

MARIA HELOISA AMORIM DE JESUS

**UNIÃO HOMOAFETIVA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS
HUMANOS**

CURSO DE DIREITO- UniEVANGÉLICA
2024

MARIA HELOISA AMORIM DE JESUS

**UNIÃO HOMOAFETIVA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS
HUMANOS**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEVANGÉLICA, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Me Rivaldo Jesus Rodrigues.

ANÁPOLIS – 2024

MARIA HELOISA AMORIM DE JESUS

**UNIÃO HOMOAFETIVA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS
HUMANOS**

Anápolis, _____ de _____ de 2024.

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos amigos, parentes e minha orientadora e aos meus pais que sempre me apoiaram e deram-me condições para fazer este curso.

A Deus que me deu forças e motivação nas horas difíceis de cansaço e desânimo, mostrando-se sempre como a base da minha vida.

“O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante”
(Max Scheller).

RESUMO

A família é considerada como o núcleo central da sociedade e, em razão de sua grande relevância é que o poder judiciário tem o compromisso de resolver de maneira célere e com bastante responsabilidade os litígios que emergem de conflitos sobre a temática, enquanto ao legislativo incube dar respostas legais mais eficazes aos problemas cotidianamente noticiados que envolvem as relações homoafetivas. Por outro lado, considerando que a sociedade é dinâmica por natureza e, portanto, evolui de maneira constante, é ainda mais relevante que o Estado esteja atento a esses movimentos a fim de progredir no sistema de proteção à família, notadamente, à família homoafetiva que se encontra em situação vulnerável. Diante desse cenário, importante ressaltar que recorrentemente o conceito de família se alarga para atender aos novos anseios da sociedade, que não reconhece no casamento heterossexual a forma única de constituição familiar, consoante consagrou a Constituição Federal de 1988 e demais normas brasileiras. A união homoafetiva foi, nos últimos anos, uma importante consagração dos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e da dignidade humana, cuja aplicação restou reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do julgamento da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132.

Palavras-chave: União. Homoafetiva. STF. Família. Princípios.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO I – NOVOS MODELOS DA FAMÍLIA BRASILEIRA	09
1.1 Família no Direito Romano	09
1.2 Família no Direito Canônico	11
1.3 Família no Direito brasileiro	12
CAPÍTULO II – DIREITO DE FAMÍLIA E PRINCÍPIOS APLICÁVEIS.....	19
2.1 Dos tratos internacionais como fundamento da dignidade da pessoa humana ..	20
2.2 Constitucionalização do direito das famílias e os princípios aplicáveis.....	23
CAPÍTULO III – UNIÃO HOMOAFETIVA	29
3.1 Conceito de família homoafetiva e a luta pelo seu reconhecimento.....	29
3.2 Análise do julgamento do STF.	
CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS	40

INTRODUÇÃO

A ideia desse trabalho é tratar das União Homoafetiva sob o enfoque dos direitos humanos, fazendo remissões, no âmbito internacional, à Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), no qual têm como objeto maior proteger os direitos e liberdades individuais de quaisquer pessoas, englobando, mesmo que de forma implícita, a proteção à livre manifestação da sexualidade, além da Convenção Americana de Direitos humanos (1979), da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), no Pacto de San José da Costa Rica (1969), no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) entre outros; no âmbito jurídico brasileiro, os direitos humanos estão positivados na Carta Magna de 1988 que reconheceu em texto legal os direitos fundamentais da liberdade e igualdade, devendo ambos sem hesitação serem aplicados a todos, os quais são possuidores de direitos.

Diversos tratados foram formulados com o desejo de resguardar os direitos dos indivíduos que não se incluía na heteronormatividade imposta pela sociedade. Os direitos sexuais, tal como a expressão da orientação sexual afetiva, desempenham parte do rol de direitos humanos, fundamentados na liberdade de cada pessoa particular, na dignidade e na igualdade entre todos os seres humanos. A concretização desse direito humano sofreu, ao longo dos anos, duras batalhas até a sua concretização, isso porque a sociedade brasileira, moldada pelo pensamento da família patriarcal romana e da família tradicional do direito canônico, não reconhecia a união entre pessoas do mesmo sexo como válida e apta a gerar efeitos no mundo jurídico.

Diante de uma legislação omissa, coube a judiciário, por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, pelo Supremo Tribunal Federal, declarar a união homoafetiva como entidade familiar, em prestígio à dignidade humana, ao direito à felicidade e à vedação da discriminação.

CAPÍTULO 1 - NOVOS MODELOS DA FAMÍLIA BRASILEIRA

Ao se pretender tratar do pluralismo das entidades familiares no Brasil, notadamente, ante a urgência em garantir o reconhecimento da união homoafetiva como instituição igualmente amparada pelas normas protetivas do Direito das Famílias¹, importante fazer uma breve incursão histórica sobre a evolução dos modelos da família para que seja possível uma compreensão dos alicerces atuais, no qual é ainda fortemente arraigado na sociedade que o modelo familiar “ideal” (e, portanto, correto), é aquele formado da união do homem e da mulher.

As primeiras formações sociais se firmavam no intuito da mera sobrevivência, uma vez que a força estava, naquele momento, vinculada à quantidade de pessoas que compunham o grupo e, portanto, quanto mais unidades, mais fácil seria passar pelas adversidades. Sendo assim, o primeiro fator agregador das relações humanas era o auxílio mútuo e a ideia de perpetuar a espécie (Azevedo, 2002).

Com o passar do tempo, as relações sociais começaram a se estruturar melhor e a ocupar posição de cada vez mais respeito e relevância, deixando de ter aquela característica inicial de mero instrumento de sobrevivência em grupo. Para Arnold Wald (2004), a sociedade brasileira teria sido basicamente influenciada por dois modelos históricos, sendo eles a romana e a canônica; motivo pelo qual o presente trabalho se restringirá a abordagem destas.

¹ Famílias no plural em razão da lição de Maria Berenice Dias (2016), para a qual a pluralidade atual de entidades reconhecidas como família impõe uma nomenclatura mais abrangente.

1.1 Família Romana

A família romana era formada por um conjunto de pessoas ligadas entre si por laços de parentesco, tendo como líder o ancestral homem mais velho, a quem competia o encargo dos cultos aos antepassados. Essa formação familiar romana era complexa e a figura denominada de “pai” era, na verdade, este ancestral vivo mais velho podendo, portanto, corresponder *v.g.* ao avô ou bisavô, conhecido como pater ou patriarca, que sozinho era também o julgador e administrador desse grupo de pessoas denominado de “gens”, cujo afeto não era o fator predominante para a união (Wald, 2004).

A família era, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. Inicialmente, havia um patrimônio só que pertencia à família, embora administrado pelo pater. Numa fase mais evoluída do direito romano, surgiam patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do pater (Wald, 2004, p. 57).

Caso o patriarca viesse a falecer, o poder não era transferido a esposa ou filhas, mas sim a um primogênito ou homem que pertencesse ao grupo familiar, uma vez que era vedado à mulher ocupar a posição de comando da “gens”. Assim, a família era entendida em um sentido mais amplo para denominar todos aqueles que estavam sob o comando do patriarca que, para perpetuar aquela linhagem familiar, tinha que ser o homem, uma vez que a mulher, ao se casar, passava a integrar o núcleo familiar do esposo. (Venosa, 2006).

