



**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS/CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS / FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

ALLEF CONNERY FERREIRA CÂMARA MARTINS

**ASPECTOS LEGAIS DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA NO BRASIL: SUPERANDO
BARREIRAS E PRECONCEITOS.**

**CAMPINA GRANDE - PB
2021**

ALLEF CONNERY FERREIRA CÂMARA MARTINS

**ASPECTOS LEGAIS DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA NO BRASIL: SUPERANDO
BARREIRAS E PRECONCEITOS.**

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado à Coordenação do Curso de Bacharelado em Direito da CESREI FACULDADES, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof. (a) Ms. Loriene Assis Dourado Duarte

**CAMPINA GRANDE - PB
2021**

-
- M386a Martins, Allef Connery Ferreira Câmara.
Aspectos legais da família homoafetiva no Brasil: superando barreiras e preconceitos / Allef Connery Ferreira Câmara Martins. – Campina Grande, 2021.
35 f.
- Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2021.
"Orientação: Profa. Ma. Loriene Assis Dourado Duarte".
1. Direitos Fundamentais. 2. União Homoafetiva – Brasil.
3. Constitucionalidade. I. Duarte, Loriene Assis Dourado. II. Título.

CDU 342.7(043)

ALLEF CONNERY FERREIRA CÂMARA MARTINS

**ASPECTOS LEGAIS DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA NO BRASIL: SUPERANDO
BARREIRAS E PRECONCEITOS.**

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo)
apresentado à Coordenação do Curso de
Bacharelado em Direito da CESREI
FACULDADES, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Áreas de concentração: Direito
Constitucional e Direitos Humanos.

Aprovada em: 15 /12/2021.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Ms. Loriene Assis Dourado Duarte
Faculdade Reinaldo Ramos
Orientador (a)

Prof. Ms. Gustavo Giorgio Mendoza Fonseca
Faculdade Reinaldo Ramos
1º Examinador

Profa. Ms. Vyrna Lopes Farias Bem
Faculdade Reinaldo Ramos
2º Examinador

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo as uniões homoafetivas no Brasil e como objetivo geral, avaliar se aos casais homoafetivos têm seus direitos plenamente garantidos, à luz dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade humana, da liberdade pessoal e da segurança jurídica. Também tem como objetivos específicos, discutir o conceito contemporâneo de família e abordar os múltiplos arranjos familiares presentes na contemporaneidade, que fogem da visão de família tradicional heteronormativas. No Brasil, a Constituição Federal de 1988, se alicerçou na concepção ou na teoria dos direitos fundamentais focados na dignidade da pessoa humana (Art. 3º, inciso IV e *caput* do Art. 5º, por exemplo). Apesar da CF/88 vedar completamente qualquer forma de discriminação, preconceito ou tratamento diferenciado, observa-se que a união homoafetiva, não está devidamente regulada na CF/88 (Art. 226 - § 3º), numa total incoerência em relação aos princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade. Apesar desta clara ausência de explicitação positivada, não há como deixar de fora a união homoafetiva do atual conceito de família pluridimensional, alicerçada no afeto e na estabilidade. Por fim, faz-se uma reflexão sobre a decisão da Suprema Corte brasileira, no julgado da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – nº 4.277 que reconheceu juridicamente a união homoafetiva e o seu tratamento conforme disposto no Art. 1.723 do Código Civil Brasileiro. Neste trabalho, utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e o método de procedimento descritivo-analítico, com amparo na dogmática, posto que se faz uma argumentação teórica em face do tema proposto. Foi possível concluir que apesar da decisão do STF representar um marco na história do ordenamento pátrio no que se refere à evolução na garantia dos direitos dos homossexuais, sendo uma clara tomada de posição no campo da jurisprudência, ainda há um longo caminho a ser trilhado no sentido de que o Poder Legislativo enfrente e supere as raízes do preconceito e do conservadorismo, ainda fortemente presentes na Sociedade brasileira, fazendo valer na plenitude estes direitos, por meio da respectiva objetivação na Legislação correspondente.

Palavras-Chave: Constitucionalidade. Direitos Fundamentais. União Homoafetiva.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto de estudio las uniones homoafectivas en Brasil y como objetivo general, evaluar si las parejas homoafectivas tienen sus derechos plenamente garantizados, a la luz de los principios constitucionales de la dignidad humana, libertad personal y seguridad jurídica. También tiene como objetivos específicos, discutir el concepto contemporáneo de familia y acercarse a los múltiples arreglos familiares presentes en los tiempos contemporáneos, que huyen de la visión familiar heteronormativa tradicional. En Brasil, la Constitución Federal de 1988 se basó en la concepción o teoría de los derechos fundamentales centrada en la dignidad de la persona humana (art. 3, punto IV y caput del art. 5, por ejemplo). Aunque el CF/88 sella completamente cualquier forma de discriminación, prejuicio o trato diferenciado, se observa que la unión homoafectiva no está debidamente regulada en CF/88 (Art. 226 - § 3), en total incoherencia en relación con los principios de dignidad humana, igualdad y libertad. A pesar de esta clara ausencia de explicación positiva, no hay forma de dejar de lado la unión homoafectiva del concepto actual de familia multidimensional, basada en el afecto y la estabilidad. Finalmente, se reflexiona sobre la decisión de la Corte Suprema de Brasil, en la sentencia de la Acción Directa de Inconstitucionalidad - ADI - nº 4.277 que reconoció legalmente la unión homoafectiva y su tratamiento según lo previsto en el Art. 1.723 del Código Civil Brasileño. En este trabajo se utilizó como metodología la investigación bibliográfica y el método de procedimiento descriptivo-analítico, basado en la dogmática, ya que se hace un argumentista teórico frente al tema propuesto. Se pudo concluir que, a pesar de que la decisión del STF representó un hito en la historia del sistema nacional en cuanto a la evolución en la garantía de los derechos de los homosexuales, siendo una posición clara en el campo de la jurisprudencia, aún queda un largo camino por recorrer. ir en el sentido de que el Poder Legislativo pueda enfrentar y superar las raíces del prejuicio y el conservadurismo, que aún están fuertemente presentes en la sociedad brasileña, haciendo pleno uso de estos derechos, a través de la respectiva objetivación en la legislación correspondiente.

Palabras clave: Constitucionalidad. Derechos Fundamentales. Unión Homoafectiva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 OS AVANÇOS SOCIAIS E A EFETIVA GARANTIA DE DIREITOS DOS CASAIS HOMOAFETIVOS	10
2 HOMOSEXUALISMO <i>VERSUS</i> HOMOSSEXUALIDADE: RECORTES TERMINOLÓGICOS BÁSICOS	13
2.1 SUPERANDO ESTIGMAS E PRECONCEITOS	13
2.2 MÚLTIPLOS OLHARES DA SOCIEDADE SOBRE A HOMOSSEXUALIDADE	13
3 DINÂMICA SOCIAL <i>VERSUS</i> GARANTIA DE DIREITOS	14
3.1 OS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES	14
4 PELAS TRILHAS DA GARANTIA DOS DIREITOS	18
4.1 POR ONDE CAMINHOU O STF?	18
5 APONTAMENTOS SOBRE O CASAMENTO HOMOAFETIVO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS	20
5.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	24
5.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	26
5.3 PRINCÍPIO DA OFENSA À PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO	28
5.4 PRINCÍPIO DA LIBERDADE	29
5.5 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À SEGURANÇA PÚBLICA	29
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	31
REFERÊNCIAS	35

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a reflexão sobre o reconhecimento legal das uniões homoafetivas no Brasil e como objetivo geral, avaliar se os casais homoafetivos têm os seus direitos plenamente garantidos, face aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade humana, da liberdade pessoal e da segurança jurídica.

