



**CENTRO DE ENSINO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI  
FACULDADE REINALDO RAMOS - FARR  
CURSO BACHARELADO EM DIREITO**

**DÉBORA CARVALHO DE OLIVEIRA**

**AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E A QUESTÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA  
HUMANA: UMA ANÁLISE SOBRE OS DIREITOS DOS CASAIS HOMOAFETIVOS  
NO BRASIL**

Campina Grande – PB  
2012

**DÉBORA CARVALHO DE OLIVEIRA**

**AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E A QUESTÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA  
HUMANA: UMA ANÁLISE SOBRE OS DIREITOS DOS CASAIS HOMOAFETIVOS  
NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso - TCC  
apresentado à coordenação do Curso de  
Direito da Faculdade Reinaldo Ramos –  
FARR, como requisito para a obtenção do grau  
de Bacharel em Direito pela referida  
instituição.

**Orientador:** Prof. Esp. Francisco Cleidson  
Tavares Lopes

Campina Grande – PB  
2012

Ficha Catalográfica Elaborada pela Biblioteca da CESREI

O48r

Oliveira, Débora Carvalho de.

As relações homoafetivas e a questão da dignidade da pessoa humana: uma análise sobre os direitos dos casais homoafetivos no Brasil / Débora Carvalho de Oliveira. – Campina Grande, 2012.  
72 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.

Orientador: Prof. Esp. Francisco Cleidson Tavares Lopes.

1. União Homoafetiva. 2. Dignidade da Pessoa Humana. I. Título.

CDU 347.628(043)

**DÉBORA CARVALHO DE OLIVEIRA**

**AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E A QUESTÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA  
HUMANA: UMA ANÁLISE SOBRE OS DIREITOS DOS CASAIS HOMOAFETIVOS  
NO BRASIL**

Aprovado em: 20 de junho de 2012.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Esp. Francisco Cleidson Tavares Lopes - **FAAR**  
Presidente – Orientador

---

Prof. Esp. Francisco Iasley Lopes de Almeida - **FARR**  
1º. Examinador

---

Prof. Esp. Rodrigo Araújo Reül- **FARR**  
2º. Examinador

---

Prof. Ms. Mary Delane Gomes de Santana. - **FARR**  
3º. Examinador

Aos meus pais e ao meu filho.

Aos meus avós paternos e maternos (*in  
memorian*)

***Amo Vocês***

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me guiado e me protegido em todos os momentos e segundos, dessa grande jornada. Nas horas de sofrimento, medo, angústia e aflição, por ter me dado uma oportunidade tão grande de me tornar uma bacharela em direito, e me propiciado a inteligência, de saber me sobressair, das dificuldades e barreiras que cruzaram o meu caminho. Obrigada Papai do Céu pela coragem. Papai do céu te amo.

Agradeço também aos meus pais; **Joséfa (Eulina)** mãe e ao meu pai **Lourival**, que nos momentos de tristeza sempre me deram o colo para que eu pudesse chorar, nos momentos que pensei em desistir, sempre me aparam dando-me toda a força necessária para me seguir adiante me fazendo enxergar que tinha que continuar. Foram eles que percorreram comigo este longo caminho, tanto nos momentos de felicidade como nos momentos de tristeza, me dando toda dedicação e coragem para concluir este curso, os dois são os responsáveis por mais este sucesso em minha vida. Mãe, Pai, vocês são minha razão de viver, em decorrência do que realizo agora é que almejo o nosso futuro.

Dedico esse momento, ao meu filho, **Kauê David Carvalho Martins**, meu herói, pois consegui superar todos os dias as várias horas longe de mim sua mãe. Momentos esses que sei que senti muito a minha falta, falta do meu carinho, porém foi forte o suficiente para superar a minha ausência. “Te amo filho.” Você é tudo na minha vida.

Aos meus irmãos **Edivânia, Maria José (LILI), José Paulo e Lourivaldo**, que sempre me deram muita força, pra seguir adiante. Amo todos vocês.

Aos meus sobrinhos, **José Carlos, Cíntia Laís, Débora Raquel, David Vinícius, Maycon Gabriel, Rillary Gabriele, Ketlin Vitória, Richard Gabriel, Emily Vitória**.

Ao meu namorado **Robério**, que também me auxiliou bastante nas minhas pesquisas, inclusive para o TCC.

Agradeço ao professor **Cleidson**, por ter me auxiliado na realização desse trabalho.

À professora **Mary Delane**, que me auxiliou na realização desse trabalho, pois sem as suas instruções, sem o auxílio do conteúdo de sua disciplina, seria quase impossível produzir um trabalho tão minucioso, como este. A sua paciência, disposição e boa vontade em nos ensinar e a sua autenticidade foram elementos responsáveis para o desenvolvimento de todos os trabalhos produzidos pelos formandos e é em decorrência desse seu zelo na tarefa de lecionar, que fez com que os alunos tivessem firmeza em elaborar um trabalho de pesquisa desse porte. Obrigada **Mary Delane**.

Ao professor **Jardon Maia**, que foi um professor excelente compreensivo e atencioso, nos momentos que precisei tirar muitas dúvidas, ele sempre esteve presente e com um sorriso nos lábios.

Ao professor **Gutenberg Cardoso**, um professor excelente, que consegue passar firmeza no que explica em sala de aula para os seus alunos.

Ao professor **Valdeci Feliciano**, que com sua inteligência para ministrar aula, consegue passar segurança para seus alunos.

Aos demais professores **Gustavo e Renata Villarim, Felipe, Saulo, Renata**, bem como a todos que me ajudaram e transmitiram seus conhecimentos.

À coordenação do curso de Direito da CESREI representada pelos professores **Francisco Iasley e Rodrigo Reül**, pela competência em coordenar da CESREI. Obrigada pela paciência, que tiveram comigo para agilizar a burocracia de minha documentação.

Ao diretor da CESREI, **Cleumberto Ramos**, e á todos os funcionários que formam a Faculdade Reinaldo Ramos - FARR, as secretárias e em especial a **Patrícia** coordenadora do acadêmica e a secretária do curso de direito **Suênia**, pela paciência que tiveram comigo, enfim a todas da equipe.

Ao meu amigo **Alexandre** (*in memoriam*), que não teve a mesma sorte de continuar com o dom da vida.

A minha amiga **IVA** (*in memoriam*), que se foi também mas deixou muitas saudades e quando estava convivendo ainda comigo, sempre me deu forças para concluir o meu curso.

Aos meus amigos **Maria de Lurdes, Marco Nato**, e ao **Irmão Jó** e a todos os integrantes da sua casa.

Enfim a todos os mensageiros de Jesus, que sempre me guiaram e estiveram comigo nos momentos mais difíceis dessa caminhada e sempre me deram a solução no momento que mais precisei.

Agradeço a todos de coração, pela atenção, compreensão, paciência, sabedoria, capacidade, humildade e todas as qualidade que possam existir, inerentes as pessoas justas e de bom coração.

***Obrigada mais uma vez a todos.....***

O casamento civil homoafetivo por decisão judicial, além de justificável por lições de Direito Civil Clássico, é também uma decorrência da aplicação direta das normas constitucionais ao presente caso: [como] a dignidade humana: negar a casais homoafetivos o acesso ao casamento civil significa passar a sinistra mensagem de que eles não seriam tão dignos quanto casais heteroafetivos e que, por isso, não seriam merecedores do casamento civil, que seriam uma família de segunda classe por não terem acesso a ele – é o que disse a Suprema Corte de Ontário/Canadá ao reconhecer judicialmente tal direito.

IOTTI



## RESUMO

O Direito, foi criado para ser um instrumento capaz de disciplinar a convivência humana, portanto o mesmo deve acompanhar as modificações que vão surgindo, se mostrando dinâmico, pois se assim não o fizer o seu objetivo nunca será alcançado, portanto quando se discute a questão da união homoafetiva, o direito não pode abster de se posicionar com relação a este fato, fato este que sempre existiu na história da humanidade e sempre fez parte da luta dos homossexuais pelo seu reconhecimento, mas que nunca foi reconhecida pelo direito. Este trabalho analisou o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, sendo merecedora de proteção pelo Direito de Família como entidade familiar. E teve como objetivo geral, identificar como o legislativo e o judiciário trabalham com as questões pertinentes a união estável para os casais homoafetivos. Os casais homoafetivos, segundo o princípio da igualdade formal, são iguais aos heteroafetivos perante a lei, devendo ter os seus direitos respeitados e aplicados de forma igualitária. Porém na prática nem sempre se tem de forma efetiva o que afirma a teoria. Assim, pode-se concluir que o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar merecedora do abrigo do Direito de Família, é além de uma questão social e política é primordialmente jurídica, portanto em um estado laico o Direito não pode deixar-se influenciar por posições preconceituosas da sociedade. Ele deve sim, fazer valer as suas ferramentas e incluir essas uniões, até então excluídas, lembrando a sociedade que a própria Constituição traz em seu texto o princípio da igualdade, não só formal como também material. Apesar de não ter conseguido fazer com que o legislativo reconhecesse a união estável homoafetiva, o seu reconhecimento pelo poder judiciário, consentimento este oferecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011, alterou a lei para garantir os direitos e deveres dos casais homossexuais, que passaram a ser iguais aos dos casais heterossexuais. A união estável homoafetiva foi reconhecida como entidade familiar, portanto, o novo Código Civil aplicou as mesmas regras, garantindo os mesmos direitos e deveres que protege os casais heterossexuais aos casais homoafetivos, tais como: comunhão parcial de bens, pensão alimentícia, pensão do INSS, planos de saúde e adoção, declaração conjunta de imposto de renda, sucessão e licença gala.

**Palavras-chave:** União homoafetiva. Igualdade. Dignidade da pessoa humana.

## ABSTRACT

The law was created to serve as a tool to discipline the human community, so it must follow the modifications that arise, proving dynamic, because if you do not like your goal is never reached, so when discussing the issue homoafetiva union, the right can not refrain from positioning itself in relation to this fact, a fact that has always existed in human history and has always been part of the struggle of homosexuals for their recognition, but that was never recognized by law. This study examined the recognition of marriage between same sex, being worthy of protection by the Family Law as a family. It aimed to identify how the legislature and the judiciary working on issues relevant to the stable homosexual couples. The homosexual couples, according to the principle of formal equality, are equal to heteroafetivos before the law, should have their rights respected and applied equitably. But in practice there is not always effectively what the theory says. Thus, we can conclude that the recognition of marriages between persons of the same sex, as a family deserving of under Family Law, is also a social and political issue is primarily legal, so in a secular state law can not be influenced by preconceived positions in society. He should, rather, to assert their tools and include such unions, hitherto excluded, to remind society that the Constitution itself has in its text the principle of equality, not only formal but also material. Despite failing to make the legislature recognized the homoafetiva stable, its recognition by the judiciary, this consent provided by the Supreme Court (STF) in 2011, changed the law to guarantee the rights and duties of homosexual couples, which was equal to heterosexual couples. The stable homoafetiva was recognized as a family, so the new Civil Code applied the same rules that guarantee the same rights and duties that protects heterosexual couples to homosexual couples, such as partial community property, alimony, pensions from the INSS, health care and adoption, joint statement of income tax, succession and license gala.

**Keywords:** Union homoafetiva. Equality. Human dignity.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>ASPECTOS HISTÓRICOS.....</b>	<b>14</b>
2.1	A FAMÍLIA E SUA DEFINIÇÃO PARA A CIÊNCIA JURÍDICA.....	14
2.1.2	<b>Evolução histórica da família.....</b>	<b>14</b>
<b>2.1.3</b>	<b>A família no direito brasileiro antes da promulgação da constituição federal de 1988.....</b>	<b>17</b>
2.4	A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002 COM RELAÇÃO AO DIREITO DE FAMÍLIA.....	19
2.5	O AFETO COMO FORMADOR DA FAMÍLIA.....	21
<b>2.5.1</b>	<b>Conceito constitucional de família e família homoafetiva.....</b>	<b>24</b>
<b>2.5.2</b>	<b>Conflito existente entre as disposições da CF e a união homoafetiva.....</b>	<b>28</b>
<b>3</b>	<b>ASPECTOS HISTÓRICOS DA HOMOSSEXUALIDADE.....</b>	<b>31</b>
3.1	A HOMOSSEXUALIDADE NAS SOCIEDADES PRIMITIVAS.....	32
3.2	NA ANTIGUIDADE ORIENTAL.....	32
3.3	NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA.....	33
3.4	A HOMOSSEXUALIDADE NA IDADE MÉDIA E NA ERA CRISTÃ.....	35
3.5	A HOMOSSEXUALIDADE NO RENASCIMENTO.....	36
3.6	A HOMOSSEXUALIDADE NA IDADE MODERNA.....	39
3.7	HOMOSSEXUALIDADE: PECADO, DELITO OU DOENÇA.....	40
<b>4</b>	<b>HOMOAFETIVOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988.....</b>	<b>43</b>
4.1	O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA LEGITIMIDADE DAS UNIÕES HOMOAFETIVA.....	45
<b>4.1.1</b>	<b>O princípio da liberdade sexual.....</b>	<b>45</b>
<b>4.1.2</b>	<b>O princípio da dignidade humana.....</b>	<b>46</b>
4.2	OS DIREITOS QUE OS HOMOSSEXUAIS ADQUIRIRAM COM A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	49

<b>4.2.1</b>	<b>A união homoafetiva.....</b>	<b>51</b>
<b>4.2.2</b>	<b>Características da união homoafetiva.....</b>	<b>52</b>
<b>5</b>	<b>METODOLOGIA.....</b>	<b>54</b>
5.1	TIPO DE PESQUISA.....	54
5.2	CLASSIFICAÇÃO DA PESQUISA QUANTO AOS PROCEDIMENTOS TÉCNICOS.....	54
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>56</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>59</b>
	<b>ANEXOS.....</b>	<b>61</b>
	<b>ANEXO A - Comissão aprova união estável entre homossexuais.....</b>	<b>62</b>
	<b>ANEXO B - Objetivos e princípios fundamentais do estatuto da diversidade sexual (EDS).....</b>	<b>63</b>
	<b>ANEXO C - Julgado e acórdãos em casos concretos no caso dos casais homoafetivos..</b>	<b>64</b>
	<b>ANEXO D - O direito a livre orientação sexual, a igualdade e a não discriminação.....</b>	<b>66</b>
	<b>ANEXO E - Reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal.....</b>	<b>70</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana em relação aos homoafetivos, têm-se apresentado como uma questão social e especialmente jurídica extremamente controversa.

Não obstante ao que representa este tema para a sociedade brasileira, vale dizer que se trata de uma situação que atinge direta e intensamente uma boa parte da população que tem por orientação sexual a homossexualidade e que vivem uma relação homoafetiva estável, com seus parceiros, portanto nos casos onde a mesma não foi legalizada, como fica a situação de um dos cônjuges, nos casos de separação ou morte do companheiro? A legislação é ausente ou assegura a eles o mesmo direito que é dado aos casais heterossexuais?

O homem não apenas vive, mas convive, divide com todos e qualquer um, as diferentes formas de pensamentos e atitudes, que é inerente a sua própria condição humana. O respeito a essa diversidade de comportamentos e pensamentos foi o que foi levado em consideração na hora de abordar este tema, isto é, têm-se como problemática a seguinte questão: Como o legislativo e o poder judiciário tem tratado a situação dos casais homoafetivos que pretendem legalizar sua situação?

Ao abordar este tema não se pretende analisar simplesmente o tipo de orientação sexual dos casais, que tem na justiça os direitos alcançados dentro de uma união estável, mas sim de verificar, se a orientação homossexual do casal pode influenciar nas decisões jurídicas, ou seja, podem ser favoráveis ou contra ao que determina a lei, uma vez que a lei é clara quanto a questão dos direitos inalienáveis do cidadão, como demonstra a Constituição Federal do Brasil, ao criar os princípios jurídicos e humanísticos, referentes aos direitos de liberdade e igualdade.

A Constituição Federal - CF de 1988, em seu art. 226, §3º, reconheceu, para efeito de proteção do Estado, a união estável entre homem e mulher como entidade familiar. O Código Civil de 2002 trouxe uma significativa mudança nessa área, foi criado um capítulo em separado dentro do título “Do Direito de Família”, para tratar da União Estável.

O ordenamento jurídico brasileiro não veda expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, por isso ao se enxergar uma vedação implícita ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, estar-se-ia afrontando princípios consagrados na Constituição da República, quais sejam, os da igualdade, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo”.

A CF determina que seja facilitada a conversão da união estável em casamento, por sua vez o Supremo Tribunal Federal determina que não seja feita qualquer distinção entre uniões hetero e homoafetiva.