Importante reforçar que o pater gozava de grandes poderes como o direito ao abandono, ao prejuízo e também da vida e morte, sendo que o Estado Romano se mostrava permissivo com essa formação familiar, não interferindo nas resoluções do pater.

[...] O Estado Romano quase não interferia no grupo familiar, sendo este de responsabilidade do pater que exercia uma jurisdição paralela à estatal, autorizada pelo próprio Direito Romano. O homem

exercia seu poder na família, assim como o Imperador o fazia no vasto Domínio Romano, existindo entre eles, o pater e o Imperador, uma correlação, já que se acreditava que a família era a representação celular do Estado. A família neste momento histórico era uma unidade política, jurídica, econômica e religiosa que se erigia em torno da figura masculina. (Ribeiro, 2002, p. 1).

Esse modelo de família patriarcal romana perdurou por longos séculos e foi fundamental para a formação de outras sociedades, notadamente a ocidental, que “existiu por um longo tempo sob o tipo patriarcal, no Brasil, o modelo familiar contemporâneo retrata a organização institucional da família romana”, principalmente porque naquele momento é que a união havida entre o homem e a mulher passou a ser de interesse dos organismos jurídicos (Maciel, 2006, p. 67).

1.2 Família no direito canônico

No século V se observa um enfraquecimento do poder de Roma com conseqüente deslocamento para os domínios da Igreja Católica Romana que edificou o direito canônico baseado na dualidade entre laico e religioso, o qual perdurou até o século XX (Corrêa, 1999).

Assim, durante a Idade Média, a Igreja Católica exerceu completo domínio sobre a sociedade, de modo que as regras canônicas ditavam a formação familiar no período, sendo que, nesta fase, a família formada pelo casamento passou a angariar ainda maior prestígio na sociedade, uma vez que o núcleo familiar, considerado como uma célula básica da Igreja, foi erigido a um *status* de sacralidade (Wald, 2004).

O divórcio e a poligamia eram práticas rechaçadas pela Igreja Católica, posto que iam em desencontro à concepção da sacralidade do matrimônio e, portanto, contra a índole do ideal de família, cuja união era indissociável “até que a morte os separe”.

Havia uma divergência básica entre a concepção católica do

casamento e a concepção medieval. Enquanto para a Igreja em princípio, o matrimônio depende do simples consenso das partes, a sociedade medieval reconhecia no matrimônio um ato de repercussão econômica e política para o qual devia ser exigido não apenas o consenso dos nubentes, mas também o assentimento das famílias a que pertenciam.

O direito canônico fomentou as causas que ensejavam impedimentos para o casamento, incluindo as causas baseadas na incapacidade de um dos nubentes como eram: a idade, casamento anterior, infertilidade, diferença de religião; as causas relacionadas com a falta de consentimento, ou decorrente de uma relação anterior (parentesco, afinidade) (Wald, 2004, p. 13)

A evolução do direito canônico resultou na teoria das causas de nulidades e critérios para separação de corpos e patrimônio que, inegavelmente, até hoje influenciam na produção legislação no direito brasileiro.

O casamento civil só foi instituído em 1767 na França, sendo que, naquele momento, somente se reconhecia o casamento religioso que, até então, não tinha um viés de afetividade, mas da simples união econômica e social visando a manutenção familiar.

1.3 Família no direito brasileiro

Na Constituição Federal do Império de 1884, a família ainda não tinha tutela específica, sendo que somente por meio da Constituição Federal de 1934 é que a família passou a ter amparo por normas próprias, embora não se possa dizer, naquele momento, que as normas tivessem grande alcance.

No código civil de 1916 a família tinha suas bases no conceito histórico da família romana que, como se sabe, era formado com bases no patriarcado tendo como base fundamental a autoridade de um ascendente homem e no qual a mulher era uma figura que não poderia ter poder de comando dentro da entidade familiar, devendo se manter subordinada aos desígnios do marido (Gonçalves, 2011).

A família, sob essa ótica patriarcal, era também vista como uma entidade

vocacionada à reprodução e não propriamente ao afeto e à concretização da felicidade das partes. Além do mais, a família era voltada ao viés patrimonial, sofria com a hierarquia entre os entes e era construída pelo matrimônio, portanto, família patriarcal, matrimonializada e hierarquizada (Gonçalves, 2011).

Assim, historicamente a família esteve vinculada a uma noção de procriação, certamente fruto dessas raízes históricas do direito canônico que teve grande influência na formação da sociedade brasileira. Essa estrutura patriarcal somente começou a definhir na metade do século XIX quando começam a emergir outras formas de configurações familiares que foram marcas da modernidade.

A Revolução Industrial é um desses pontos nevrálgicos para mudar a posição da mulher da sociedade, uma vez que, na medida em que passam a exercer trabalho remunerado, houve um movimento de desagregação familiar que foi potencializado pelo êxodo rural.

Associado a isso, a Revolução Tecnológica e a luta das mulheres por igualdade também foram grande responsável por romper com esses ciclos “tradicionais” da mulher dentro das relações familiares, buscando uma ordem social democrática no contexto familiar.

Outrossim, o pós-positivismo chegou dentre desse contexto histórico de movimentação das performances sociais e, ao seu lado, buscou aproximar direito e moral por uso de princípios mezinhos como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da afetividade, da não discriminação e do pluralismo familiar.

É no contexto da promulgação da Constituição Federal de 1988 que houve efetiva tutela do Direito das Famílias, em um movimento denominado de constitucionalização do direito de família, pelo qual esse núcleo da sociedade mereceu especial atenção do constituinte. Pela primeira vez houve o reconhecimento da união estável (art. 226, § 3º, CF/88), o que representou grande marco evolutivo na medida em que retirou da predominância exclusiva do casamento a formação de um núcleo familiar.

O alargamento conceitual da família [...] permitiu o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias, garantindo a mesma

proteção reservada ao casamento, e assim, modifica de maneira revolucionária o entendimento do Direito de Família, que antes só reconhecia os relacionamentos oriundos do casamento (Boente, 2012, p. 21).

Muito embora a Constituição Federal tenha trazido inúmeras inovações quanto ao alargamento do conceito de família, todavia, não conseguiu reduzir o tratamento desigual que persistia dentro do nosso ordenamento jurídico, isso porque reproduziu frases como “união entre homem e mulher” que não coaduna com a sociedade atual, tampouco com a inspiração da norma que é garantir que as partes exerçam plenamente o seu direito à afetividade.

Nesse sentido, um ponto que merece ser destacado com esse movimento de constitucionalização do direito de família e as normas erigidas à Constituição Federal sobre a família é que a afetividade passou a ter papel importante no reconhecimento da família, como trata Maria Berenice Dias (2011, p. 44-45):

O novo modelo de família funda-se sobre os pilares de repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

O desejo de ser feliz, se realizar dentro da relação e exercer a afetividade ganhar relevo especial ao se falar das famílias atuais, de modo que, a extensão de conceitos promovida pela Constituição Federal permitiu a luta por inserções e reconhecimentos judiciais de diversas formações familiares.