Apresenta como objetivos específicos, discutir o conceito contemporâneo de família e abordar os múltiplos arranjos familiares presentes na contemporaneidade, que fogem da visão de família tradicional heteronormativas, passando a concebê-la como um ente de contornos múltiplos, que englobam, pelo menos, dois requisitos: a afetividade e a estabilidade.

Conforme disposto em Guimarães (2017), neste trabalho, utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e o método de procedimento descritivo-analítico, com amparo na dogmática, posto que se faz uma argumentação teórica em face do tema proposto. De acordo com os requisitos de normalização técnica, enunciados pelo referido autor, e com base na Norma ABNT 10520:2002, neste trabalho se optou pelo sistema de citação chamada Autor-Data, sem a necessidade de adoção referências em notas de rodapé.

Inicialmente, se discorre sobre a evolução da sociedade e as mudanças profundas em relação às famílias, que implica na necessária correspondente evolução no contexto legal, a fim de garantir e amparar os novos, múltiplos e complexos arranjos familiares, com ênfase nos princípios da isonomia, da igualdade e do bem-estar social de todos.

Também se aborda aspectos do Direito Constitucional pátrio, notadamente ao se refletir sobre os princípios constitucionais que foram fundantes para os avanços recentes na garantia de direitos para casais homoafetivos.

Como marco desse avanço, o presente estudo se debruça sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de 5 de maio de 2011 nos termos da ADPF 132, concomitantemente com a

Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) 14 de maio de 2013 que reforçou o reconhecimento do casamento homoafetivo, dando mais

visibilidade à comunidade LGBTQIA+ na sociedade ao igualar os direitos da união das pessoas do mesmo sexo.

Ao fim do trabalho, se conclui que a falta de instrumento normativo no direito brasileiro que o proteja, vulnerabiliza o instituto do casamento homoafetivo e segue inserindo a temática num contexto legal e social polêmico, posto que o tratamento desigual pelo ordenamento jurídico é explícito, uma vez que as decisões a respeito deste instituto para os casais homoafetivos são embasadas em tênues alterações de leis e de jurisprudências.

Neste sentido, a união entre pessoas do mesmo gênero (sexo) carece de uma solução jurídica urgente, uma vez o tratamento desigual afronta princípios basilares do Estado Brasileiro, considerando que os novos arranjos familiares necessitam ter os direitos fundamentais assegurados, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É fato que o Judiciário tem decidido casos concretos, submetidos à sua avaliação.

No entanto, demonstra a necessidade da regulação de tais direitos e do consequente amparo jurisdicional, pois somente com a garantia jurídica dos direitos, os casais homossexuais deixarão de ser vítimas de uma sociedade marcadamente preconceituosa e conservadora.

1 OS AVANÇOS SOCIAIS E A EFETIVA GARANTIA DE DIREITOS DOS CASAIS HOMOAFETIVOS

A evolução da sociedade revela mudanças profundas em relação às famílias, sendo necessária a correspondente evolução no contexto legal, a fim de garantir e amparar os novos, múltiplos e complexos arranjos familiares, com ênfase nos princípios da isonomia, da igualdade e do bem-estar social de todos. A Constituição Federal estabelece que todos têm direito ao amparo do Estado e ninguém pode não sofrer preconceito ou discriminação em razão da etnia, raça, cor, sexo, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Apesar dessa previsão constitucional, os grupos minoritários correspondentes às pessoas LGBTQIA+ ainda enfrentam grandes dificuldades, face à discriminação e ao preconceito, inclusive no que se refere à concretização do anseio de constituírem família. É importante explicar que a sigla LGBTQIA+¹ reúne as orientações sexuais (por quem cada pessoa se sente sexual e afetivamente atraídas) e as identidades de gênero (como a pessoa se identifica).

Embora a Constituição Federal tenha redimensionado as classificações e as denominações familiares, até a atualidade, não houve qualquer explicitação reconhecendo e equiparando o mesmo direito aos casais homoafetivos, no que concerne à constituição de família, que são garantidos aos casais heteroafetivos.

Portanto, é possível asseverar que ainda não há legislação específica reconhecendo o casamento homoafetivo, com exceção da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de 5 de maio de 2011 nos termos da ADPF 132, considerada como um marco por reconhecer e determinar como legal a união estável entre casais homoafetivos.

Em síntese, a ADPF 132, recebida como ação direta de inconstitucionalidade pelo STF, cujo julgamento, com eficácia *erga omnes*² e efeito vinculante, deu uma interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil, no sentido de “suprimir” as expressões “homem” e “mulher” no aludido dispositivo, por terem sido

¹ Neste sentido, a sigla LGBTQIA+ engloba, respectivamente, lésbicas, gays, bissexuais, transexuais ou travestis, *queer*, intersexo, assexual e demais orientações sexuais e identidades de gênero (+).

² **Erga omnes** - é uma expressão em latim que significa "contra todos", "frente a todos" ou "relativamente à". Usada no âmbito jurídico para se referir a uma lei ou norma que vale para todos os indivíduos (efeito vinculante).

considerados discriminatórias, o que culminou por possibilitar a aplicação do instituto à união homoafetiva. Destaca-se que art. 1723 do Código Civil dispõe, *in verbis* que:

Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Ao suprimir as expressões homem e mulher do dispositivo legal, o instituto da união estável passa a ser aplicado à união homoafetiva com todas as suas garantias e sem restrições, inclusive quanto à possibilidade de conversão em casamento, estando os demais órgãos do Poder Judiciário vinculados a esta decisão – é o dito efeito vinculante. Dois anos depois, em 14 de maio de 2013, outro ato, igualmente significativo, foi conquistado com a Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que reforçou o reconhecimento do casamento homoafetivo, dando mais visibilidade à comunidade LGBTQIA+ na sociedade ao igualar os direitos da união das pessoas do mesmo sexo.

É importante destacar que nesses dez anos, a decisão do STF e do CNJ é reconhecida como um avanço, inclusive de inclusão social, por reconhecer que todos são iguais perante a lei. A decisão do STF representou um marco porque a Suprema Corte do País se despiu das raízes profundas do machismo e do preconceito que caracterizam a sociedade brasileira para fazer cumprir também para os casais homoafetivos, um dos atos mais solenes da sociedade – o casamento.

Como desdobramento dessa decisão, os casais homoafetivos podem escolher os regimes de bens do casamento e têm o direito à sucessão hereditária, estando, portanto, nestes aspectos, com os direitos relacionados à união estável e ao casamento equiparados aos de um casal heteroafetivo. O impacto dessa decisão é confirmado quando se informa que entre 2011 e 2020 a união estável entre pessoas do mesmo gênero aumentou em 28% e o número e casamento, no mesmo grupo, aumentou em 138%.

É forçoso reconhecer que ainda é muito forte na sociedade brasileira o preconceito, inclusive fomentado pelo conservadorismo ou pelo fundamentalismo religioso, impondo aos casais homoafetivos dificuldades e até constrangimentos

quando da luta para garantir os seus direitos relacionados à união estável e ao casamento. Certamente, a inexistência de um amparo legal específico compromete a efetivação desse direito, posto que a garantia carece, inevitavelmente, de decisões de Poder Judiciário.

