político, todo ser humano deve ter reconhecido pelo Estado o seu valor como pessoa, e a garantia, na prática, de uma personalidade que não deve ser menosprezada ou desdenhada por nenhum poder. Exigir, por meio de preceito constitucional que o Estado reconheça a dignidade da pessoa humana, é exigir que ele garanta a todos direitos que podem ser considerados válidos para um ser humano capaz de compreender o que é o bem (PEREIRA, 2006, p. 98)

Desse modo, não se pode mais conceber a noção de direitos desatrelados da ideia de dignidade humana, visto que essa garantia basilar representa um dos fundamentos da ordem constitucional. Negar juridicidade ou dispensar tratamento diferenciado a determinadas famílias representa, portanto, afronta ao princípio da dignidade e da isonomia, e, conseqüentemente, desrespeito à própria pessoa humana.

¹¹⁹ Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [...]”

De acordo com Dias (2001, p. 74):

Além de estarem amparadas pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, impositiva a inclusão das relações homossexuais no rol dos direitos humanos fundamentais, como expressão de um direito subjetivo ao mesmo tempo individual, categorial e difuso. Também se albergam sob o teto da liberdade de expressão, como garantia do exercício da liberdade individual, cabendo incluí-las, da mesma forma, entre os direitos de personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica. Acresce, ainda, visualizar a segurança da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, que é a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual, como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana.

Para a ex-desembargadora, portanto, nada justifica o estabelecimento da distinção de sexos como condição da identificação da união estável, visto que tal medida importa estabelecer exigência nitidamente discriminatória, contrária ao princípio da isonomia e da dignidade humana, o que afronta, de modo reflexo, a liberdade pessoal e sexual.

Com efeito, além de estarem abarcadas pelo princípio fundamental da isonomia, as relações homossexuais encontram amparo na liberdade de expressão, como garantia do “exercício da liberdade individual”, cabendo incluí-las, desse modo, “entre os direitos de personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica.” (DIAS, 2001, p. 74).

Ademais, o reconhecimento da união homossexual como uma entidade familiar pauta-se, também, na visão pluralista da família, na qual se compreendem os mais diversos arranjos familiares. Sobre tal princípio constitucional ensina Pereira (2006, p. 167), nos seguintes termos:

É da Constituição da República que se extrai o sustentáculo para a aplicabilidade do princípio da pluralidade de família, uma vez que, em seu preâmbulo, além de instituir o Estado Democrático de Direito, estabelece que deve ser assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade. Sobretudo da garantia da liberdade e igualdade, sustentadas pelo macroprincípio da dignidade, é que se extrai a aceitação da família plural, que vai além daquelas previstas constitucionalmente e, principalmente, diante da falta de previsão legal.

Assim, na visão dos mencionados juristas, em que pese à falta de norma específica que regulamente a união homossexual como uma entidade familiar, diante da hermenêutica do texto constitucional e, especialmente, da aplicação dos direitos fundamentais, torna-se perfeitamente cabível a inclusão de tais uniões no conceito de família, porquanto representam,

assim como as entidades heterossexuais, um agrupamento consubstanciado no afeto e na solidariedade, do qual decorrem efeitos de caráter pessoal e patrimonial.

Verifica-se, portanto, que os princípios constitucionais, tais como o da dignidade, da isonomia, da liberdade, da intimidade, da não-discriminação, da autodeterminação, da solidariedade, da busca da felicidade, da pluralidade das entidades familiares, dentre outros, são invocados como fundamentos para o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas, visto que comportam uma compreensão sistemática e justa do ordenamento pátrio.

Consoante dispositivo da própria Constituição Federal, artigo 5º, §2º¹²⁰, há uma verdadeira cláusula de abertura “de forma a abranger, para além das positavações concretas, todas as possibilidades de *direitos* que se propõe no horizonte da acção humana.” (CANOTILHO *apud* MARQUES, 2010, p. 51) (grifo do autor).

Nesse sentido, a Magna Carta, ao reconhecer juridicidade às uniões estáveis heteroafetivas, visava regulamentar tais relações informais, visto que estas, até então, eram relegadas à marginalidade, com a depreciativa nomenclatura de concubinato. Contudo, em momento algum se pretendeu excluir a possibilidade de constituição de união estável por casais homossexuais, uma vez que não está escrito, no texto constitucional, que se reconhece ‘apenas’ a união estável entre o homem e a mulher (VECCHIATTI, 2010, p. 69-70). Com isso, Lôbo (2011) afirma que a exclusão não está na Constituição, mas na interpretação que lhe é conferida.

Em outras palavras, as uniões entre pessoas do mesmo sexo que tenham como elementos o afeto, a solidariedade, a comunhão de vida, a ostensibilidade e a estabilidade, configuram uma entidade familiar, merecendo, deste modo, em decorrência do princípio da isonomia, tratamento no âmbito do Direito de Família.

Diante desse contexto, presentes os requisitos da união estável heterossexual, quais sejam: convivência pública, contínua e duradoura, com a finalidade de constituição de família, é de se atribuir normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento homossexual, em decorrência, especialmente, do princípio da isonomia e da dignidade humana.

¹²⁰ Artigo 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988: “Art. 5º [...] §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Vale ressaltar, porém, a posição de Farias e Rosenvald (2010, p. 451) sobre a questão da união estável homoafetiva, porquanto os autores defendem que embora tais relacionamentos constituam entidades familiares, estes não devem ser, simplesmente, compreendidos no conceito de união estável, merecendo regulamentação em instituto próprio. Nesse sentido, asseveram que “de qualquer maneira, é preciso sublinhar que as uniões homoafetivas, embora não reconhecidas como união estável, devem ser tuteladas como entidades familiares autônomas, protegidas no âmbito do Direito de Família.” (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 451).

Por sua vez, Lôbo (2009, p. 68-69) afirma que não há necessidade de equiparar as famílias homoafetivas à união estável, visto que é entidade familiar completamente distinta. “As uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria. Como a legislação ainda não disciplinou seus efeitos jurídicos, como fez com a união estável, as regras desta podem ser aplicáveis àquelas, por analogia [...]”, porquanto é a entidade familiar “[...] com maior aproximação de estrutura, nomeadamente quanto às relações pessoais, de lealdade, respeito e assistência, alimentos, filhos, adoção, regime de bens e impedimentos. O efeito prático é o mesmo, mas prevalecendo-se suas singularidades.” (LÔBO, 2009, p. 68-69).