Outro ponto que merece destaque é que houve uma evolução do entendimento da família como unidade econômica para um conceito de socioafetividade em que se almeja dentro da relação uma proteção da personalidade da pessoa em que a função social da família passa a ser uma busca constante dentro da relação formada.

Quanto ao Código Civil de 2002, embora não tivesse trazido grandes evoluções à matéria trouxe, todavia, melhores adequações a alguns dispositivos constitucionais, especialmente quanto à ampliação da pluralidade de entidades familiares, senão vejamos:

A partir de então, a conceituação de família foi ampliada, reconhecendo-se a possibilidade de sua origem na informalidade, na uniparentalidade e, principalmente no afeto. Tornou-se irreversível a pluralidade das entidades familiares (art. 226, §§ 1º, 3º e 4º, da CF/88) (Maciel, 2006, p. 68).

Importa observar que o direito brasileiro não goza de uma ideia central que norteie o entendimento sobre a ideia de família, de modo que, considerando o contexto no qual o tema é refletido, este pode sofrer alargamentos ou estreitamentos para se adequar ao caso concreto.

Por vezes, no mesmo sistema, a noção de família sofre um alargamento de natureza econômica, como ocorre na Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91), ao proteger como sucessores do locatário as pessoas residentes no imóvel que viviam na dependência econômica do falecido (art. 11, I); em outras oportunidades, a lei restringe o alcance do conceito familiar apenas a pais e filhos (art. 47, III) (Venosa, 2006, p.1).

Dentro do próprio Código Civil o conceito de família sofre de interpretações mais abrangentes, isso porque da leitura do art. 1.412 § 2º se extrai que “as necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico” (Brasil, 2002).

A ausência de uma ideia central sobre o conceito de família pode trazer certos embaraços aos juristas no momento de aplicação do direito ao caso concreto. Contudo, como leciona Wald (2004) o conceito de família pode ser entendido como a relação entre pessoas pelos laços de parentesco ou conjugal.

Em sentido estrito, família é a formação composta pelos cônjuges e seus filhos (art. 226, § 4º, CF). A relação com o casamento ainda é o centro do entendimento de família, contudo, a atualidade tem demonstrado os novos

fenômenos dos enlaces conjugais como o caso das uniões estáveis.

Também Venosa (2006) afirma que o Direito de família está estritamente ligado a preceitos éticos e morais deixando para plano secundário as relações patrimoniais, “pois são completamente dependentes da compreensão ética e moral da família” (Venosa, 2006, p. 2).

O conceito tradicional da família foi sofrendo alterações ao longo da história e passa a ter características cada vez mais amplas, buscando priorizar os laços de afetividade, uma vez que se reconhece o Direito à Felicidade como um dos corolários lógicos da consecução do primado da Dignidade Humana.

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental (Madaleno, 2015, p. 36).

Assim, a família nuclear (composta pelos pais e seus filhos), passa a dar espaço a outras espécies familiares, como as citadas por Menezes (2019, p. 1):

Família nuclear e família extensa: A família nuclear é compreendida de forma restrita, composta por pais e seus filhos. Por sua vez, a família extensa ou alargada é compreendida como sendo composta também por avós, tios, primos e outras relações de parentesco;

Família matrimonial: A família matrimonial comporta a ideia tradicional de família, constituída a partir da oficialização do matrimônio (casamento). Na lei vigente, a família matrimonial compreende os casamentos civis e religiosos, podendo ser hétero ou homoafetivo;

Família informal: Família informal é o termo utilizado para os agregados familiares formados a partir da união estável entre seus elementos. Esse tipo de família recebe todo o tipo de amparo legal mesmo sem a oficialização do matrimônio;

Família monoparental: As famílias monoparentais são formadas pela criança ou o jovem e apenas um de seus progenitores (pai ou mãe);

Família reconstituída: A família reconstituída é formada quando pelo menos um dos cônjuges possui um filho de um relacionamento anterior;

Família anaparental: São as famílias que não possuem a figura dos pais, onde os irmãos tornam-se responsáveis uns pelos outros. A lei vigente abrange também a formação de um agregado a partir de laços afetivos, como no caso de amigos, onde não há uma relação de parentalidade;

Família unipessoal: As famílias unipessoais cumprem uma função jurídica importante por se tratarem de pessoas que vivem sozinhas (pessoas solteiras, viúvas ou separadas). Essas pessoas recebem amparo legal e não podem ter suas heranças familiares penhoradas pela justiça.

Outras espécies de família que merecem ser citadas são também as eudemonista e a paralela, sendo a primeira representada pela formação de pessoas que se preocupam e buscam a felicidade naquele conjunto nuclear e a outra representada por vínculos simultâneos de uma pessoa com outras duas.

Nessa gama de formações familiares, a união homoafetiva é uma das que merecem amparo especial da norma, uma vez que está amplamente inserida dentre os princípios que sustentam o Direito das Famílias.

Não se vislumbra na legislação uma norma expressa que dê amparo às uniões homoafetivas como se vê no caso da união estável, isso porque tanto a redação do Código Civil quanto a Constituição Federal reproduzem o erro de indicar que a família é composta da união entre homem e mulher, o que impõe interpretações equivocadas e forja a uma luta da população pelo reconhecimento deste direito inerente à sua condição humana.

Essa luta por reconhecimento é mundial e encabeçada pela comunidade LGBTI+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Intersexos e demais minorias sexuais e de gênero) em geral, e busca superar inúmeras barreiras de preconceito, entre elas o direito de contrair união com pessoa do mesmo sexo.

A jurisprudência nos tribunais pátrios foi buscando uma evolução para tentar garantir a concretização da união homoafetiva, embora carregada, de início, de alguns equívocos, como era relacionar a união homoafetiva como sociedade de fato e não de afeto.

Em seus primeiros julgados sobre o tema, o STJ enquadrava a união homoafetiva como uma mera “sociedade de fato” e não

como união estável, muito embora não tenha se dignado a explicar qual seria a “diferença” entre a união heteroafetiva e a união homoafetiva de sorte a “justificar” a discriminação desta relativamente àquela consubstanciada na negativa do regime jurídico da união estável a ela (homoafetiva). Tal postura começou a mudar com julgado do ano de 2008, que reconheceu o cabimento da analogia para reconhecimento da união estável homoafetiva, e a viragem da jurisprudência do STJ ocorreu em definitivo no ano de 2011, com diversos julgados que consolidaram esse entendimento. (Vecchiatti, 2019, p. 597)

Um primeiro marco representativo para a temática ocorreu em decisão do ano de 1998 no julgamento do Resp 148.897/MG no qual se reconheceu essa sociedade de fato e permitiu, a contragosto da sociedade moralista da época, que fosse aplicado um regime jurídico àquela entidade familiar. Entretanto, a decisão colocou a temática sob o enfoque do direito das obrigações e não do direito das famílias.

A jurisprudência a partir de então começou a progredir para buscar dar amparo a essas formações familiares, resultando no reconhecimento da união homoafetiva por meio do julgamento da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132 que será objeto de análise à frente quando será tratado a posição da relação homoafetiva dentro do enfoque dos Direitos Humanos.