Apesar do avanço, o casamento homoafetivo no Brasil ainda não é lei. Em 2017, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprovou um projeto de lei que passa a reconhecer o casamento homoafetivo no Código Civil brasileiro, No entanto, até o momento, a proposta não foi ao plenário para votação.

Assim, a garantia do casamento homoafetivo no Brasil pela justiça sem a devida proteção em Lei abre “brecha” para proibições e decretos que possam ser efetivadas pelo Presidente da República que podem, inclusive, sobrepor as decisões do STF. Por essa razão, a aprovação do projeto de Lei se reveste de especial importância para a comunidade LGBTQIA+.

A falta de instrumento normativo no direito brasileiro que o proteja, vulnerabiliza o instituto do casamento homoafetivo e segue inserindo a temática num contexto legal e social polêmico, posto que o tratamento desigual pelo ordenamento jurídico é explícito, uma vez que as decisões a respeito deste instituto para os casais homoafetivos são embasadas em tênues alterações de leis e de jurisprudências.

Logo, a união entre pessoas do mesmo gênero (sexo) carece de uma solução jurídica urgente, uma vez o tratamento desigual afronta princípios basilares do Estado Brasileiro, considerando que os novos arranjos familiares necessitam ter os direitos fundamentais assegurados, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É fato que o Judiciário tem decidido casos concretos, submetidos à sua avaliação. No entanto, demonstra a necessidade da regulação de tais direitos e do consequente amparo jurisdicional, pois somente com a garantia jurídica dos direitos, os casais homossexuais deixarão de ser vítimas de uma sociedade marcadamente preconceituosa e conservadora.

2 HOMOSEXUALISMO VERSUS HOMOSSEXUALIDADE: RECORTES TERMINOLÓGICOS BÁSICOS

2.1 SUPERANDO ESTIGMAS E PRECONCEITOS

Ao longo do tempo, a homossexualidade humana tem sido objeto de estudos diversos, destacando questões de saúde, etiológicas, terapêuticas, sociais, políticas, culturais e até religiosas. Uma discussão sempre muito polêmica é a que se debruça sobre a etiologia do comportamento homossexual - inato versus adquirido. Sobre a relação homossexualidade e saúde, Cunha (1999), de forma bastante elucidativa, destaca:

É necessário destacar que os psiquiatras revisores da CID concluíram que a homossexualidade não é doença. Contudo, o sofrimento dos homossexuais, quando a causa é seu comportamento sexual, deve ser considerado como decorrência da discriminação e repressão social. Em decorrência disso, pode – se afirmar que todos os homossexuais são saudáveis sob o ponto de vista psíquico e físico (CUNHA, 1999, p.25).

No Brasil, face às fortes raízes religiosas, a polêmica sobre o tema também ganha repercussões sociais, quando se trata o comportamento homossexual como “pecado”, condenado sob a visão do Cristianismo.

2.2 MÚLTIPLOS OLHARES DA SOCIEDADE SOBRE A HOMOSSEXUALIDADE

Não sendo este debate o objetivo central desse TCC, apenas para firmar um campo reflexivo, se recorre ao debate proposto por Cunha (2011), resumindo em tópicos as quatro formas de como a homossexualidade pode ser encarada pela população, a saber:

- a) como um fenômeno natural e imutável, impassível de condenações e tentativas de conversão (argumentação favorável aos determinantes biológicos da homossexualidade);
- b) como uma prática cultural, sem nenhuma possibilidade de intervenções médicas e terapêuticas (argumentações favoráveis aos determinantes sociais);

c) como uma condição patológica (doença) a ser prevenida, manipulada ou extirpada quando possível (argumentação desfavorável aos determinantes biológicos);

d) como uma escolha relacionada com desvio de caráter ou perversão (argumentação desfavorável aos determinantes sociais).

Assim, consideramos que estes conceitos basilares são suficientes para demarcar o campo teórico adotado no presente estudo de conclusão de curso, asseverando que não houve a pretensão de esgotar o tema e, tão pouco, de impor uma visão do autor sobre as múltiplas formas de abordagem. No entanto, nos distanciamos de toda e qualquer abordagem que vise considerar os homossexuais como doentes ou pervertidos, nos aliamos aos que enxergam a homossexualidade como expressão da inerente à vida e à saúde, que se expressa no ser humano, do nascimento até a morte, relacionada com o direito ao prazer e ao exercício da sexualidade com responsabilidade.

Ressalta-se, ainda, que as importantes modificações no meio social, a partir de meados do século XX, trouxeram uma visão menos preconceituosa e com claros indícios de tolerância, sobre a homoafetividade e as uniões dela decorrentes.

Como desdobramento destas mudanças sociais, também se observou a mudança no tratamento jurídico das uniões homoafetivas que passou a ser assunto recorrente no mundo, sobretudo a partir da década de 1990, quando vários países esboçaram proteção jurídica às uniões homoafetivas. No Brasil, a Constituição Federal de 1988, se alicerçou na concepção ou na teoria dos direitos fundamentais focados na dignidade da pessoa humana (Art. 3º, inciso IV e *caput* do Art. 5º, por exemplo).

3 DINÂMICA SOCIAL VERSUS GARANTIA DE DIREITOS

3.1 OS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES

É plenamente notável que nos últimos anos, algumas instituições da sociedade têm sofrido bruscas e aceleradas mudanças. Como exemplos, citamos a educação, o trabalho e a família. Considerando os objetivos do presente TCC, aludimos que as famílias da atualidade, a partir da própria trajetória histórica desta instituição social, não mais se enquadra num arranjo único, sendo caracterizadas pela existência de grupos que estabeleceram vínculos afetivos importantes e que são chamados de vínculos familiares, conforme desta Hintz (2001). Com o passar dos séculos, mudanças profundas foram experimentadas na instituição familiar, derivadas da economia, da política e da própria convivência social, fazendo surgir novos arranjos familiares, deslocados da família nuclear burguesa, isolada num conjunto compactado, formado por pai, mãe e filhos (ARIÈS, 1981, p. 274). A casa que era concebida como uma espécie de refúgio da vida social compartilhada, com experimentações de isolamento em relação ao coletivo, também sofreu profundas modificações ao longo do tempo, passando a apresentar, também, experiências diversas, a depender do arranjo familiar estabelecido. Diversos estudos acadêmicos se debruçam sobre a desnaturação e do predomínio social da família nuclear burguesa, como decorrência das mudanças nos conjuntos familiares (COSTA; DIAS, 2012; HINTZ, 2001).

Estes estudos demonstram a importância e os impactos dessas transformações, notadamente na atualidade capitalista, com ênfase em nas transformações sociais e tecnológicas das últimas décadas, na busca pela independência emocional e financeira das mulheres, bem como nas novas exigências de competitividade colocadas pelo mundo de trabalho. Nesse aspecto, ganha especial realce as questões atinentes às lutas e conquistas por direitos que foram empreendidas, notadamente na segunda metade do século XX, pelos movimentos de emancipação das mulheres (CARVALHAES; MANSANO, 2016),

dentre os quais os avanços biopolíticos³ que permitiram o controle sobre a reprodução e os calorosos debates sobre a sexualidade feminina.