Ademais, preceitua Rios (2001, p. 122) que equiparar as relações homossexuais à união estável, por meio da utilização da analogia, implica atribuir um regime normativo que foi destinado, originariamente, a situação diversa das uniões entre pessoas do mesmo sexo, qual seja, a comunidade familiar constituída pela união estável entre um homem e uma mulher. Para o autor, a semelhança entre esses dois núcleos familiares, que autorizaria a utilização analogia, reside na ausência de vínculos formais e a presença de uma comunidade de vida afetiva e sexual duradoura e permanente.

Nesse sentido, afirma Rios (2001, p. 123-124) que

Não há dúvida de que a analogia tem o mérito de reconhecer o caráter familiar às uniões homossexuais que satisfazem os requisitos os pressupostos hoje valorizados pelo direito de família e consagrados na Constituição. No entanto, uma vez fixados estes pressupostos, o reconhecimento da pertinência destas uniões ao direito de família prescinde, inclusive, da existência da união estável como espécie autônoma de comunidade familiar. [...] Vê-se, portanto, que a qualificação jurídica familiar às uniões homossexuais não depende da existência da união estável. Trata-se, mais do que analogia, de comunhão de características típicas do conceito jurídico de família às duas situações.

Deste modo, na visão desses autores, embora o texto constitucional não tenha, expressamente, contemplado a união homoafetiva como entidade familiar, uma visão unitária e sistemática do ordenamento jurídico conduz a essa conclusão. Contudo, a família homoafetiva não se confundiria com a família convivencial, fundada na união estável, visto que representa um modelo familiar autônomo, como o é a comunidade formada entre irmãos, por exemplo. Assim, para estes, o reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares independe da analogia, visto que as relações entre pessoas do mesmo sexo, baseadas no fundamento de qualquer núcleo familiar que é o afeto, inserem-se no conceito amplo de família, merecendo tratamento diferenciado que respeite as suas peculiaridades.

Todavia, tendo em vista o atraso legislativo no que se refere às relações homoafetivas, porquanto inexistente norma que regulamente tais uniões, muito por conta de preconceitos ainda existentes na sociedade, torna-se imperiosa a aplicação da analogia, para equiparar essas relações à união estável constitucionalmente prevista, como forma de garantir efeitos jurídico-familiares aos casais homossexuais (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 94).

Devido às dificuldades pela via legislativa no Brasil, aos avanços em sede doutrinária e aos reclames sociais, com o crescente número de litígios envolvendo relações homoafetivas, [...] o Poder Judiciário brasileiro viu-se compelido a se manifestar, através do poder-dever que a função jurisdicional encerra (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 90).

Nesse contexto, Dias (2010, p. 201) assevera que “o repúdio social a segmentos marginalizados e excluídos acaba intimidando o legislador, que tem enorme resistência em cancelar leis que visem a proteger a quem a sociedade rejeita [...]”. Ocorre que a omissão do legislador “leva ao surgimento de um círculo perverso. Diante da inexistência da lei, a justiça rejeita a prestação jurisdicional. Sob a justificativa de que não há uma regra jurídica, negam-se direitos. Confunde-se carência legislativa com inexistência de direitos.” (DIAS, 2010, p. 203).

Ao juiz é vedada a alegação de ausência de lei para justificar a inexistência de direitos, visto que a própria legislação reconhece a presença de lacunas no ordenamento jurídico, consoante artigos 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro¹²¹, antiga LICC, e 126 do Código de Processo Civil¹²². Nem mesmo pode se eximir de prestar jurisdição sob o

¹²¹ Artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

¹²² Artigo 126 do Código de Processo Civil: “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

argumento de carência de previsão legal, porquanto, nesses casos, a determinação é que julgue, com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito.

A lacuna normativa, com efeito, deve ser colmatada pela interpretação extensiva ou analogia, como decorrência do princípio da isonomia (VECCHIATTI, 2010, p. 76). Referido autor assevera, ainda, que, diversamente do que é defendido por Streck, o preenchimento de lacunas, pelo Judiciário, por meio da utilização de uma interpretação extensiva ou da analogia, não importa criar uma “Constituição paralela”, haja vista que tal medida representa o respeito à interpretação sistemático-teleológica da Constituição de 1988 (VECCHIATTI, 2010, p. 87).

Observa-se, pois, que o recurso analógico se apresenta como “[...] mecanismo justo de aplicação, que sana, na apreciação das demandas, a evidente lacuna (ausência de lei específica) no ordenamento [...]” por meio de interpretação extensiva que vem, conseqüentemente, “[...] conferindo uma maior eficácia ao aludido §3º, art. 226 – em face da vedação a tratamento diferenciado com base na orientação sexual (CF, art. 3º, inc. IV) e dos princípios da dignidade da pessoa humana [...] e da igualdade (art. 5º, caput).” (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 96).

Nesse diapasão, Giorgis (2010, p. 299) esclarece que diante da ausência de proibição expressa ou de previsão positiva, requer-se a interpretação da Constituição de acordo com o “cânone hermenêutico da **‘unidade da Constituição’**, segundo o qual uma interpretação adequada do texto exige a consideração das demais normas, de modo que sejam evitadas decisões contraditórias [...]”, porquanto sob a concepção do direito de família, “[...] a norma do §3º do artigo 226 da CF/88 não exclui a união estável entre os homossexuais.”

Logo, negar o regime jurídico da união estável aos casais homoafetivos afronta a unidade da Constituição, posto que fere os princípios por ela resguardados, dentre eles o princípio da isonomia e o da dignidade humana.

Os princípios instrumentais da unidade, da máxima efetividade e da concordância prática das normas constitucionais demandam pelo reconhecimento da possibilidade jurídica da união estável homoafetiva, por interpretação extensiva ou analogia, que são decorrências da isonomia no sentido de se tratar igualmente os iguais ou fundamentalmente iguais (VECCHIATTI, 2010, p. 87).

Extrai-se, portanto, que apesar da falta de regulamentação específica, o reconhecimento das uniões homoafetivas encontra suporte no conjunto da ordem jurídica e na

presença dos elementos essenciais caracterizadores da união estável e das entidades familiares.

Na lição de Lôbo (2011), se a pretensão é a de levar os direitos fundamentais a sério e interpretar a Constituição principiologicamente de forma a garantir sua unidade, deve-se reconhecer que, hoje, em nosso ordenamento, não existe “fundamento jurídico algum apto a conferir normatividade a um entendimento excludente da possibilidade de proteção constitucional de famílias homossexuais.”