Frente a esta posição pode-se afirmar que para a CF deve-se dispensar às uniões homoafetivas o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais. Não há razões de peso que justifiquem que esse direito não seja reconhecido.

Para o Supremo a união homoafetiva deve ser reconhecida como a quarta família brasileira. A Constituição prevê três enquadramentos de família. A decorrente do casamento, a família formada com a união estável e a entidade familiar monoparental (quando acontece de apenas um dos cônjuges ficar com os filhos). E, agora, a decorrente da união homoafetiva, que deve ser considerada como uma autêntica família, com todos os seus efeitos jurídicos.

Analisando os posicionamentos da encontrados na CF e no Supremo pode-se reconhecer a importância e a relevância de se estudar este tema, que não está somente na discussão do nascimento de uma legislação infraconstitucional<sup>1</sup> específica para as uniões entre pessoas de mesmo sexo, mas demonstrar de forma simples e clara, que os fundamentos para a defesa dos efeitos jurídicos para as parcerias homossexuais encontram-se encartados nos princípios da CF, que asseguram a todos o direito à diferença.

A pesquisa ora aqui exposta teve como objetivo geral:

- identificar como o legislativo e o judiciário trabalham com as questões pertinentes a união estável para os casais homoafetivos.

Como objetivos específicos, foram definidos:

- verificar se há pelo direito o reconhecimento da união homoafetiva, como merecedora de proteção do direito de família e portanto como entidade familiar;
- analisar como a evolução do conceito de família na sociedade e a formação de novos tipos de família tem influenciado nas decisões tomadas pelos legisladores sobre a união estável homoafetiva;
- observar as garantias dadas as relações homoafetivas com relação as que são oferecidas pelo casamento ao casal hetero.

Em síntese, o trabalho encontra-se estruturado da seguinte forma:

- No tópico dois têm-se a fundamentação teórica destacando os aspectos históricos da formação e desenvolvimento das concepções de família ao longo do tempo para permitir o entendimento de parte dos conceitos que serão desenvolvidos neste trabalho.
  - O tópico três apresenta os aspectos históricos da homossexualidade contemplando desde a sociedade considerada primitiva até a moderna, abrindo espaço para uma discussão de como ela foi e ainda é vista nos dias atuais.
  - O quarto tópico discute a questão da homoafetividade e a Constituição Federal, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana na legitimidade das uniões homoafetivas, destacando os princípios da liberdade sexual, da dignidade da pessoa humana e os direitos que os homossexuais adquiriram com a decisão do Supremo Tribunal Federal.
  - No quinto tópico têm-se a metodologia onde se encontra descrito os aspectos referentes à tipologia da pesquisa utilizada para o desenvolvimento do trabalho.
- Por fim, apresentam-se a conclusão bem como as referências e os anexos.

## 2 ASPECTOS HISTÓRICOS

### 2.1 A FAMÍLIA E SUA DEFINIÇÃO PARA A CIÊNCIA JURÍDICA

Vocábulo *família* pode possuir vários significados para as diversas áreas das ciências humanas, como a sociologia, a antropologia ou o direito. No entanto, para os fins deste estudo, limitar-se-á aos conceitos trazidos pela ciência jurídica.

Assim, tomem-se para efeitos didáticos as três acepções do vocábulo família elencados por Maria Helena Diniz (2008, p. 8-10), que são o *sentido amplíssimo*, o sentido lato e a acepção restrita.

No entendimento da professora, família no sentido *amplíssimo* seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção *lato sensu* do vocábulo refere-se aquela formada “além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro)”. Por fim, o sentido restrito restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação.

A legislação pátria abrange as três acepções trazidas pela autora, sendo aplicável cada uma em diferentes aspectos das relações familiares, graduando os direitos e obrigações de acordo com a proximidade do círculo familiar.

Depreende-se dos conceitos trazidos por esses e outros doutrinadores a intenção do legislador em considerar a família não apenas enquanto instituição jurídica, mas em sua importância social, em suas várias formas e variações. Na lição de Paulo Lôbo (2009, p. 2)

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins).

Assim, para o Direito, família consiste na organização social formada a partir de laços sanguíneos, jurídicos ou afetivos.



### 2.1.2 Evolução histórica da família

A família pode ser considerada a unidade social mais antiga do ser humano, a qual, historicamente, mesmo antes do homem se organizar em comunidades sedentárias, constituía-se em um grupo de pessoas relacionadas a partir de um ancestral comum ou através do matrimônio.

Todos os membros da família assumiam obrigações morais entre si, sob a liderança do ancestral comum, conhecido como ‘patriarca’, normalmente da linhagem masculina, símbolo da unidade da entidade social, reunindo-se em uma mesma comunidade todos seus descendentes, os quais compartilhavam de uma identidade cultural e patrimonial. Essas primeiras entidades familiares, unidas por laços sanguíneos de parentesco, receberam o nome de *clãs*.

Com o crescimento territorial e populacional desses clãs, que chegavam a possuir milhares de membros, essas entidades familiares passaram a se unir, formando as primeiras tribos, grupos sociais compostos de corporações de grupos de descendentes.

Assim, a organização primitiva das famílias, fundadas basicamente apenas nas relações de parentesco sanguíneo, deu origem às primeiras sociedades humanas organizadas. A expressão *família* surge a partir de uma dessas organizações sociais.

O termo “família” advém da expressão latina *famulus*, que significa “escravo doméstico”, que designava os escravos que trabalhavam de forma legalizada na agricultura familiar das tribos ladinas, situadas onde hoje se localiza a Itália.

Com o desenvolvimento de sociedades mais complexas, na qual os laços sanguíneos eram cada vez mais dissolvidos entre a população, ganha importância no Direito da Roma Antiga a expressão *família natural*, formada apenas por um casal e seus filhos. Ao contrário dos clãs, que se formavam a partir da relação de parentesco com um ancestral comum, a *família natural* romana originava-se através de uma relação jurídica, o casamento.

A instituição do casamento era dividida em *confarreatio*, o casamento de caráter religioso, restrito à classe patricia, caracterizado por uma cerimônia de oferenda de pão aos deuses; *coemptio*, reservada à plebe, celebrado mediante a venda fictícia, do pai para o marido, do poder sobre a mulher; e o *usus*, em que o marido adquiria a mulher pela posse, isto é, vida em comum no ínterim de um ano.

Os pressupostos para o casamento romano eram a coabitação e o chamado *affectio maritalis*, este último consistente na manifestação expressa dos nubentes de viverem como

marido e mulher. Ao findar qualquer um desses pressupostos, extinguiu-se o casamento, valorizando-se o afeto entre os cônjuges.

Não obstante a importância do afeto na relação matrimonial, o modelo romano de família mantinha a estrutura de poder despótico, “concentrados sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho.” O poder do patriarca era dividido em *pater familias*, o chefe da *família natural*, o qual exercia seu poder sobre os seus descendentes não emancipados, sua esposa e com as mulheres casadas com seus descendentes.

A *família natural* foi adaptada pela Igreja Católica, que transformou o casamento em instituição sacralizada e indissolúvel, e única formadora da família cristã, formada pela união entre duas pessoas de diferentes sexos unidas através de um ato solene, e por seus descendentes diretos, a qual ultrapassou milênios e predomina até os dias atuais.

Cânon 1055, §1º: A aliança matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si uma comunhão da vida toda, é ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, e foi elevada, entre os batizados, à dignidade do sacramento.

Destaca-se dentro do modelo canônico de família a importância destinada ao sexo, sendo que a relação carnal entre os nubentes tornou-se requisito de validade para a convalidação da união. Esta condição estabelecida pelo direito eclesiástico é fruto da indissociação entre o matrimônio e a procriação, função primordial da união e que poderia ocorrer após o sacramento do casamento.

Entendia-se dessa forma que o fim do matrimônio enquanto instituição era a procriação e, por conseguinte, a educação da prole, o que tornava justificável a prática do ato sexual dos cônjuges, autorizado no seio dessa instituição como remédio.

Ademais, independentemente da existência ou não de afeto entre os cônjuges, o Direito Canônico estabelece que a união decorrente do casamento é “indissolúvel, isto é, não se pode dissolver por vontade dos cônjuges, exceto pela morte nos termos do cânon 1056, ao contrário do que vigorava no Direito Romano.

Assim, como se procurou demonstrar brevemente, a evolução da família, em especial dentro das sociedades ocidentais, baseou-se em seu princípio na consangüinidade entre seus membros, isto é, na origem comum de seus membros, formando-se grandes grupos familiares originários de um único patriarca. Gradualmente, essa estrutura foi substituída por núcleos familiares menores, formados a partir da união entre homens e mulheres mediante um ato solene, chamado casamento, que foi consolidado e sacralizado pela Igreja Católica, a qual dominou a cultura e a sociedade das nações européias ocidentais por mais de um milênio.

Esse modelo de estrutura familiar nuclear persiste, sendo reconhecida pela maioria das legislações ocidentais vigentes o casamento tanto como ato jurídico formal, quanto como sacramento religioso, como por exemplo no Brasil, nação formada com fundamento em preceitos da Igreja Católica Apostólica Romana, como bem sintetizado por Orlando Gomes (1998, p. 33-35):

Na organização jurídica da família hodierna é mais decisiva a influência do *direito canônico*. Para o cristianismo, deve a família fundar-se no *matrimônio*, elevado a *sacramento* por seu fundador. A Igreja sempre se preocupou com a organização da família, disciplinando-a por sucessivas regras no curso dos dois mil anos de sua existência, que por largo período histórico vigoraram, entre os povos cristãos, como seu exclusivo estatuto matrimonial. Considerável, em consequência, é a influência do *direito canônico* na estruturação jurídica do grupo familiar.

Todavia, como será demonstrado em outro momento, a consangüinidade e a milenar instituição do casamento vêm perdendo espaço nas mais recentes doutrinas e jurisprudência, bem como pela própria legislação, por um fator muito mais preciso e condizente à realidade: o afeto.

### **2.1.3 A família no direito brasileiro antes da promulgação da constituição federal de 1988**

Como citado anteriormente, em razão da colonização portuguesa no Brasil, este foi fundado mediante preceitos da Igreja Católica Apostólica Romana, o que se refletia no direito vigente no país, as Ordenações Filipinas, de 1595.

A única entidade familiar reconhecida pelas Ordenações Filipinas era a formada pelo casamento, que poderia se der de forma solene, realizado na Igreja e atrelado à conjunção carnal entre os nubentes, e o casamento decorrente do trato público e da fama, chamado de *casamento com marido conhecido*, modalidade não reconhecida pelo direito canônico.

Todavia, ainda que esta forma de casamento não solene contrariasse a doutrina Católica, em especial o Sagrado Concílio Tridentino de 1564, ambas as formas previstas na legislação filipina deveriam atender aos preceitos católicos, como a indissolubilidade.

Aqui no Brasil, por muito tempo, a Igreja Católica foi titular quase que absoluta dos direitos matrimoniais; pelo Decreto de 3 de novembro de 1827 os princípios do direito canônico regiam todo e qualquer ato nupcial, com base nas disposições do Concílio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia.

Segundo Capparelli (1999, p. 20-22) o casamento como única entidade familiar juridicamente reconhecida foi mantida pelas legislações imperiais, sendo, no entanto, estendido também aos não católicos, reconhecendo-se em 1861 como casamentos civis as demais uniões religiosas. Não obstante, os demais preceitos canônicos foram mantidos até 1890, quando o Decreto nº 181, de autoria de Rui Barbosa, passou a considerar como único casamento válido aquele realizado pelas autoridades civis e relativizou a indissolubilidade do matrimônio, permitindo a separação de corpos. não sendo atribuído qualquer valor jurídico ao matrimônio religioso.

O referido decreto vigorou até a promulgação do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/16), em que se mantém o patriarcalismo, no qual o homem é o chefe da família, incluindo a mulher casada no rol dos indivíduos relativamente incapazes. A legislação civil consagra o casamento como o único instituto jurídico formador da família, dificultando, igualmente, a adoção e permitindo o reconhecimento de filhos apenas quando não adulterinos ou incestuosos.

O reconhecimento da adoção como instrumento formador de relação de parentesco só foi regulamentado através da Lei nº 3.133/57, no entanto, até 1977, o adotado só tinha direito a metade da legítima, quando em concurso com filhos ditos legítimos, em nítido detrimento do parentesco formado pelo afeto em relação ao formado pela consanguinidade.

Ademais, o diploma civil de 1916 consagra de tal forma a instituição do casamento que não admitia a dissolução do vínculo conjugal, permitindo apenas o chamado “desquite”, substituída pela separação judicial pela polêmica Lei nº 6.515/77, a qual também criou a instituição do divórcio.

Na restrita visão do Código Civil de 1916, a finalidade essencial da família era a continuidade. Emprestava-se juridicidade apenas ao relacionamento matrimonial, afastadas quaisquer outras formas de relações afetivas. Expungia-se a filiação espúria e proibiam-se adoções extraconjugais.

Durante décadas a legislação brasileira protegeu a todo custo a instituição da família e os laços sanguíneos entre os parentes, vedando ou criando empecilhos para a dissolução da relação conjugal e para a adoção, ignorando a importância do afeto em tais relações.

Foram completamente ignoradas pelo legislador de 1916 as uniões de caráter convivência, de companheirismo, não reservando qualquer direito às uniões que não sejam

formadas por intermédio do casamento, como o concubinato e a união estável, como hoje é conhecida à união legítima, sem a celebração de matrimônio.

A negativa de reconhecer os filhos fora do casamento possuía nítida finalidade sancionatória, visando a impedir a procriação fora dos “sagrados laços do matrimônio”. Igualmente afirmar a lei que o casamento era indissolúvel servia como verdadeira advertência aos cônjuges de que não se separassem. Também negar a existência de vínculos afetivos extras matrimoniais não almeja outro propósito senão o de inibir o surgimento de novas uniões. O desquite – estranha figura que rompia, mas não dissolvia o casamento – tentava manter a todos no seio das famílias originalmente constituídas. Desatendida a recomendação legal, mesmo assim era proibida a formação de outra família.

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira no Brasil a dedicar um capítulo à família, expressamente garantindo proteção especial do Estado a esta instituição, preceitos repetidos pelas constituições subseqüentes.

As novas cartas constitucionais pouco modificaram as normas do diploma civil de 1916, sendo mantida a estrutura patriarcal, o casamento como forma exclusiva de formação da família, o exposto tratamento discriminatório dado aos filhos nascidos fora do casamento e aos havidos por adoção e a ausência de referências ao companheirismo, seja ela na forma de união estável, seja na forma do concubinato.

Estes paradigmas só começaram a ser relativizados, em especial, a partir das anteriormente citadas Lei da Adoção (Lei nº 3.133/57) e Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), bem como pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), que devolveu a plena capacidade à mulher casada.

Com as diversas alterações constitucionais e legislativas desde a promulgação do Código Civil de 1916, até o advento da Constituição Federal de 1988, a única instituição reconhecida como familiar era o casamento, enquanto a união estável e o concubinato eram ignorados pelo legislador, e a adoção era deixada para segundo plano por meio de expressas diferenças de direitos e de tratamento entre os filhos sanguíneos e os adotados, sendo de pouca relevância jurídica o afeto nas relações familiares.

## 2.4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002 COM RELAÇÃO AO DIREITO DE FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988, dispensou um tratamento especial ao Direito de Família, reservando um capítulo destacado apenas para este ramo do Direito (Capítulo VII do

Título VIII), que sofreu profunda transformação. Em contraposto ao modelo autoritário e patriarcal definido pelo Código Civil de 1916, o modelo de família depreendido do texto constitucional é fundado em preceitos como a igualdade, solidariedade e do respeito à dignidade da pessoa humana, fundamentos e ao mesmo tempo objetivos do Estado brasileiro.

Ao mesmo tempo em que a nova Constituição confirmou normas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, como a gratuidade do casamento e a garantia de efeitos civis ao casamento religioso inovaram ao reconhecer como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, ao igualar o homem e a mulher na sociedade conjugal, e ao vedar a quaisquer diferenças de direitos, de qualificação ou de tratamento entre os filhos havidos na constância do casamento ou fora dele, ou por adoção.

A Constituição de 1988 realizou enorme progresso na conceituação e tutela da família. Não aboliu o casamento como forma ideal de regulamentação, mas também não marginalizou a família natural como realidade social digna de tutela jurídica. Assim, a família que realiza a função de célula provém do casamento, como a que resulta da “união estável entre o homem e a mulher” (art. 226, §3º), assim como a que se estabelece entre “qualquer dos pais e seus descendentes”, pouco importando a existência, ou não, de casamento entre os genitores (art. 226, §4º).