Conforme destaca Freire (2005), no Brasil os arranjos familiares, a partir do período colonial se organizaram, predominantemente, com elementos patriarcais. A família patriarcal colonial apresentava como alicerce a indissolubilidade do casamento, consagrada no matrimônio, celebrado exclusivamente entre homem e mulher. Na família patriarcal os papéis sexuais eram previamente definidos e socialmente reforçado, cabendo ao homem o poder indiscutível de decisão e as tarefas de proteger e prover a mulher e os filhos. O papel da mulher se restringia, tão somente, à organização da casa e à educação dos filhos. De uma forma bem resumida, os estudos se debruçam sobre a análise de três arranjos familiares: as famílias reconstituídas, as famílias sem filhos e as famílias homoafetivas.

Mesmo não sendo objeto do presente estudo, e apenas como contribuição reflexiva, destacamos que as famílias reconstituídas que são aquelas formadas a partir de recasamentos, tanto hetero quanto homoafetivos. Apesar de não ser um fenômeno social novo, somente no último censo, efetivado em 2010, o (IBGE, 2012), as estatísticas passaram a contabilizar a incidência das famílias reconstituídas (ou advindas de recasamentos)⁴.

De acordo com os dados censitários de 2010, as famílias reconstituídas somam 16,3% do total de famílias brasileiras. Conforme destacam Féres-Carneiro (1998) e Hintz (2001), desde que as mulheres conquistaram mais independência econômica, por meio do trabalho, durante a revolução industrial e as guerras mundiais e, especialmente, depois da liberação sexual, o número de divórcios e de recasamentos aumentou e ganhou mais visibilidade na sociedade (FÉRES-CARNEIRO, 1998; HINTZ, 2001).

O segundo arranjo familiar, também destacado nos dados do IBGE, correspondem ao grupo de indivíduos que não deseja ter filhos. O fenômeno dos

³ Biopolítica é um neologismo que pode referir-se a vários conceitos diferentes, embora compatíveis. Na obra de Michel Foucault, é o estilo de governo que regulamenta a população através do biopoder (a aplicação e impacto do poder político sobre todos os aspectos da vida humana).

⁴ O denominado recasamento é um relacionamento em que um dos parceiros ou ambos já se casaram anteriormente. Segundo dados de registro civil do IBGE de 2014, 23,6% dos casamentos registrados foram considerados **recasamentos**.

casais sem filhos cresce a cada ano: de 2000 a 2010 o percentual passou de 4,7% (de 13% para 17,7%) (IBGE, 2012).

Finalmente, o terceiro arranjo familiar e que é objeto do presente estudo, é formado pelos casais homoafetivos. O censo de 2010 (IBGE, 2012), foi o primeiro a levar em consideração a união de parceiros do mesmo gênero (sexo). No entanto, o IBGE não considerou esse arranjo como família. Conforme dados do IBGE, 99,6% dos casais homoafetivos viviam em união consensual, tipo de união que sofreu um aumento significativo tanto para homossexuais quanto para heterossexuais. No entanto, com a já explicitada decisão do STF em 2011, a união estável e a união civil de casais homossexuais passaram a ser reconhecidas como família (ARAÚJO, 2013).

Assim, foi possível que casais homoafetivos pudessem se caracterizar como um novo arranjo familiar, com as seguintes configurações: uma família de dois pais ou de duas mães, com filhos adotados ou de sangue (ARAÚJO, 2013; HINTZ, 2001). Portanto, no conjunto das configurações familiares, a família homoafetiva é instituída justamente pelas mudanças comportamentais e jurídicas ensejadas pela ampliação dos movimentos políticos feministas e *queer*⁵, caracterizados por ações coletivas que buscam a equidade das relações de gênero, consideradas as relativizações dos aspectos biológicos e anatômicos relacionados com os sexos.

Mesmo não sendo objetivo deste trabalho evidenciar os estudos sobre as teorias de gênero, face às controvérsias que envolve o tema, considero oportuno que, a depender do interesse do/a leitor/a, se faça um aprofundamento, notadamente sobre o movimento queer, que encontra em Judith Butler (2010) a primeira voz dissonante com relação aos objetivos presentes dos movimentos gays e lésbicos vêm, em particular, ponderando que a luta política pelo casamento seria uma resposta envergonhada do movimento gay e lésbico aos estigmas sociais que lhes foram atribuídos nas últimas décadas.

No Brasil, os estudos levados à cabo pela jurista Maria Berenice Dias⁶ (2011), se colocam como indispensáveis às reflexões sobre este palpitante tema,

⁵ Oficialmente a teoria *queer* teve origem nos Estados Unidos em meados da década de 1980, no contexto dos estudos gay, lésbicos e feministas, tendo alcançado notoriedade a partir de fins do século passado. A teoria *queer* aprofunda as críticas feministas à ideia de que o gênero é parte essencial do ser individual e as investigações de estudos gays/lésbicos sobre o constructo social relativo à natureza dos atos sexuais e das identidades de gênero.

⁶ Maria Berenice Dias é Desembargadora do Rio Grande do Sul; Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, do qual é uma das fundadoras; Presidenta da Comissão Especial da

considerando que a festejada pesquisadora afirma que a identidade sexual integra a própria condição de existência humana, sendo um direito fundamental que acompanha a pessoa desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza, sendo um direito natural, inalienável e imprescritível

Feitas estas considerações sobre os novos arranjos familiares, é pertinente, agora, focar o estudo nos aspectos legais, especialmente a partir do marco que representou a decisão do STF de 2011.

4 PELAS TRILHAS DA GARANTIA DOS DIREITOS

4.1 POR ONDE CAMINHOU O STF?

Inicialmente, é importante destacar que o conceito contemporâneo de família, que supera a visão tradicional, para concebê-la como um ente de contornos múltiplos, engloba, pelo menos, dois requisitos: a afetividade e a estabilidade. O principal desafio do Supremo Tribunal Federal: superar a previsão literal da Constituição Federal de 1988, que no Art. 226, parágrafo 3º, expressa, *in verbis*:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (destaques meus).

A interpretação sistemática da Constituição, com o entendimento de que a Lei originária é um conjunto harmônico de normas, superou a visão alicerçada naquilo que está literalmente previsto em cada uma das partes isoladas. É o que a doutrina denomina de hermenêutica constitucional, conforme assevera José Afonso da Silva (2010):

a tarefa da hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição pela captação do seu significado interno, da relação de suas partes entre si e, mais latamente, de sua relação com o espírito da época – ou seja, a compreensão histórica do seu conteúdo, sua compreensão gramatical na sua relação com a linguagem e sua compreensão espiritual na sua relação com a visão total da época” (destaques meus).

Conforme destacou os Ministros do STF Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Este conjunto institui um Estado que, fundado na dignidade da pessoa, tem como objetivo constituir uma sociedade livre, com a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A união afetiva tem sua base nos direitos fundamentais, posto que a Constituição Federal aceita a diversidade e reconhece o direito do indivíduo de construir, livremente, sua identidade.

Sobre esta controvérsia inicial, assim se expressa o Ministro Relator Ayres Britto:

Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade.

E, completa: “É a perene postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração”.

Esta suposta discriminação é repudiada pelo próprio sistema constitucional vigente, que coloca como fundamento da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se promova “o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Art. 3º, inc. III).