Reconhecer a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, segundo o autor, “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 [...]” (LÔBO, 2011).

Nesse contexto, Fachin (2003, p. 183) leciona que:

Os sujeitos que não são iguais não devem ser qualificados de modo discriminatório. A qualificação ao nivelamento é uma violência contra aquilo que é diverso. Reconhecer-se o diverso implica reconhecer a dignidade que há nessa diversidade, sem que ela seja um estado de desqualificação.

Portanto, as pessoas que não se enquadram no conceito de ‘normalidade’ ditado pela sociedade, merecem respeito e tratamento digno, visto que a própria Constituição Federal estabelece, de forma clara, o objetivo de promover a justiça social e a igualdade de tratamento entre os cidadãos, ressaltando, ainda, que entre os objetivos fundamentais da República, estão o de construir uma sociedade livre, justa e solidária e o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹²³.

A Constituição corresponde a uma “integração dos diversos valores aspirados pelos diferentes segmentos da sociedade”, por meio de “uma fórmula político-ideológica de caráter democrático, **devendo a interpretação ser aquela que mais contribua para a integração social [...]**”, como, ainda, aquela que lhe confira maior eficácia (GIORGIS, 2010, p. 299) (grifo do autor).

¹²³ Artigo 3º, incisos I e III, da Constituição Federal de 1988: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Nessa linha, preceitua Medeiros (2011) que

Negar a possibilidade de uma entidade familiar homossexual e de uma união estável homossexual, que embora não numerada, está presente na Constituição, é negar que a família deve ser regulamentada de maneira coerente com o princípio de liberdade, presente em nosso ordenamento, quanto à sua constituição e de igualdade, também presente em nosso ordenamento, quanto à possibilidade de acesso a diferentes casais, independentemente de sua orientação sexual. É entender que todas as famílias são livres e iguais, mas algumas são mais livres e iguais que outras.

Nota-se, destarte, que o direito à união estável homossexual já se encontra garantido no ordenamento pátrio, não se forma expressa, mas consubstanciado nos princípios elencados, como dignidade, isonomia, liberdade, não-discriminação, intimidade, etc.

Diante disso, Medeiros (2011) afirma que não se faz necessária uma alteração no texto constitucional para comportar algo que já se mostra presente no sistema legal, mesmo que de forma implícita. Para o autor, “o entendimento pela necessidade de alteração textual para a inclusão e reconhecimento de famílias homossexuais, por mais que tenha uma preocupação legítima com aspectos democráticos, acaba por ser antidemocrático [...]”, haja vista que “[...] procura submeter a uma discussão majoritária uma proteção que o ordenamento já concede à diversidade de maneira contramajoritária.” (MEDEIROS, 2011).

Pode-se dizer, portanto, que a possibilidade ou não de casais homossexuais terem uma constituição familiar reconhecida pelo Direito, não se submete a uma discussão de maioria, porquanto “esse reconhecimento já existe como decorrência de uma interpretação adequada, voltada para a afirmação de pluralidade, igualdade e liberdade, que nada tem de meramente moral, tampouco pode ser retirada (ou negada) pela simples vontade da maioria.” (LÔBO, 2011).

Desta feita, Medeiros (2011), garante que o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidades familiares consubstancia-se na interpretação unitária da Constituição, “a partir de direitos já existentes no plano constitucional, não caracterizando, dessa forma, um ativismo judicial que cria direitos não previstos pelo ordenamento”, conforme alegam Streck, Barreto e Oliveira, mediante a afirmação de que não cabe ao Judiciário, pela simples subjetividade do julgador, criar direitos que vão de encontro ao que a própria Magna Carta expressamente estabelece.

Não se trata, pois, de puro subjetivismo do juiz, visto que deve ser feita uma abordagem jurídica e técnica, do ponto de vista do Direito, do justo, e não uma análise moral,

na qual se emite, simplesmente, um juízo valorativo (DIAS, 2010, p. 205). A fundamentação das decisões se baseia “[...] em princípios jurídicos, ou em padrões a serem observados, por serem uma exigência de justiça ou equidade, ou de alguma dimensão da moralidade.” (PEREIRA, 2006, p. 17).

A jurisprudência tornou-se relevante fonte do Direito, “pois decide fatos que ainda não são contemplados em regras jurídicas.” (PEREIRA, 2006, p. 17). Nesse sentido, em decorrência da morosidade do legislativo na edição de normas que regulem as novas situações jurídicas que se apresentam constantemente na sociedade, e especificamente, nos casos das uniões homossexuais, da dificuldade resultante de puro preconceito em reconhecer proteção às minorias alvo de discriminação, resta ao Judiciário a função de emprestar efeitos jurídicos adequados às relações já existentes e que estão a reclamar a sua manifestação, haja vista que consoante o preceito constitucional da inafastabilidade de jurisdição, não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito¹²⁴.

Ocorre que, não obstante a cristalina evidência de que as relações homossexuais se enquadram no conceito contemporâneo de família, a falta de legislação específica e o preconceito ainda presente na sociedade faz com que muitos tribunais releguem ao direito obrigacional as causas que envolvem casais homossexuais, reconhecendo tais uniões tão somente como meras sociedade de fato, conforme analisado no item anterior.

Nesse passo, Dias (2004, p. 53-54) assevera que

Preconceitos de ordem moral não podem levar à omissão do Estado. Nem a ausência de leis nem o conservadorismo do Judiciário servem de justificativa para negar direitos aos vínculos afetivos que não têm diferença de sexo como pressuposto. É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis homossexuais. São relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo, gerando o enlaçamento de vidas com desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial, estando a reclamar regramento jurídico.

Observa-se, pois, que a ausência de previsão legal jamais pode servir de pretexto para decisões omissas, ou, ainda, baseadas em raciocínios preconceituosos. É nesse espírito que muitos julgados têm emprestado juridicidade às uniões homoafetivas, “[...] a ponto de não mais se poder dizer que a justiça é cega.” (DIAS, 2010, p. 202).

¹²⁴ Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988: “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

O primeiro grande marco que ensejou a mudança de orientação da jurisprudência foi a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, em 1999, fixou a competência da Vara de Família para julgar ações decorrentes de pares homoafetivos¹²⁵ (DIAS, 2010, p. 206). O deferimento unânime do pedido significou a abertura jurisprudencial, no sentido de reconhecer a união homossexual como uma entidade familiar digna de tutela.

