



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS  
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA  
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO  
PROJETO DE TRABALHO DE CURSO II

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E O DIREITO AO CASAMENTO**  
REQUISITOS, ELEMENTOS E NATUREZA JURÍDICA

ORIENTANDO (ª)- PATRÍCIA SANTOS DE LIMA SOUZA  
ORIENTADOR- Prof.Ms. ERNESTO MARTIM S.DUNCK

GOIÂNIA  
2023

PATRÍCIA SANTOS DE LIMA SOUZA

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E O DIREITO AO CASAMENTO**  
REQUISITOS, ELEMENTOS E NATUREZA JURÍDICA

Monografia Jurídica apresentada à disciplina de Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof. Orientador: Ernesto Martim S. Dunck.

GOIÂNIA

2023

PATRÍCIA SANTOS DE LIMA SOUZA

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E O DIREITO AO CASAMENTO**  
REQUISITOS, ELEMENTOS E NATUREZA JURÍDICA

Data da Defesa: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Orientador: ORIENTADOR- Prof.  
Ernesto Martim S. Dunck

NOTA

---

Examinadora: Convidada Ângela Maria A. Teixeira

NOTA

GOIÂNIA

2023

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho de Conclusão de Curso aos meus pais que acreditaram no meu sonho e me apoiaram diante das dificuldades que enfrentei ao longo do curso.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus, o maior de todos, que nos momentos de fraqueza nunca permitiu que eu perdesse a fé, e através dessa fé sempre motivou a não desistir dos meus objetivos ainda quando tudo me parecia ser inalcançável.

Aos meus pais, que independente de qualquer situação nunca deixou de me apoiar e me ensinou sempre que o caráter e a humildade são grandes virtudes diante da valorização materialista existente atualmente, e que não há bem material no mundo que nos traga a felicidade se não tivermos Deus como base de tudo.

A meus professores do Curso de Direito, representados especialmente na pessoa do meu orientador Prof. Ernesto Martim. S Dunck e a Professora convidada Ângela Maria A. Teixeira, por toda a dedicação, paciência, compreensão e apoio desempenhados neste trabalho, por todo momento me fazer acreditar que eu sou capaz.

Já começou a vencer aquele que se  
Levantou para começar o caminho.

Pr. Fábio de Melo

## RESUMO

A homoafetividade, sendo uma relação que se origina do afeto do amor existente entre duas pessoas, não pode mais ficar à margem da tutela. A Constituição Federal de 1988 veio reconhecendo vários modelos de constituir a família inserindo inclusive a união estável entre homem e mulher como entidade familiar. O judiciário se manteve inerte e irreduzível quando casais homoafetivos “lhes batiam à porta” para que tivessem suas relações protegidas pelo poder estatal. Contudo, o Supremo Tribunal Federal (STF), após decisão unânime reconheceu através da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 4277, a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, posteriormente surgiu possibilidade de conversão em casamento, dependendo somente da vontade dos companheiros. Desta sorte, caberia o judiciário negar o direito dos casais homoafetivos com a justificativa de estarem prevista em lei, pois o fato de não haver lei não implica dizer que não há direitos. E foi usando da hermenêutica dos princípios e da analogia que os Ministros do STF decidiram por reconhecer o direito das uniões homoafetiva que por não se enquadrarem de acordo com a “moral” por muito tempo foram mantidas à margem da sociedade.

**Palavras chaves:** Homoafetividade. Princípios Constitucionais. Reconhecimento.

## ABSTRACT

The homoafetividade being a relationship that originates from affection and Love between two people can not get over the edge of state protection. The Constitution of 1988 came to recognizing various models constitute the family including entering the stable union between man and woman as a family. The judiciary remained inert and irreducible when homosexual couples “beat him to the door” to have their relationships protected by the state. However, the Federal Supreme Court (STF) after a unanimous decision recognized by ADIN (Direct Action of Unconstitutionality) n 4277 the stable union between persons of the same sex as a family unit there is still the possibility of conversion into marriage, depending only on the willingness of fellow. In such a way, would not fit over the judiciary deny the right of homosexual couples the simple justification of such a situation is not expected, therefore, the fact that no Law Will not imply that there are no rights. And using the hermeneutic principles and analogy that Ministers decided by the Supreme Court recognized the right of unions which do not fall under the “moral” expected were kept on the margins of society.

**Keywords:** Homoafetividade. Constitucional. Orinciples. Recongnition.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1 UNIÃO ESTÁVEL</b> .....	<b>10</b>
1.1 Requisitos, Elementos e Natureza Jurídica .....	10
1.2 União Estável Heterossexual e União Estável Homoafetiva: diferenças e afinidades .....	15
<b>2 CASAMENTO</b> .....	<b>21</b>
2.1 Formas e Tipos Comuns .....	21
2.2 Casamento Homoafetivo no Direito Comparado e no Brasil .....	24
<b>3 UNIÃO HOMOAFETIVA E O DIREITO AO CASAMENTO</b> .....	<b>29</b>
3.1 A União Estável e sua Conversão ao Casamento (Artigo 226, §3º da Constituição Federal de 1988) .....	29
3.2 Igualdade, Dignidade da Pessoa Humana, Liberdade e a União Homoafetiva .....	31
3.3 União Estável Homoafetiva e o Direito ao Casamento .....	36
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>40</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>42</b>

## INTRODUÇÃO

Ao longo da evolução humana o indivíduo passou por múltiplas maneiras de se comportar em sociedade, principalmente no que tange a vivência de sua sexualidade, que fora determinada de acordo com o momento histórico e a importância dessa prática no meio em que vivia.

Com o surgimento do cristianismo a liberdade sexual, e especificamente o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, a chamada homoafetividade, passou a ser condenada, repudiada e entendida como aberração para os cristãos, tendo sido atribuída a essa relação o "peso" de ser considerado um dos maiores pecados que o ser humano poderia cometer.

A união homoafetiva encontra-se cada vez mais evidente atualmente, pois casais que vivem essa relação decidiram "sair da sombra" da sociedade, cansados de viver excluídos como se fossem criminosos, passaram a "lutar" por seus direitos, tirando o judiciário da inércia mantida com relação a esse fato, não mais cabendo simples alegação que lhes negasse direitos.