Neste sentido, o próprio corpo da ementa da decisão do STF expressa que tal decisão seria um ‘salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito da liberdade sexual.’ Assim, o objetivo do STF foi conceber uma interpretação não reducionista do referido artigo, ampliando a abrangência da união estável aos casais homoafetivos.

Entre os argumentos da Ementa, se destaca, primeiramente, a existência de amparo constitucional para a concessão da interpretação mais extensiva ao art. 1.723 do CC. Nessa linha de raciocínio, ponderou o Ministro Ayres Britto, ao citar o princípio da dignidade humana, o direito à busca pela felicidade e o objetivo constante de ‘promover o bem de todos’, garantias citadas no art. 3º da Constituição Federal, como elementos jurídicos suficientes à interpretação das relações homoafetivas.

Neste contexto, é oportuno ressaltar a questão hermenêutica Kelseniana, adotada no sistema jurídico brasileiro, que preconiza que havendo silêncio da norma sobre a proibição de algo, implicitamente, está legalmente permitido. Ou seja, da mesma forma que não há norma específica para normatizar a realização de união estável e/ou casamento civil de pessoas de mesmo gênero (sexo), também não há impedimento algum, expresso em Lei.

Como forma de deixar matizado e registrado o pensamento predominante e unânime do STF, destacamos trechos dos votos de alguns ministros, por exemplo:

Ministro Marco Aurélio de Mello: “O Brasil está vencendo a luta contra o preconceito. Isto significa fortalecer o Estado democrático de Direito.”

Ministra Ellen Gracie: “Uma sociedade decente é uma sociedade que não humilha seus integrantes”.

Ministro Joaquim Barbosa: “Cumpra a esta Corte buscar impedir o sufocamento e o desprezo das minorias por conta das maiorias estabelecidas”.

Ministra Cármen Lúcia: “Pluralismo tem que ser social para se expressar no plano político. E os cidadãos precisam ser livres para que tenham uma sociedade plural”.

Ministro Luiz Fux: “É hora da travessia. Se não ousarmos fazê-la, ficaremos para a eternidade à margem de nós mesmos”.

Portanto, com argumentos principiológicos e constitucionais, o STF alargou a compreensão interpretativa do art. 1.723 do CC, que estabelece as uniões estáveis e, de forma indireta, os arranjos familiares e suas formas legais de instituição. Com a decisão, se autoriza a união estável entre casais homoafetivos, sem preconceito de gênero (sexo) e com respeito à pluralidade familiar, constituída por laços de afetividade e de solidariedade.

Finalmente, as orientações normativas do STF e do CNJ regulamentam composições familiares existentes na sociedade e fazem prevalecer direitos fundamentais, se opondo às posturas heteronormativas e patriarcais, consubstanciando que os preconceitos de gênero não podem e não devem se sobrepor ao afeto e à solidariedade, ao respeito à diversidade e às singularidades humanas.

5 APONTAMENTOS SOBRE O CASAMENTO HOMOAFETIVO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS

Conforme dito anteriormente, não há no ordenamento jurídico pátrio uma norma expressa inferindo o necessário tratamento jurídico aos Casamentos Homoafetivos. Face à inexistência de uma legislação específica reconhecendo o casamento homoafetivo, a exceção que se configurou com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), de 5 de maio de 2011 nos termos da ADPF 132, se tornou um divisor de águas no que se refere à garantia de direitos às pessoas que convivem como casais homoafetivos.

É importante reiterar que a decisão do STF que reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar, veio ratificar a vedação a qualquer tipo de discriminação, prevista na Constituição da República, possibilitando o acesso dessa parte da população a diversos direitos até então renegados, em face da omissão legal.

Para compreender a decisão do STF, é necessário observar que a Carta Cidadã de 1988 inaugurou um novo tempo no direito nacional, face à valorização de princípios, a exemplo da Dignidade da Pessoa Humana, que passou a nortear o ordenamento jurídico pátrio que, inclusive, foi o principal norteador das decisões que reconhecem os direitos dos casais homoafetivos. Neste capítulo, se pretende apresentar uma reflexão sobre o macro princípio citado anteriormente, bem como outros princípios dele decorrentes.

Neste sentido, considero como de expressiva importância teórica o artigo do Ministro Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2011) que faz uma análise aprofundada sobre os princípios constitucionais que amparam o direito dos casais homoafetivos, a exemplo do direito à igualdade, à liberdade, à dignidade da pessoa humana e à segurança jurídica.

De forma bastante científica e didática, o festejado ministro inicia o artigo enunciando as hipóteses de investigação que nortearam o estudo, a saber:

- a) a Constituição considera legítima a discriminação das pessoas em função de sua orientação sexual?
- b) a referência feita à união estável entre homem e mulher significa uma proibição da extensão de tal regime jurídico às uniões homoafetivas?

c) inexistindo a vedação constitucional referida na alínea anterior, cumpre determinar, ainda assim, qual regime jurídico deve ser aplicado às uniões homoafetivas:

(i) o das sociedades de fato;

ou (ii) o da união estável.

Ao explicar essas indagações, o ilustre constitucionalista destaca que seu estudo se fundamenta em uma tese principal e outra acessória, conforme se verifica *in verbis*:

A tese principal é a de que um conjunto de princípios constitucionais impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero. A tese acessória é a de que, ainda quando não fosse uma imposição do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia. Como as características essenciais da união estável previstas no Código Civil estão presentes nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o tratamento jurídico deve ser o mesmo.

Após contextualizar essas indagações investigativas, o autor passa a discorrer sobre os princípios constitucionais norteadores das decisões alusivas ao direito dos casais homoafetivos, razão pela qual, face a importância do artigo do ministro, o mesmo será tomado como referência principal neste capítulo do trabalho de conclusão, ainda que agregando ao pensamento do constitucionalista outras luzes de autores diversos.

O ministro assevera que “os princípios são a expressão jurídica dos valores e dos fins de uma sociedade. Neles estão contidos os direitos fundamentais, não apenas como direitos subjetivos, mas, igualmente, como uma ordem objetiva de valores que deve inspirar a compreensão e a aplicação do Direito” (BARROSO, 2011).

Para compreender melhor essa temática, é pertinente reconhecer as importantes transformações contundentes na estrutura sócio-jurídica do Direito de Família no Brasil, notadamente com o advento da Constituição Cidadã, foram tantas, que estas passaram a ser entendidos como direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Por outro lado, a realidade social revelou que para além da reconhecida união estável heterossexual, havia pessoas do mesmo gênero estruturando casais homoafetivos, convivendo na condição de companheiros ou companheiras, unidos/as pelo afeto, pelo sentimento comum de pertencimento a um núcleo familiar.

Neste cenário, é presumível que as pessoas envolvidas se prestam a ajuda mútua, notadamente emocional e financeira, construindo patrimônio e revelando à sociedade a natureza desta nova estrutura familiar para além do casamento heterossexuais.

Destaca-se, neste sentido, que o afeto sexual entre os indivíduos não é requisito essencial à caracterização da família, favorecendo a que outros núcleos gozem desta conceituação, a exemplo de irmãos ou os filhos com um dos pais. Assim, ainda que exista um vácuo normativo que regule os casamentos homoafetivos, este aspecto não pode ser considerado como uma barreira intransponível ao reconhecimento de uma relação jurídica emergente.

Pelo exposto, a harmonização de fontes normativas, indispensável à efetividade de direitos, indica que o ordenamento jurídico se orienta a partir da principiologia constitucional, se contrapondo à “apatia” do legislador.