Seguindo esse caminho, também é do Rio Grande do Sul a decisão que, em 2001, pela primeira vez, reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como uma família, na qual foi deferido direito de herança ao parceiro¹²⁶.

Como exemplo do pensamento evolutivo em andamento, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.300, teceu linhas fundamentais a respeito do tema, visto que o ministro Celso Mello asseverou que apesar de não decidir o mérito por razões de ordem estritamente formal, reconhecia a relevante tese pertinente ao reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidades familiares¹²⁷.

¹²⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n. 599075496**. “Ementa: RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. EM SE TRATANDO DE SITUAÇÕES QUE ENVOLVEM RELAÇÕES DE AFETO, MOSTRA-SE COMPETENTE PARA O JULGAMENTO DA CAUSA UMA DAS VARAS DE FAMÍLIA, A SEMELHANÇA DAS SEPARAÇÕES OCORRIDAS ENTRE CASAIS HETEROSSEXUAIS.” Agravo provido. Relator: Breno Moreira Müssi. Oitava Câmara Cível. Julgado em 17.06.1999. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 01 maio 2011.

¹²⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70001388982**. “Ementa: UNIAO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMONIO. MEACAO PARADIGMA. NAO SE PERMITE MAIS O FARISAISMO DE DESCONHECER A EXISTENCIA DE UNIOES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E A PRODUCAO DE EFEITOS JURIDICOS DERIVADOS DESSAS RELACOES HOMOAfetivas. EMBORA PERMEADAS DE PRECONCEITOS , SAO REALIDADES QUE O JUDICIARIO NAO PODE IGNORAR, MESMO EM SUA NATURAL ATIVIDADE RETARDATARIA. NELAS REMANESCEM CONSEQUENCIAS SEMELHANTES AS QUE VIGORAM NAS RELACOES DE AFETO, BUSCANDO-SE SEMPRE A APLICACAO DA ANALOGIA E DOS PRINCIPIOS GERAIS DO DIREITO, RELEVADO SEMPRE OS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. DESTA FORMA, O PATRIMONIO HAVIDO NA CONSTANCIA DO RELACIONAMENTO DEVE SER PARTILHADO COMO NA UNIAO ESTAVEL, PARADIGMA SUPLETIVO ONDE SE DEBRUCA A MELHOR HERMENEUTICA.” Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Sétima Câmara Cível. Julgado em: 14/03/2001. Disponível em:<www.tjrs.jus.br> Acesso em: 01 maio 2011.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3.300**. Trecho da decisão: “[...] Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria [...], cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais [...], tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto da proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema [...] tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis [...]” Relator: Min. Celso Mello. Julgado em 03.02.2006. Publicado em

Verifica-se, deste modo, que a Suprema Corte tem evoluído juntamente com a dinâmica social, no sentido de reconhecer que a relação entre pessoas do mesmo sexo é capaz de gerar direitos e deveres no mundo jurídico, em identidade àqueles advindos de união estável.

Sob essa perspectiva, precedente do Superior Tribunal de Justiça:

Processo civil e civil. Prequestionamento. Ausência. Súmula 282/STF. União homoafetiva. Inscrição de parceiro em plano de assistência médica. Possibilidade. Divergência jurisprudencial não-configurada. [...]
A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana¹²⁸. (grifo nosso).

Ademais, recentemente, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça admitiu, por três votos a dois, a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável homoafetiva e determinou que a justiça fluminense retomasse o julgamento da ação que havia sido extinta sem julgamento do mérito¹²⁹.

O casal homoafetivo havia entrado com ação de reconhecimento da união na 4ª Vara de Família de São Gonçalo (RJ), afirmando que há quase vinte anos vivem juntos de forma

09.02.2006. Requerentes: Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo e Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 01 maio 2011.

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recuso Especial n. 238.715/RS**. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. 3ª Turma. Julgado em 07.03.2006. Publicado em 02.10.2006. Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF. Recorrido: RPC e outro. Interessado: Fundação dos Economistas Federais – Funcef. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 01 maio 2011.

¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recuso Especial n. 820.745/RJ**. 4ª Turma. Ementa: “PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. [...]

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto à possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.” Recurso especial conhecido e provido. Recorrentes: A.C.S. e outro. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Julgado em 02.09.2008. Publicado em 06.10.2008. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 01 maio 2011.

pública, continua e duradoura. O agrônomo brasileiro e o professor canadense almejavam obter, por meio do reconhecimento da união estável, o visto permanente para o companheiro estrangeiro, de modo que o casal pudesse morar definitivamente no Brasil. Todavia, o pedido foi negado pela justiça fluminense e o processo extinto sem julgamento do mérito.

Inconformado com a decisão, o casal recorreu ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que também recusou a proposta por entender que a legislação brasileira somente reconhece a união estável entre homem e mulher.

Então, recorreram ao Superior Tribunal de Justiça que, por maioria, reconheceu a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável homoafetiva. Os dois ministros que apresentaram voto divergente alegaram, basicamente, que a Constituição Federal só admite como união estável a relação entre homem e mulher. Por sua vez, os votos majoritários foram no sentido de que a legislação não traz nenhuma proibição ao reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo e que, neste caso, é perfeitamente cabível a utilização da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito.

Nota-se, pois, que apesar da decisão do Superior Tribunal de Justiça representar um grande passo na luta pelo reconhecimento da união homoafetiva, ela não contempla a equiparação da união entre pessoas do mesmo sexo à união estável, mas, sim, admite a possibilidade jurídica do pedido, determinando, deste modo, que a justiça de primeira instância do Rio de Janeiro aprecie a ação, antes extinta sem julgamento do mérito.

O marco histórico na busca de reconhecimento dos direitos dos homossexuais, contudo, é representado pelo recente julgado do Supremo Tribunal Federal, proferido na data de 05 de maio do corrente ano. O STF, em atuação inédita, decidiu pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, ajuizadas, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo Estado do Rio de Janeiro¹³⁰.

A ADI n. 4.277, protocolada inicialmente como ADPF n. 178, objetivava o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que

¹³⁰ Os votos dos ministros, bem como as manifestações e argumentos dos demais interessados nas referidas ações, tais como: do procurador-geral da República, do representante do Estado do Rio de Janeiro, do advogado-geral da União e dos *amici curiae*, foram extraídos do portal de notícias do sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticiaUltima.asp>> Acesso em: 06 maio 2011.

presentes os requisitos exigidos para a configuração da união estável heterossexual, bem como a extensão dos direitos e deveres presentes nas uniões estáveis entre homem e mulher aos casais homossexuais. A petição foi instruída com cópia da representação formulada pelo Grupo de Trabalho de Direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e pareceres dos professores titulares de Direito Civil e de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Gustavo Tepedino e Luís Roberto Barroso.