CAPÍTULO II – DIREITO DE FAMÍLIA E PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

A desmitificação de crenças, conjuntamente com a edificação de conceitos importantes para a filosofia como o da moral, começou a ser traçado no período axial, compreendido entre 600 a.C. a 480 a.C., era de grandes mestres como Confúcio, Pitágoras, Zaratustra entre outros. Este período marca o início de uma visão igualitária do ser humano como um ente racional e dotado de liberdade, merecendo, por isso, ser objeto de estudo e reflexões com base em uma ética aplicada à sua vida em sociedade (Mazzuoli, 2015).

Bem assim, na medida em que surgem novas compreensões sobre o mundo, urge a necessidade de positivar a relação entre pessoas por meio de leis escritas e não escritas, baseadas (inicialmente) nos costumes e que formariam a base da sociedade. A importância de registrar através da escrita o direito vem precipuamente dos atenienses, para os quais:

[...] a lei escrita é o grande antidoto contra o arbítrio governamental, pois, como escreveu Eurípedes na peça *As Suplicantes* (versos 434-437), “uma vez escritas as leis, o fraco e o rico gozam de um direito igual o fraco pode responder ao insulto do forte, e o pequeno, caso esteja com a razão vencer o grande” (Comparato, 2005, p. 12).

Apesar da importância de positivar as leis, no entanto, outro fator também relevante, como defendia Aristóteles, era a de que a lei fosse para todos, isso é, que se criassem leis universais. Nascia assim mais uma vertente, o sofismo e estoicismo grego, com o intuito de definir o caráter individual do ser humano ligado ao seu papel em sociedade (Comparato, 2005).

Em um segundo estágio, com uma grande influência do direito canônico e escolástico medieval, houve um movimento de negação de tudo aquilo que contradiz o direito natural, de modo que a Igreja Católica retoma a influência sobre como as pessoas se comportam e pensam (Comparato, 2005).

Ademais, chega-se a uma terceira fase, fortemente influenciada pelo pensamento de Immanuel Kant, no século XVIII, para o qual o ser humano é fim em si próprio, isto é, que sua existência não satisfaz o meio e que todo ser humano é único e, portanto, capaz de comportar-se conforme suas próprias ideias. Assim, o homem passa a ser o centro da norma, e, portanto, é em razão deste que o legislador deve editar os preceitos legais (Comparato, 2005).

A transformação conceitual das coisas e das pessoas mudou após o surgimento do sistema capitalista, fortemente arraigado com a ideia de liberdade pública, contudo, ainda gozava de resquícios da escravidão e do feudalismo. A formulação normativa deste período não tem um viés moral, se comparados aos mestres do início do período axial, isso porque a pessoa ou trabalhador era entendido como uma ferramenta, um objeto descartado e usado.

O mundo pós grandes guerras mundiais trouxe a tônica dos direitos humanos novamente ao eixo central de discussões, momento de grande afloramento de normas que influenciaram, sobremaneira, o pensamento das democracias mundiais.

2.1 Dos tratados internacionais como fundamento da dignidade da pessoa humana

De acordo com Mazzuoli (2015), a metodização do direito internacional teve início no tratado de paz de 1648 que deu fim à Guerra de Trinta Anos. Historicamente, esse fato foi o primeiro passo para o processo de internacionalização dos direitos internacionais.

No campo da internacionalização dos direitos humanos, outro fato histórico

importante é a criação da Liga das Nações, que teve início após a primeira Guerra Mundial, cuja finalidade era a de assegurar a integridade dos territórios membros, garantindo a paz e a cooperação entre os membros (Mazzuoli, 2015).

O propósito do direito internacional é a garantia da preservação dos direitos humanitários de qualquer indivíduo, seja qual for sua nacionalidade, cultura, orientação sexual etc. Esse sistema de proteção internacional tem como estrutura, limites globais e regionais, sendo garantido primeiramente pelo sistema das Nações Unidas; é também subdividido pelo sistema Africano, sistema Europeu e sistema Interamericano que, todavia, são conexos entre si, tendo em vista que defendem os mesmos princípios e interesses dos indivíduos (Mazzuoli, 2015).

O sistema de proteção das Nações Unidas garante, de forma vasta, o recebimento de casos de violação de direitos, atuando de forma interdependente, caso algum dos sistemas não tenha dado análise adequada ao fato noticiado.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no âmbito internacional, é um dos documentos fundamentais para a edificação de um conceito padrão básico de respeito às pessoas, tendo sido criado no ano de 1948, logo após o mundo passar pelo fim de uma grande Guerra Mundial. As atrocidades cometidas neste período contra as pessoas foram tão violentas que obrigaram uma reflexão mundial sobre a necessidade de determinar direitos e garantias que cuidassem das pessoas tão somente pela sua condição humana, independente de qualquer outra condição do indivíduo, como a sua nacionalidade, por exemplo.

As garantias fundamentais e os direitos devem respeitar, em última instância, a dignidade da pessoa humana, isso porque devem servir à proteção e desenvolvimento da pessoa e tudo isto, como ressaltado, deve ser independente de qualquer condição, seja ela de raça, credo, cor, sexualidade etc.

Aliás, no que tange ao tema da sexualidade, desde a década de 1970 o direito relacionado às questões de orientação sexual e gênero teve espaço em razão das novas ondas de formação social.

Os “novos movimentos sociais” devem ser entendidos como sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos estratos

sociais e integrantes de uma prática política cotidiana em certo grau de “institucionalização”, imbuídos de princípios valorativos comuns e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais. [...] [os] movimentos sociais que emergem ao longo das décadas de 70, 80 e 90 é-lhes reconhecida a possibilidade de construir um novo paradigma de cultura política e de uma organização social emancipatória. Na verdade, uma correta compreensão dos movimentos sociais deve ser visualizada no contexto de rupturas culturais e crises de valores que atravessam a sociedade ocidental a partir da metade do século XX (Wokmer, 2001, p. 122-123).

A temática sobre orientação sexual e da identidade de gênero no âmbito internacional só foi formalmente viabilizada quando no ano de 2003 Brasil e África do Sul apresentaram a resolução “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero”. Assim surgiu um novo capítulo na história dos direitos humanos das pessoas LGBTQIA+.

A homofobia e a transfobia são um conjunto de ideias e práticas discriminatórias contra indivíduos em virtude de sua orientação sexual e/ou identidade de gênero. São diversos os espaços em que a homofobia e a transfobia se faz presente, tendo como principais exemplos os âmbitos familiares, escolares, de trabalho, etc., como também são diversos os tipos de atitudes discriminatórias, como a violência moral, espancamento, torturas e assassinatos.

Essa violência da homofobia e transfobia se configura como crime de ódio. O crime de ódio é considerado como todo aquele onde o autor do crime escolhe a vítima em razão, tão somente, da sua condição de ser, isto é, que frequentemente não há uma motivação relacional entre vítima e autor.

O que se nota é que a discriminação conduz a um natural caminho de ódio e o ódio, como se sabe, frequentemente desagua na violência física, moral e/ou psicológica contra pessoas que tão somente escolheram amar, independentemente de qualquer rótulo social (STF, 2011).