O presente trabalho de pesquisa visa investigar-se, mesmo sem lei ou norma expressa que regulamente, a união entre pessoas do mesmo sexo, constitui um direito sempre garantido de modo implícito em nossa Constituição, compreensível através de princípios.

No primeiro capítulo trataremos dos temas relativos aos requisitos, elementos e natureza jurídica da união estável, além das diferenças e afinidades da união estável heterossexual e homoafetiva.

No segundo capítulo trataremos sobre as formas e tipos comuns de casamento, e do casamento homoafetivo no Brasil e no direito comparado.

No terceiro capítulo trataremos da união estável e sua conversão em casamento, bem como, os princípios da igualdade, dignidade da pessoas humana e a união homoafetiva.

No quarto e último capítulo trataremos sobre a união estável homoafetiva e o direito ao casamento.

## 1 UNIÃO ESTÁVEL

### 1.1 Requisitos, Elementos e Natureza Jurídica

A família existe desde os primórdios da humanidade, não se podendo precisar especificamente o momento exato do surgimento dessa instituição. Com o passar dos tempos a família foi sendo constituídas das mais variadas formas, que se enquadravam de acordo com o momento histórico, com os costumes e cultura de cada sociedade, tendo forte influência da religião que impunha padrões de comportamento estabelecia o que achava ser moral e ético.

O direito brasileiro por anos privilegiou a família formada somente a partir do casamento civil, como dispunha a Constituição Republicana de 1891 em seu artigo 72, §4º, que estatuiu: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

Segundo Álvaro Villaça Azevedo: “[...] As Constituições anteriores, [...] pautaram seus textos no sentido de proteger a família constituída sob casamento civil, silenciando sobre a proteção de família de fato”.

O legislador, não podendo prover todos os fatos dignos da tutela estatal, acaba deixando vácuos normativos, lacunas na lei, competindo ao judiciário resolver os conflitos usando da interpretação analógica e dos princípios, quando regras jurídicas próprias não são existentes.

Ocorre que, devido a força preconceituosa de alguns e a oposição social de outros frente a fatos que julgam ser “morais”, o Judiciário por vezes se manteve inerte em face de situações onde a ausência legislativa daria ao juiz o poder de dizer o direito, e então proteger àqueles que se sentiam excluídos, à margem da sociedade.

Assim a sociedade, pautada no preconceito e no conservadorismo, condenava inicialmente a união estável entre homem e a mulher eram consideradas como “casamento de fato”.

Sob grande influência da moral religiosa e do pensamento conservador, a união informal entre homem e mulher foi pela sociedade. O ordenamento jurídico, ainda que de forma involuntária alimentava esse sentimento, quando só reconhecia a união proveniente do casamento civil, escusando-se de dizer o direito em casos de omissão da lei.

Contudo, a Constituição Federal de 1988 trouxe inovação para nossa ordem jurídica em seu artigo 226, in verbis:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
[...] § 3º. É reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como Entidade familiar, devendo a lei facultar sua conversão em casamento.  
§ 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A Constituição reconheceu ser a família a base da sociedade, a qual se constitui por meio dos laços de afeto. Edificou o pluralismo das entidades familiares tutelando as diversas formas de constituir-se uma família, destacando a união estável entre homem e a mulher, elevando-a ao status de entidade familiar, dando a essa modalidade de união a possibilidade de conversão em casamento.

Com o reconhecimento constitucional das uniões estáveis, que trouxe consigo alguns princípios fundamentais, o Congresso Nacional editou a Lei nº 8.971/94, que regulou o direito dos companheiros à sucessão, bem como, aos alimentos.

Em suma, essa lei dispunha que, para reconhecer o direito de obter alimentos do (a) companheiro(a), fazia-se necessário o preenchimento de alguns requisitos dispostos em artigo 1º, in verbis:

Art. 1º. A companheira comprovada de um homem solteiro, separado Judicialmente, divorciado ou viúvo, que conviva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

A norma não trouxe em seu texto o conceito de união estável, mas estabeleceu que, para o conhecimento legal desta, fazia-se necessário um prazo de convivência não inferior a 5 (cinco) anos, salve se houvessem filhos. Diante da ausência de conceituação da união estável foi editada a Lei nº 9.278/96 (em anexo), que em seu artigo 1º buscou definir a união estável como entidade familiar resultante da convivência duradoura, contínua e pública de um homem e uma mulher, com o objetivo de constituir família.

O advento dessa nova lei trouxe também os direitos e deveres dos conviventes que são: (I) respeito e consideração mútuos; (II) assistência moral e material recíproca; (III) guarda sustento e educação dos filhos comuns. Contudo, o

artigo 1724 do vigente Código Civil estabelece também a lealdade, que não estava de modo expresse na lei supracitada.

Frisa-se que a lealdade não deve ser confundida ou entendida como sinônimo de fidelidade, pois esta parte de um princípio de dever moral, um compromisso, e aquela é não trai o outro por valores emocionais, está voltada ao vínculo afetivo, a sinceridade.

A lei nº 9.278/96, além de não prever um tempo mínimo de convivência entre os companheiros para configurar a união estável. Atribuiu ainda à Vara de Família a competência para decidir as ações referentes a união estável, garantindo-lhes inclusive o segredo de justiça, alargando assim a regra processual do artigo 189, II, do Código de Processo Civil.

De tal sorte, retirado o lapso temporal estabelecido na lei nº 8.971/94, competia ao juiz de família, em caso de dúvida quanto ao reconhecimento da união estável, analisar de acordo com fatos e provas, decidindo então sobre a existência dela ou não.

Com o Código Civil de 2002 a matéria da união estável foi amplamente regulamentada no Livro IV, Capítulo V, Título III, artigos 1.723 a 1.726.

Faremos a indicação e uma breve análise dos requisitos para o reconhecimento da união estável heterossexual ressaltando que, por analogia, tais requisitos servem também de base para reconhecer e caracterizar a união estável homoafetiva.

a) Estabilidade na relação: é a qualidade de uma relação forte e firme, onde os companheiros buscam superar juntos todos os problemas e dificuldades que possam surgir na convivência, mantendo-se unidos pela mútua consideração, garantindo assim o vínculo de afeto entre as pessoas que a constituem.

b) convivência pública: esta ocorre quando a relação de afeto existente entre os companheiros, como um casal, é vista, sabida e notória aos olhos de terceiros, fazendo-se assim entender que há um relacionamento conjugal entre os dois, que pode ser considerado como estado de casados.