Já a ADPF n. 132 visava à aplicação do regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas. No caso, o governo do Estado do Rio de Janeiro pretendia que os mesmos direitos concedidos a casais heterossexuais fossem aplicados aos casais homossexuais, no que concerne aos dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado.

O procurador-geral da República, Roberto Gurgel, ao apresentar os seus argumentos em favor do reconhecimento das uniões homoafetivas, asseverou que a Constituição Federal reconhece implicitamente a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Para ele, o fato de o texto constitucional omitir qualquer alusão à união entre pessoas do mesmo sexo não implica necessariamente que este não assegure o seu reconhecimento.

Gurgel afirma que negar esse direito às pessoas do mesmo sexo e impedir que as uniões homoafetivas sejam equiparadas às uniões estáveis entre homem e mulher, rebaixa os homossexuais a cidadãos de segunda classe, o que é inconstitucional, haja vista que o Estado deve tratar todas as pessoas com o mesmo respeito e consideração.

A Procuradoria-Geral da República defende que o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo independe de qualquer regulamentação legislativa, visto que é da própria Constituição, em especial dos princípios da dignidade, da liberdade, da igualdade, da vedação de discriminação odiosa e da proteção à segurança jurídica, que se extrai a compreensão de união homoafetiva como entidade familiar.

Por sua vez, o representante do Estado do Rio de Janeiro e autor da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, professor e advogado Luís Roberto Barroso, asseverou que ninguém deve ser diminuído pelos afetos que compartilha. Segundo o advogado, sempre existiu, em cada fase da vida e da história, uma racionalização para justificar o preconceito. Todavia, ao longo dos séculos, a civilização vem buscando a criação

de um mundo melhor, de uma sociedade mais justa, de um tempo de fraternidade no qual “todo amor possa ousar dizer o seu nome.”

Barroso esclarece que não se pretende, com o reconhecimento das uniões homoafetivas, mudar a convicção ou a fé de ninguém, porquanto o que faz uma sociedade ser democrática, plural e aberta é a possibilidade de convivência harmoniosa de pessoas que possuem maneiras diferentes de pensar. O que se almeja é a tolerância e o respeito ao diferente.

Ademais, o representante do Estado do Rio de Janeiro advertiu que o artigo 226, §3º, da Constituição Federal representou a superação da discriminação contra as mulheres, haja vista que, quando não casadas, eram tratadas com inferioridade. De tal modo, para Barroso, “esse dispositivo está aqui para incluir as mulheres, e não para excluir os homossexuais e as relações homoafetivas das quais o constituinte não cuidou e, por essa razão, nós precisamos resolver essa questão com base nos princípios constitucionais ou na analogia.”

O advogado-geral da União, Luis Inácio Adams, ao se manifestar favorável ao reconhecimento da união estável homoafetiva, afirmou que os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, baseados nos mesmos suportes fáticos que as demais relações heterossexuais, tais como o afeto, o exercício da liberdade e o desejo de convivência íntima e duradoura a fim de alcançar objetivos comuns, merecem tratamento jurídico idêntico a estas, em respeito ao princípio da isonomia.

Muitas foram as entidades que se manifestaram a respeito das uniões homoafetivas, na condição de *amici curiae*, amigos da Corte, tais como: Conectas Direitos Humanos; Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM); Grupo Arco-Íris de Conscientização; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais (ABGLT); Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais; Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais (Centro de Referência GLBTTT); Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis) e Associação de Incentivo à Educação e Saúde do Estado de São Paulo (AIESSP). Referidas entidades lembraram a importância do Supremo Tribunal na proteção das minorias marginalizadas.

Por ocasião do voto, o relator Ayres Britto manifestou-se favorável ao reconhecimento da união estável entre casais homossexuais, afirmando que em nenhum dos dispositivos

constitucionais que tratam acerca da família, está contida a proibição de sua formação a partir de uma relação homoafetiva¹³¹. Neste sentido, Britto assim concluiu:

[...] merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme a 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.

Para o ministro, a Constituição Federal “age com intencional silêncio quanto ao sexo”, respeitando a privacidade e a preferência sexual das pessoas. “A Constituição não obrigou nem proibiu o uso da sexualidade. Assim, é um direito subjetivo da pessoa humana, se perfilha ao lado das clássicas liberdades individuais.”

Ademais, afirmou que “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.” Neste sentido, a preferência sexual tem vinculação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo “poderoso fator de afirmação e elevação pessoal.”

Ayres Britto assevera que a

[...] heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham.

Deste modo, o ministro concluiu que o artigo 1.723 do Código Civil deve ser interpretado conforme a Constituição, “para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família.’”

O ministro Luiz Fux e a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha acompanharam o voto do relator Ayres Britto. Para o ministro, somente privilegiando a dignidade dos membros que compõem o grupo familiar é que o conceito de família apresentar-se-á válido. Segundo ele, somente se poderia negar o direito aos homossexuais de constituírem família com base na intolerância e no preconceito, “duas questões abomináveis para nossa Constituição.”

¹³¹ Íntegra do voto do ministro relator das ações, Ayres Britto: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178792>> Acesso em: 06 maio 2011.

O ministro considerou ainda que por meio dessa decisão do Supremo, que representa “um momento de travessia”, irá conferir aos casais homoafetivos “mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade.”

Já a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha lembrou que todas as formas de preconceito merecem ser repudiadas, porquanto a Constituição do Brasil não tolera discriminações. Para ela, aqueles que vivem amores homossexuais não podem ser desiguais em sua cidadania, pois “ninguém pode ser de uma classe de cidadãos diferentes e inferiores” somente porque possuem uma orientação homossexual¹³².

Por sua vez, o ministro Ricardo Lewandowski afirmou que apesar da união homoafetiva não estar no rol das famílias abarcadas pelo artigo 226, §3º, da Constituição Federal, que somente contempla as famílias heteroafetivas, como inexistente qualquer previsão constitucional que contemple a nova modalidade de família constituída por pares homoafetivos, cabe a aplicação da “técnica de integração analógica”, na qual se utiliza a norma mais próxima para regulamentar a situação que não possui legislação expressa, até que essa nova condição seja definitivamente regulada por lei aprovada pelo Congresso Nacional. Deste modo, em que pese fazer algumas ressalvas, afirmando que não seria o caso de interpretação conforme a Constituição, mas de integração analógica, o ministro Lewandowski acompanhou o voto do relator¹³³.