Neste contexto, Poli e Poli (2013) destacam que nesta reflexão, não cabe incluir a família em molduras estanques. Acrescentam que o “modelo de família atual é aquele em que impera a preocupação com a felicidade individual de seus membros e a plena realização da pessoa, com vistas à promoção da dignidade, vértice de todo o ordenamento constitucional”.

É certo que a estrutura familiar tradicional, entendida como única e definitiva, já não se coaduna com a realidade da sociedade hodierna. Isso impôs a reconstrução das categorias do Direito de Família e da própria família, buscando a promoção e a realização espiritual, social e econômica da pessoa humana, afastando qualquer forma de discriminação entre os indivíduos. Como desdobramento, se buscou a legitimação das entidades familiares atípicas, que não se enquadravam na concepção heteronormativa tradicional, tendo sido fundante nos avanços o arcabouço constitucional contemporâneo mais amplo.

Fica evidente que apesar do alcance normativo dos códigos, estes instrumentos jurídicos não se mostraram suficientes para alcançar todas as relações jurídicas, a exemplo dos casamentos homoafetivos, razão pela qual se fez determinante buscar um necessário enlace dialógico entre o Código Civil e a Constituição da República, objetivando alcançar princípios comuns, que pudessem equilibrar os direitos fundamentais, as regras institucionais e os valores codificados,

visando garantir os direitos das pessoas que compõem estes novos arranjos familiares – os casais homoafetivos.

Assim, a Constituição Federal ganha novo status, na medida em que influencia nas relações jurídico-civis. É neste contexto que os princípios constitucionais representaram a argamassa fundante da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), de 5 de maio de 2011 nos termos da ADPF 132.

Neste sentido, os princípios constitucionais que consolidam os direitos fundamentais, previstos em várias partes da Constituição da República Federativa, principalmente nos cinco primeiros artigos, materializam os direitos humanos no ordenamento pátrio, sendo de aplicação imediata, não carecendo de regulamentação para serem efetivados, cabendo a hipótese, inclusive, resguardar direitos implícitos, isso porque, a proteção que a Constituição Federal determinou às entidades familiares, bem como a análise da realidade familiar numa perspectiva interdisciplinar, permite ao operador do direito observar as mudanças ocorridas no contexto social e aplicar às relações familiares os comandos principiológicos da Carta Magna.

Portanto, o fundamento sobre a possibilidade jurídica de formação da família homoafetiva, encontra o necessário alicerce nos apontamentos doutrinários e jurisprudenciais, assim como nos princípios constitucionais da liberdade, de igualdade e de respeito às singularidades e às diferenças.

A Constituição busca integrar no seio da sociedade todos os cidadãos, ao ser enfática em vetar qualquer discriminação em nosso ordenamento jurídico, por isso, acabou conferindo proteção estatal às entidades familiares formadas por homem e mulher. É impossível que o direito regule todas as situações que podem gerar ameaça ou violação aos direitos constitucionais, por isso, a não regulamentação das famílias homoafetivas não tira os seus direitos fundamentais resguardados pela Constituição, uma vez que não há norma proibitiva expressa sobre o relacionamento homoafetivo. Feitas estas considerações introdutórias, se pretende refletir sobre os princípios constitucionais que balizam o direito dos casais homoafetivos.

5.1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

É sabido que a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e condena toda e qualquer de forma de preconceito e discriminação. Desde o preâmbulo da Carta Magna, que se enuncia este princípio com o objetivo de constituir uma sociedade fraterna, pluralista e livre de preconceitos, capaz de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, *caput*, sobre o princípio constitucional da igualdade, perante a lei, da seguinte forma:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

O princípio da igualdade estabelece que qualquer cidadão deve gozar de tratamento isonômico pela lei, sendo vedadas as diferenciações arbitrárias e absurdas, não convergentes com os valores da Constituição Federal.

Neste contexto, Barroso (2011) assevera: “a Constituição é refratária a todas as formas de preconceito e discriminação, binômio no qual hão de estar abrangidos o menosprezo ou a desequiparação fundada na orientação sexual das pessoas”.

Ao refletir sobre o Princípio da Igualdade, Fachin (1996), assevera que:

Em momento algum pode o Direito fechar-se feito fortaleza para repudiar ou discriminar. O medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos jurídicos que emergem das parcerias de convívio e de afeto. Esse é um ponto de partida para desatar alguns ‘nós’ que ignoram os fatos e desconhecem o sentido de refúgio qualificado prioritariamente pelo compromisso sócio-afetivo (FACHIN, 1996).

Essa igualdade estabelecida na Constituição Federal se refere aos direitos e às garantias fundamentais do ser humano, permitindo a todos exigir do Estado que não haja distinção entre pessoas em razão do sexo, da cor, da raça, da religião, da orientação sexual. Ou seja, este princípio impõe que todas as pessoas devem ser tratadas com o mesmo respeito, tanto pelo Estado quanto pela própria sociedade, cabendo ao Estado o dever de garantir a efetividade deste direito.

Não é difícil de constatar que o Princípio da Igualdade nem sempre é respeitado quando se trata dos homossexuais, posto que muitas vezes são impedidos de gozarem de algum direito devido ao preconceito e à discriminação, face ao modo de vida que levam, comprometendo e até prejudicando a busca da realização existencial.

O tratamento desigual se configura quando o heterossexual tem amplas condições para constituir uma família ou uma união estável, sob a proteção do Estado, enquanto que ao homossexual, esse direito é negado, sem qualquer justificativa aceitável (STF, ADPF 178, 2009, p. 10).

Affonso Angeluci *et al.* (2014), destacam se “observa uma espécie de violação ao princípio da igualdade, pois se todos são iguais perante a lei, todos têm o direito de se relacionar e constituir uma união ou até mesmo uma família com a pessoa que se identificarem seja do mesmo sexo ou não”.

Ainda sobre esse tema, assevera os autores citados:

A Constituição brasileira traz consigo a ideia de uma sociedade justa, fraterna e sem preconceitos, porém, não é o que vinha ocorrendo na realidade devido à interpretação constitucional e da própria legislação brasileira que, deixando margens à variada possibilidade de aplicação, poderia fundamentar apenas a proteção das relações heterossexuais, o que implicaria a transgressão do princípio da igualdade. (AFFONSO ANGELUCI *et al.*, 2014)

Foi com base nessa reflexão que se consubstanciou a decisão do STF, quando destacou:

[...] não há qualquer diferença entre negar ao gay ou à lésbica a possibilidade de constituir família com pessoa do mesmo sexo, e vedar que o homem ou mulher heterossexual façam o mesmo, mas com indivíduos do sexo oposto. Em ambos os casos, trata-se de impedir a constituição legal do único tipo de entidade familiar que faria sentido para cada uma destas pessoas, em razão da sua própria identidade (STF, ADPF 178, 2009, p. 11).

A Constituição brasileira traz consigo a ideia de uma sociedade justa, fraterna e sem preconceitos, porém, não é o que vinha ocorrendo na realidade devido à interpretação constitucional e da própria legislação brasileira que, deixando margens à variada possibilidade de aplicação, poderia fundamentar apenas a proteção das relações heterossexuais, o que implicaria a transgressão do princípio da igualdade.

O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual. Neste sentido, o ilustre

constitucionalista Nery Júnior, destaca: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. (NERY JUNIOR, 1999, p. 42).