Ressalta-se que a coabitação não é absolutamente necessária para a configuração da união estável. Quanto ao tema, Lobo, (2009, p. 245) ressalta:

Nem a Constituição, nem o Código Civil fazem tal exigência, acertadamente, pois, da realidade social brotam relações afetivas estáveis de pessoas que optaram por viver em residências separadas, especialmente

quando saídas de relacionamento conjugais ou que foram obrigadas a viver assim em virtude de suas obrigações profissionais. A estabilidade da convivência não é afetada por essa circunstância, quando os companheiros se comportarem, nos espaços públicos e sociais, como se casados fossem.

c) Continuidade e durabilidade: trata-se aqui de ter uma relação duradoura sem interrupções, comunhão de vida que se prolonga no tempo, de forma contínua, havendo permanente manutenção dos laços afetivos existentes entre o casal, com o objetivo de constituir uma família.

d) Respeito e consideração mútuos: tendo o legislador deixado de estabelecer a fidelidade recíproca de forma objetiva, esta se insere neste tópico, pois, enfatiza que deve haver respeito e consideração por ambos os companheiros.

e) Assistência moral e material recíproca: significa o cuidado pessoal de ambos os companheiros, um para com o outro. É o preenchimento das necessidades materiais e morais, quais sejam, econômica, saúde, lazer, apoio nos momentos de adversidade nos momentos de enfermidade. Dias, (2009, p. 247) define a mútua assistência da seguinte forma:

A promessa de amor e respeitar, na alegria e na tristeza, na pobreza e na riqueza, na saúde e na doença, feita na cerimônia do casamento religioso nada mais significa do que o compromisso de atentar ao dever de mútua assistência, assim como aos deveres de mútuo respeito e consideração.

f) Guarda sustento e educação dos filhos comuns: significa dizer que os pais têm o dever de suprir de maneira comum a todas as necessidades materiais dos filhos, quais sejam, alimentação, moradia, assistência médica, vestuário, além do dever de educá-los, dando-lhes assim formação e instrução educacional, moral, ética e espiritual.

A formação da união estável tem sua constituição livre de qualquer formalidade, ou seja, basta que os companheiros decidam manter uma vida em comum, havendo nesse sentido mútuo consenso, onde possa entrever a presença de todos os requisitos supracitados. Para caracterização da união estável são dispensados as formalidades, que se exigem para o casamento civil.

Como dito, dentre os requisitos necessários para caracterizar a união estável, a coabitação more uxório é indispensável, de acordo com a orientação da Súmula nº 382 do STF: “a vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável para a caracterização do concubinato”.

A relação “concubinária” antigamente possuía diferentes nomenclaturas. Os casais que viviam como concubinos eram chamados de amancebados, abarregados, amigados e a mulher solteira que fosse sustentada e tivesse caso com homem casado era chamada de “teúda e manteúda”. O termo concubinato significa estar deitado com alguém, por isso sempre foi visto no sentido pejorativo.

Ressalta-se que o concubinato possuía duas espécies, quais sejam, o concubinato puro que é aquela união sem casamento, mas duradoura entre o homem e a mulher, formando assim uma família de fato; e concubinato impuro, aquele onde a união de homem e da mulher é considerada adultera, desleal, como exemplo de um homem casado que matem uma outra união de fato paralelo ao seu casamento. O Código de 2002, no direito vigente dispõe em seu artigo 1.527 que: “as relações não eventuais entre homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Já a união estável trata da união entre homem e mulher livres, não havendo entre eles impedimento para se casarem, devendo manter, como dispõe o artigo 1.723 do Código Civil, uma convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família. Os casados, separados de fato, podem constituir união estável.

Deixamos claro aqui que a união estável só é configurada se entre os companheiros não houver nenhum impedimento legal para caracterizar tal relacionamento.

No art. 1521 o Código Civil trás os impedimentos para o casamento, que podem ser aplicados à união estável, e são:

A impossibilidade de casamento entre o ascendente e seu descendente, independente de ser o parentesco natural ou civil; os afins em linha reta; entre o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; entre os irmãos unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais até terceiro grau, inclusive as pessoas casadas; o adotado com o filho do adotante; as pessoas casadas; o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

A união estável, portanto, é a união entre o homem e mulher desimpedidos, sem outro relacionamento de fato que mantenham uma comunhão de vida duradoura, sendo esse relacionamento público aos olhos de terceiros, com o objetivo de constituir família. O artigo 1.566, inciso I, do Código Civil, mantém um

critério para o casamento ainda não elencado nas leis para a configuração da união estável, qual seja, o dever de ambos os cônjuges à fidelidade recíproca.

Quanto à natureza jurídica, ela possui o caráter de ato-fato-jurídico, pois a vontade está implícita e o direito não a considerada, atribuindo assim efeitos juridicidade ao fato. Em outras palavras, para produzir efeitos jurídicos como união estável, não se faz necessário a expressa manifestação de vontade formal dos companheiros, bastando que estejam presentes as características supracitadas. Ou seja, sua configuração fática é suficiente para que seus partícipes possam ter direitos legais reconhecidos pelo judiciário.

A Constituição Federal de 1988 acolheu a união estável, reconheceu direitos à pessoas que antes viviam marginalizadas, à sombra de uma sociedade preconceituosa que, por muitos anos impôs padrões morais e éticos do casamento oficializado, de papel passado, que entendia ser o melhor exemplo para a convivência social.

Ressalta-se que, apesar da revolução constitucional e normas infraconstitucionais que reconheceram novas modalidades de família, quebrando assim com décadas de preconceito e marginalização, nelas não se tutelou as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, as chamadas uniões homoafetivas, que continuaram excluídas da tutela jurídica por não se enquadrarem dentro dos padrões de comportamento social ditos corretos.

## **1. 2 União Estável Heterossexual e a União Estável Homoafetiva: diferenças e afinidades**

Primeiramente faz-se necessário distinguir, em linhas gerais, a união estável heterossexual e homoafetiva. A união estável heterossexual forma-se pela comunhão de vida entre homem e mulher que, de modo voluntário e livre de impedimentos, decidem ter uma vida comum, como se casados fossem, sendo tal relação estável, reconhecimento pública, contínua e duradoura, com intuito de constituir família, conforme explicado.