Para o ministro Joaquim Barbosa, o fundamento para o reconhecimento das uniões constituídas entre pessoas do mesmo sexo encontra-se presente em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais. Segundo ele, a própria Carta constitucional prevê que os direitos fundamentais do cidadão não se encerram naqueles expressamente elencados por ela, ou seja, “outros podem emergir a partir do regime dos princípios que ela própria, Constituição, adotou ou ainda dos tratados internacionais firmados pelo país.”

Barbosa asseverou que “estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do direito.” Para ele, “o direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais não apenas entre nós, brasileiros, mas em escala global.”

¹³² Íntegra do voto da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178938>> Acesso em: 06 maio 2011.

¹³³ Íntegra do voto do Ministro Ricardo Lewandowski: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178939>> Acesso em: 06 maio 2011.

Referido ministro aduziu, ainda, que:

O não reconhecimento da união homoafetiva simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social. Aqui reside a violação do direito ao reconhecimento, que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, ele compartilha do entendimento do relator de que a Constituição Federal estima pela proteção dos direitos fundamentais e pelo respeito ao princípio da proibição de toda forma de discriminação.

Já o ministro Gilmar Mendes, defende que a compreensão da orientação sexual está inserida na ideia de exercício de liberdade e “do direito de cada indivíduo de autodesenvolver sua personalidade.” Ele acrescentou que a discriminação acaba sendo estimulada pela falta de um modelo institucional que confira proteção aos homossexuais e que, deste modo, é dever da Corte Constitucional garantir essa proteção à união homoafetiva, “em respeito aos direitos fundamentais e aos direitos das minorias.”

Assim, não obstante o ministro ter estabelecido algumas divergências de fundamentação em relação ao voto apresentado pelo relator, ressaltando que se limitava “a reconhecer a existência legal da união homoafetiva por aplicação analógica do texto constitucional”, em linhas gerais, o ministro mostrou-se de acordo com o pronunciamento feito por Ayres Britto.

A ministra Ellen Gracie, por sua vez, utilizando-se das palavras de Luis Zapatero, afirma que “não estamos legislando para pessoas distantes e desconhecidas, estamos alargando as oportunidades de felicidade para nossos vizinhos, nossos colegas de trabalho, nossos amigos e nossa família”. Asseverou, ainda, que “uma sociedade decente é uma sociedade que não humilha seus integrantes”.

O ministro Marco Aurélio¹³⁴ observou que o amor, o carinho e a afetividade são os elementos fundamentais que compõem a entidade familiar contemporânea. Nesse sentido, “alterou-se a visão tradicional sobre família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum.”

¹³⁴ Íntegra do voto do ministro Marco Aurélio: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178928>> Acesso em: 06 maio 2011.

Marco Aurélio asseverou, ainda, que concepções morais não podem determinar o tratamento dispensado pelo Estado aos direitos fundamentais. Para ele, estabelecer que a orientação sexual é obstáculo para que os homossexuais constituam família é o mesmo que “exigir-lhes a mudança na orientação sexual para que estejam aptos a alcançar tal situação jurídica”, demonstrando total menosprezo à dignidade humana.

Celso de Mello, por ocasião de sua decisão, aduziu que “é arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, exclua, discrimine ou fomente a intolerância, estimule o desrespeito e a desigualdade e as pessoas em razão de sua orientação sexual”. Para ele, a decisão do Supremo, no sentido de garantir o direito dos casais homossexuais de constituir família, “é um passo significativo contra essa discriminação, no sentido de viabilizar, como uma política de Estado, a consolidação de uma ordem jurídica inclusiva.”

Por fim, o décimo e último ministro a votar, presidente do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, justificou sua adesão à procedência das ações na concepção de que as normas constitucionais não excluem entidades familiares outras que não as contempladas expressamente. Ademais, afirmou que “da decisão da Corte folga um espaço para o qual, penso eu, que tem que intervir o Poder Legislativo”. Assim, o presidente do Supremo convidou o Legislativo a assumir a tarefa de “regulamentar o reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo.”

Observa-se, pois, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, a estabilidade da união homoafetiva, decisão esta que tem efeito *erga omnes*¹³⁵, alcançando toda a sociedade. Os ministros votaram pela procedência de ambas as ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para retirar qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impossibilite o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

Diante desse novo quadro que se apresenta, na qual houve a manifestação do Supremo Tribunal Federal no sentido de reconhecer as uniões estáveis homoafetivas como entidades familiares merecedoras da proteção do Estado e estendendo-lhes todos os direitos decorrentes dessa qualificação, não mais se pode negar esse direito aos casais homossexuais.

¹³⁵ *Erga Omnes*: “A expressão *erga omnes*, de origem latina (latim *erga*, "contra", e *omnes*, "todos"), é usada principalmente no meio jurídico para indicar que os efeitos de algum ato ou lei atingem todos os indivíduos de uma determinada população ou membros de uma organização, para o direito nacional.” (WIKIPÉDIA, 2011).

CONCLUSÃO

A família é o núcleo básico de qualquer sociedade. Ela representa o meio pelo qual o indivíduo desenvolve sua personalidade e busca a felicidade. Já se foi o tempo em que a família era limitada ao casamento e determinada por interesses puramente patrimoniais. Está-se diante da era do afeto, na qual se consagra o amor acima de qualquer estigma e preconceito, almejando a promoção da dignidade dos integrantes que compõe o núcleo familiar. Verifica-se, desse modo, o caráter instrumental da família contemporânea, visto que representa o meio pelo qual se promove a dignidade humana, permitindo que o indivíduo se realize e alcance a felicidade individual e coletiva.

Em consonância com essa realidade, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu novas formas de constituição de família, além daquela formada pelo casamento, consagrando o princípio da pluralidade das entidades familiares. Diante desse princípio, deve-se legitimar todas as formas de família, não se limitando àquelas expressamente elencadas pelo texto constitucional. E é nesse contexto que se encontra o fundamento para o reconhecimento das famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo, pois tendo por base o afeto, assim como as uniões heteroafetivas, tais relações merecem o amparo estatal devido.