Ao igualar o filho obtido por adoção aos filhos de origem sangüínea e reconhecer como família a união decorrente do companheirismo, chamada de união estável, a Constituição Federal de 1988 foi o primeiro dispositivo jurídico brasileiro a reconhecer e igualar o afeto como formador da família, sem distinção aos laços decorrentes do casamento ou de sangue.

Em consonância com a Constituição de 1988 foi promulgada a Lei nº 8.971/94 - que dispõe sobre o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão - e a Lei nº 9.278/96 - que regula o artigo 226, §3º da Constituição Federal, que trata da união estável, sendo garantidos às relações formadas sem o ato solene do casamento os direitos garantidos pelo texto constitucional.

As normas constitucionais que dispõem sobre a família só foram regulamentadas pela legislação infraconstitucional com a promulgação da Lei nº 10.406, de 10/01/2002, o atual Código Civil.

Dentre as relevantes novidades trazidas pelo Código Civil de 2002 está a expressa igualdade dos cônjuges no seio familiar, extinguindo-se o poder patriarcal, bem como a atualização da dissolução do vínculo conjugal, por meio da separação e do divórcio; a atualização da adoção, sem qualquer distinção entre os filhos de sangue e os adotados; a

regulamentação da união estável entre o homem e a mulher, bem como o reconhecimento de direitos decorrentes das relações concubinas.

Dessa forma, verifica-se que o novo diploma civil, em consonância com os preceitos irradiados pela Constituição Federal de 1988, abrange em seu texto várias modalidades de família, formadas por relações consanguíneas, por atos jurídicos solenes ou pelo afeto.

O afeto, enquanto formador da família, está diretamente presente na adoção e nas relações de convivência, como a união estável, vez que enquanto essas não dependem de consangüinidade ou solenidade, a formalidade que pressupõe a adoção é resultado exclusivo do afeto demonstrado pelos pais.

Todavia, não obstante as evoluções legislativas trazidas pelo Código Civil de 2002, é importante frisar que seu projeto data da década de 70, tendo sofrido inúmeras emendas e modificações ao longo de quase trinta anos de trâmite, não apenas em razão da Constituição de 1988, que exigiu uma reforma quase integral do diploma civil, como das naturais mudanças necessárias pelo próprio decurso do tempo. Não obstante, em razão de tantas modificações e do longo trâmite, o Código Civil não conseguiu abranger todas as mudanças que se mostraram necessárias nos quase noventa anos de vigência do Código anterior ou mesmo dos quase quinze anos de promulgação da Constituição de 1988. Nas palavras de Maria Berenice Dias: ‘o novo Código, embora bem-vindo, chegou velho’.

## 2.5 O AFETO COMO FORMADOR DA FAMÍLIA

Sempre teve duas origens comuns e paralelas, primordialmente: a consangüinidade e a união entre duas pessoas, formalizada através do casamento. Ainda que o Direito Romano tenha considerado o afeto como pressuposto do casamento, como brevemente explicitado anteriormente, os laços afetivos sempre foram deixados em segundo plano.

Após a sacralização do casamento e sua difusão pela Igreja Católica como única origem da família, sendo o mesmo indissociável, independentemente da vontade dos cônjuges, o afeto perdeu cada vez mais importância nas legislações dos países de origem cristã dentro de um modelo de família rígido e imutável.

Direito não é imutável e não tem qualquer valor se não se espelhar na sociedade, nos costumes do povo, que é igualmente a origem e o destino das normas jurídicas.

Séculos depois de uma legislação baseada em preceitos católicos, em que o casamento, enquanto única instituição familiar, era de todas as formas resguardado pelo

ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 introduziu uma nova realidade ao Direito de Família, reconhecendo como entidade familiar, além do casamento, as famílias mono parentais e as uniões estáveis.

Assim, ainda que a palavra afeto não esteja presente no texto constitucional, o mesmo foi objeto de proteção pelo Poder Constituinte Originária, como ensina Maria Berenice Dias (2005, p. 48):

[...] ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eu demonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.

No mesmo sentido é a lição de Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p. 13), para quem relativizar o casamento, permitindo sua dissolução, bem como o equiparar às uniões estáveis, que não exigem qualquer formalidade “[...] significa, em última análise, a compreensão de que o verdadeiro casamento se sustenta no afeto, não nas reminiscências cartoriais. O Direito deve proteger a essência, muito mais do que a forma ou a formalidade”.

Ao mesmo tempo, a Constituição Federal de 1988 também inovou ao garantir aos filhos havidos por adoção, instituição jurídica que pressupõe afetividade, o mesmo tratamento e direitos garantidos àqueles havidos por consangüinidade. O afeto é elevado pela Carta Maior a valor jurídico, com conseqüências equivalentes ao vínculo oriundo dos laços sangüíneos.

Para Sérgio Resende de Barros<sup>1</sup>, o afeto, enquanto característica inata dos seres humanos, mais do que uma garantia constitucional, é um direito natural do homem:

O direito ao afeto é a liberdade de afeiçoar-se um indivíduo a outro. O afeto ou afeição constitui, pois, um direito individual: uma liberdade, que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum de todos.

O afeto transcende a própria família. Não é um laço que une apenas os integrantes de um núcleo familiar, não é apenas um valor jurídico, mas um sentimento que nutre relações de amizade, companheirismo, humanidade, solidariedade. Não é fruto da biologia, do sangue. É um motor social, componente de todas as relações humanas, principalmente daquela que é a base de nossa sociedade: a família.

<sup>1</sup> BARROS, S. R. O Direito ao afeto. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte, jun. 2002. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=50>>. Acesso em: 17 out. 2009.



Na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma ‘comunidade de sangue’ e celebra, ao final deste século, a possibilidade de uma comunidade de afeto. Novos modos de definir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível.

[...] Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias do renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro cultural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões. Eis, então, o direito ao refúgio afetivo. (DIAS, 2009, p. 116)

Conforme se acentuam os sentimentos, conforme muda o afeto, as relações familiares também mudam. Os laços de parentalidade e de fraternidade e as relações conjugais são criadas e dissolvidas de acordo com o afeto existente entre os indivíduos, e o Direito, enquanto ciência humana e instrumento do povo não podem ignorá-lo ou diminuir sua importância.

A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor, de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas.

O afeto, enquanto valor fundamental das relações familiares, ainda que não esteja expressa no texto constitucional, ganha aplicação nas letras de inúmeros juristas, como os já citados aqui como: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, bem como Álvaro Villaça Azevedo, Luiz Edson Fachin, Sérgio Resende de Barros, entre tantos outros, e nas decisões de outros tantos magistrados, em especial no que se trata da união entre pessoas do mesmo gênero e da parentalidade sócio afetiva.

Enquanto a união homo afetiva será objeto de aprofundada análise ao longo do presente estudo, ressalta-se neste momento a aplicação da parentalidade sócio afetiva enquanto instituição jurídica, objeto de vários estudos acadêmicos, destacando-se o pioneirismo de João Batista Vil Ella, nos idos de 1980.

Mais recentemente, juristas como Maria Berenice Dias<sup>2</sup> têm defendido a chamada adoção à brasileira, que tem origem no elo afetivo e levam ao reconhecimento do vínculo jurídico da filiação. Nas palavras da jurista, “é de tal ordem a relevância que se empresta ao afeto que se pode dizer agora que a filiação se define não pela verdade biológica, nem a verdade legal ou a verdade jurídica, mas pela verdade do coração”

Ademais, a parental idade socioafetiva está ganhando destaque nos tribunais pátrios, tanto que foi objeto de dois enunciados na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, sob a chancela do Superior Tribunal de Justiça, que não apenas reconheceu à instituição da parental idade socioafetiva, como demonstraram o valor do afeto no ordenamento jurídico brasileiro, como se verifica a seguir:

Enunciado nº 103, O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Enunciado nº 108 – No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consangüínea e também a socioafetiva.

Assim, depreende-se do ordenamento jurídico pátrio, em especial da Constituição Federal de 1988, dos estudos acadêmicos e dos tribunais brasileiros que o afeto transcendeu a figura de elemento ou origem da família, e se tornou um valor inerente às relações familiares e deve ser encarada como um princípio que se irradia por todo o Direito de Família.

### **2.5.1 Conceito constitucional de família e família homoafetiva<sup>3</sup>**

A primeira referencia constitucional ao elencar os direitos fundamentais, é a ‘igualdade’, A homossexualidade é fato que existe, sempre existiu e não pode ser negado, merecendo, portanto, a tutela jurídica do Estado, tento em vista que fica evidente que a

---

<sup>2</sup> DIAS, Maria Berenice. O conceito de família e sua evolução histórica. Disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica>. Acesso em: 20 maio de 2012.

<sup>3</sup> ERHARDT, Alessandra. **A família homoafetiva e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19055/a-familia-homoafetiva-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana#ixzz1v9aovMZV>. Acesso em: 18 maio 2012.

proibição de discriminação sexual, fica vedada a discriminação homossexual, com a conduta afetiva da pessoa, e o direito a livre orientação sexual.

A lei civil trouxe para a sociedade a figura da união estável, portanto existe família mesmo que não haja casamento formal, trouxe ainda a figura da família monoparental, quando apenas um dos dois, pai ou mãe convive com os filhos (naturais ou adotados).

A necessidade da existência de um casal heterossexual para a constituição de uma família não é mais necessária e nem exigida, portanto porque não inserir no contexto de família a união de duas pessoas do mesmo sexo, que tenham a intenção de se unir por laços de afetividade e com intuito duradouro?

Ora se um dos requisitos fundamental para caracterizar a união é o afeto, se existe afeto, no vínculo entre pessoas do mesmo sexo, por que não aplicar nesses caso também a união estável. Uma vez que no seu artigo 226 parágrafo 3 da carta magna, o enunciado, não faz menção à titularidade na união estável. E ao mencionar suas formas de admissibilidade, não se refere à divergência de sexo.

Ademais hodiernamente, uniões homossexuais no contexto atual é algo comum, pessoas do mesmo sexo tem cada vez mais assumido para a família e a sociedade sua relação, e estão dividindo o mesmo teto e as mesmas responsabilidades que um casal hetero, devendo portanto ser protegidas e tuteladas pelo Estado, gozando assim de todos os direito e deveres inerentes a pessoa humana.

Estudos e levantamentos de dados realizados sobre a questão da relação entre pessoas do mesmo sexo tem mostrado que cada vez mais esses casais procuram garantir às suas relações o reconhecimento como instituição familiar. O afeto é a característica essencial para que haja uma família, inclusive o afeto é a base do direito à intimidade a que se refere o artigo 5<sup>a</sup> parágrafo X da constituição federal brasileira, que afirma, ser invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurados o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrentes da sua violação.

A Constituição Federal do Brasil - CFB é omissa em relação aos pressupostos pessoais de uma família, a Constituição não elenca expressamente que família é instituição heterossexual, portanto, se há vínculo e afetividade é família e se este vínculo e afetividade provêm de pessoas do mesmo sexo, então surge à chamada família homoafetiva, instituição que deveria ser dotada de direitos e deveres e proteção do Estado.

Portanto mesmo tendo essas omissões na CFB sobre a família homoafetiva, o que não se é proibido por ela é então permitido. Assim sendo, o magistrado em momento algum poderá deixar de julgar um, caso concreto alegando que não existe lei que o regule. Cabendo

assim a aplicabilidade das normas por analogias, ou seja, aplicar-se-á os requisitos de conceito de família em todos aqueles que preencherem tais requisitos; afeto; amor; companheirismo entre outros aspectos que envolve a união de duas pessoas para a formação de uma família e por conseguinte de laços afetivos duradouros.

Percebe-se, portanto, frente a esta questão que a legislação brasileira, e o direito atualmente aplicado não regulam sentimentos, pois somente define as relações e conflitos que em decorrência da convivência humana lhe surgir. Deparando-se com a convivência entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de União Homo afetiva como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos. As uniões entre pessoas do mesmo sexo representam um fato social cada vez mais constante em todo o mundo. Sabe-se que atualmente, tornaram-se casos corriqueiros no poder judiciário, pessoas do mesmo sexo pleiteando direitos, que se adquire em decorrência dessa convivência

Existe em âmbito nacional julgados favoráveis às famílias homoafetivas, como demonstra os exemplos apresentados abaixo, porém a grande maioria das correntes doutrinárias entende que há controvérsias envolvendo a legalidade das relações homoafetivas para essas correntes estas relações deveriam ser resolvidas na área cível como sociedade de fato e a outra corrente tem o posicionamento de que elas deveriam ser resolvidas por varas de família, como direito de família e não como sociedade de fato.

HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. E POSSÍVEL O PROCESSAMENTO E O RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS, ANTE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS INSCULPIDOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE VEDAM QUALQUER DISCRIMINAÇÃO, INCLUSIVE QUANTO AO SEXO, SENDO DESCABIDA DISCRIMINAÇÃO QUANTO A UNIAO HOMOSSEXUAL. E É JUSTAMENTE AGORA, QUANDO UMA ONDA RENOVADORA SE ESTENDE PELO MUNDO, COM REFLEXOS ACENTUADOS EM NOSSO PAÍS, DESTRUINDO PRECEITOS ARCAICOS, MODIFICANDO CONCEITOS E IMPONDO A SERENIDADE CIENTIFICA DA MODERNIDADE NO TRATO DAS RELAÇÕES HUMANAS, QUE AS POSIÇÕES DEVEM SER MARCADAS E AMADURECIDAS, PARA QUE OS AVANÇOS NÃO SOFRAM RETROCESSO E PARA QUE AS INDIVIDUALIDADES E COLETIVIDADES POSSAM ANDAR SEGURAS NA TAO ALMEJADA BUSCA DA FELICIDADE, DIREITO FUNDAMENTAL DE TODOS. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA PARA QUE SEJA INSTRUÍDO O FEITO. APELAÇÃO PROVIDA. ('TRÊS APELAÇÕES CÍVEIS Nº 598362655, 8ª CÂMARA CÍVEL, RELATOR: DES. JOSE ATAIDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 01/03/2000').

RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO EM SOCIEDADE DE FATO. A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DE CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO, E DAS VARAS DE FAMÍLIA, CONFORME PRECEDENTES DESTA CÂMARA, POR

NÃO SER POSSÍVEL QUALQUER DISCRIMINAÇÃO POR SE TRATAR DE UNIÃO ENTRE HOMOSSEXUAIS, POIS É CERTO QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CONSAGRANDO PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO, PROÍBE DISCRIMINAÇÃO DE QUALQUER ESPÉCIE, PRINCIPALMENTE QUANTO A OPÇÃO SEXUAL, SENDO INCABÍVEL, ASSIM, QUANTO A SOCIEDADE DE FATO HOMOSSEXUAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ACOLHIDO. (TJRS, CCO Nº 70000992156, 8ª CÂMARA CÍVEL, RELATOR: DES. JOSE ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 29/06/2000)<sup>4</sup>.

Quando analisa-se a Lei n.º 11.340/07 (mais conhecida como Maria da Penha) percebe-se que além dela tipificar crimes de violência doméstica, a mesma teve um outro, papel, que foi o de inovar juridicamente o conceito de família, pois no seu inciso II há uma abertura do leque do conceito de família para união estável homoafetiva se encaixar, uma vez que mostra a família como uma comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade e por vontade. Ela não descreve a família como unidade formada de pessoas do mesmo sexo ou sexos opostos, como demonstra o seu art. 5:

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

I - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa [...]. Perceba que no parágrafo único do artigo supramencionado lê-se que as relações pessoais a que a lei se refere independem da orientação sexual dos indivíduos que constituem uma família, ou seja, tal artigo traz ao bojo do termo 'família' a união entre pessoas de um mesmo sexo.

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

Esta lei também na hora de tipificar os crimes de violência doméstica, oferece proteção aos casais homoafetivos (homem ou mulher) vítima de violência doméstica, quando tal violência provém de dentro de seu lar, praticada por companheiro ou companheira, portanto, família.

Pode-se perceber a partir dos dados acima exposto, que as uniões homoafetivas, hoje são tidas como sociedade de afeto e não sociedade de fato, são pessoas do mesmo sexo que se unem e convivem juntas formando verdadeiras entidades familiares. Sempre que o magistrado se deparar com casos concretos que não contiver dispositivos legais enunciado que regule algum fato, jamais poderá alegar a ausência de leis, pois isso não significa

---

<sup>4</sup> Dados baseado em ERHARDT, Alessandra. Advogada especialista em direito de família e direito homoafetivo, analisado no livro de: DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

inexistência de direitos. As relações homoafetivas geram consequências jurídicas e, portanto, merecem a tutela jurídica do Estado.