No contexto mundial se vê os extremos desse paradoxo. De um lado, democracias em que a afetividade é prestigiada sem discriminação de sexo, como a Holanda, Bélgica e Portugal, enquanto em outros Estados a homofobia chega ao extremo da institucionalização da punição corpórea (como a pena de morte), vista

em países como a Arábia Saudita (STF, 2011).

Todo ser humano tem assegurado o direito à vida, à liberdade e à segurança. Ainda, as pessoas são titulares de direitos e deveres em condições de igualdade perante a lei, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra condição (Brasil, 1988).

O valor do ser humano deve ser reconhecido para que se possa exercer livremente a sua individualidade, a fim de que não seja ignorado. Colocar de lado determinados grupos sociais, negando a estes o exercício de direitos comezinhos a todos, é o mesmo que atentar contra a dignidade humana.

A descaracterização do modo de vida dos integrantes de determinados grupos, como por exemplo os homossexuais, gerando conflitos psíquicos, e crise de identidade'. Dessa maneira nega o reconhecimento das pessoas homoafetivas e rejeita um aspecto necessário de sua personalidade (Dias, 2011, p. 60)

Sobre o assunto, valiosa a lição de Maria Berenice Dias (2013) para a qual:

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicidade das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre às famílias –o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida em comum -, permitindo o pleno desenvolvimento social de cada partícipe com base em ideias pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas (Dias, 2013, p. 65-66).

Quando se coloca sob perspectiva a dignidade da pessoa humana dentro do direito de família, estar-se falando do respeito à autonomia das pessoas para que se possam exercer livremente a sua personalidade.

2.2 constitucionalização do direito das famílias e os princípios aplicáveis

Com a finalidade de garantir efetividade aos temas de relevante interesse

social (como é a formação familiar), matérias de direito civil passaram a integrar a Constituição, no movimento denominado de constitucionalização do Direito das Famílias, no qual a família mereceu especial atenção pelo constituinte em razão, principalmente, do desempenho de suas funções familiares basilares como o da afetividade, da responsabilidade e da estabilidade (Dias, 2016).

Entre os juristas, houve a instigação especial do impacto provocado pelo advento da Constituição de 1988, que revolucionou o tratamento fundamental dado aos integrantes das entidades familiares, superando o histórico *quantum* despótico que os caracteriza, afastando-se os últimos resíduos dos poderes domésticos, principalmente o poder marital e o pátrio poder (Lôbo, 2017, p. 11-12).

Bem assim, a Constituição Federal de 1988 consagrou a ideia de que as pessoas devem se realizar no âmbito familiar e, portanto, sua dignidade tem primazia em faces a outras efeitos, como os de ordem patrimonial, por exemplo.

a realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua (Lôbo, 2002, p. 1)

Essa construção do ideal de família pela Constituição Federal tomou por fundamento princípios que tem função fundamentadora, interpretativa e/ou subsidiária, sendo o principal deles o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso IV) que se ramifica na concepção da igualdade e da liberdade (art. 5º, *caput* e inciso II, respectivamente), sem qualquer discriminação (Ferreira Filho, 1991; Mello, 2002; Dias, 2011).

A dignidade humana coloca o ser humano como base central do arcabouço jurídico de modo que, deste, emana todas as normas, uma vez que “o homem é a medida de todas as coisas” (Protágoras, *apud* Andrade, 2003, p. 316).

A dignidade da pessoa humana pode ser definida como:

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 assegurem 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 (Sarlet, *apud* Andrade, 2003, p. 317)

Ao se amparar na concepção da dignidade humana, se entende que a estrutura institucional não deve, sobremaneira, sobrepor-se à tutela daqueles que a integram, isto é, a tutela do direito deve garantir que as pessoas possam se realizar dentro da instituição familiar, quer seja ela formada biologicamente ou sociafeticamente (Diniz, 2022).

Para efeito de uma existência digna, as pessoas devem ser respeitadas em sua liberdade de escolher livremente, de “[...] sonhar, realizar suas escolhas, elaborar planos e projetos de vida, refletir, ponderar, manifestar suas opiniões” (Andrade, 2003, p. 319).

No princípio da liberdade repousa a ideia de que a pessoa deve livremente e, independentemente da sua sexualidade, escolher com quem se relacionar, e como se relacionar.

Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual. Há a liberdade de dissolver o casamento e extinguir a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio. A possibilidade de alteração do regime de bens na vigência do casamento (C.C. 1.639 § 2º) sinala que a liberdade, cada vez mais, vem marcando as relações familiares (Dias, 2013, p. 67)

Assim como os outros direitos fundamentais, a liberdade individual pode ser restrita perante de terceiros desde que haja interesse coletivo. O reconhecimento legal da união de pessoas do mesmo sexo não se apodera a esfera de terceiros e não viola bens jurídicos que façam jus a proteção legal. Com isso entende-se que não cabe aos Estados interferir sobre a opção sexual das pessoas, devendo garantir a proteção de seus direitos. Caso contrário, atentará contra o princípio da

liberdade.

Outro pilar da dignidade da pessoa humana é a igualdade, do qual se extrai que não deve haver qualquer distinção entre as pessoas, salvaguarda aquelas situações em que a distinção é pressuposto para a proteção daqueles que se encontram em situação desigual, como determina a Constituição Federal, para qual, 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 (Brasil, 1988).

[...] o governo deve tratar todos aqueles que se sujeitam ao seu domínio como detentores de igual status moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratá-los com igual consideração; e deve respeitar quaisquer liberdades individuais indispensáveis a esses fins, incluindo – mas não limitado a elas – as liberdades mais especificamente designadas no documento [a 14.^a Emenda à Constituição dos EUA], como as liberdades de expressão e de religião.[...] (tradução livre do inglês Dworkin *apud* STF, 2011, p. 66)

Assim, as pessoas devem estar resguardadas de discriminações, privilégios e distinção, de modo que não se deve aceitar qualquer distinção entre as várias formas de união entre as pessoas, considerando que ambas tem o mesmo fim, que é o de constituir uma unidade familiar e, por isso, merecem igual proteção do Estado.

Não se deixaria de comentar que a afetividade é um princípio que passou a nortear as relações estabelecidas no âmbito do Direito de Família, de modo a que as pessoas passaram a aspirar estarem dentro de relações cujo enlace se forma motivados pelo afeto e não mais por questões patrimoniais ou por mera reprodução.

A afetividade é um dos maiores elos de ligação entre as pessoas e um dos fundamentos para a constituição familiar que deve prezar sempre pelo amor, pelo carinho entre os pares, o respeito mútuo, a proteção que se espera do ambiente familiar e da assistência entre o casal que compõe o núcleo familiar.