A união homoafetiva é um fato incontestável em nossa sociedade. Relações entre pessoas do mesmo sexo sempre se fizeram presentes na história da humanidade, desde as civilizações antigas até a atualidade. Muitos foram os tratamentos que essas relações receberam ao longo de todos esses anos. Por vezes, foram consideradas um fato natural, representando importante função social, tal como em Roma e na Grécia. Já, em outras ocasiões, configuravam uma transgressão à ordem natural, devendo ser repreendidas, visto que afrontavam a família natural, consubstanciada no homem, na mulher e na sua prole. Ainda, foram encaradas como doença, como distúrbio mental, como fruto de determinismo hereditário. Constata-se, pois, que não se conhece as causas da homossexualidade. Todavia

uma coisa é certa: não se trata de uma escolha livre, motivo pelo qual não se justifica o desrespeito, a discriminação e o preconceito por vezes dispensados aos homossexuais.

A sociedade encontra enormes dificuldades para aceitar as uniões homoafetivas como uma forma de entidade familiar, muito por conta da considerável influência, ainda, exercida pela religião. Todavia, o reconhecimento dessas uniões não pode ser uma questão de vontade da maioria, mas, sim, deve basear-se no justo, numa questão de Direito.

A Constituição Federal de 1988 em momento algum exclui da proteção jurídica as relações entre homossexuais, apenas regulamenta especificamente as formas de constituição de família que se apresentam mais comuns na sociedade. Não se pode interpretar a Magna Carta de forma isolada, tomando por base um artigo em exclusivo. A Constituição tem que ser lida de forma sistemática e teleológica (princípio da máxima efetividade), para se ter uma compreensão justa do ordenamento jurídico como um todo.

Desse modo, em que pese não haver uma norma específica que regulamente as uniões entre pessoas do mesmo sexo, isso não impede que, com base nos princípios constitucionais, tal como o da dignidade humana, da isonomia, da intimidade, da não discriminação, da liberdade, dentre muitos outros, bem como por meio da utilização da analogia, se reconheçam efeitos jurídicos às uniões formadas por pessoas do mesmo sexo.

Nesse diapasão, se nas uniões formadas por homossexuais estiverem presentes os requisitos que permitam a configuração da união estável heterossexual, tais como: afetividade, ostensibilidade e estabilidade, deve-se atribuir normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo existente entre pessoas do mesmo sexo, em decorrência do princípio constitucional da isonomia.

Como o objetivo da pesquisa é demonstrar a possibilidade de reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas, evidencia-se, no decorrer do trabalho, que não há qualquer óbice, além de fundamentos baseados no preconceito, ao reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Para responder o problema de pesquisa proposto restou fundamental a análise da evolução histórica e normativa da família, para uma melhor compreensão da base do núcleo familiar contemporâneo, bem como a verificação da trajetória da homossexualidade, o seu surgimento e evolução, as diferentes concepções acerca das relações homossexuais e o seu desenvolvimento no território nacional. Analisou-se, ademais, a união estável constitucionalmente prevista, no que concerne à sua evolução histórica e aos elementos que a caracterizam, bem como os obstáculos e os alicerces para o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas.

Nota-se, pois que todos os objetivos foram alcançados, permitindo-se verificar que é por meio dos princípios constitucionais, dos costumes e do emprego da analogia, que se torna possível o reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas. Isso se constata por meio de uma interpretação unitária da Constituição Federal de 1988.

Por derradeiro, não obstante ainda haver muita discriminação contra os homossexuais, fruto de preconceitos injustificados, essa realidade, felizmente, aos pouco vem se alterando, visto que, a exemplo das decisões pioneiras de muitos tribunais, especialmente o gaúcho, começou-se a se conferir certo amparo jurídico aos casais constituídos por pessoas do mesmo sexo. É neste contexto que o Supremo Tribunal Federal, conclamado a suprir a omissão do legislador, se manifestou acerca da constitucionalidade das uniões estáveis homoafetivas, determinando que o artigo 1.723 do Código Civil seja interpretado conforme a Constituição, no sentido de lhe retirar qualquer significado que impeça o reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis constituídas entre pessoas do mesmo sexo. Tal julgado representa um grande passo na luta contra o preconceito e a discriminação por orientação sexual, visto que impôs vigência à Constituição Federal, Carta esta que assegura o respeito à dignidade humana, sob a égide dos princípios da igualdade e da liberdade.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 5 ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao código civil**: parte especial: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2003, v.19.

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF**: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=5> Acesso em: 03 maio 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. 2 ed. rev. atual. e ampliada por Carlos Alberto Bittar Filho e Márcia Sguizzardi Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BRASIL. Constituição (1824) **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: RJ, 1824.

_____. Constituição (1891) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: RJ, Congresso Nacional Constituinte, 1891.

_____. Constituição (1934) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: RJ, Assembléia Nacional Constituinte, 1934.

_____. Constituição (1937) **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: RJ, 1937.

_____. Constituição (1946) **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: RJ, 1946.

_____. Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, 1967.

_____. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

_____. **Código Civil**. Lei 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Institui o Código Civil.

_____. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

_____. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CAVALCANTI, Lourival Silva. **União estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História & consciência do mundo**, 2: da Idade Moderna ao mundo atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre: à luz das leis 8.971/94 e 9.278/96**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 1999.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. revista, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2010.

_____. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. revista, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2007.

_____. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. 3. ed. revista, atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 24. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva: 2009, v. 5.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 11 ed. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987.

FACHIN, Luiz Edson. Sobre o projeto do código civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, 2000. v. LXXVI.

_____. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, Caroline. **A santa inquisição.** Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/a-santa-inquisicao/>> Acesso em: 25 mar. 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito de família.** Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

_____. ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias.** 2. ed. 2ª tiragem. Revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei nº 12.010/09 – Lei Nacional de Adoção; com a Lei nº 12.004/09 – nova Lei de Presunção de Paternidade; com a Lei nº 11.924/09 – Lei de Acréscimo de Sobrenome de Padrasto; com a Lei nº 11.804/08 – Lei dos Alimentos Gravídicos; e com a Lei nº 11.698/08 – Lei da Guarda Compartilhada. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do garantismo jurídico.** Florianópolis: OAB/SC, 2006.

FREIRE, Jurandir da Costa. Entrevista. *Jornal do psicólogo*, nº. 51, 1995.