Já na união estável homoafetiva encontram-se todos requisitos existentes à caracterização da união estável heterossexual, mas divergem num elemento de fato crucial, qual seja, os sujeitos que compõe. No caso de união estável homoafetiva há

uma identidade de sexo, ou seja, constitui-se pela comunhão de vida entre homem-homem ou mulher-mulher, ao passo que na relação heterossexual os sexos dos partícipes são opostos.

Óbvio que a diversidade nas relações heterossexuais e a identidade de sexo nas homoafetivas é a maior diferença das uniões estáveis aqui, estudadas. Porém isto não tem peso e importância no aspecto jurídico haja vista o Judiciário tratar atualmente quaisquer dos casais suscitados de maneira igual, outorgando-lhes direitos e impondo-lhes obrigações como relações características de natureza familiar.

A homoafetividade, por ser fato social específico, independe de explicações sociológicas, antropológicas ou biológicas para possuir relevância jurídica. Não pode mais ser ignorada pelo direito em razão de um juízo valorativo baseado na moral individual ou coletiva, sendo necessária uma abordagem técnica e jurídica dos efeitos da comunhão de vida e relacionamento íntimo entre pessoas do mesmo (CZAJKOWSKI, 1995 p.97).

A Constituição Federal de 1988 tirou do isolamento legal o casamento civil como única base familiar e passou a abarcar também outras formas de família, como a união estável, as famílias monoparentais, e nessa sendo diversas outras. O ordenamento quis fazer entender que deve-se valorizar, na caracterização de família, o laço afetivo, que une os indivíduos que a compõe, descaracterizando a "obrigatória" tríade marido-mulher-filhos do casamento, antes vistos como os únicos sujeitos da composição familiar.

E aqui encontra-se outra diferença que podemos mencionar quanto às uniões homoafetivas e heterossexuais, qual seja, o fato de que a união heterossexual é substancialmente regulamentada pelo Estado, expressamente prevista na nossa Carta Maior (art. 226, § 3º, "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento"), e também regulamentada nos arts. 1.723 até 1.726 do Código Civil, e antes pelas leis nº 8.971/94 e 9.278/96.

De sorte que, mesmo tendo na Constituição Federal de 1988 variadas formas de família, ela não reconheceu explicitamente a união estável entre pessoas do mesmo sexo, não estando assim literalmente prevista em nosso texto constitucional.

O legislador constituinte "tapou os olhos" para esse fato, que já era notório em nossa sociedade durante muitos anos, "alejando" pessoas de bem que, por não

se enquadrarem na forma e comportamento de conduta moral impostos, tiveram direitos negados e a dignidade como pessoa humana “agredida”, passando a viver na sombra de uma sociedade preconceituosa.

Contudo, cansados da exclusão, da violência física de que historicamente foram vítimas, sofrem por não terem seus direitos mínimos garantidos como casais homoafetivos. Mas pleitearam perante o judiciário na busca incansável pelo reconhecimento de suas comunhões de vida, visando a proteção de patrimônios comuns e, principalmente, buscando mostrar para a sociedade que a orientação sexual de uma pessoa, embora afastada dos padrões esperados e impostos pela religião, não influencia no caráter de seus integrantes.

Após o “sacolejo” da discussão no judiciário, a estagnada inércia em que se mantinha o Estado com relação às uniões homoafetivas mudou, o qual passou então a reconhecer essa união como estável no mundo jurídico.

O Judiciário, por meio do STF, acolheu e fez o reconhecimento jurisprudencial das uniões homoafetivas, outorgando direitos correspondentes aos sujeitos delas, passando a decidir de forma favorável às ações impetradas por partícipes que lutavam por direitos, de maneira implícita resguardados em nossa Constituição Federal.

A decisão inovadora do Supremo Tribunal Federal veio a lume através do julgamento da ADIN nº 4277 que, deste modo, reconheceu a união estável homoafetiva. Pela importância, transcrevemos o texto central, in verbis:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECONHECIMENTO, 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 a Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DE 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 SI POR 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 o 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 "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 autoestima 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 partes naturais. Empírico uso de sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucional tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SOCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUcionista. O caput do art. 226 confere a família, base de sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional a instituição da família. Família em seu coloquial ou seu Proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou Informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por Pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família" não limita sua formação a casais homoafetivos nem a formalidade Cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição Privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.

Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e Vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desdobrar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PRÓPOSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art.175 da Carta de 1977/1969. Não há Como fazer rolar a cabeça do art. 175 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito da família. A Constituição não interdita a formação

de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos.

Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressas na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento de particularidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar.

Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo de reconhecimento de imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.123 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização de técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva (ADIN Nº 4277/2011. Rel. Ayres Brito.STF) (Disponível em: <<http://WWW.jusbrasil.com.br/>>).

A família, base da sociedade, recebe especial tutela estatal independentemente do modo como é constituída. Dessa maneira, a ADIN supracitada reconheceu, em histórico julgamento do STF no ano de 2011, a união homoafetiva como entidade familiar, garantindo assim a proteção do Estado às famílias que se formaram por pessoas do mesmo sexo. Após esse julgado de nível judicial máximo (STF, Tribunal Pleno), claro está que é função jurídica estatal importante aplicar o direito ao fato existente, ainda que não esteja regulado de forma expressa em nossa Constituição ou nas leis. Neste sentido é o entendimento de Dias (2004, p. 20):

Agora o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença do sexo do par o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas, gerando comprometimento mútuo, identidade de projetos de vida e propósitos comuns.

Incontestável, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a existência de relações de direito sobre fatos sociais não expressamente previstos nas normas, mas que, independente da falta de previsão legal, não podem ficar à margem da sociedade. É o que está acontecendo com a união estável homoafetiva, onde os juízes que compõe o STF, embasados no regime e nos princípios que emergem da própria Constituição, estão interpretando e aplicando fundamentos e valores constitucionais, com o objetivo de tutelar garantias e direitos sobre fatos sociais não enquadrados literalmente no mundo jurídico.

Fazendo uma analogia com a união estável heterossexual, e usando de técnicas da interpretação conforme a Constituição, o Judiciário, agindo de forma proativa, decidiu favoravelmente ao reconhecimento legal das uniões homoafetivas.