Referido princípio têm sido atualmente utilizado pelos tribunais como fundamento ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar posto

que, se a união é feito no intuito de constituir família, pouco importa tratar-se de um enlace homo ou heteroafetivo

A propósito, a jurisprudência já se manifestava neste sentido:

Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DEBENS. A união homossexual no caso concreto. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos da união estável (art. 1.723 do CC), é de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. [...] O ordenamento jurídico brasileiro não disciplina expressamente a respeito da relação afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo. Da mesma forma, a lei brasileira não proíbe a relação entre duas pessoas do mesmo sexo. Logo, está-se diante de lacuna do direito. Na colmatação da lacuna, cumpre recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, em cumprimento ao art. 126 do CPC e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Na busca da melhor analogia, o instituto jurídico, não é a sociedade de fato. A melhor analogia, no caso, é a com a união estável. O par homossexual não se une por razões econômicas. Tanto nos companheiros heterossexuais como no par homossexual se encontra, como dado fundamental da união, uma relação que se funda no amor, sendo ambas as relações de índole emotiva, sentimental e afetiva. **Na aplicação dos princípios gerais do direito a uniões homossexuais se vê protegida, pelo primado da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um exercer com plenitude aquilo que é próprio de sua condição.** Somente dessa forma se cumprirá à risca, o comando constitucional da não discriminação por sexo. A análise dos costumes não pode discrepar do projeto de uma sociedade que se pretende democrática, pluralista e que repudia a intolerância e o preconceito. **Pouco importa se a relação é hétero ou homossexual. Importa que a troca ou o compartilhamento de afeto, de sentimento, de carinho e de ternura entre duas pessoas humanas são valores sociais positivos e merecem proteção jurídica.** Reconhecimento de que a união de pessoas do mesmo sexo gera as mesmas consequências previstas na união estável. Negar esse direito às pessoas por causa da condição e orientação homossexual é limitar em dignidade as pessoas que são. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (Embargos Infringentes Nº 70039338587, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/11/2010), [...] (grifos nossos).

Assim, embora não haja na Constituição Federal qualquer vedação ao casamento homoafetivo, todavia, a ausência de uma previsão expressa vinha trazendo óbice à sua concretização, de modo que o judiciário, nesta lacuna,

socorria-se aos primados dos princípios constitucionais para solucionar as lides que chegavam à judicialização, reconhecendo a afetividade como valor social que merece amparo e que deve servir de fomento para que houvesse o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

No entanto, ainda faltava à comunidade LGBTI+ que este direito fosse tutelado de modo a que não houvesse insegurança jurídica na medida que ainda haviam decisões conflitantes no judiciário, razão pela qual competiu ao Supremo Tribunal Federal, diante da lacuna legal, fazer interpretação conforme das normas jurídica de modo a garantir este direito, como adiante se verá.

CAPÍTULO III – UNIÃO HOMOAFETIVA

Para tratar sobre o reconhecimento da família homoafetiva, é determinante fazer uma breve conceituação sobre o seu entendimento e trazer um breve esboço histórico de sua luta por reconhecimento.

3.1 Conceito de família homoafetiva e a luta por seu reconhecimento

O presente texto, com frequência, faz referência à ‘homoafetividade’ como nomenclatura, isso porque, assentado nos estudos de Maria Berenice Dias (2011), a palavra ‘homossexualidade’ carrega consigo o “estigma do preconceito” uma vez que o “sufixo ‘ismo’, [...] está ligado a doença”.

A família homoafetiva, ou homoparental, se alicerça no laço de afetividade, na ideia da busca pela felicidade, e esses sentimentos são cada vez mais valorizados nas uniões que buscam a formação de um novo núcleo doméstico e, portanto, digno de especial atenção do legislador, de modo a gozar de valor jurídico relevante para a sociedade. (Dias, 2011).

É passado o tempo em que as uniões tinham como elo tão somente o *status* social ou, seriam considerados necessários meramente como fonte de ‘parcerias econômicas’. As pessoas, na atualidade, esperam amar e se realizar afetivamente dentro da sociedade conjugal. E esse amar não deve sofrer de preconceitos ou amarras; tem-se que se permitir amar independente de cor, credo, raça ou sexo.

Amar é um pressuposto do exercício da cidadania e é onde repousa a ideia central da constituição familiar (STF, 2011).

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional (STF, 2011, p. 64).

Assim, não subsiste qualquer argumento de que o sexo seja fator capaz de colocar as pessoas em condição de desigualdade, haja vista que a própria Constituição, inteligência do art. 3º, inciso IV, veda expressamente discriminação em razão do sexo do ser humano, isso porque o tratamento **“discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”** (STF, 2011, p. 24 – grifos no original).

Além do mais, com a revolução da medicina e as novas técnicas de fertilização existentes, o fator reprodutivo deixou de ser um argumento para a defesa da família formada, tão somente, da união de homem e mulher, considerando que hoje é possível, por meio de métodos como o da inseminação artificial, que uma pessoa possa gerar filho sem a necessidade de uma relação carnal entre homem e mulher, caindo por terra argumentos neste sentido.

Segundo Carvalho (2020, p. 19), a família homoafetiva é “aquela constituída, mediante casamento ou união informal, de pessoas do mesmo sexo, por isso também denominada isossexual (do grego iso, igual), com fundamento na afetividade de seus membros”.

A união de pessoas do mesmo sexo não é nada recente na história brasileira. Conforme ensina Trevisan (2002), a homoafetividade é verificada no Brasil desde a colonização, que na época foi denominada de “o pecado nefando”, considerando-se

uma doença contagiosa entre os brasis. Assim, a relação entre pessoas do mesmo sexo não é qualquer novidade, na verdade, o palco para discussões jurídicas sobre o assunto é que relativamente novo. Antes, o tema era tratado sobre véus de pudor e moralismo, assim como todo o assunto ligado à sexualidade também é (DIAS, 2016).

O reconhecimento judicial e legal da homoparentalidade teve que, antes, suplantar profundas barreiras de cunho ideológico, sociológico e principalmente religioso. O desafio para o jurista foi conseguir atender, de forma clara e justa, as demandas sociais que surgem, diante de uma norma legislativa atrasada e sem reflexos das novas relações familiares que se apresentam.

Diante de uma interpretação ortodoxa da norma, o casamento homoafetivo não seria possível haja vista que o matrimônio era concebido pela união entre pessoas de sexos diferentes, conforme ficou formalmente registrado pelo legislador ordinário, no entanto, claramente uma incorreção que não serve, de toda sorte, para proibir o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Ferraz (2013) destaca três momentos históricos relevantes para o tema:

a) Em 1521, as Ordenações Manuelinas, o mais antigo Código Penal aplicado no Brasil, previa a pena de morte na fogueira, confisco de bens e a infâmia sobre os filhos e descendentes do condenado por homossexualismo; b) Em 1876, Oscar Wilde escreveu o seu célebre e belo poema “O amor que não ousa dizer seu nome”, no qual descrevia uma paixão homossexual. Wilde foi preso e condenado a dois anos de prisão, com trabalhos forçados; c) Na década de 1970, um soldado americano que havia sido condecorado na guerra do Vietnam foi expulso das Forças Armadas quando descobriram sua condição homossexual. Na ocasião, ele produziu uma frase antológica: “Deram-me uma medalha por matar dois homens, e uma expulsão por amar outro” (Ferraz, 2013, p. 23).

Os exemplos citados por Ferraz (2013), dão um norte da grandeza da problemática na luta pela igualdade de direitos da pessoa homoafetiva, cujo ‘comportamento’ foi alvo de constantes reprovações sociais ao longo dos anos, uma vez que não se coadunada com a imagem do ‘certo’, que é a formação familiar

constituída da união entre homem e mulher, do qual o homem exerce a função de chefe do núcleo familiar.