5.2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Outro Princípio se insere como determinante na reflexão sobre a garantia de direitos aos casais homoafetivos – o da Dignidade da Pessoa Humana. A inclusão deste princípio como um dos fundamentos da República, se constitui numa verdadeira cláusula geral de tutela e de promoção da pessoa humana, e repercute na não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que derivados dos princípios preconizados pelo texto da Constituição Federal.

Ingo Wolfgang SARLET (2001), conceitua dignidade da pessoa humana como sendo uma “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”.

Neste sentido, é possível compreender que a negativa do Estado em reconhecer os novos arranjos familiares, notadamente dos casais homoafetivos, atenta contra os princípios e os valores constitucionais, fundantes do Estado Democrático de Direito, ao violar os direitos fundamentais dos indivíduos de autodeterminação à própria vida. Azevedo, para o qual a dignidade da pessoa humana serve como propulsão à intangibilidade da vida humana, dela defluindo como consectários naturais o respeito à integridade física e psíquica das pessoas, a admissão de pressupostos Poli e Poli (2013), destacam que:

A promoção da dignidade humana há de ser efetivada não somente no âmbito individual, íntimo, mas deve ser garantida socialmente, no exercício da autonomia privada, prestigiando-se autodeterminação, a liberdade de escolha na constituição, manutenção, extinção e comunhão de vida instituída pelo indivíduo no seio do núcleo que este define como família.

Portanto, considerando que o princípio da dignidade humana é um direito de todos e deve ser assegurado pelo Estado, também deve ser garantido aos homossexuais. Assim sendo, o não reconhecimento jurídico de uma união

constituída no contexto de uma entidade familiar diferenciada da família tradicional heteronormativa, implica na inobservância desse princípio. Esse foi o sentir da decisão do STF, quando afirmou:

[...] Por um lado, ela priva os parceiros homossexuais de uma série de direitos importantes, que são atribuídos aos companheiros na união estável: direito a alimentos, direitos sucessórios, direitos previdenciários, direitos no campo contratual, direitos na esfera tributária, etc. Por outro, ela é, em si mesma, um estigma, que explicita a desvalorização pelo Estado do modo de ser do homossexual, rebaixando-o à condição de 2º classe (STF, ADPF 178, 2009, p. 20)

Desse modo, se constata que os homossexuais ao serem privados desse princípio constitucional, serão privados, conseqüentemente, de uma vida digna, com respeito e de qualidade. É possível asseverar, também, que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo gênero como entidade familiar diferenciada da família tradicional heteronormativa, constitui violação a um direito fundamental, que é essencial no princípio da dignidade da pessoa humana, que estabelece que toda pessoa necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade. Sem este reconhecimento, ela perde a autoestima (STF, ADPF 178, 2009, p. 21).

Neste contexto, (AFFONSO ANGELUCI *et al.*, 2014), pontuam que:

É essencial esse reconhecimento não só no sistema Judiciário brasileiro, mas também pela sociedade brasileira, haja vista o disposto na Constituição Federal ser um dos objetivos da República Federativa do Brasil a construção de uma 'sociedade livre, justa e solidária'. De nada adianta estar legalmente descrito se a sociedade ainda continuar a discriminar os homossexuais; verifica-se, portanto, a questão envolve um viés legal e o lado do viés social.

5.3. PRINCÍPIO DA OFENSA À PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO

Outro princípio constitucional infringido no contexto dos direitos aos homossexuais é o da ofensa à proibição de discriminação, presente no art. 3º, inc. IV, da Constituição Federal que preceitua como objetivo da República: promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Este princípio é assegurado também pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, em que o Brasil é signatário. Este tratado internacional consagra o direito à igualdade nos seus arts. 2º, § 1º, e 26, ao proibir as discriminações; a vedação, por este tratado, das discriminações motivadas por orientação sexual representa mais uma razão para que a Constituição Federal de 1988 também proíba as mesmas práticas (STF, ADPF 178, 2009, p. 12-13).

Quando a Constituição Federal estabelece a proibição de discriminação por motivo de sexo, na verdade está fazendo uma declaração de proibição de discriminação por orientação sexual explícita. A discriminação por motivo de orientação sexual pode ser entendida como uma espécie de discriminação por motivo de sexo.

Assim, observa-se que a discriminação por orientação sexual fere não só um dos princípios constitucionais como também um direito garantido internacionalmente, sendo danosa à construção da pessoa na sua expressão máxima expressão: a dignidade humana.

5.4 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Por outro lado, o princípio da liberdade também é ofendido pelo não reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, a Princípio da Liberdade é um dos mais importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito, estando diretamente associado ao reconhecimento e à proteção da liberdade individual.

De acordo com esse princípio, cada pessoa tem o direito de liberdade de escolha, de se autodeterminar da maneira que desejar. Portanto, se duas pessoas do mesmo gênero decidem compor um arranjo familiar, alicerçado num projeto de vida comum, está exercendo o direito de autodeterminação, cabendo ao Estado e a sociedade respeitar esta autonomia privada.

Logo, o não reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo gênero, implica na impossibilidade do homossexual em viver com dignidade, demonstrando, sem prejuízos, a orientação sexual, exercendo a liberdade e desenvolvendo a personalidade.

5.5 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À SEGURANÇA PÚBLICA

No mesmo contexto, também há violação ao princípio da proteção à segurança jurídica fundamentada no *caput* dos arts. 5º e 6º da Constituição Federal. É certo que a incerteza sobre o entendimento jurisprudencial a propósito de determinadas questões pode ser um elemento fomentador de intranquilidade e de insegurança na sociedade e nas pessoas, que devem ser evitadas. Essa é a situação vivida pelas pessoas do mesmo sexo que constituem um casal homoafetivo, posto que a indefinição do enquadramento jurídico desta união, inclusive alimentada por decisões judiciais conflitantes.

Essa insegurança jurídica, decorrente da inexistência de uma prévia definição sobre o regime jurídico dessas entidades, promove uma imprevisão não somente para os próprios homossexuais como para terceiros, revelando o quanto é determinante a definição do regime jurídico, com respeito à diferença, para que haja a segurança jurídica dos partícipes das uniões de pessoas do mesmo sexo, e, inclusive, para com terceiros.

Feitas essas reflexões, é possível resumir que a decisão do STF se fundamentou, basicamente, no princípio da dignidade humana como substrato legal para a liberdade de orientação sexual e na proibição constitucional às discriminações face à orientação sexual.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como ressaltado no presente trabalho, em 2011 o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a reconhecer, por unanimidade, a união estável entre casais do mesmo gênero (sexo) como entidade familiar.

Assim, os homossexuais puderam ter os mesmos direitos previstos na lei 9.278/1996, a Lei de União Estável, que considera como entidade familiar “a convivência duradoura, pública e contínua”.

Essa conquista conferiu à comunidade LGBT mais energia para pressionar o STF por uma conversão da união estável ao casamento civil, como já é previsto no Código Civil para casais heterossexuais. E em 2013, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) aprovou uma jurisprudência que determinava que os cartórios pudessem realizar, também, o casamento civil para casais homossexuais.

No que concerne aos direitos matrimoniais, a questão é mais simples quanto aos direitos atribuídos à união de duas pessoas mesmo gênero (sexo), isso porque a justiça confere ao casal LGBT os mesmos direitos de um casal heterossexual. Entre estes direitos estão o direito à adoção, à herança e à pensão, ao seguro de saúde, à conta conjunta, ao compartilhamento de propriedade etc.