Outra importante afinidade entre as uniões heterossexual e homoafetiva é a maneira como se formam, pois ambas aparecem longe das formalidades das regras jurídicas estabelecidas. O motivo basilar que se une esses casais é o fato, a vontade de constituírem uma vidas juntos, a comunhão de vida, a lealdade, o amor que existe entre os sujeitos dessas relações.

Quanto a isto não há que argumentar, não pode a religião nem setores retrógrados da sociedade diferenciar, e muito menos discriminar, desvalorizar, o sentimento existente os conviventes pelo simples fato de serem pessoas do mesmo sexo. Esses sentimentos individuais são legítimos e independem de orientação sexual, sendo direito personalíssimo dos partícipes.

Para nós está claro que quando duas pessoas decidem viver juntas o fazem com sentimento de respeito, de comunhão de vida, de afinidade, afeto, lealdade e amor recíproco, além da vontade de estar. Juntos. Dividem, por conseguinte, todas as responsabilidades e obrigações provenientes da decisão, requisitos que encontram-se em qualquer das relações substanciais estudadas, independente de ser o casal heterossexual ou homoafetivo.

Temos ainda como elemento de afinidade entre união estável heterossexual e homoafetiva a possibilidade de adoção, ou seja, tanto um casal heterossexual como um homoafetivo ingressar com o pedido de adoção. Sendo a união estável homoafetiva agora equiparada com a união estável de heterossexual basta que o casal homoafetivo passe por todas as etapas e exigências necessárias para a adição de uma criança e, estando apto, poderá adotar uma criança. Há nesse sentido decisões de nossos Tribunais in verbis:

**APELAÇÃO CÍVEL.ADOÇÃO.CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.** Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art.227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes (APELAÇÃO CÍVEL SÉTIMA CÂMARA CÍVEL Nº 70013801592,TJRS, Relator: Luis Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006).

O judiciário reconhece aí dois direitos, o do casal homoafetivo de ter a possibilidade de constituir uma família firmando assim os laços afetivos existentes entre eles adotando uma criança, e também o da criança pode ser criada em um ambiente familiar, visando atender o princípio do melhor interesse, que trás sempre reais vantagens para a mesma, como dispõem os arts. 3º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

É cediço que o judiciário tenderá a buscar a integração dos casais homoafetivos na sociedade, reconhecendo-lhes o pertencimento ao direito de família, atribuindo-lhes obrigações e principalmente garantindo-lhes oportunidades de viver de modo igual a qualquer outra entidade familiar. Assim, com amparo jurídico, espera-se que a sociedade liberte-se de todo o preconceito e discriminação existente, e entenda que a orientação sexual de uma pessoa não pode ser pressuposto para o reconhecimento de direitos de família a ela inerentes.

## **2 CASAMENTO**

### **2.1 Formas e Tipos Comuns**

O casamento historicamente tratou-se de uma comunhão de interesses legítimos entre duas pessoas com sexualidade diversas, ou seja, homem e mulher, legalmente capazes e habilitados, que manifestam o compromisso de dividirem uma vida em comum. Buscam perante o Estado, a igreja e a sociedade o reconhecimento legal da união, a proteção econômica e , em geral a possibilidade de procriação Venosa (2004, p. 25).

O direito de família tem como o centro o casamento. A partir dele ocorrem Suas normas fundamentais. A sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão, até os efeitos do negócio que acabam nas relações entre cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole.

Durante anos só se reconheceu o casamento religioso, pois sendo o catolicismo a religião oficial do Estado desde a época imperial, desfrutava ele de grande influência sobre a população. Contudo o Decreto nº 181, de 24-01-1891, trouxe à baila a obrigatoriedade do casamento civil, abrangendo maior número de pessoas que antes tinham o desejo de realizar um casamento forma, mas, por pertencerem a religiões distintas da católica, se escusavam casar nela.

Entre os tipos de casamento temos o casamento civil, que é formal e tem sua celebração gratuita para casais que não tem condição de arcar com as despesas do cartório. Por ser o casamento ato solene criando entre duas pessoas um vínculo conjugal, devem ser tomadas várias cautelas com o intuito de assegurar a validade do mesmo, evitando a possibilidade de anulação ou nulidade.

No prazo mínimo de 30 (trinta) dias antes da celebração do casamento, os noivos devem submeter-se ao processo de habilitação. O processo de habilitação é feito e proclamado na sede onde residem os nubentes, possuindo alguns requisitos, entre os quais, a assinatura do processo por ambos os nubentes, que deve ser feita por escrito pelos próprios ou por procuradores com poderes especiais.

O processo de habilitação à realização do casamento está previsto no Código Civil nos artigos. 1525 a 1.532, e visa analisar se algum dos nubentes está impedido de casar. É nesse momento que os noivos devem apresentar todos os documentos necessários à realização do casamento, bem como, comprovar que estão desimpedidos de casar.

A celebração do casamento civil é realizada de acordo com o que está previsto legalmente, assim, exige-se que seja celebrado perante uma autoridade judiciária competente para o ato. De acordo com a expressão do Código Civil, art. 1.511, "o casamento estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges".

Atualmente no Brasil o casamento civil possui 6 (seis) regimes de bens, que servem para regulamentar as relações patrimoniais provenientes da convivência,

tendo os nubentes que escolher 1 (um) dos regimes para a união. Se não o fizerem a lei lhes impõem o da comunhão parcial de bens.

O regime da comunhão universal de bens é aquele em que todos os bens, presentes e futuros, adquiridos a título oneroso, provenientes de herança ou doação, antes ou durante a vigência do casamento se comunicam. Ou seja, os bens que pertencem a cada um dos nubentes antes e depois do casamento, são "unidos" formando um único patrimônio do casal, ressalvadas as exceções legais (art. 1668 CC). Ressalta-se que não só os bens dos nubentes passam a ser divididos com o casamento, mas as dívidas de cada um deles também se tornam comuns.

Já a comunhão parcial de bens caracteriza-se por três "massas", o patrimônio comum, o do marido e o da mulher. Assim, comunicam-se os bens que foram adquiridos onerosamente após a celebração do casamento, durante a vigência do mesmo. Os bens adquiridos individualmente pelos cônjuges, antes do casamento, permanecem como propriedade de cada um, ou seja, neste tipo de regime os bens adquiridos antes do casamento não se comunicam.