No entanto, alguns movimentos sociais foram suplantando essas formações rígidas da família, podendo se destacar, entre outras coisas, o movimento de emancipação da mulher, que trouxe outros contornos às relações familiares, abrindo espaço para reflexões sobre aquele modelo base da família no qual o homem era o chefe e provedor, enquanto a mulher ficava relegada aos cuidados do lar e dos filhos.

Dentre esses vários movimentos de evolução da concepção familiar, a Constituição Federal de 1988 veio para dar abrangência a essas demandas sociais, passando a reconhecer variadas formas de se relacionar e, portanto, de se constituir uma família, como exemplo, o reconhecimento da união estável e da família monoparental.

Mesmo que naquele momento o constituinte não tenha dada expressa atenção à família homoafetiva, todavia, deixou o importante legado da afetividade como princípio aplicável a todas as formações familiares, o que contribuiu, sobremaneira, para fortalecer a discussão do reconhecimento da união homoafetiva nos tempos atuais.

A denominação “união homoafetiva” terminou por prevalecer, no Brasil, em virtude de ressaltar a união afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo, o que transcenderia o propósito meramente sexual. As legislações estrangeiras que têm regulado a união homoafetiva aludem a “união civil”, como no Estado de Vermont, Estados Unidos (Wadlington, 2000), ou a “pacto civil de solidariedade”, previsto nos arts. 515-1 a 515-7 do Código Civil da França, ou a “parceria civil”, no Reino Unido, ou a “parceria registrada”, na Alemanha, com tendência a considerá-la espécie do equivalente à união estável brasileira. Também se tem avançado na admissão do casamento de pessoas do mesmo sexo, com os mesmos efeitos do casamento de heterossexuais, como ocorreu com a lei de julho de 2005 do Canadá, em seguida à decisão da Suprema Corte que entendeu ser a limitação a sexos opostos violação da garantia constitucional da igualdade (Bailey, 2006, p. 132). **A ausência de lei que regulamente essa união não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 são autoaplicáveis, independentemente de regulamentação. A união homoafetiva é constitucionalmente protegida enquanto tal, com sua natureza**

própria. As regras da união estável são-lhe aplicáveis, por analogia (art. 4º da Lei de Introdução), em virtude de ser a entidade familiar com maior aproximação de estrutura, nomeadamente quanto às relações pessoais, de lealdade, respeito e assistência, alimentos, filhos, adoção, regime de bens e impedimentos (Lôbo, 2023, grifos nossos)

O desejo de reconhecimento das pessoas homoafetivas promoveu uma onda crescente de manifestações que buscavam igualdade de condições e direitos destas pessoas no âmbito da sua convivência em sociedade. Esse movimento foi ganhando cada vez mais espaço e voz, o que tornou impossível que o judiciário ignorasse os reclamos de um reconhecimento justo de cidadania, como é o reconhecimento da união homoafetiva.

Como ressaltado, a interpretação literal do art. 226, § 3º da Constituição trazia a uma errônea interpretação de impossibilidade do reconhecimento de pessoas do mesmo sexo, haja vista o texto referenciar como casamento “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável **entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento” (Brasil, 1988). Essa terminologia que tratava propriamente da relação entre sexos distintos foi reproduzida no art. 1.723 da Código Civil.

O Supremo Tribunal Federal chegou a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como uma ‘sociedade de fato’ aplicando a estas uniões a Súmula nº 380, de modo que o ‘sócio’ poderia adquirir, no caso de morte do parceiro, aquilo que fora eventualmente construído durante a constância da sociedade e mediante o esforço mútuo.

A solução dada até então ainda não colocava essas famílias homoparentais em condição de igualdade com as demais formações familiares, de modo que a sociedade continuou clamando por direitos.

Ante a omissão legislativa continuada à pauta, o tema chegou ao Supremo Tribunal Feral que no ano de 2011, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 ajuizado pela Procuradoria-Geral da República e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, logo convertida em ADI, ajuizado pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, reconheceu da

união homoafetiva como entidade familiar fazendo aplicação conforme à Constituição Federal.

3.2 Análise do julgamento do STF

O julgamento do Supremo Tribunal Federal representou grande marco para a sociedade brasileira e, de tão relevante, passou a compor, no ano de 2018, o acervo da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), ali registrado para a posteridade como patrimônio documental da humanidade.

Assim ficou a ementa do julgado:

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da

“dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea (BRASIL, 2011).

Aqueles que foram contrários ao julgamento do Supremo Tribunal Federal argumentam que houve excesso do órgão no julgamento, cuja temática deveria ser resolvida no viés legislativo e que, portanto, o órgão estaria excessivamente ‘legislando’ sobre algumas matérias, extrapolando, portanto, sua competência precípua para tal.

Quanto ao argumento acima, é importante uma rápida observação: no tocante aos poderes de Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário, é cediço o conhecimento de que suas funções não são exclusivas, ou seja, o executivo desempenha função do judiciário e legislativo, o judiciário desempenha função do legislativo e executivo, e obviamente, o legislativo desempenha função do executivo e judiciário. O que, na verdade, marca a função desses poderes é a tipicidade, assim, a função típica ou precípua, do judiciário é julgar, contudo, nada o impede de legislar, porém, a doutrina entende que o judiciário deve legislar em suas leis internas de organização.

Contudo, se o legislativo tem se omitido neste assunto polêmico e que gera uma grande demanda de litigância ao judiciário, deve a corte cidadã, não criar leis, mas julgados que orientem a melhor aplicação da norma, tudo isso visando que haja o mínimo de controvérsia nos Tribunais. Essa ideia visa reduzir conflitos sociais, prestigiando o jurisdicionado ao permitir que os conflitos judiciais sejam resolvidos de maneira mais célere e assertiva.

Ressai do extrato do julgamento que era determinante fazer análise em conforme da norma constitucional em razão das diversas ‘vertentes hermenêuticas’ disponíveis para a interpretação da norma, razão porque o judiciário não deveria – nem poderia - ignorar **“o dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva”** (STF, 2011, p. 19 – grifos no

original).

A base da democracia moderna versa o pluralismo sócio-político-cultural como valor do qual as normas devem fluir, motivo porque a convivência, respeitosa, com os contrários é uma expressão democrática e não deve partir, essa convivência, de relações assimétricas ou servis. O controle social exercido pelo Direito deve ser balizado dentro de limites lógicas de razoabilidade e proporcionalidade de onde se extrai, evidentemente, que não dói a ninguém o modo como o outro ama.

Segundo a lógica kelseniana, ao particular é permitido tudo aquilo que a lei não proíbe, e, com base nesse raciocínio o constituinte fixou a regra insculpida do art. 5º, inciso II de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Brasil, 1988).

Nesse sentido, o silêncio da lei é significativo de que não interessa ao legislador importar-se em como as pessoas amam e, portanto, se não há vedação expressa ao amor entre pares de mesma sexualidade, logo não se deve presumir sua impossibilidade pela ausência de norma autorizadora, devendo as pessoas livremente dispor da sua sexualidade.