No entanto, como refletido ao longo deste estudo, apesar da decisão do STF representar um marco na história do ordenamento pátrio no que se refere à evolução

na garantia dos direitos dos homossexuais, o inicial questionamento, suscitado a partir do drama Shakespeariano, é aqui retomado:

Afinal, o Direito brasileiro avançou no sentido de objetivar o entendimento do STF, com vistas à plena garantia de direitos ao(a) companheiro(a) nas uniões homoafetivas, favorecendo a cidadania plena? *“Ser ou não ser, eis a questão”*.

A resposta é negativa, posto que, se por um lado houve uma clara tomada de posição no campo da jurisprudência com a decisão do STF, uma longa caminhada ainda se trilhará no sentido de que o Poder Legislativo possa superar os “ranços” do preconceito e do conservadorismo ainda dominantes na Sociedade brasileira, inclusive alicerçados nos dogmas das religiões hegemônicas e na moral estabelecida.

Neste sentido, se conclui que a garantia do casamento homoafetivo no Brasil pela justiça sem a devida proteção em Lei representa uma lacuna para proibições e decretos que possam ser efetivadas pelo Presidente da República que podem, inclusive, sobrepor as decisões do STF. É por essa razão, a aprovação do projeto de Lei se reveste de especial importância da para a comunidade LGBTQIA+.

A inexistência de instrumento normativo no direito brasileiro que o proteja, vulnerabiliza o instituto do casamento homoafetivo e segue inserindo a temática num contexto legal e social polêmico, posto que o tratamento desigual pelo ordenamento jurídico é explícito, uma vez que as decisões a respeito deste instituto para os casais homoafetivos são embasadas em tênues alterações de leis e de jurisprudências.

Pelo exposto, fica claro que a união entre pessoas do mesmo gênero (sexo) carece de uma solução jurídica urgente, uma vez o tratamento desigual afronta princípios basilares do Estado Brasileiro, considerando que os novos arranjos familiares necessitam ter os direitos fundamentais assegurados, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Não é de se desconhecer que o Judiciário brasileiro tem decidido casos concretos, submetidos à sua avaliação. Esse fato por ser considerado como algo pequeno aos olhos de quem não vive o preconceito no dia a dia. No entanto, é celebrado como uma conquista para os casais homoafetivos, posto que, ao equiparar as uniões, a decisão jurídica de 10 anos atrás também impulsionou, aos olhares da sociedade, uma imagem de "naturalidade" aos casais homoafetivos,

contribuindo, ainda que de forma bastante tímida, para que a sociedade encarasse com mais respeito às uniões estáveis entre pessoas do mesmo gênero (sexo).

Apenas como complementação, vale como registro conclusivo asseverar que em 2010, 576 casais formados por pessoas do mesmo gênero (sexo) registraram a união estável no Brasil. Brigaram na Justiça para que suas relações fossem reconhecidas. Em 2020, esse número aumentou para 2.125— agora em cartório, sem a necessidade de ações judiciais. Assim, o direito que foi garantido há dez anos, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que, por unanimidade, reconheceu a união estável de casais do mesmo gênero (sexo), segue se consolidando como procedimento que garante direitos a um segmento social historicamente discriminado e até violentado.

Uma década depois, o número desses registros cresceu 269%. Há ainda os de casamento homossexual – direito que veio depois, após resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2013. Desde então, até abril deste ano, o país registrou 54.757 casamentos homoafetivos, segundo a Associação de Registradores de Pessoas Naturais do Brasil.

Finalmente, se demonstra a necessidade da regulação de tais direitos e do consequente amparo jurisdicional, pois somente com a garantia jurídica dos direitos, os casais homossexuais deixarão de ser vítimas de uma sociedade marcadamente preconceituosa e conservadora.

REFERÊNCIAS

- ANGELUCI, C. A; DAIANI, D. J; NASCIMENTO, R. D. A relação homoafetiva e os princípios constitucionais: uma leitura a partir do julgamento da ADI n.4277. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVIII, n. 62, p. 71-78, jan./abr. 2014 p.71-78.
- ARAÚJO, G. F. **O papel estratégico da mídia na formação da opinião pública: o caso da aprovação da “união civil homoafetiva” no Brasil.** 2013. Disponível em: Acesso em: 25 ago. 2021. http://compolitica.org/novo/anais/2013_GT06-GilvanFerreiraDeAraujo.pdf
- ARIÈS, P. **A História social da criança e da família.** Rio de Janeiro: LTC, 1981.
- BARROSO, L. R. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC.** n. 17 – jan./jun. 2011. p.105-137.
- BUTLER, Judith. **Problemas de gênero. Feminismo e subversão de identidade.** Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro:Civilização Brasileira, 2010.
- CARVALHAES, F. F.; MANSANO, S. R. V. R. Mulheres e lutas políticas: conquistas e limites vividos na segunda metade do século XX. **INTERthesis**, Florianópolis, v. 13, n. 2, p. 141-164 maio/ago. 2016.
- COSTA, J. M.; DIAS, C. M. S. B. **Famílias recasadas:** mudanças, desafios e potencialidades. *Psicologia: Teoria e Prática*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 72-87, 2012.
- CUNHA, G. L. A; MOREIRA, J. A. M. **Os efeitos jurídicos da união homossexual.** Porto Alegre: Data Certa, 1999.
- CUNHA, H. L. **Diferenças neurobiológicas e cognitivas entre homossexuais e heterossexuais.** Monografia apresentada à Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG Belo Horizonte – MG. Belo Horizonte – MG, 2011, 44p.
- DIAS, Maria Berenice. B. **União homossexual: o preconceito e a justiça.** 3 ed. Livraria do Advogado Editora: 2006, 184 p. São Paulo.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 8 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011
- FACHIN, L. E. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. **Revista dos Tribunais.** 732:47, 1996, p. 53
- FÉRES-CARNEIRO, T. **Casamento contemporâneo:** o difícil convívio da individualidade com a conjugalidade. *Psicologia: reflexão e Crítica*, v. 11, n. 2, p. 379-394, 1998.
- FREYRE, G. **Casa-Grande & Senzala.** 50. ed. São Paulo: Global Editora. 2005.

GUIMARÃES, F. R. **Como fazer? Diretrizes para a Elaboração de Trabalhos Monográficos**. 6 ed. (Revisada e ampliada). Leme/SP. EDIJUR, 2017, 216p.

HINTZ, H. C. Novos tempos, novas famílias? Da modernidade a pós modernidade. **Pensando Famílias**, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 8-19, 2001.

IBGE. Censo demográfico 2010: *resultados gerais da amostra*. Rio de Janeiro, 2012.

NERY JÚNIOR, N. Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999. p.42

POLI, L. C; POLI, L. M. A família contemporânea: reflexões sobre o casamento homoafetivo à luz dos princípios constitucionais. **Nomos**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. v. 33.1, jan./jun. 2013p. 165-186.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001 pag. 32

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 43. Ed. rev. e atua. Imprensa; Salvador, JusPODIVM, São Paulo, Malheiros, 2020. 936p.

TREVISAN, J. S. (2002). **Devassos no paraíso**. Rio de Janeiro/ São Paulo: Editora Record, 1986.