Cumprir destacar que o regime da comunhão parcial de bens é aquele imposto pela lei na falta de escolha. Isto implica dizer que, quando os nubentes não optarem por nenhum dos regimes de bens, presidirá as relações patrimoniais do casal, o da comunhão parcial de bens, conhecido também como regime misto.

A separação voluntária total de bens é o regime em que não há comunicação entre os bens dos cônjuges, ou seja, cada um possui e administra seus bens de forma individual, podendo inclusive dispor deles sem a intervenção de outro cônjuge.

Com relação às despesas do casal, na vigência do casamento, os cônjuges são obrigados a contribuir na proporção de seus bens e rendimentos do trabalho, salvo quando estipulado de modo contrário em pacto antenupcial.

No regime de participação final dos aquestos cada cônjuge seu próprio patrimônio, contudo, na dissolução do casamento os bens que cada cônjuge possuía antes do casamento e os por eles adquiridos na constância do casamento a título oneroso, passam a ser divididos à metade. Cabe destacar que cada cônjuge administra seus bens particulares com exclusividade, mas em caso de alienação dos bens, ela dependerá da autorização de um de um e outro. Diniz (2012, p. 202) enfatiza que:

Se um dos cônjuges vier a pagar dívida do outro, utilizando bens de seu patrimônio, o valor desse pagamento deverá ser atualizado e imputado, na data da dissolução à meação do outro consorte. Aquele que, sem estar obrigado, vier a solver dívida do outro, tem, por isso, compensação.

Quanto aos seus débitos ocorridos na vigência do casamento fica o pagamento a cargo do cônjuge titular do débito, não podendo este cobrar nenhuma participação de outro cônjuge em caso de separação.

O casamento por procuração é outra forma de casamento prevista. Dá-se através de uma procuração pública, com poderes especiais e específicos para o ato.

Um ou ambos os nubentes, não podendo estar presente, outorga poderes a um procurador para que o representante no ato e assim possa realizar a solenidade formal em nome daquele. Ressalta-se que os procuradores devem ser diferentes como enfatiza Venosa (2010, p. 95):

Também não deve ser admitido que os dois nubentes confirmem poderes à mesma pessoas, porque desvirtuada a natureza do consentimento. A lei não o diz expressamente, mas dela se infere quando menciona no texto o outro contraente (...), expressão que é mantida no § 1 do artigo vigente do Código. Se os dois nubentes casarem por procuração, deverão ser dois procuradores.

A procuração, por sua vez tem eficácia durante 90 (noventa) dias, e pode ser revogada a qualquer tempo até a data da celebração do casamento.

Caso um dos nubentes arrependa-se de casar, deverá revogar a procuração por meio de outra escritura pública, a qual será endereçada ao juiz do casamento.

## **2.2 Casamento Homoafetivo no Direito Comparado e no Brasil**

O homossexualismo surgiu desde os povos primitivos, não sendo assim um recente fato social. No final do século XX e início do século XXI, diante de várias transformações sociais ocorridas, não somente no Brasil, vários movimentos de homossexuais buscaram o reconhecimento e o respeito aos direitos fundamentais inerentes a eles.

Ao identificarmos o casamento entre pessoas do mesmo sexo no direito comparado devemos ter ciência de que sexualidade, homossexualidade e heterossexualidade são nomenclaturas recentes, produzidas pelos médicos e estudiosos da matéria.

As práticas homossexuais e heterossexuais variaram muito ao longo do tempo, de acordo com o momento histórico de cada povo, imputando-se-lhes valores e expressões culturais, os quais ditavam formas de reconhecimento ou não do comportamento.

Em breve retrospectiva, analisaremos como as uniões homoeróticas eram vistas e encaradas por alguns povos na antiguidade.

Na Mesopotâmia, realizada análise das fontes históricas, descobriu-se que a relação entre pessoas do mesmo sexo não era condenada, pois a homossexualidade constituía uma das características da vida cultural desse povo naquela época. A análise foi feita em textos deixados pelos povos da antiga Mesopotâmia, os quais relatavam que homossexualismo era considerado uma mera formalidade sexual, sendo assim aceito/tolerado pela sociedade.

A única exigência imposta nas relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo era que elas deveriam realizar-se de acordo com o status do parceiro. A condição social de cada parceiro determinava os papéis que eles deveriam ocupar no momento da relação sexual. Entre os parceiros que possuíam a mesma classe social havia as mesmas regras, que não existiam para parceiros de classe social distinta. Como exemplo, um homem de classe social superior, pois perante a sociedade isto era totalmente reprovável.

A Grécia representa uma particularidade na história das uniões entre pessoas do mesmo sexo. O homoerotismo, como eram chamadas as relações entre pessoas do mesmo sexo, era aceito pela sociedade e inclusive institucionalizado, de modo que passa essa prática tinha um papel importante na formação cultural do povo grego.

Ressalta-se que na Grécia a prática homossexual era predominantemente masculina, mas existem registros de que a mesma também era exercida pelas mulheres.

Os romanos manifestavam interesse sexual por ambos os sexos, homem e mulher, porém, aos relacionamentos homoeróticos não era dado importância cultural como na Grécia. O havia em tais relações é que elas eram vistas como manifestação de domínio. O relacionamento entre pessoas do mesmo sexo não era institucionalizado em Roma, embora livremente praticado.

Na África também há relatos de ocorrência de relações entre pessoas do mesmo sexo. Dentre inúmeras formas de culturas, algumas instituíram um tipo de

casamento diferente, que era um jovem guerreiro e um homem adulto, fato que não excluía o casamento com mulheres. Os homens adultos que aceitavam essa condição tinham em mente que os jovens recebiam proteção e vantagens espirituais, e isto com que criassem coragem para assumir o papel passivo nas relações sexuais.

Interessante destacar que, quanto aos casamentos entre mulheres, na África, obedecia-se a um costume da época, qual seja, uma delas deveria assumir o papel que se imputaria ao homem. Este casamento dava-se com o mesmo ritual realizado para aquele entre pessoas de mesmo sexo opostos. Essa função de “mulher-marido” ficava geralmente para a mulher que fosse estéril, passando assim a assumir as responsabilidades e funções delas aos homens daquela tribo, incluindo o “pátrio poder” sobre os filhos que a “esposa” viesse a ter com homens da tribo.