### **2.5.2 Conflito existente entre as disposições da CF e a união homoafetiva**

Para a Constituição Federal todos são iguais perante a lei sem qualquer distinção de raça, sexo, origem, religião, idade, cor e qualquer outra espécie de discriminação, portanto há de se convir a partir desse princípio de igualdade que a união entre pessoas do mesmo sexo além de possível pode ser considerada legal, já que essas pessoas são cidadãos que pagam seus impostos, cumprem com seus deveres e portanto, devem ter os seus direitos garantidos pelo Estado, porém infelizmente isto ainda não ocorre de forma tranquila no Brasil e em boa parte do mundo.

Por este motivo a relação afetiva entre duas pessoas é um tema de interesse particular, e não público, logo, o Estado deve proteger e não proibir ou fechar os olhos para tal assunto. Tendo em vista que constitucionalmente o direito existe e está elencado nos próprios princípios constitucionais. Porém a discrepância gira em torno não da hermenêutica jurídica e sim nos enunciados que estão positivados nos artigos de lei que defendem a família como sociedade de afeto e não de fato. E é justamente em decorrência dessa interpretação que os indivíduos recorrem sempre ao poder judiciário, para fazer valer seu direito, direito esse que está esculpido dentro dos preceitos constitucionais. E que infelizmente, passa despercebida diante da sociedade, ou que muitas vezes, colidem com outros preceitos constitucionais.

Para o art. 226 Constituição Federal do Brasil (CFB) afirma que a família, base da sociedade e por isso tem especial proteção do Estado, como demonstra o § 3 para efeito de 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.

A CFB ao restringir o reconhecimento da união estável apenas para o relacionamento entre o homem e a mulher, colide e confronta diretamente com o ‘caput’ do artigo 5º da Constituição Federal, o qual garante a igualdade sem nenhuma distinção de qualquer natureza, assegurando, ainda, a inviolabilidade do direito à igualdade e à liberdade, dentre outros direitos da pessoa humana.

Todos são iguais perante a lei sem qualquer distinção, pois a de se entender que a união entre pessoas do mesmo sexo é claramente possível. Ainda, a relação afetiva entre duas

peças é um tema de interesse particular, e não público, logo, o Estado deve proteger e não proibir ou fechar os olhos para tal assunto.

O processo de reconhecimento da União Estável. Tal comparação não é por acaso, pois a União Estável é um tema que se assemelha muito com união homoafetiva não apenas por tratarem do assunto de uniões afetivas, e sim porque o reconhecimento da união estável passou por preconceitos e barreiras similares aos que a união homoafetiva enfrenta atualmente. Outrora somente o casamento civil era reconhecido, a união estável não era reconhecida era reconhecido como entidade familiar. Havia ao instituto do concubinato, o qual era caracterizado por uma união com os mesmo traços do casamento só não atendendo a formalidade do casamento.

Assim sendo o concubinato poderia ser puro, onde as pessoas não tinham nenhum impedimento para se casar, ou impuro, o qual se dava quando as pessoas tinham impedimentos legais para a realização do matrimônio, ou seja, quando alguma das partes já fosse casada, ou estivesse presente qualquer outra peculiaridade que impedisse o casamento civil.

A união estável, como entidade familiar protegida pelo Estado, apenas foi reconhecida na Constituição de 1988, através de seu art. 226. Tal dispositivo constitucional revolucionou o direito de família, uma vez que cria um novo conceito de família, a qual passa a basear-se em três princípios: Afeto, Solidariedade e Cooperação.

Com o advento da Lei 8.971 de 1994, a qual exigiu o lapso temporal de no mínimo 5 (cinco) anos de relacionamento afetivo para o reconhecimento da união estável, ou a constituição de prole entre os companheiros. Como demonstrado abaixo:

Art. 1º 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.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Esta norma é criticada pela doutrina por se referir ao lapso temporal, alega-se ser inconstitucional a determinação de prazo mínimo de relacionamento, uma vez que o art. 226 não exige tal lapso para a configuração de União Estável e, se a Constituição não restringiu o direito, não caberia à lei ordinária restringir, ou seja, o que a constituição não proíbe é permitido. Ainda, no parágrafo terceiro do referido dispositivo constitucional, a Constituição ressalta que a lei deve facilitar a conversão de tal união em casamento.

Existem preocupações, concernentes à aplicação do Direito referente aos limites do Poder Judiciário na interpretação das leis. Ora, a ossada, de cada um dos três poderes fica sem segurança jurídica, pois começa conflito entre a aplicabilidade da lei e a competência de quem o aplica. Visto que cabe ao legislativo criar as leis e ao judiciário aplicá-las. Não estaria o judiciário adentrando na competência do legislativo. Pois a separação dos Poderes, caracterizadora da democracia, é desenhada pelo reconhecimento de direitos fundamentais que não podem ser desrespeitados e pela divisão funcional dos poderes governamentais entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.<sup>5</sup>

Ademais com base no princípio constitucional da separação dos Poderes, atribui-se o papel de aplicador, e não de criador, da lei ao passo que o judiciário está simplesmente aplicada a lei ao caso concreto baseada nos princípios constitucionais, e não criando nova lei ou adentrando na competência do poder legislativo, e não criticando-se eventual ingerência nas esferas do Executivo, pela intromissão nas decisões relativas às políticas públicas típicas da governança; ou do Legislativo, único Poder autorizado a prescrever comportamentos no plano geral e abstrato.

Na doutrina identifica várias hipóteses de ultrapassagem dos limites próprios do Poder Judiciário, denominando-as de “ativismo judicial”, caracterizado por decisões de cunho ideológico, em que preponderariam a ideologia e as convicções pessoais do órgão julgador, em detrimento das prescrições majoritárias positivadas na lei. O professor Elival da Silva Ramos aduz que o ativismo judicial resulta do “exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento”, caracterizando-se pela “incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes

---

Aspectos de direito constitucional contemporâneo, cap. 3º, Estado e democracia em face dos conflitos sociais. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30.



### 3 ASPECTOS HISTÓRICOS DA HOMOSSEXUALIDADE

Para a compreensão dos acontecimentos da era primitiva até a idade contemporânea faz-se necessário para que o homem da atualidade possa entender como era visto o comportamento do homem nas diversas fases da história da humanidade.

Na antiguidade, o homem era quase um nômade, era um guerreiro. Para garantir a sua sobrevivência e bem estar da família e da sua sociedade, precisava conquistar novos espaços e territórios. Suas batalhas eram empreendidas em busca de novas conquistas territoriais. Além disso, naquela época era comum ao homem que perdia a batalha perder também sua mulher, sua família e, por conseguinte sua honra.

As mulheres dos vencidos eram tomadas pelos vencedores como troféus pelo ótimo desempenho dos soldados e que às vezes eram possuídas no próprio campo de batalha. As mulheres nas situações de guerra e conflitos entre os povos, eram deixadas para trás, largadas e esquecidas, passavam por inúmeras humilhações, a maioria destas mulheres engravidavam, tinham seus filhos completamente sozinhas e abandonadas, sem sequer saber quem era o pai da criança que ela gerou, ou se ainda ele estava vivo ou morto. Pois o sexo nessa época era trocado como se fosse uma mercadoria, na verdade as mulheres eram mercadorias, e estavam obrigadas a fazer sexo com qualquer pessoa, mesmo sem o seu consentimento.

Naquela época os homens também praticavam sexo com outros homens, explorando o simples prazer do sexo. Necessário para eles era simplesmente o prazer do gozo independentemente se fosse com pessoas de sexo opostos ou do mesmo sexo. Os alvos dos homens adultos eram os adolescentes, geralmente escravo que na ausência das esposas dos seus senhores, acabavam tendo que cumprir as funções delas.

Nessa época, o envolvimento de pessoas do mesmo sexo não tinha a conotação que tem na atualidade, pois não era visto com olhos que se vê hoje, era algo natural. As relações homossexuais não eram consideradas pecaminosas, muito pelo contrário eram consideradas prazerosas, na maioria dos casos e para a maioria dos homens.

O sexo entre pessoas do mesmo sexo em particular entre dois homens, era praticado somente para o ensinamento da prática sexual aos mais jovens, e pelo simples fato de sentir prazer, não era um ato para reprodução, para garantir filhos para o Estado (no período Greco-Romano) o foco era puramente o prazer, e tudo que era considerado prazeroso era normal.

A nomenclatura da homossexualidade, passou a existir somente a partir do século XIX, tendo em vista a necessidade de defender um comportamento sexual, que dava continuidade a espécie humana, e condenar e perseguir a prática do sexo prazeroso entre indivíduos do mesmo sexo.

### 3.1 A HOMOSSEXUALIDADE NAS SOCIEDADES PRIMITIVAS

Nas sociedades primitivas, o homem ainda não havia estabelecido um vínculo causal entre a cópula e a reprodução, ou seja, a razão pela qual as fêmeas engravidavam e davam a luz eram vagas para eles. O sexo estava desvinculado da reprodução, não havia qualquer sanção moral a qualquer modalidade sexual, até porque a moral ainda não havia sido inventada. Esses seres primitivos podiam ser comparados a animais.

O homem primitivo, alimentava-se de vegetais, frutas e vivia em bandos através das pastagens e savanas primitivas atrás de alimento, dando plena vazão aos seus instintos e, assim sendo havia grandes escolhas em relação ao objeto do seu desejo.

Tanto os machos quanto as fêmeas eram bissexuais, pois não haviam diferenças marcantes em relação aos sexos e a busca constante de alimentos e a necessidade de fugir dos animais carnívoros, limitava bastante as oportunidades de acasalamento. Nessa período não existia a obrigação de só se relacionar com o sexo oposto, tendo em vista que todo mundo era igual em relação ao sexo. O relacionamento sexual entre os homens primatas do mesmo gênero era considerado uma forma de pacificação para a rivalidade entre os machos jovens e os mais velhos.

### 3.2 NA ANTIGUIDADE ORIENTAL

Não se pode mencionar, que no Oriente antigo, não houve condenações nas práticas homossexuais principalmente no que diz respeito ao sexo oral.

Saikakou Ebara, famoso escritor japonês, no século XVII que escreveu “Esplêndidas Histórias da Homossexualidade”, descreveu, por exemplo, os hábitos sexuais dos samurais inclusive as suas espécies. Voltada à rotina do Extremo Oriente, nesse contexto mostrando a homossexualidade entre os samurais, que era dita como abençoada, e em decorrência disso a prática do amor heterossexual, era vista como uma forma de inferioridade para os homens.

Aos jovens rapazes amantes dos samurais existia a obrigação de se relacionar apenas com os samurais, estes jovens não podiam se relacionar com outras pessoas, quando se tornavam-se homens, esses jovens cortavam o cabelo e trocavam de roupas e mudavam até mesmo a sua própria identidade para poderem seguir com sua vida normal e esquecer e apagar o passado.

### 3.3 NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA

Na antiguidade clássica a conduta padrão era que os relacionamentos afetivos/sexuais se desenvolvessem entre um cidadão livre mais experiente e jovens livres ainda imberbes, chamados efebos, ou então escravos de qualquer idade. O cidadão livre mais experiente era chamado de *erastes* (aquele que ama) e o jovem efebo ou o escravo era chamado de *eromeno* (aquele que é amado).

Na sociedade Grega era muito comum e favorável o relacionamento entre duas pessoas do mesmo sexo, principalmente entre dois homens, aquele fazia o papel de homem no momento do sexo, não sofria nenhum descaso sobre a sua masculinidade. O homem adulto procurava os mais jovens, já que o sexo entre homens de mesma idade era algo escandaloso. O normal dessas relações entre pessoas de mesmo sexo era acontecer entre um adulto e um adolescente. Isso acontecia também dentro do próprio exercito, ao parceiro passivo não se permitia, o prazer sexual.

Com o surgimento dos sinais de puberdade, o menino que sentisse desejo entraria na condição de ativo. Pederastia era o nome que se dava a parte da educação que era recomendado aos jovens (17 a 24 anos) da aristocracia, somente para aqueles que se relacionavam com pessoas do mesmo sexo. Em Esparta, quando um jovem parceiro se encontrava em extrema dificuldade com as autoridades locais, o seu eraste era chamado pelas autoridades locais, para poder então se responsabilizar por ele.

O caráter institucional da homossexualidade na Grécia, ocupava uma posição de destaque na sociedade. O que chama a atenção, ao analisar a homossexualidade daquela época, é que grandes nomes da sociedade na área da política, da filosofia, dentro do exercito poetas entre outros cidadãos ilustres, como : Platão, Aristóteles, Sócrates, Alexandre “O Grande”, eram adeptos das relações homossexuais ou trataram, em algumas de suas obras, com bastante receptividade este tipo de envolvimento sexual.

A civilização grega conferiu á homossexualidade masculina três estatutos, variando da época e do local: em Creta (civilização *minóica*) a homossexualidade era um rito

de passagem, uma etapa necessária entre a infância e a idade adulta; em Atenas havia um estatuto social favorável a essa prática, ficando o amor e o prazer para os indivíduos do mesmo sexo e, finalmente, em Esparta, era claramente estimulada, para favorecer a criação de vínculos afetivos e companheirismo no seio do exército, ao qual o cidadão pertencia dos 7 aos 35 anos de idade.

A mulher grega passava a vida reclusa no gineceu (parte isolada da casa afastada da rua, destinada às mulheres e às crianças até os 7 anos) tecendo ou fiando; tinha pouco contato com os homens, pouco saía às ruas e o único contato com o marido era quando este a visitava para aumentar a prole. A homossexualidade feminina era então a norma (já que pouco as mulheres participavam do universo masculino) e não o desvio. Neste contexto, Safo causou comentários porque era uma mulher poeta numa época em que a imensa maioria das mulheres era analfabeta, e porque usufruía um relativo poder político, devido à sua alta estirpe, numa época em que a mulher não era considerada cidadã.

A Grécia foi a civilização onde ocorreu a maior expressão da homossexualidade na civilização antiga, não só por ter sido o berço da pederastia, mas também por ter sido o centro da homossexualidade feminina enfatizada pelas guerreiras Amazonas (tribo feminina), que teriam habitado às margens de um rio na Ásia Menor.

Na sociedade das Amazonas, só era permitido manter relações sexuais com homens uma vez por ano, com a finalidade de procriar. Com o nascimento dos filhos, os meninos eram separados da mãe, ou para serem sacrificados ou enviados as tribos de seus pais, não podendo permanecer junto com as mães ou mesmo com as outras mulheres em hipótese alguma. A prática homossexual entre essas guerreiras era um ato religioso, fundamentado como necessidade para desenvolver nas mulheres as qualidades masculinas de independência e força tão necessárias, para a sua sobrevivência.

A homossexualidade entre os Romanos, não era reprovada, porém estava subordinadas a regras. Os escravos eram separados dos cidadãos e para eles era inaceitável que um dos Romanos fosse passivo em uma relação sexual com um escravo que era mantido exclusivamente para esse fim.

O romano homossexual mais popularmente conhecido, como Nero, fez revolução, quando cultivou uma grande paixão por seu escravo Antínuo, o mesmo ficou conhecido como Adriano Depois de sua morte “O Imperador”, inconformado com a perda de seu amante, colocou-o na constelação dos deuses do império e ainda mandou construir a cidade de Antinuópolis para eternizar o escravo. Sem contar que passou a espalhar estatuas do seu amado em toda a cidade.

A china foi um dos primeiros países a aceitar o lesbianismo, já que as muitas esposas conviviam em seus aposentos dando origem ao que era conhecido como efeito “harém”, mas a homossexualidade masculina era condenada.

### 3.4 A HOMOSSEXUALIDADE NA IDADE MÉDIA E NA ERA CRISTÃ

Época em que os que pensavam diferentemente do que pregava a Igreja ardiam nas fogueiras da Inquisição, em que o sexo foi confinado à função de garantir a procriação e em que qualquer forma de prazer foi condenada como sendo pecaminosa, e com a derrota do Império Romano Império Romano que ocorreu aproximadamente no século V denominado como sendo a Era Cristã. O cristianismo então começou a ganhar força junto ao povo judeu dando origem aos cristãos. A moral cristianista nessa época era considerada desejos carnavais como foco principal fonte do pecado, isso só acontecia se esse desejo não tivesse o foco de objetivos de procriação.

A igreja católica passou a exercer importante papel político na sociedade medieval, que passou a funcionar como órgão de conciliação das elites dominantes dando ênfase aos contornos dos problemas existentes entre as rivalidades internas da nobreza feudal, e com isso acabou conquistando grandes riquezas materiais, pois a Na Idade Média - época da mais perversa penalização a prática homossexual - a Igreja Católica, por meio da Santa Inquisição, foi a maior perseguidora dos que mantinham relações sexuais com pessoa do mesmo sexo. O III Concílio de Latirão, de 1179, tornou a homossexualidade crime e o primeiro código ocidental prescreveu a pena de morte à sua prática. Nesse contexto, a sodomia era considerada o maior dos crimes, superando, inclusive, o incesto entre mãe e filho.