No particular, as barreiras artificial e raivosamente erguidas contra ele (sexo ou aparelho sexual) corresponde a um derramamento de bÍlis que só faz embarçar os nossos neurônios. Barreiras que se põem como pequenez mental dos homens, e não como exigência dos deuses do Olimpo, menos ainda da natureza. O que, por certo, inspirou Jung (Carl Gustav) a enunciar que **“A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação”**. Como que antecipando um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere “a liberdade” e “a igualdade” na lista dos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)” (STF, 2011, p. 30 – grifos no original).

Por tudo isso é que a Corte Cidadão, ao entender que a Constituição, tanto proíbe a discriminação em razão do sexo, quanto não faz qualquer proibição expressa sobre o “concreto uso da sexualidade humana”, não poderia autorizar a vedação da união homoafetiva, por se tratar de um direito potestativo da intimidade da pessoa humana.

(...) não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no direito

brasileiro, vedação às uniões homoafetivas, haja vista, sobretudo, a reserva de lei instituída pelo art. 5.º, inciso II, da Constituição de 1988 para a vedação de quaisquer condutas aos indivíduos. (STF, 2011, p. 60 – grifos no original).

Bem assim, não há que se falar no amesquinamento da concepção familiar baseada tão somente no clássico modelo biparental formado pelo homem, a mulher e sua prole, posto que colide frontalmente com os direitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal.

A interpretação legal dada pelo Supremo Tribunal Federal, embora não seja capaz de elidir o preconceito, no entanto, positivou a garantia de uma igualdade material há tanto tempo desejada pelas famílias homoparentais; pois, se não há razão fundamentada para a diferenciação, tem-se, portanto, e inequivocamente, que haver tratamento igual às famílias.

Retrocessos ainda são reproduzidos cotidianamente. Mais recentemente, a Câmara dos Deputados vem discutindo o Projeto de Lei nº 5167/09 que visa proibir que as relações homoafetivas sejam equiparadas a casamentos ou a qualquer entidade familiar.

No entanto, desde o ano de 2007 tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 580/2007 que busca incluir no Código Civil de forma expressa a união homoafetiva como entidade familiar. Ao longo dos anos outros projetos foram anexados a este sendo que, somente um deles foi contrário à proposta, isto é, o Projeto de Lei n 5167/09 e, justamente este projeto contrário é que teve recomendação para aprovação.

O relator do projeto na Comissão de Previdência foi o deputado Pastor Eurico (PL-PE). Em seu parecer, ele defendeu que nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo pode equiparar-se ao casamento, à união estável e à entidade familiar. Para justificar tamanha discriminação, o parlamentar utilizou referências científicas já superadas e uma discussão bíblica sobre relações homossexuais. Na sessão do último dia 10, sua posição foi referendada pela maioria dos integrantes da comissão. Doze deputados seguiram o voto do relator. Cinco registraram votos contrários (Salles, 2023, p. 1).

O que se percebe é que, mesmo com o julgamento que trouxe esse reconhecimento para as uniões homoafetivas enquanto entidade familiar, há ainda um longo caminho a ser percorrido para que esse direito se torne sólido no seio da sociedade, de modo que, a sociedade não deve se dar por encerrada a discussão, uma vez que os movimentos sociais devem reforçar a conquista deste direito inalienável de amar, culminando para que este direito seja reconhecido também pelo legislador, de modo a compor o arcabouço jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar é uma luta longeva da sociedade que, ao longo dos anos, foi se consolidando até, no ano de 2011, ao julgamento do Supremo Tribunal Federal. Em 2011, que no contexto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como um núcleo familiar, tomando por base os princípios mais comezinhos da Constituição Federal.

Ao longo da história da sociedade, somente se considerava como entidade familiar a união entre homens e mulheres, isso porque nossa sociedade é marcada por uma tradição que remonta da família patriarcal romana e da família tradicional instituída no direito canônico.

Em razão dessa forte herança histórica arraigada no imaginário social é que essas famílias passaram anos sem o devido reconhecimento, o que só foi possível diante de movimentos históricos que passaram a alargar o conceito de família, além de reconhecerem o direito à felicidade como um corolário lógico da consagração do princípio da dignidade humana.

Diante disso, vê-se acertada solução dada pelo judiciário em reconhecer a sociedade conjugal homoparental, isso porque a constituição da família homoparental tem como subsídio à sua validade, um dos mais fortes princípios da norma legislativa brasileira: a dignidade da pessoa humana e, por isso, se entende que nenhuma pessoa será privada de constituir sua célula familiar. Sendo assim, a base familiar não é mais entendida como simplesmente o casal; ela pode ser estendida a todas as formas de união, independente do matrimônio, desde que tenha como esteio a sua função de desenvolvimento e promoção da dignidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_316.pdf. Acesso em 15 jun. 2023

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2002

BOENTE, Lorena Moura. **A proteção da autonomia na formação de novas entidades familiares pela regulação normativa**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direito, na área de concentração Relações Sociais e Novos Direitos, na Linha de Pesquisa Fundamentos do Direito Privado. Salvador, 2012.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 23 mai. 2023

BRASIL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 23 mai. 2023

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania**. Ijuí: Unijuí. 1999

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual, o Preconceito e a Justiça**. 2016

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v.5. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598681. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598681/>. Acesso em: 27 mar. 2023

FERRAZ, Carolina V. Série IDP - **Manual do direito homoafetivo**, 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502202245. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502202245/>. Acesso em: 16 mai. 2023

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional do Trabalho: Estudos em Homenagem ao professor Amauri Mascaro do Nascimento**. Belo Horizonte: Editora Ltr, 1991

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8.ed. v.6. São Paulo: Saraiva, 2011

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. v.5. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9786553628250. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628250/>. Acesso em: 22 mai. 2023

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em: 15 jun. 2023

MACIEL, Katia Regina F. L. A. - **Curso de direito da criança e do adolescente**. São Paulo: ed. Lumus Juris, 2006

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional privado: curso elementar**. Rio de Janeiro: Forense, 2015

MENEZES, Pedro. **Família: conceito, evolução e tipos**. 2019. Disponível em <<https://www.todamateria.com.br/familia-conceito-tipos/>> acesso em 18 de abr. 2024

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

RIBEIRO, Simone Clós Cesar. **As inovações constitucionais no Direito de Família**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002.

SALLES, Silvana. **Por que o casamento homoafetivo voltou a ser assunto no Brasil?** <<https://jornal.usp.br/diversidade/por-que-o-casamento-homoafetivo-voltou-a-ser-assunto-no-brasil/>> Acesso em 06 de jun. 2024

Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**.

Procuradora-Geral da República. Relatora: Min. Ayres Britto. 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 23 mai. 2023.

Supremo Tribunal Federal. **Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental nº 527**. Associação Brasileira de Gays, Lesbicas e Transgêneros. Relatora: Min. Roberto Barroso. 18 de março de 2021. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF527decisao19mar.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2023.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso**: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade / Revisada e ampliada – 5º ed. – Rio de Janeiro: Record, 2002.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**: a possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 3. ed. Bauru: Spessoto, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo - VI - **Direito de Família**, São Paulo: Atlas, 8ª ed. 2006.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. ed. rev. atual.e ampl. Pelo autor, de acordo com a jurisprudência e com o novo Código Civil. (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), com a colaboração da Prof. Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. – São Paulo: Saraiva, 2004

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 2001.