Atualmente vários países, como a África do Sul, Argentina, Holanda, Espanha, Portugal, reconhecem oficialmente a união entre pessoas do mesmo sexo, dando-lhes inclusive o direito de casar na forma legal. Com isto, passaram a garantir-lhes a proteção estatal necessária de todo cidadão de bem, que, independente da orientação sexual merece a proteção do Estado como pessoas titulares de dignidade e direitos.

A Argentina, após anos discussão, também reconheceu legalmente a união homoafetiva. Casais homoafetivos intetaram ações em vários tribunais da Argentina requerendo a declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo do Código Civil daquele país, pois alegavam que o mesmo restringiam o casamento homoafetivo, estando, assim, escancarada a discriminação e o preconceito. Após vários indeferimentos em primeira e segunda instâncias, esperou-se pelo julgamento de Suprema Corte Argentina, mas em 2010 as ações impetradas perderam o objeto.

Contudo, no mesmo ano foi promulgada a lei nº 26.618, que alterrou vários dispositivos do Código Civil argentino, passando a reconhecer e autorizar o casamento homoafetivo. Foi no art. 172 do Código Civil argentino que deu-se a maior alteração trazida pela lei de 2010, o qual previa somente o casamento entre homem e mulher. Com a modificação, o artigo citado passou a dispor que o matrimônio terá os mesmos efeitos e requisitos, independente da diferença ou igualdade de sexo dos contraentes. O advento dessa norma trouxe consigo ainda outro importante direitos aos casais homoafetivos, qual seja, a permissão para adoção.

A Holanda é o país onde primeiro se reconheceu o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Vale ressaltar que, antes de ser autorizado o casamento homoafetivo, em 1999, a Holanda aprovou em 1997 uma lei de parceria registrada.

Esta lei regulava os efeitos entre casais heterossexuais homoafetivos que, por vontade própria, não quisessem contrair matrimônio. A maior diferença desta lei em relação ao casamento se dava na questão da filiação, pois acabou não permitindo a adoção por casais homoafetivos. Contudo, era permitido o cuidado conjunto da prole, natural ou adotiva, de um dos parceiros. Além, disto, foi estabelecido que o companheiro do progenitor era obrigado a prestar ao filho menor, podendo este ainda acrescentar o sobrenome daquele que era considerado como filho, para gerar as conseqüências sucessórias.

Em 8 de julho de 1999, o projeto de lei que previa o casamento homoafetivo foi aprovado pela 1ª casa legislativa da Holanda. Um ano depois, o projeto aprovado pela 2ª casa legislativa da Holanda, e nesse mesmo ano a rainha Beatrix sancionou a lei, que entrou em vigor no ano seguinte. Com a entrada da lei em vigor foram alterados vários dispositivos do Código Civil Holandês, principalmente no seu Livro Primeiro, onde estão dispostos os direitos referentes à família. Destaca-se aqui o artigo 30 do referido Código que, após a alteração, passou a ter a seguinte redação: “o matrimônio pode ser celebrado por duas pessoas de diferente sexo ou do mesmo sexo”. Contudo, a lei exige que pelo menos um dos parceiros seja holandês, ou tenha pelo menos residência habitual no país.

A doutrina holandesa entende que o fato da Holanda não possuir uma comunidade religiosa forte opositora, e ainda pelo conhecido histórico holandês de proteger direitos das minorias, motivaram e justificaram a receptividade para as uniões homoafetivas.

Na Espanha, a partir do advento da Lei nº 13/2005, que modificou o diploma civil em relação ao direito de contrair matrimônio, o casamento entre pessoas do mesmo sexo passou a ser totalmente consagrado legislativamente. Tal lei foi considerada uma das mais emblemáticas mudanças no direito de família espanhol.

É que a Espanha, por ter uma forte influência da religião, era tida como um dos países improváveis a tutelar a realização de casamento entre pessoas do mesmo sexo. De fato, os líderes religiosos realizaram naquele país um movimento contra a supracitada lei, tentando fazer com que as pessoas acreditassem que o casamento supracitada lei, tentando fazer com as pessoas acreditassem que o

casamento homoafetivo era uma ameaça à sociedade. O legislador espanhol, ao aprovar tal Lei, quebrou os paradigmas tradicionais da heterossexualidade, que era um dos requisitos para o casamento naquele país. Previu ainda que ambos os parceiros homoafetivos podem adotar conjuntamente criança ou adolescente.

Já em Portugal o casamento entre pessoas do mesmo sexo era considerado nulo, enquanto o heterossexual era havido como um contrato entre duas pessoas de sexos opostos. Em 2007 um casal de mulheres buscou judicialmente a inconstitucionalidade dos dispositivos do Código Civil que não consideravam o casamento homoafetivo, sendo a pretensão negada em todas as vias ordinárias. Em seguida, recorreram ao Tribunal Constitucional de Portugal, com o objetivo de realizarem seu casamento de forma legal, sob o argumento de que os dispositivos proibitivos normativos eram inconstitucionais. No julgamento o Tribunal ratificou que não havia afronta aos princípios constitucionais, e mais uma vez o direito ao casamento homoafetivo lhes foi negado, pondo fim a inovadora pretensão.

Somente em 2010 tutelou-se o casamento homoafetivo em Portugal, com o advento da lei nº 9/XI, de 31 de maio de 2010. Como dito, o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi regularmente pela legislação portuguesa, porém, essa lei proíbe de maneira expressa a doção conjunta por casais homoafetivos, ainda que legalmente casados.

Já no Brasil o questionamento quanto ao reconhecimento jurídico das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo baseou-se na idéia de que o casamento, sendo instituição que servia como exemplo para a união estável, tinha entre os principais objetivos a procriação. O relacionamento sexual entre casais heterossexuais era visto como prática sexual padrão perante a sociedade, situação que por anos ditou preconceito contra homoafetividade, que até hoje insiste em permanecer.

O argumento da procriação por tempos foi levado em consideração, dada a realidade biológica do ser humano. Tendo como base os fatos suscitados, o judiciário de início somente reconheceu a união estável entre homem e mulher, que depois fora totalmente acolhida pela nossa Carta Magna de 1988 (art. 226, §3º).