A Igreja se tornou dona da grande maioria de áreas para uso das cultivações, pois isso acabou se tornar umas das maiores riquezas conquistada, pelo homem.

Para transformar a pena de morte em prisão perpétua, assinou uma abjuração em que prometia, entre outras coisas, não mais vestir roupas masculinas, como forma de demonstrar sua subordinação à igreja. Dias depois, por vontade própria ou por imposição dos carcereiros ingleses, voltou a envergar roupas masculinas. Condenada à fogueira por heresia, foi supliciada publicamente na praça do Mercado Vermelho, em Rouen, em 30 de maio de 1431.

Embora tenha havido a Reforma Religiosa, e o surgimento das Igrejas Protestantes, este fato em nada arrefeceu a caça aos ‘sodomitas’, pelo contrário, recrudescu-

o. As igrejas reformadas terão posturas ainda mais radicais do que o catolicismo em relação aos ‘pervertidos’, envolvidos no ‘vício nefando’ e no ‘pecado contra a natureza’. Esta radicalização se deve, em parte, à relativa tolerância de alguns papas, durante o Renascimento Cultural e Maneirismo, que empregaram artistas como Leonardo da Vinci, Michelangelo Buonarroti, Caravaggio e até Sodoma (cujo codinome não deixa margem a dúvidas) aos seus serviços, identificando para sempre a corte dos papas, no imaginário dos reformadores como

Os filósofos, não precisavam, ir a busca da verdade, pois, aquilo que foi revelado por deus era considerada como verdade. E os religiosos, consideravam aquilo que era dito pelos filósofos como pensamento pecaminoso para o descaminho da heresia.

O cristianismo teve um papel muito importante, ficou com a responsabilidade de explicar ao povo e às autoridades romanas, os seus preceitos e a forma de desenvolvimento religioso. Com esse desenvolvimento religioso, os sabedores passaram a pregar e correr atrás da conquista espiritual. Em contrapartida nesse momento acelera a revelação da fé cristã e o surgimento de textos escritos por grandes padres sobre a fé.

A fé ilumina os caminhos da razão. Ademais afirmava que o homem tem uma inclinação natural para o mal, para os vícios e para o pecado, considerando o mal como um afastamento de Deus. Defendia a necessidade de uma intensa educação religiosa como forma de aproximação com Deus.

A igreja começou a pregar levando aos sacerdotes e povos a sua filosofia cristã, baseada nos comportamentos da igreja e causando grande polemica no que dizia respeito a homossexualidade, dando ensejo a uma grande perseguição. Como dito Santo Agostinho a fé nos faz crer em coisas que a razão jamais dará entendimento.

### 3.5 A HOMOSSEXUALIDADE NO RENASCIMENTO

Esse foi o período, via de regra, o mais solene, para atos praticados por homossexuais, pois foi momento que passou a dar valor e se focar em desviando a atenção para aqueles que, aceitação e que tinham como prática a homossexualidade. Leonardo da Vinci e Michelangelo tiveram participação para intolerância no tocante a homossexualidade. Com esse renascimento passou a permitir sem discriminação os namoros homossexuais.

Pessoas públicas como o rei Henrique III, era totalmente a favor da homossexualidade, pois, em momento algum houve críticas ou discriminação da sua parte. O próprio irmão de Luiz XVI, Felipe de Orléans era conhecido publicamente como homossexual.

Idade Contemporânea, o médico austro-húngaro Karoly Maria Benkert cria o termo homossexual que passa a ser usado amplamente, passando o homossexualismo a ser tratada como categoria científica, uma ‘anomalia’ a ser estudada pela ciência.

A palavra homossexual foi criada em 1869, pelo húngaro Karoly-Maria Benkert que fez a junção de duas raízes linguísticas, homo (do grego) e sexual (do latim). Com o objetivo eliminar com todas as forças a discriminação que a legislação vigente trazia na aquela época, pois aqueles que realizavam práticas homossexuais, eram punidos com a privação da sua própria liberdade.

No Brasil na época do descobrimento, os portugueses encontraram, entre os habitantes nativos (os índios) práticas que eram consideradas abomináveis pela Igreja e portanto, passíveis de punições, veja quadro abaixo como desenvolveu-se esta trajetória e as punições aplicadas<sup>6</sup>: (Ver Quadro na p. 38)

É necessário lembrar que no período em que o Brasil era colônia de Portugal, vigoraram leis portuguesas no país (as denominadas Ordenações do Reino), sendo que a declaração da independência levou à publicação do Código Criminal do Império, em 1830. Depois sobreveio a Proclamação da República, surgindo uma nova lei criminal, que foi denominada Código Penal. Porém, emergiram várias leis criminais esparsas que deram ensejo a uma consolidação, em 1932. Esta cedeu lugar ao Código Penal de 1940, o qual previa pena de 3 a 8 anos para o estupro e de 2 a 8 anos para o atentado violento ao pudor, porém como deixou claro quadro com os dados sobre a punição ao crime de sodomia o mesmo foi retirado quando a inquisição foi extinta no Brasil.(ver Quadro na p. 38)

---

<sup>6</sup> MOTT, Luis, **A história da homossexualidade no Brasil**: uma cronologia dos principais destaques. 20 maio 2005. Disponível em: [http://www.athosgls.com.br/comportamento\\_visualiza.php?contcod=15199](http://www.athosgls.com.br/comportamento_visualiza.php?contcod=15199). Acesso em: 30 maio 2012.

QUADRO – A história da homossexualidade no Brasil

ANO	BRASIL – PUNIÇÕES APLICADAS
1500	Ao desembarcar no Brasil, os portugueses encontram muitos índios e índias praticantes do ‘abominável pecado de sodomia’;
1521	As Ordenações Manuelinas, o mais antigo Código Penal aplicado no Brasil, <b>prevê a pena de morte na fogueira, confisco de bens e a infâmia sobre os filhos e descendentes do condenado por sodomia</b> (atividades homossexuais);
1532	Nas Cartas Régias de doação das capitanias hereditárias ele o Rei determina a <b>pena de morte</b> aos sodomitas, que pode ser aplicada sem consulta prévia à Metrópole;
1547	O jovem criado em Lisboa, Estêvão Redondo, tido como o primeiro homossexual degredado para o Brasil, chega em Pernambuco;
1557	Em Viagem à Terra do Brasil, Jean de Lery refere-se à presença entre os Tupinambás tem os índios ‘tibira’, praticantes do pecado nefando de sodomia;
1575	André Thevet em <i>Singularités de la France Antarctique</i> , refere-se à presença de ‘berdaches’ (índios travestidos) entre os Tupinambá;
1576	Pero M. Gandavo no Tratado da Terra do Brasil afirma: ‘há índias entre os Tupinambá que se comunicam como marido e mulher’;
1580	Isabel Antônia, natural do Porto, considerada a primeira lésbica a ser degredada para o Brasil, é processada pelo Bispo de Salvador;
1586	Gaspar Roiz, feitor e soldado da Bahia, suborna um padre para queimar o sumário de culpas que o acusava de sodomia - é a segunda reação conhecida de um sodomita contra a repressão inquisitorial;
1587	Gabriel Soares de Souza, em seu Tratado Descritivo do Brasil, afirma: ‘Os Tupinambá são muito afeiçoados ao pecado nefando’;
1591	Padre Frutuoso Álvares, na Bahia, torna-se o primeiro homossexual a ser inquirido pela Inquisição no Brasil;
1591	Tem-se conhecimento de <b>Francisco Manicongo</b> , escravo africano de Salvador, que passa a ser considerado o primeiro travesti do Brasil;
1592	Na Bahia, Felipa de Souza passa a ser considerada a primeira lésbica a ser açoitada publicamente pela Inquisição no Brasil;
1613	Em São Luís, Maranhão, o índio Tibira, um tupinambá, é executado como bucha de canhão pelos capuchinhos franceses, sendo considerado o primeiro homossexual condenado à morte no Brasil
1621	No <i>Vocabulário da Língua Brasileira</i> , dos Jesuítas, aparece pela primeira vez referência a "Çacoaimbeguira", entre os Tupinambá, que quer dizer mulher macho que se casa com outras mulheres;
1678	Um moleque escravo de um Capitão de Sergipe é açoitado até à morte, quando se descobre que era sodomita;
1810	A adoção do Código Napoleônico retirou os delitos ‘homossexuais’ do Código Penal da França. (ressalte-se que na época a palavra e o conceito de homossexual ainda não existiam como hoje o entendemos);
1821	<b>A inquisição é extinta no Brasil</b> e põe-se fim à pena de morte contra os sodomitas;

Fonte: MOTT, 2005



### 3.6 A HOMOSSEXUALIDADE NA IDADE MODERNA

Época de grandes evoluções, e mudanças na história social e religiosa, deu-se o surgimento da transição do feudalismo, passando então para fase do capitalismo. Tudo isso ocorreu em meados do século XV, ao final do século XVII, quando foi criado um novo mundo, em decorrência do desenvolvimento com centralização nas forças monárquicas.

Em meados do século XVIII: houve ocorreu uma grande mudança no que diz respeito às proibições, valorização exclusiva da sexualidade adulta e matrimonial, imperativos de decência, esquivia obrigatória do corpo, contenção e pudores imperativos da linguagem. A outra ocorreu no século XX, momento em que os mecanismos da repressão teriam começado a se afrouxar; passar-se-ia das interdições sexuais imperiosas a uma relativa tolerância a propósito das relações pré-nupciais ou extra-matrimoniais; a desqualificação dos perversos teria sido atenuada e sua condenação pela lei, eliminada em parte; ter-se-iam eliminado, em grande parte, os tabus que pesavam sobre a sexualidade das crianças.

Ademais, inicia-se o movimento que rompe a função passiva do homem, passando a creditar nos preceitos divinos os quais, reconhecem o trabalho como graça divina. E isso faz com que o homem pense livremente isso ocorreu porque uma grande curiosidade do homem em prol dos dogmas cristão. Fez com que o estado perdesse totalmente o seu poder domínio em relação aos homes. Passando esses a se responsabilizarem pelos seus atos.

Depois que o homem teve como dogmas a fé cristã e deus, acima de tudo. Tinham uma visão somente naquilo que ouviam e nas crenças das igrejas. Depois com o advento da imprensa o qual facilitou as impressões de textos e enunciados, fez com que o homem abrisse os olhos, isso repercutiu em várias modificações na maneira de pensar do mesmo, quais seja, uma tendência social antropocêntrica. Tornando assim, o homem como sendo primordial de todas as crenças. Acreditando ser o homem e suas obras o centro do universo. Dando ensejo ao desenvolvimento do racionalismo e uma crença laica e não cristã.

### 3.7 HOMOSSEXUALIDADE: PECADO, DELITO OU DOENÇA<sup>7</sup>

Como afirma D'atri (2010), e como foi demonstrado aqui em tópicos anteriores, as atitudes sociais e inclusive as normas e leis em relação à homossexualidade não tem sido iguais em todas as épocas. Na antiguidade por exemplo, os gregos não somente aceitavam mas tinha com apreço as relações homossexuais, geralmente entre um homem mais velho e um outro mais jovem (chamado pupilo), que costumava ser seu discípulo.

Na Igreja, entre o século XI e XII quando o matrimônio passou a ser proibido aos sacerdotes que, até então, podiam se casar, houve um florescimento da poesia erótica homossexual que dava conta da existência destas relações entre os membros do clero. Rapidamente, a Igreja proíbe as relações homossexuais aos sacerdotes e mais tarde, aproximadamente no ano 1300, esta proibição se impôs, em quase toda Europa, inclusive tendo a punição desse delito, realizado com a pena de morte para as pessoas que mantivessem relações homossexuais.

A perseguição dos homossexuais foi diminuindo com o decorrer do tempo, ainda que, no século XIX, voltou a aumentar em função de um novo modelo de família, baseada no matrimônio heterossexual, na monogamia – essencialmente para as mulheres –, e na sexualidade voltada exclusivamente para a reprodução, isto ocorreu, não apenas por questões religiosas, mas também econômicas, visto que o novo modelo de organização econômica e social, baseado no capitalismo, valorizava não apenas a mão de obra, mas a reprodução dessa mão de obra, que era garantida justamente pela relação hetero, isto é, pela união entre um homem e uma mulher, que garantia por conseguinte a procriação, e assim a reprodução da mão de obra tão necessária para o desenvolvimento do sistema, principalmente nas classes mais baixas da população.

Este se tornou o modelo familiar para o proletariado, em pleno auge do desenvolvimento capitalista. E, evidentemente, incluiu a opressão sexual e a perseguição e discriminação das pessoas homossexuais. Se tratava de forjar uma forma de família que não somente provesse ao capitalista a força de trabalho, mas que o fizesse gratuitamente, isto é, que fosse os próprios explorados aqueles encarregados de garantir seu próprio sustento e o sustento das futuras gerações de explorados.

---

<sup>7</sup> Conteúdo deste tópico foi baseado em : D'ATRI, Andrea. **Homossexualidade:** pecado, delito, doença, caricatura... distintas formas de opressão. 16 jun. de 2010. Disponível em: <http://nucleopaoerosas.blogspot.com.br/2010/06/homossexualidade-pecado-delito-doenca.html>. Acesso em: 17 maio 2012.

Como destaca o marxista Jean Nicolas (*apud* D'ATRI, 2010):

A norma sexual, como qualquer forma de ideologia, não é algo que exista por si mesmo, se materializa em toda uma série de instituições sociais que, desta forma, desempenham outras funções. O processo de inculcar a norma sexual se opera principalmente no seio das três principais instituições encarregadas da educação dos indivíduos: a família, a escola, a igreja. [...] Além disso, as instituições encarregadas da reprodução da norma sexual encontram destaque nas instituições repressivas como a psiquiatria ou o cárcere, que cuidam dos desviados. Este último assinala um aspecto da opressão que se desenvolve na modernidade: transformar em 'enfermo' ou 'desviado' aqueles que não se ajustam às normas sociais estabelecidas. A homossexualidade, que era uma forma de relação habitualmente aceita na Antiguidade, logo se transforma – nas culturas ocidentais – em pecado, mais tarde em delito e, mais recentemente, em patologia.

Infração ou doença, o fim é o mesmo: submeter o indivíduo a um processo de 'normalização' para se integrar nas relações de produção capitalistas e perpetuá-las. Negando a homossexualidade ou a reprimindo, se estabelece, reproduz e legitima a opressão de milhões de seres humanos que amam, gostam e desejam a outros de seu mesmo sexo.

Frente a isso como fica a legislação brasileira com relação aos direitos dos homossexuais? O projeto de lei substitutivo 122, de 2006, adiciona a discriminação aos homossexuais a lista de crimes da lei 7.716, ao contrário do que vociferam alguns líderes religiosos e o cidadão comum que são contra a homossexualidade no Brasil a fora, a PL 122 não torna os gays uma 'categoria intocável'. A discriminação por orientação sexual (homo/bi/trans e hetero) passa a incorporar o texto de uma lei já existente, que pune o preconceito por raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero e sexo. Aprovada a modificação, a lei ganha o texto 'orientação sexual e identidade de gênero' como complemento.

A lei, que já cita uma extensa lista de crimes contra esta fatia da sociedade, adiciona ainda impedir ou proibir o acesso a qualquer estabelecimento, negar ou impedir o acesso ao sistema educacional, recusar ou impedir a compra ou aluguel de imóveis ou impedir participação em processos seletivos ou promoções profissionais para as pessoas negras, brancas, evangélicas, budistas, mulheres, nordestinos, gaúchos, índios, homens heterossexuais, mulheres homossexuais, travestis, transexuais... pra TODO MUNDO! Ou seja, a lei não cria artifícios para beneficiar apenas os gays, mas para dar mais garantias de defesa de seus direitos para toda a sociedade, da qual a comunidade gay está inserida.

Na esfera dos direitos ao cidadão comum, têm-se ainda o direito a legalidade da união estável, atualmente, por exemplo, é possível aos casais gays que desejam o reconhecimento de sua união, ajuizar uma ação e convencer um juiz, porém ainda é um

processo moroso, que em muitos casos vai para outras instâncias até chegar a um veredito definitivo, No caso da união de pessoas do mesmo sexo de origem pobre, como afirma Thiago Bottino<sup>8</sup>, há uma maior dificuldade de acessar à Justiça. Eles ficam temerosos e acabam não tendo a sua situação legalizada.

Assim sendo, pode-se inferir frente ao exposto que dependendo da sociedade das leis e regras e até mesmo do comportamento dos indivíduos dentro desta sociedade a homossexualidade, pode ser reconhecida como um pecado, um delito e até mesmo doença, o que não pode ocorrer mais em pleno século XXI é que posicionamentos arraigados em preconceitos e subjetividades sejam aceitos e divulgados como verdades absolutas.