FUGIE, Érika Harumi. A união homossexual e a Constituição Federal: inconstitucionalidade do art. 226, §3º, da CF?. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, (mar./maio 2002). n. 15.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de direito civil: direito de família.** 2. ed. atual. de acordo com o novo código civil (lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família.** São Paulo: RT, 2. ed., 2001.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Arqueologia das famílias: da ginecocracia aos arranjos plurais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.** Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, (ago./set. 2010). v. 17.

_____. **Direito de família contemporâneo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** 1. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 7. Ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

JENCZAK, Dionízio. **Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias.** 2. ed. atual. de acordo com a Lei n. 11.698/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=128>> Acesso em: 04 maio 2011.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Olhar, ver, reparar: uma análise do caráter inclusivo dos princípios constitucionais a partir do reconhecimento da união estável entre pessoas do

mesmo sexo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, (fev./mar. 2010). v. 14.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **Interpretar a Constituição não é ativismo judicial** (ou "ADPF 132 e ADPF 178 buscam uma interpretação adequada de direitos já existentes na Constituição"). Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=554>> Acesso em: 04 maio 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rigo. **Homoparentalidade: direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos**. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável: do concubinato ao casamento**. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAULO, Beatrice Marinho. Em busca do conceito de família: desafio da contemporaneidade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, (out./nov. 2009). v. 12.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Concubinato e união estável**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PLATÃO. **O banquete; ou, do amor**. 8. ed. Tradução de J. Cavalcante de Souza. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Adogado; Esmafe, 2001.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

SANTANA, Ana Lúcia. **Complexo de Édipo**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/psicologia/complexo-de-edipo/>> Acesso em: 27 mar. 2011.

SILVA, Paulo Lins e. O casamento como contrato de adesão e o regime legal da separação de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. **O novo CCB e a vacatio legis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 4. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010.

SPENCER, Colin. **Homossexualidade: uma história**. Tradução de Rubem Mauro Machado. Rio de Janeiro: Record, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. BARRETO, Vicente de Paulo. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>> Acesso em: 02 maio 2011.

TALAVERA, Glauber Moreno. **União civil entre pessoas do mesmo sexo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VARELLA, Dráuzio. **Causas da homossexualidade**. Disponível em: <<http://www.drauziovarella.com.br/ExibirConteudo/494/causas-da-homossexualidade>> Acesso em: 24 mar. 2011.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. União estável homoafetiva e a constitucionalidade de seu reconhecimento judicial. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, (fev./mar. 2010). v.14.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 15. ed. rev. atual. e ampl. pelo autor, de acordo com a jurisprudência e com o novo código civil. (lei 10.406 de 10-1-2002), com a colaboração da prof^a Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável**. Porto Alegre: Síntese, 2. ed., 2003.

_____. **Família homoafetiva: limites constitucionais**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, (fev./mar. 2008). v.2.

Sítios consultados:

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 238.715/RS. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. 3^a Turma. Julgado em 07.03.2006. Publicado em 02.10.2006. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 01 maio 2011.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 820.745/RJ. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. 4^a Turma. Julgado em 02.09.2008. Publicado em 06.10.2008. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 01 maio 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade 3.300. Relator: Min. Celso Mello. Julgado em 03.02.2006. Publicado em 09.02.2006. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 01 maio 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Notícias referentes ao julgamento da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticiaUltima.asp>> Acesso em: 06 maio 2011.

CÂMARA. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/191903-CAMARA-APROVA-O-ESTATUTO-DAS-FAMILIAS.html>> Acesso em: 03 maio 2011.

GLSSITE. Disponível em: <<http://www.glssite.com.br/edusex/edusex/ciencia.htm>> Acesso em: 27 mar. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento n. 599075496. Relator: Breno Moreira Mussi. Oitava Câmara Cível. Julgado em 17.06.1999. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 01 maio 2011.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível n. 70001388982. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Sétima Câmara Cível. Julgado em: 14/03/2001. Disponível em:<www.tjrs.jus.br> Acesso em: 01 maio 2011.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Agravo de Instrumento n. 2007.063226-2. Relator: Edson Ubaldo. Primeira Câmara de Direito Civil. Julgamento proferido em 05 de maio de 2010. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br> Acesso em: 01 maio 2011.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Apelação Cível n. 2007.032992-5. Relatora: Des^a. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Terceira Câmara de Direito Civil. Julgado em 16.04.2008. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br> Acesso em: 01 maio 2011.

WIKIPÉDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade_no_Brasil> Acesso em: 30 mar. 2011.

WIKIPÉDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Darcy_Penteados> Acesso em: 30 mar. 2011.

WIKIPÉDIA. Disponível em:<http://pt.wikipedia.org/wiki/Fernando_Melo> Acesso em: 30 mar. 2011.

WIKIPÉDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Nelson_Rodrigues> Acesso em: 30 mar. 2011.

WIKIPÉDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Luiz_Mott> Acesso em: 30 mar. 2011.

WIKIPÉDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Erga_omnes> Acesso em: 10 maio 2011.

APÊNDICES

APÊNDICE A

Atestado de Autenticidade da Monografia

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA

Eu, CAROLINE CARLESSO, estudante do Curso de Direito, código de matrícula n. 200510371, declaro ter pleno conhecimento do Regulamento da Monografia, bem como das regras referentes ao seu desenvolvimento.

Atesto que a presente Monografia é de minha autoria, ciente de que poderei sofrer sanções nas esferas administrativa, civil e penal, caso seja comprovado cópia e/ou aquisição de trabalhos de terceiros, além do prejuízo de medidas de caráter educacional, como a reprovação no componente curricular Monografia II, o que impedirá a obtenção do Diploma de Conclusão do Curso de Graduação.

Chapecó (SC), 16 de maio de 2011.

Caroline Carlesso

APÊNDICE B

Termo de Solicitação de Banca

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA

Encaminho à Coordenação do Núcleo de Monografia o trabalho monográfico de conclusão de curso da estudante **Caroline Carlesso**, cujo título é UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE SEU RECONHECIMENTO JUDICIAL, realizado sob minha orientação.

Em relação ao trabalho, considero-o apto a ser submetido à Banca Examinadora, vez que preenche os requisitos metodológicos e científicos exigidos em trabalhos da espécie.

Para tanto, solicito as providências cabíveis para a realização da defesa regulamentar.

Indica-se como membro convidado da banca examinadora: **Helenice da Aparecida Dambrós Braun**.

Chapecó (SC), 16 de maio de 2011.

Sílvia Ozelame Rigo Moschetta