---

<sup>8</sup> RITTO, Cecília. **A nova união civil**: uma questão de justiça social. 05 maio de 2011. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/uniao-civil-de-pessoas-do-mesmo-sexo-uma-questao-de-justica-social>. Acesso em: 16 maio 2012.

#### 4 HOMOAFETIVOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988

A homossexualidade sempre na história da humanidade, inclusive em algumas épocas como demonstrado aqui ela foi bastante exaltada, como na Grécia, em outros países esse assunto era tratado de forma discriminatória inclusive com repressão com penas severas a quem cometesse algum ato que caracterizasse ser uma prática homossexual.

Nos dias atuais este tema levanta muita polemica e requer muita atenção dos magistrados ao se deparar com situações que envolvem a busca e a garantia dos direitos desses indivíduos, que teoricamente são considerados iguais a todo mundo perante a lei, mas na pratica são vítimas de discriminações diversas.

Na área jurídica é muito comum deparar-se com a discriminação em relação aos direitos dos homossexuais, embora existam vários julgados a favor dos direito de igualdade desse público dentro da sociedade brasileira, e vários operadores do direito que defendem ao pé da letra o que textualmente encontra-se na CF brasileira, como Desembargadora Maria Berenice Dias (2006) que não cansa de afirmar que “a homossexualidade não é doença e nem é uma opção livre, portanto não pode ser considerada um mal contagioso. Assim porque tanto preconceito ou discriminação?”

Dentro da bandeira de luta e já garantido pelo Supremo encontra-se a união estável homoafetiva, assunto ainda bastante polêmico por não haver uma legislação plausível que regule tal situação, embora o Supremo Tribunal Federal (STF), já a tenha encarado com flexibilidade e dando aval aos tribunais de defendê-la.

No Brasil há cerca de um ano, em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu por unanimidade a união estável entre casais do mesmo sexo. A decisão foi considerada uma das maiores vitórias da luta pelos direitos dos homossexuais no país e passou a ser reconhecida como regra para qualquer tribunal em território brasileiro. Outrora os magistrados quando se deparavam com casos concretos, eram bastante cautelosos para aplicar sanção cabível, hodiernamente não além dos princípios constitucionais lhe darem esse respaldo, agora tem-se o julgado do Supremo Tribunal Federal para poder então, aplicar ao caso concreto a decisão mais justa e sem discriminação.

A problemática existe ainda para correntes contrárias no sentido do enunciado do artigo 226 parágrafo 3 da Constituição Federal, que trás o seguinte enunciado;

*Constituição Federal* no art. 226 §3º, confere a família especial proteção do Estado, e no § 4º, dá à união estável entre o homem e a mulher o caráter familiar e protetivo, fazendo exclusão de qualquer outra espécie de família que venha surgir, isso incorre nas

relação homoafetivas. Pois, esse enunciado da ensejo aos julgadores e aplicadores do direito a total interpretação do artigo e parágrafos acima citados. Tendo em vista que família para corrente contrária a legalização das relações homoafetivas, somente é caracterizada pelo enunciado no artigo 226 parágrafo 3 e 4. liberdades fundamentais.

Sabe-se que enunciado do parágrafo 4 do artigo 2269(CFB), veda qualquer outra espécie de formação de família, tendo em vista que se o julgador se prender nesse enunciado, e não favorecer a família formada pelo afeto societates, estará se deparando com possíveis desagradados constitucionais tendo em vista que infringirá os preceitos constitucionais denominados princípios constitucionais. Dando ensejo e descasos aos valores Constitucionais, que obdecem as garantias e os direitos fundamentais do homem, e caso do caput do art. 3º, inciso IV da *Constituição Federal*, que elenca como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil bem estar de todos, sem preconceitos de raça, cor, sexo e idade entre outras discriminações.

Igualmente, temos o artigo 5º da *Constituição Federal*, que respalda a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, a segurança e a propriedade, tendo como alicerce o princípio da isonomia. Senão vejamos a posição Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto

Supremo Tribunal Federal, declarou que é totalmente impossível interpretar o enunciado normativo, diverso do que preceitua o art. 3º inciso IV da CF do Brasil, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Ainda o Superior Tribunal de Justiça considerou discriminatório excluir, da proteção do Estado, aqueles que vivem relações homossexuais, todavia a lei deverá tratar todos com paridade, sem o aplicar e a lei, deixar de observar os casos em que fizar necessário tratamento desiguais para os desiguais..

O inciso I, também do art. 5º da CF do Brasil, homoafetivas, reconhecendo o direito ao recebimento de pensão entre companheiros de mesmo sexo

Em se tratando de igualdade ainda temos o inciso I, do artigo. 5º da CF do Brasil, diz homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, no inciso VIII, que ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa, de convicção filosófica ou política. inciso XLI do mesmo artigo aduz, que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e

## 4.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA LEGITIMIDADE DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

### 4.1.1 O princípio da liberdade sexual

O homem possui o direito de personalidade, direito a liberdade de expressão, principalmente direito ao respeito á identidade pessoal, e integridade física, psíquica, são direitos irrefutáveis, indisponíveis, e estão inseridos nesses direitos a orientação sexual como direito fundamental, tratando-se de um prolongamento da personalidade de cada individuo inserido na sociedade.

Através destes princípios a Constituição Federal do Brasil - CFB concretiza a existência de um estado democrático de direito tendendo com isso a realização dos Direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos. A questão cerne do sistema jurídico brasileiro é o respeito a dignidade humana, que esta expresso na própria constituição no inc. III do artigo primeiro portanto, nossa Carta Magna é protetora, garantidora, possuindo dispositivos de proteção á personalidade, considerados agora como direitos fundamentais ou liberdades publicas: de consciência e de crença, de expressão, de exercício de trabalho, de locomoção.

A CFB tem como seus principais pilares a liberdade e igualdade, princípios estes parafraseando a desembargadora Maria Berenice que não podem se projetar no vazio, não se concebendo como normas programáticas, sendo necessária reconhecer sua eficácia jurídica no Direito de Família, que recebe seu influxo. Portanto pautando nesse posicionamento a proibição da discriminação sexual é condição sine qua non, para a garantia do direito de liberdade dos indivíduos.

A opção sexual é inerente da pessoa, da personalidade da pessoa humana, assim como são intrínsecas no ser humano a raça, a nacionalidade, condicionada ao acontecimento natural do nascimento e á nada mais. Por isso, estão inseridas na clausula geral de proteção igualitária inserida no artigo 5 da CF/88, por exemplo, mas principalmente no principio fundamental de tratamento digno ao ser humano. Não há motivo algum para tratamento desigual.

O fato de alguém ter interesse sexual, afetivo amoroso, em outra pessoa do mesmo sexo, ou seja, seguir sua orientação sexual para manter vínculo afetivo é um direito que está ligado a liberdade que os indivíduos possuem, quando vivem em um estado laico e democrático, pois a sexualidade como algo intrínseco a pessoas humana é um direito humano

fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza.

Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode se realizar como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade de livre orientação sexual. O direito a tratamento igualitário independente da tendência sexual. A sexualidade integra a própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual, o indivíduo não se realiza.

Portanto, a orientação sexual adotada na esfera de privacidade não admite restrições. Qualquer interferência configura afronta à liberdade fundamental, a que faz jus todo ser humano, no que diz com sua condição de vida. Como todos os segmentos alvos do preconceito e da discriminação social, as relações homossexuais sujeitam-se à deficiência de normação jurídica, sendo deixados à margem da sociedade e à míngua do Direito.

Situação esta que precisa ser modificada, pois a democracia requer construção jurídica, pois como afirmava Norberto Bobbio, 'O Direito é uma construção, um artefato fruto da política que produz o Direito Positivo. Requer a razão para pensar, projetar e ir transformando este artefato em função das necessidades da convivência coletiva'.

#### **4.1.2 O princípio da dignidade humana**

Por esse princípio, entende-se que ele é inerente à pessoa, todo ser humano é dotado desse preceito toda via entende-se que o homem nasce e morre dotado desse preceito, e tal constitui o princípio máximo do estado democrático de direito. Denomina-se tão forte esse princípio que toda legislação se baseia nesse e em outros princípios constitucionais, para poderem viver em harmonia tanto na sociedade quanto na vida social. Para fazermos esse entendimento fecha-se com chave de ouro, pois esse princípio está elencado no rol de direitos fundamentais da Constituição Brasileira de 1988.

Ganhou a sua formulação clássica por Immanuel Kant, na "*Fundamentação da Metafísica dos Costumes*" (título original em alemão: 'Grundlegung zur Metaphysik der Sitten', de 1785), que defendia que as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas, e não como um meio (objetos), e que assim formulou tal princípio: "No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade.



Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. O rol da dignidade humana é uma das questões mais frequentemente presentes nos debates bioéticos dignidade da pessoa humana abrange uma diversidade de valores existentes na sociedade. Trata-se de um conceito adequável a realidade e a modernização da sociedade, devendo estar em conluio com a evolução e as tendências modernas das necessidades do ser humano. Desta forma, preceitua Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 62) ao conceituar a dignidade da pessoa humana:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, é o principio mais amplo princípio, no tocante ao direito de família., de família. É embasado nesse princípio que alguns juristas e aplicadores do direito se baseiam, ao adentrar em cada caso concreto no tocante a situação homoafetiva. Tendo em vista que não existindo legislação que a regule, o judiciário se amparara nos princípios constitucionais, inclusive o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, é a perâmide no que diz respeito ao respeito as garantia plena de desenvolvimento de todos os seus membros, para que possam ser realizados seus anseios e interesses afetivo, assim como garantia de assistência educacional aos filhos, com o objetivo de manter a família duradoura e feliz, assim preceitua Maria Helena Diniz (2007, p. 18):

[...] é preciso acatar as causas da transformação do direito de família, visto que são irreversíveis, procurando atenuar seus excessos, apontando soluções viáveis para que a prole possa ter pleno desenvolvimento educacional e para que os consortes ou conviventes tenham uma relação firme, que integre respeito, tolerância, diálogo, troca enriquecedora de experiência de vida etc. É relevante referir que, o reconhecimento da dignidade se faz inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, é o fundamento da liberdade, da justiça, da paz e do desenvolvimento social.

Alexandre de Moraes<sup>9</sup> a conceitua da seguinte forma:

A dignidade da pessoa Humana é 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, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas 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. Em nosso ordenamento tal princípio encontra-se em nossa Carta Magna, art. 1º, III. Sobre tal princípio.

Sabe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui um norteamento para uma ação positiva, sempre que o assunto estiver relação com o direito de família. Todavia o Estado deve sempre ser o guardião desse princípio e respaldá-lo, sempre que se deparar com violação dos princípios constitucionais. Ademais o Estado deve promover essa dignidade através de condutas positivas e ativas, garantindo assim o mínimo essencial para cada ser humano. Como afirma a autora supracitada (*op. cit.*, p. 61):

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.

Toda via o direito de família. Está respaldado e garantido sobre esse instituto chamado princípio da dignidade da pessoa humana. Com estigmas de significações igualdade para todas as entidades familiares. Por isso que no caso das uniões de pessoas do mesmo sexo, a homossexualidade, por exemplo, ficam amparadas inúmeras vezes com embasamento nesses preceitos constitucionais, a dignidade da pessoa humana. Tendo em vista mesmo o assunto da sexualidade, sendo polêmicos os juristas conseguem amparo na lei para não desamparar determinada situação.

Assim, o direito das famílias está ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, aos direitos humanos, pois este princípio significa igualdade para todas as entidades familiares.

É inobstante indigno dar tratamento diferenciado a várias formas de filiação ou a vários tipos de constituição de família, como é o caso do momento do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, denominada homossexuais. Uma vez que todas

---

<sup>9</sup> MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 128.

possuem igualdades de direitos e isso veio a paira na Constituição Federal de 1988 e com a reforma do Código Civil de 2002 que no direito de família teve consideráveis alterações colocando fim em inúmeras discriminações presentes no antigo código.

#### 4.2 OS DIREITOS QUE OS HOMOSSEXUAIS ADQUIRIRAM COM A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Homossexualidade não é coisa do mundo moderno, mas sua existência no mundo moderno sempre foi criticada e nem sempre aceita pela sociedade. Para alguns a homossexualidade é uma doença, para outros é mera opção sexual, como se fosse pura vontade dos indivíduos escolherem fazer sexo com homens e ou com mulheres com o passar do tempo, estudioso inclusive filósofos médicos entre outros conseguiram denominar como orientação sexual e não como doença. O preconceito contra homossexuais, a homofobia, sempre foi razão para gerar agressões contra os mesmos.

Em maio de 2011 o Superior Tribunal Federal (STF) reconheceu a união civil entre os homossexuais, que garantiu direitos, como herança, pensão por morte e declaração compartilhada do imposto de renda, à decisão foi unânime dos onze ministros do STF, dez votaram a favor.

Com essa decisão do STF os homossexuais adquiriram direito, que devem ser respeitados, independentemente se parte da sociedade concorda ou não, pois foi um direito adquirido por lei.

Veja os julgados abaixo que descrevem as conquistas dos direitos dos homossexuais em legalizar as suas relações:

Após decisão judicial que converteu a união estável de Luiz André Rezende Moresi e José Sérgio Sousa em casamento civil, os dois decidiram realizar nesta terça-feira (28/06), às 10h30, em Jacareí (SP), a cerimônia na qual irão oficializar o casamento. O recebimento da certidão será feita no cartório de Registro Civil, que fica na praça dos Três Poderes. Será o primeiro casamento civil gay da história do Brasil.

Segundo Luiz André, ambos irão incorporar o sobrenome do cônjuge em seus nomes. 'Como um dos preceitos do casamento é a união de duas famílias para se constituir uma nova, amanhã estaremos oficialmente constituindo a família Sousa Moresi, onde eu irei incorporar o sobrenome do Sérgio, o Sousa, e ele irá incorporar o meu, o Moresi', disse.

A decisão que converteu a união estável em casamento foi do juiz Fernando Henrique Pinto, da 2ª Vara da Família e das Sucessões, levou em conta o artigo 226 da Constituição Federal e foi apresentada hoje. Luiz André e José Sérgio vivem juntos há oito anos e entraram com o pedido de conversão no dia 6 de junho, após o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecer a união estável homoafetiva.

Justiça Militar do Distrito Federal reconhece união estável entre homossexuais

Superior Tribunal de Justiça Militar reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo e decidiu que todos os servidores homossexuais da Justiça Militar têm o direito de incluir seus parceiros no plano de saúde. A ordem deverá ser efetivada pelo Conselho Deliberativo do Plano de Saúde da Justiça Militar da União (PLAS/JMU) nos próximos dias. A decisão do STM foi tomada nessa quinta-feira (8/10) no julgamento de Questão Administrativa remetida ao tribunal pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário Federal de Minas Gerais. Ao votar, a ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, relatora, disse que a assistência à saúde é um direito garantido pela Constituição Federal, responsável por resguardar os princípios da igualdade e do respeito às diferenças.

A relatora citou decisões recentes do STF, STJ e Conselho Nacional de Justiça, que também estenderam o benefício a seus servidores. De acordo com a ministra Maria Elizabeth, a união homoafetiva como grupo familiar, quando demonstra estabilidade e finalidade de constituir família, é reconhecida por leis e decisões judiciais em vários países.

O ministro Flávio Bierrenbach disse que a decisão foi uma sinalização importante da Justiça Militar, considerada muito conservadora para certas questões. “Se fosse há 25 anos, nem se tocava no assunto, era tabu. Nessa quinta, votamos com a maior naturalidade e foi aprovado. É uma sinalização importante que mostra ao conjunto do Judiciário que este tribunal (STM), embora seja o mais antigo do país, está aberto a novas ideias”, disse o ministro<sup>10</sup>.

Com os julgados supracitados, pode-se perceber que embora os direitos dos casais homoafetivos não estejam estabelecidos por leis específicas criadas pelo legislativo, a justiça se fez presente para abrir espaço para que os direitos dos cidadãos considerados comuns sejam estendidos aos homossexuais baseando-se nos princípios constitucionais e em analogias para que os direitos dessa classe sejam respeitados. As decisões acima basearam-se nos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade.

Partindo da premissa que todos são iguais perante a lei no tocante a direitos e deveres, os casais heterossexuais para o Supremo Tribunal Federal (STF), terão sua rotina inovada e alterada, pois com sua decisão o STF ao reconhecer as uniões homoafetivas como uma entidade familiar, aplicou para elas as mesmas regras da união estável dos casais heterossexuais, conforme previsão do Código Civil. Pois se todos são iguais perante a lei, sem qualquer discriminação, os casais homoafetivos devem ter os mesmos direitos constitucionais e civis dos casais heteros.

Os casais homossexuais terão os mesmos direitos do casal hetero que se casa no regime de comunhão parcial de bens, isto é, tudo que foi adquirido na constância da união estável, passará a ser dos dois, caso venham a se separar e havendo separação a divisão será de 50% (cinquenta por cento), para cada um. Essa decisão deu ensejo também no que diz respeito à adoção.

---

<sup>10</sup> Dados baseados no IBDFAM. **Justiça militar reconhece união estável entre homossexuais**. Disponível em: <http://vj.com/publicações/doutrinas/25443>. Acesso em: 20 maio 2011.

Ficou garantido também o direito sucessório, em caso de falecimento de um dos companheiros o outro herdará a parte que lhe couber ou é a totalidade dos bens deixados pelo falecido ou falecida. Será plausível ainda a inclusão do parceiro no plano de saúde, mesmo que seja via mandado de segurança. O parceiro também terá direito à licença gala no caso de firmarem um contrato de união homo afetiva ou licença nojo no caso de falecimento de um dos dois

No caso de falecimento de segurado do INSS o companheiro (a) fará jus à pensão por morte, o mesmo ocorrendo caso o falecido seja funcionário público, como encontra-se na Lei 8.112/90 “Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civil da União”, no art. 217, inciso I, alínea c, inclui como beneficiário de pensão:” o companheiro ou companheira designado, que comprove união estável como entidade familiar”, considerando que a proteção da lei, independe da orientação sexual do servidor tratando-se da união de um casal homoafetivo e não de um casamento.

As diferenças entre os dois tipos de união vão bem além do status. Num casamento, o cônjuge pode usar o sobrenome de seu parceiro; pode ser inscrito como dependente no INSS, no plano de saúde ou no Imposto de Renda público, que contribui para o regime previdenciário como qualquer outro, não cabendo exclusão de direito que justifique a não contemplação a companheiro de mesmo sexo. Para assegurar estes direitos, que se estima beneficiar mais de 60 mil casais homoafetivos no Brasil, é aconselhado ao casal firmar um contrato de união homoafetiva a ser registrado em cartório.

#### **4.2.1 A união homoafetiva**

É a união entre duas pessoas do mesmo sexo em convívio público e duradouro, sendo que possui as mesmas características da união estável, com a diferença que é entre pessoas do mesmo sexo. Na realidade, o que identifica a união homoafetiva é um afeto especial, é o sentimento entre duas pessoas de um mesmo sexo que se afeiçoam pela convivência convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna companheiras quanto aos meios e fins da afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja patrimônio moral, seja patrimônio econômico (FERNANDES) <sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões homossexuais**: efeitos jurídicos. São Paulo: Método, 2004.

#### 4.2.2 Características da união homo afetiva

A luz da lei é inexistente o casamento de pessoas do mesmo sexo, tendo em vista o enunciado do artigo 1514, do Código Civil Brasileiro, que aduz o casamento, deve ser entre homem e mulher. Porém com relação a união homoafetiva, ocorre da seguinte forma:

- Não precisa de formalidade, nem ato solene, não necessitando, portanto, de publicação em editais ou outros meios que o façam enxergar existência;
- Sua instituição é advinda de pessoas do mesmo sexo.

No que diz respeito aos alimentos, mesmo sem serem contemplados por leis, que regulem alimentos por casais homossexuais, e sim a previsão legal— que prevê a possibilidade apenas entre parentes, cônjuges ou companheiros — os alimentos são devidos na união homoafetiva, eis que decorre, logicamente, de princípios constitucionais, que acabam amparados pelo afeto e em especial o dever de solidariedade social e da afirmação da dignidade humana, pois, se a relação homoafetiva, como qualquer outro relacionamento heterossexual, baseia-se no afeto e na solidariedade, não há motivo para deixar de reconhecer o direito a alimentos.

Ademais já é sabido que na relação homoafetiva pessoas do mesmo sexo é impossível a procriação humana, visto que essa só é possível quando entre pessoas do mesmo sexo. Em contrapartida, o casal homossexual não podem ter filhos, mas cabe á eles com decisões recentes dos tribunais a adoção, a qual irá fazer uma espécie de caridade ao retirar uma criança das ruas, e possivelmente dar um lar para ela isso no caso de casais homens. Ademais no caso lésbicas casais mulheres, ainda se têm mais uma opção adoção que fora citada á cima e ainda a procriação através de inseminação artificial, uma vez que, a mulher possui mecanismos para tanto. (órgão uterino).

O artigo 226 da Constituição parágrafo 3º da Constituição Federal Brasileira de 1988 é omissivo no tocante à união homoafetiva como entidade familiar, mas também acaba por não excluí-la. Segundo entendimento dos magistrados brasileiros, é possível chegar a uma conclusão por meio de uma interpretação hermenêutica e sistemática do texto constitucional. Que tem como foco a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a não-discriminação em razão de opção sexual e o pluralismo familiar como princípios norteadores.

A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a

analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC)”. (Tribunal de Justiça - TJ, Estado do Rio Grande do Sul, AC 70009550070, Des.

DESA, Luiz Felipe Brasil Santos, DIAS, MARIA BERENICE, 2004  
APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO.  
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homo afetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homo afetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo. (TJ, Estado do Rio Grande do Sul, AC 70012836755, Dês. Luiz Felipe Brasil Santos (revisor), Des. Ricardo Raupp Ruschel, Des. Maria Berenice Dias, 2005)<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> DIAS, Maria Berenice. O afeto merece ser visto como uma realidade digna de tutela. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/pt/home.dept>. Acesso em: 20 maio de 2005.

## 5 METODOLOGIA

### 5.1 TIPO DE PESQUISA

Pode-se definir pesquisa como procedimento racional e sistemático que tem como objetivo proporcionar respostas aos problemas que são propostos. A pesquisa é requerida quando não se dispõem de informação suficiente para responder ao problema, ou então quando a informação disponível se encontra em tal estado de desordem que não possa ser adequadamente relacionada ao problema. (GIL, 2008, p. 17).

O tipo de pesquisa utilizada para o desenvolvimento deste trabalho foi segundo a abordagem do problema, a pesquisa qualitativa; quanto aos fins, fez-se uso da pesquisa exploratória – pois se pretendeu obter uma maior familiaridade com o problema, com vista a torná-lo mais explícito, tendo como objetivo o aprimoramento das ideias ou descoberta de intuições a respeito do tema aqui abordado.

### 5.2 CLASSIFICAÇÃO DA PESQUISA QUANTO AOS PROCEDIMENTOS TÉCNICOS

Quanto ao procedimento técnico, o presente trabalho fez uso da pesquisa bibliográfica, e foi desenvolvida a partir de material já elaborado sobre o tema, constituído principalmente de livros, revistas, artigos científicos, entre outros.

Segundo Diehl e Tatim (2006), a pesquisa é bibliográfica é aquela que é escrita a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos à luz de conceitos teóricos de diversos autores. Embora em quase todos os estudos seja exigido algum tipo de trabalho dessa natureza, há pesquisas desenvolvidas exclusivamente a partir de fontes bibliográficas. Entre suas vantagens está o fato de que os documentos constituem fonte rica e estável de dados (*op. cit.*, 2006), mesmo os documentos definidos como secundários, como os utilizados aqui.

A análise desenvolvida aqui sobre o tema objeto de estudo, caracterizou-se pelo estudo circunscrito no levantamento de dados, seleção e documentação de toda bibliografia já publicada sobre o assunto que está sendo pesquisado.



Quanto às técnicas de pesquisa:

- Foi utilizada a técnica da observação para a leitura e compreensão das informações obtidas e o seu exame em comparação com as determinações do texto legal brasileiro.

Os recursos metodológicos utilizados tiveram como finalidade primordial o cumprimento dos objetivos citados na introdução do presente trabalho, para que a pesquisa viesse a ter sucesso de acordo com as especificações a que se propõe para o aumento do conhecimento acerca da temática aqui analisada.

## 6 CONCLUSÃO

Analizou-se aqui a evolução do conceito de família, demonstrando que a mentalidade das sociedades com relação às formas de família existentes tem se modificado substancialmente nas últimas décadas no país, os direitos que eram concedidos a casais reconhecidamente e legalmente casados, passou a ser estendido a casais que vive um relacionamento amoroso sem comprometimento cartorial e que podem conseguir estes direitos através do reconhecimento de que vivem ou que viveram em caso de morte de um dos um dos companheiros, uma união estável.

Com relação ao direito de família este trabalho apresentou a evolução ocorrida nesta área do direito, não por parte do direito, mas sim vinda através dos seus operadores, pois, mesmo sem ter uma legislação específica para o caso dos casais homossexuais, o judiciário a partir do entendimento dos princípios básicos da constituição, liberdade, igualdade e da dignidade da pessoa humana, em muitos julgados conseguiram fazer com os juízes estendessem como requisitos válidos para o casamento e para a formação da união estável, não apenas a união entre pessoas de sexo opostos, mas estendeu para a diversidade de sexos, promovendo com essa decisão a inclusão expressamente das uniões homoafetivas.

Isto teve que ser realizado a partir do judiciário, pois o Direito brasileiro, por não reconhecer a união homoafetiva, obriga os seus operadores a lançar mão de outras formas para solucionar os problemas que surgem ligados a esse tipo de união, uma vez que o ordenamento jurídico, especificamente no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, autoriza o juiz a decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Alguns doutrinadores julgam ser somente possível o reconhecimento de uma união homoafetiva como entidade familiar através de uma Emenda à Constituição, porém, conforme demonstrado neste estudo, alguns juízes, fundamentando-se em princípios constitucionais, como o da igualdade, da liberdade sexual e da dignidade da pessoa humana, acaba por conferir direitos ao casal homoafetivo iguais aos que são conferidos ao casal heteroafetivo.

As relações livres, hoje consideradas uniões estáveis, até meados do Século XX, também não eram reconhecidas pelo Direito de Família, ficando sob a proteção do direito obrigacional.

Como demonstrado durante o desenvolvimento deste trabalho a união estável, que até o final do Século XX não era regulamentada pelo direito, passou a merecer uma proteção

constitucional. Antes da Magna Carta de 1988, as demais Constituições somente reconheciam o casamento família, porém o Direito tendo que se adaptar às novas mudanças na vida da sociedade, acabou por reconhecer a união estável com a publicação da Lei nº. 8.971/94 e Lei nº. 9.278/96, que regularam esse tipo de união.

Frente ao exposto aqui, percebe-se que o direito deve acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade, no caso do casamento e das diferentes modalidades de família existente na sociedade brasileira, não tem sentido e nem motivo para o direito se manter inerte diante de tal fato. É só ressaltarmos algumas situações de mudanças que foram acompanhadas pelo direito, como o caso do crime passionai ou crime de adultério, que foram abolidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Se o direito aboliu certas situações do seu ordenamento, o contrário também ocorre, isto é, muitas questões que antes ficavam à margem do direito foram incluídas, pois os fatos sociais são fontes criadoras do Direito, permitindo a elaboração de normas para a regulamentação de fatos novos e práticas usadas pela sociedade.

Assim sendo, não se pode negar o caráter de fato social da união homoafetivo, pois a mesma esteve presente em toda a história da humanidade, sendo tratada de diferentes formas ao longo dessa história, mas no ocidente, na sociedade dita civilizada e, mas precisamente a partir da idade média, ela passou a ser tratada à margem do direito e sempre vista com preconceito e repúdio por parte da sociedade, porém sem nunca deixar de existir.

A união homoafetiva chegou a ser considerada uma doença pela medicina, porém, até os dias de hoje, não se chegou a uma conclusão a esse respeito. Hoje em dia a união homoafetiva é vista como um modo de ser da pessoa, dessa forma, alteração genética ou não, estas pessoas não podem ser discriminadas pela sua condição, uma vez que a própria Constituição Federal proíbe expressamente qualquer tipo de discriminação.

No mundo como todo, têm aumentado à tendência de se reconhecer as uniões homoafetivas, reconhecidas ou não elas existem, mais os casais homoafetivos, querem a sua legalização, querem os seus direitos reconhecidos, afinal são cidadãos, que pagam os seus impostos, contribuem direta e indiretamente para a construção e desenvolvimento da sociedade da qual fazem parte, lutam então por justiça e não por favores e nem benevolência, portanto nada mais correto que o direito incluir essa questão no seu ordenamento, afinal o direito tem por obrigação de procurar alcançar sempre o ideal de justiça, portanto deve fazer valer através do seu conjunto de leis os direitos dos homossexuais.

No Brasil, a questão da parceria homoafetiva caminha para um reconhecimento por parte do Direito. Muitos tribunais, em especial os da região Sul, já adotam postura que

possibilita o reconhecimento dessas parcerias como entidades familiares, mostrando através de diversos julgados que a união homoafetiva não diverge muito da união estável heteroafetiva.

Os benefícios previdenciários, como a pensão por morte e o auxílio-reclusão já são concedidos, pacificamente, ao parceiro, com reconhecimento, inclusive, de existência de afeto e do desejo de assistência mútua presente na relação desses casais. A conclusão que pode ser tirada da análise dos fatos e dados apresentado aqui neste trabalho é que o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar merecedora do abrigo do Direito de Família, está mais voltada para uma questão social e política do que propriamente jurídica.

O Direito como foi demonstrado aqui ao longo deste trabalho, possui ferramentas para incluir as uniões homoafetivas, até então excluídas do ordenamento jurídico, basta para isso ressaltar que a própria Constituição Federal traz em seu texto o princípio da igualdade e da liberdade, e por que não dizer da liberdade sexual, no caso da igualdade ela se estende para ambos os lados, tanto a formal como também material, o que abre, portanto a possibilidade e a necessidade de entrada no ordenamento jurídico de uma lei que regule as parcerias homoafetivas, bastando, para isso, conforme entendimento de alguns doutrinadores, uma Emenda Constitucional.

A demora do legislativo em criar uma lei e em tomar esta medida, encontra-se presa ainda a questões políticas, religiosas e sociais, e até mesmo culturais, os casais homoafetivos ainda são vistos por uma parcela considerável da sociedade, como uma aberração, como algo contra a natureza divina, um atentado a família, um estímulo contrário a moral e os bons costumes, e não se pode negar que o direito por ser um fato social ele também acaba preso em muitas situações à vontade do povo, até porque muitos dos legisladores brasileiros são contra as relações homoafetivas.

Porém, apesar de toda esta polêmica em torno dessa questão, como foi demonstrado aqui, no dia 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, pacificou a questão, até então polêmica, reconhecendo a união entre casais do mesmo sexo como forma de constituição de família, assegurando-lhes os mesmos direitos conferidos à união estável heteroafetiva tais como: adoção, percepção de herança, comunhão parcial de bens, pensão alimentícia e previdenciária, licença médica, inclusão do companheiro como dependente em planos de saúde, entre outros benefícios, mas é preciso ressaltar que enquanto em outros países esta decisão foi uma decisão que partiu do legislativo aqui ainda ela encontra-se na esfera do judiciário.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 26 maio 2012.
- BARROS, Sergio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 4 n. 14. Porto Alegre: IBDFAM, 2002.
- CARACTERÍSTICAS da União Estável. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/.../anexo/uniao\\_homoafetiv](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/.../anexo/uniao_homoafetiv). Acesso em: 28 maio 2012.
- CAMPPARELLI, J. C. Manual sobre o matrimônio no direito canônico. São Paulo: Paulinas, 1999.
- DIAS. Maria Berenice. **União homo afetiva**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br>. Acesso em: 28 maio 2012.
- \_\_\_\_\_. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4. ed. Revistas dos Tribunais. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19055/a-familia-homoafetiva-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana#ixzz1v9PwQQR9>. Acesso em 17 maio 2012.
- \_\_\_\_\_. **Manual de direito das famílias: princípios do direito de família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. **A estatização do afeto**. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em: 22 out. 2006.
- \_\_\_\_\_. **Manual de direito das famílias**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.
- DIEHL, Astor Antônio; TATIM, Denise Carvalho. **Pesquisas em ciências sociais aplicadas**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso direito civil brasileiro: direito de família**. 23. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões homossexuais: efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004.
- GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil: direito das obrigações.** 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NAHAS, Luciana Faísca. **União homossexual: proteção constitucional.** Curitiba: Juruá, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** São Paulo: Atlas, 2011. v. 6. (Coleção direito civil).

## **ANEXOS**

## **ANEXO A - Comissão aprova união estável entre homossexuais**

A Comissão do Senado Federal, na data de 24/05/2012, aprovou o projeto de lei que inclui, no código civil, a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Ademais ainda menciona a futura conversão da união estável homoafetiva em casamento. Essa proposta só veio a regular a matéria que outrora fora julgada pelo Superior Tribunal Federal (STF), por unanimidade em 05/05/2011, a qual foi reconhecido como unidade familiar a homossexualidade. Essa proposta aprovada da então Senadora Marta Suplicy (PT-SP), ainda terá que passar pela casa de constituição e justiça (CCJ) antes de ir ao plenário e também terá que se votada pela Câmara dos Deputados, onde terá que passar pela rigorosa bancada evangélica,

- Mais em Brasil

Essa proposta de lei que em tese, se faz bastante críticas, terá que sobreviver diante da banca revisora, a qual tem a igreja, como a fonte dos princípios humanos e que possui uma visão da homossexualidade como sendo um crime contra os cristão, pois acreditam que DEUS, e a BBLIA sagrada jamais aceitará a união de pessoas do mesmo sexo. Pois o em que pese os princípios constitucionais para a visão religiosa, somente poderá ser considerada, família aquela elencada na Constituição Federal e no código civil brasileiro.

Ademais a visão do PL, a senadora Lídice da Mata (PSB-BA) diz que o Congresso está ainda atrasado no que diz respeito a esse a essa decisão frente ao STF e a Receita Federal e ao INSS tendo em vista que já fora reconhecidos o direito frente a essas entidades, em relação a união de duas pessoas do mesmo sexo. Além do mais o projeto somente dispõe, sobre a união estável e o casamento civil, não tendo qualquer barreira que dispare frente a liberdade de organização religiosa. Não afrontando então a fé cristã e a crença das pessoas, antemão é cauteloso se observar, no foco jurídico porque, a fé como sendo ideologia não pode se sobrepor a liberdade pessoal das outras pessoas.

Apesar da decisão do STF, que serve de jurisprudência para as demais esferas judiciais, casais homossexuais têm tido dificuldade em obter na Justiça a conversão, mesmo em cidades grandes como São Paulo e Rio de Janeiro. Vários juízes alegam, apesar da decisão do órgão superior, que não há legislação a respeito. “Durante a votação do STF, o então presidente do Tribunal, ministro Cezar Peluso, cobrou do Congresso que “assumisse a tarefa que até agora não se sentiu propensa a fazer” e transformasse a conversão em lei”



## **ANEXO B - Objetivos e princípios fundamentais do estatuto da diversidade sexual (EDS)**

Com objetivo de inclusão de todos combater a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero e criminalizar a homofobia, de modo a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos individuais, coletivo e difusos .Ou seja, reconhecer igual dignidade jurídica e heterossexuais, homossexuais, bissexuais, transexuais, travestis, transgênicos, intersexuais, individualmente, em comunhão e nas relações sexuais, respeitadas as diferentes formas de conduzirem suas vidas, de conformidade com a sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Para interpretação e aplicação do estatuto, o artigo 4 estabelece os seguintes princípios;

- I- Dignidade da pessoa humana;
- II- Igualdade e respeito á diferença;
- III- Direitos a livre orientação sexual
- IV- Reconhecimento da personalidade de acordo com a identidade de gênero;
- V- Direito a convivência comunitária e familiar;
- VI- Liberdade de constituição de família e de vínculos parentais;
- VII- Respeito a identidade, a privacidade e autodeterminação;
- VIII- Direito fundamental a felicidade. Evidentemente, os princípios direitos e garantias especificados neste estatuto não incluem outros decorrente das normas constitucionais e legais, vigente no país e advindo dos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

## ANEXO C - Julgado e acórdãos em casos concretos no caso dos casais homoafetivos

No campo previdenciário, há decisões de quatro Tribunais Regionais Federais (TRFs) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), reconhecendo o direito do homossexual ao recebimento de pensão do INSS ou estatutária, em caso de óbito do seu companheiro ou companheira.

- **Jurisprudência - Ação declaratória**

**Minas Gerais** - Reexame necessário. Apelação. Mandado de segurança. Ipsemg. Inclusão de dependente do segurado. Relação homoafetiva. A Constituição Federal não atua apenas como fundamento de validade das normas inferiores, mas como vetor de interpretação. A regra de conduta extraída dos enunciados normativos, portanto, deve ser adequada aos princípios constitucionais inciso I do artigo 4º da Lei Complementar n.º 64/2002 deve ser interpretado de modo a permitir a máxima eficácia do princípio da igualdade. Não é possível ignorar a situação de fato - notória e ampla existência de relações homoafetivas na sociedade contemporânea - e condenar os sujeitos de tais relações a uma situação jurídica manifestamente prejudicial simplesmente em razão da opção sexual assumida. Nas ações de estado, a sentença tem eficácia *erga omnes* e, por isso, não pode a Administração deixar de reconhecer a equiparação judicial havida entre o relacionamento homoafetivo do impetrante e a união estável. Sentença confirmada, em reexame necessário, prejudicado o recurso de apelação. (TJMG, Reex. Nec. 1.0024.08.256048-3/001. Rel. Desa. Albergaria Costa, j. 23/07/2009).

- **Acórdão**

**São Paulo** - Cível e Família – União homoafetiva - Pedido declaratório - Pretensão voltada ao mero reconhecimento da união, para fins previdenciários - Ausência de discussão patrimonial - Omissão legal a ser suprida pela analogia e pelos princípios gerais de direito - Aplicação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil - Situação equiparável à união estável, por aplicação dos princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana - Art. 227, § 3º, da Constituição Federal de que não tem interpretação restritiva — Proteção à família, em suas diversas formas de constituição - Matéria afeta ao Juízo da Família - Conflito procedente em que se reconhece a competência do Juízo suscitado.(TJSP, Conf. Comp. 170.046-0/6-00, C. Esp., Rel. Desa. Maria Olívia Alves, j. 16/03/2009).

**TRF 4ª Região – Paraná** - Administrativo. Pensão. Relação homoafetiva. A sociedade de fato estabelecida entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação. (TRF 4ª Região, AC 2006.70.00.019767-5/PR, 3ª T., Rel. Des. Luiz Carlos de Castro Lugon, j. 29/01/2009).

- **Acórdão**

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos por maioria (TJRS, Embargos Infringentes nº 70003967676, 4º Grupo Cível, Relator: Desembargadora Maria Berenice Dias, julgado em 9 de maio de 2003 *portal R7 Notícias*) "

Do artigo 5 ao 12, o (EDS), estabelece que a livre orientação sexual e a identidade de gênero constitui direitos fundamentais. Assim. É indevida qualquer ingerência, estatal, familiar ou social para proibir alguém de viver plenitude de suas relações afetivas e sexuais. Não serão admitidas pressões pra que revele, renuncie ou modifique a orientação sexual ou a identidade de gênero. Inclusive, art. 6 coibi a discriminação em razão da orientação sexual própria, de qualquer membro de sua família ou comunidade. Nenhum tipo de pregação que incite o ódio ou a segregação em razão a orientação sexual ou identidade de gênero será tolerada.

Importante ressaltar as condutas previstas no artigo 11 que configuram crime de homofobia a discriminação em decorrência da orientação sexual ou identidade gênero, tais como:

- I- Proibir o ingresso a permanência em estabelecimento público, ou estabelecimento privado aberto ao público;
- II- Prestar atendimento seletivo ou diferenciado não previsto em lei;
- III- Preterir, onerar ou impedir hospedagem em hotéis motéis, pensões ou similares;
- IV- Dificultar ou impedir a locação, comprar, arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis;
- V- Proibir expressões de afetividade em locais públicas sendo as mesmas modificações permitidas aos demais cidadãos.

As pessoas são livres pra escolher o modelo de entidade familiar que lhes aprouver, independentemente da sua orientação sexual ou identidade gênero, uma vez que todas devem ser respeitadas em sua dignidade, merecendo especial proteção do Estado como entidade familiar.

Assim os direitos assegurados a união heteroafetiva no âmbito do direito das famílias e das sucessões também devem ser garantidas união homo afetiva, quais seja:

- I- Direito ao casamento;
- II- Direito a constituição de união estável e sua conversão em casamento;
- III- Direito a escolha do regime de bens;
- IV- Direito ao divórcio;

- V- Direito a filiação, adoção e ao uso das prática de reprodução assistida;
- VI- Direito a proteção contra a violência doméstica ou familiar;
- VII- Direito a herança, ao direito real de a habitação e ao direito da concorrência sucessória. (art. 15).

Igualmente aos heteroafetivos, aos companheiros da união homo afetiva deveram ser assegurados diretos previdenciários, fiscais e tributários.

Conforme o anteprojeto do estatuto, o companheiro estrangeiro tem direito concessão de visto de permanência do Brasil, em decorrência de casamento ou constituição de união estável com brasileiro, quando preenchidos os requisitos legais. Reconhecerá o Brasil, os casamentos, uniões civis e estáveis realizadas no estrangeiro, desde que cumpridas as formalidade exigidas pela lei do país onde foi celebrado o ato ou constituído o fato.

Fica garantido o acesso às técnicas de reprodução assistida particular ou por meio de sistema único de saúde (SUS), de forma individual ou conjunta. O uso de material genético do casal para práticas reprodutivas é permitido.

A orientação sexual ou identidade de gênero dos candidatos não podem ser motivos para se negar a habitação individual ou conjunta a adoção ou guarda de crianças ou adolescente.

Uma novidade importante é a concessão da licença maternidade a qualquer dos pais, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e oitenta dias. No Quebec, Canadá, os países escolhem o período que cada qual vai usar.

O vínculo de filiação socioafetiva assegura o exercício do poder familiar, ainda que o casal esteja separado. Quando da separação, a guarda será exercida de forma compartilhada, independente da existência de vínculo biológico do genitor com o filho. Conforme o estatuto, o direito de convivência é assegurado aos países, bem como aos seus familiares.

A pessoa não poderá ser discriminada dentro e nem fora da família após revelar sua orientação sexual ou identidade de gênero. Expulsar de casa filho menor de idade gerará responsabilidade por abandono material e obrigação indenizatória aos genitores, guardiões ou responsáveis.

O problema bastante questionado por pessoas não habituadas a labutar com o direito dos homossexuais, é o registro da criança adotada por casal homo afetivo. Propõe estatuto que o registro de nascimento e em todos os demais documentos identifica tórios,

como carteira de identidade, título eleitor, passaporte, carteira habilitação, não haverá menção as expressões “pai e mãe”, que deverá ser substituídas por “filiação”.

- **Dos direitos sociais**

No tocante do direito á educação, prevê o estatuto que os estabelecimentos de ensino devem coibir no ambiente escolar, situações que visem intimidar, ameaçar, constranger, ofender, castigar, submeter, ridicularizar, difamar, injuriar, caluniar ou expor aluno á constrangimento físico ou moral em, decorrência de sua orientação sexual ou identidade de gênero

Cabe ao poder público promover a capacitação dos professores para uma educação inclusiva, bem como. Ações com o objetivo de elevar a escolaridade de homossexuais, bissexuais, transexuais, travestis, transgeneros, intersexuais de modo a evasão escolar.

Nas escolas de ensino fundamental e médio, e também nos cursos superiores é assegurado aos transexuais, travestis, transgeneros, e intersexuais, no ato da matricula o uso do nome social o qual deverá constar em todos os registros acadêmicos.

- **Dos crimes**

Passará a ser crime deixar de contratar alguém ou dificultar sua contratação quando atendidas as qualificações exigidas para cargo ou função, motivado por preconceito de sexo orientação sexual ou identidade de gênero. A pena será de reclusão, de um a três anos. Tal pena é aumentada de um terço, se a discriminação dá-se no acesso a cargos e funções públicas e contratos com a administração pública.

É dever do Estado e da sociedade garantir a todos o pleno exercício da cidadania, a igualdade de oportunidades e de direitos objetivando a inclusão social de homossexuais, bissexuais, transexuais, travestis, transgeneros e intersexuais.

Esperamos que o estatuto da Diversidade Sexual vislumbre a efetivação no Brasil, da cidadania e do combate ao preconceito, á vulnerabilidade e discriminação por orientação sexual e entidades de gênero. Em fim, que as pessoas possam viver e ser reconhecidas como realmente são, sem medo de mostrar a cara. Afinal como diz o cantor e compositor Guilherme Arantes; “Apesar da dor que ficou, mais feliz é quem não se guardou”.

## **ANEXO E - Reconhecimento da união estável homoafetiva pelo supremo tribunal federal<sup>13</sup>**

---

<sup>13</sup> BEATRIZ, Carneiro Ferreira. **Reconhecimento da união estável homoafetiva pelo supremo tribunal federal**. Disponível em: <http://www.beatrizferreirabiodireito.com.br>. Acesso em: 20 maio de 2012.

Supremo Tribunal Federal reconhece União Homoafetiva na data 06/05/2011

Ministros do STF Superior Tribunal Federal, se reuniram nessa data para poder então julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), numero 4277, e a Arguição de Preceito Fundamental, (ADPF), 132 poder então reconhecer a união de pessoas do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

O foco do julgamento mencionado pelo então ministro Ayres Britto, foi no sentido de quando for aplicar a lei em caso concreto inclusive homo afetivos, que seja dada total ênfase aos princípios constitucionais inclusive o principio da dignidade da pessoa humana. Para excluir o enunciado no artigo 1.723 do código civil que aduz, “É RECONHECIDA COMO ENTIDADE FAMILIAR A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE O HOMEM E A MULHER, CONFIGURADA NA CONVIVÊNCIA PÚBLICA CONTÍNUA E DURADOURA E ESTABELECIDADA COM O OBJETIVO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA (VADE MECUM JURÍDICO 2009 8 ed. p. 180.)

Para o ministro Ayres Brito o artigo 1.723 do código civil brasileiro, desampara totalmente as uniões de pessoas do mesmo sexo. Pois paira na união entre homem e mulher, e se deixar a interpretação em prol desse artigo não terá o reconhecimento entre pessoa do mesmo sexo. Cabe ressaltar ainda que o julgado nesse sentido terá como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, a preocupação desse então ministro é se focar na Constituição Federal Brasileira.

O ministro Ayres Britto ainda argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homo afetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF. vejamos o que diz o artigo 3, inciso IV, (CFB);

Art.. 3 caput.

“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil;

IV- Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (IN VADE MECUM, 2099 8 EDIÇÃO.p. 17).

---



Sendo assim a posição extraída pelos ministros ao julgarem esse caso foi totalmente na interpretação hermenêutica. Trazendo para o mundo jurídico todos os direitos e garantias que estão incumbidos, nos preceitos constitucionais. Vale ressaltar que tal decisão foi totalmente de analogias e princípios intrínsecos constitucionais.

Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

- **Ações**

A ADIn 4277 foi protocolado na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivos funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

Vejamos o posicionamento de cada membro do Superior Tribunal Justiça á respeito da decisão julgada sobre a união estável homoafetiva. **Frases dos Ministros do STF**

"O órgão sexual é um plus, um bônus, um regalo da natureza. Não é um ônus, um peso, um estorvo, menos ainda uma reprimenda dos deuses". **Carlos Ayres Britto**

"A homossexualidade é um traço da personalidade, não é crença, ideologia ou opção de vida. Não é crime. Então, por que o homossexual não pode constituir uma família?".

**Luiz Fux**

"A liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluída a liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem". **Cármen Lúcia**

"Estão surgindo entre nós, ao lado da tradicional família patriarcal, de base patrimonial e constituída para os fins de procriação, outras formas de convivência familiar".

**Ricardo Lewandowski**

"A Constituição Federal prima pela proteção dos direitos fundamentais, e deu acolhida generosa ao princípio da vedação de todo tipo de discriminação". **Joaquim Barbosa**

"A falta de um modelo institucional que proteja essa relação estimula e incentiva a discriminação. Talvez contribua até mesmo para as práticas violentas". **Gilmar Mendes**

"O reconhecimento pelo STF desses direitos responde a pessoas que durante longo tempo foram humilhadas, cuja dignidade foi ofendida, cuja identidade foi denegada e cuja liberdade foi oprimida". **Ellen Gracie**

"O Brasil está vencendo a guerra desumana contra o preconceito em relação à orientação sexual, o que significa fortalecer o estado democrático de direito". **Marco Aurélio Mello**

"Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de seus direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual". **Celso de Mello**

"Os elementos comuns de ordem afetiva, no sentido genérico e material, da união de pessoas do mesmo sexo guardam comunidade com elementos da união estável entre homem e mulher". **Cezar Peluso**

Podemos definir que, a qualificação da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que presentes, quanto a ela, os mesmos requisitos inerentes à união estável constituída por pessoas de gêneros distintos (Código Civil, art. 1.723), representam o reconhecimento de que as conjugualidades homo afetivas, por repousarem a sua existência nos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, não merecem o integral amparo do Estado, que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais.

---