Contudo, o Brasil recentemente entrou na lista de países que, segundo Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 113). Permitem a união civil entre pessoas do mesmo sexo editada, após a decisão favorável na ADIN nº 4277, no ano de 2011, pelo Supremo Tribunal Federal. O STF, em suma, passou a considerar a

união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, fundamento usado para realizar e oficializar o primeiro casamento homoafetivo no Brasil.

Há 15 (quinze) anos um casal de homens buscou na justiça brasileira o reconhecimento legal de sua união, busca essa que estou infrutífera. Em 2011, contudo, o juiz de Direito Fernando Henrique Pinto, da 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Jacareí-SP, autorizou a conversão de uma já reconhecida união estável em casamento civil. O fez baseando-se em uma resolução histórica da ONU (Organização das Nações Unidas), aprovada em 17 de junho de 2011, destinada a promover a igualdade dos seres humanos, sem distinção de orientação sexual, e também na decisão unânime favorável dos dez ministros do STF, no julgamento da ADIN nº 42747, que igualou a união homoafetiva à união estável heterossexual. O juiz de Jacareí em sua decisão declarou:

Se no mundo ainda vige forte preconceito contra tais pessoas, e se as mesmas têm de passar por sofrimentos internos, familiares e sociais para se reconhecerem para elas próprias e publicamente com homossexuais, às vezes pagando com a própria vida, parece que, se pudessem escolher, optariam pela conduta socialmente mais aceita e tida como normal, diz o Juiz em sua sentença, que levou em conta o artigo 226 da Constituição Federal, onde afirma que a família é a base da sociedade e tem proteção especial do Estado. (Disponível em: <[HTTPS://www.dgabc.com.br/Noticia/143241/brasil-realiza-hoje-primeiro-Casamento-civil-gay?referencia=buscas-listas](https://www.dgabc.com.br/Noticia/143241/brasil-realiza-hoje-primeiro-Casamento-civil-gay?referencia=buscas-listas)>).

Assim foi reconhecida no Brasil a união estável homoafetiva, sendo equipada à entidade familiar, com possibilidade (discutível) de convenção em casamento civil.

O Judiciário, após a lacuna deixada pelo nosso legislador, viu-se obrigado a impor sobre o assunto compreensão derivada dos princípios constitucionais, garantindo assim tratamento igualatório entre as uniões heterossexuais e homoafetivas.

### **3 UNIÃO HOMOFETIVA E O DIREITO AO CASAMENTO**

#### **3.1 A União Estável e sua Conversão ao Casamento (Artigo 226, §3º da Constituição Federal de 1988).**

Está claro que a Constituição Federal de 1988 trouxe louvável inovação para o ordenamento jurídico brasileiro ao reconhecer a união estável como entidade familiar, abolindo a distinção do antigo conceito de família, equiparando-a, para fins

de proteção. Não se pode mais falar em família legítima (a advinha do casamento) e ilegítima (a que resultava da união de fato entre um homem e uma mulher). Assim dispõe o art. 226, §3º, da CF, *verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]§ 3º. É reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Estamos diante de uma norma constitucional principiológica de eficácia limitada deixando o legislador constituinte que uma lei infraconstitucional facilitasse tal conversão, o que nos leva a crer na relevância maior do casamento como modelo de constituição de família brasileiro. Com isso, concorda-se que as entidades familiares, constantes mudanças da sociedade.

A união estável ordinariamente é, por definição, a convivência notória e prolongada de um homem e uma mulher, não havendo necessidade de seguir os rituais e nem a celebração do casamento. Em contrapartida, a conversão dela em casamento não trará prejuízo para o casal, que limita-se apenas a provar a união estável através dos meios exigidos legalmente, para que seja certificado, observando os impedimentos, as restrições e os procedimentos regulares.

O instituto da conversão ingressou no direito de família através da Emenda Constitucional nº 9, de 1977, que regularizou, na vigência da Constituição de 1967, o sistema de divórcio indireto, tudo nos termos da lei nº 6.515/77. Desde lá ficou permitido a conversão de separação judicial em divórcio, a ser tratado e realizado em um procedimento judicial firmado por qualquer um dos cônjuges ou ambos, atendidos certos requisitos previstos em lei.

Vale ressaltar que, após o advento da Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, o divórcio indireto aboliu-se, facultado apenas o divórcio direto, conforme dispõe o artigo 226, §6º da Carta Magna: “o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio”.

A conversão da união estável em casamento enfatiza o princípio da liberdade, um dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, respeitadas as normas previstas para que o casal possa optar por regularizar/formalizar a união. É assegurado aos cidadãos o direito de construir uma família independentemente do modelo como será formada, considerando as mudanças culturais ocorridas na

sociedade, tendo em conta o reconhecimento das “novas” entidades familiares, antes ignoradas e discriminadas pelo ordenamento pátrio.

A conversão, no que tange aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, poderá declarar o respectivo rol para fins de partilha. Contudo, não há possibilidade de retroagir os efeitos patrimoniais de interesse do casal.

Ressalta-se que, diante das inúmeras críticas sobre o texto normativo constitucional sobre a conversão da união estável em casamento, vê-se que a redação imprecisa deixa implícita a necessidade de regulamentação da lei. As dificuldades de conversão remetem aos procedimentos adequados para realizá-la, pois, da forma regida, não será possível praticar o ato, evidenciando-se assim uma insuficiência normativa.

Diante desse fato o IMDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) solicitou, junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a uniformização dos procedimentos à conversão da união estável em casamento, a ser aplicado em todos os Estados brasileiros e Distrito Federal, conforme confere-se no anexo.

O IBDFAM entendeu que o legislador deixou de regulamentar adequadamente a conversão no Código Civil, omitindo-se quanto aos critérios a serem usados e definição do procedimento, se o âmbito judicial ou administrativo. Ademais, não especifica no artigo 1.726 do Código Civil se o juiz de direito é o da Vara de Família ou da Vara de Registros Públicos, silenciando ainda quanto a possível dispensa da realização dos proclamas.

A redação da regra citada dá referência à regulamentação da conversão da união estável em casamento na busca dos efeitos civis equiparatórios do matrimônio. Condizente com os princípios fundamentais da liberdade e igualdade, que regem nossa Constituição, o sentido que perpassa do texto normativo é incentivar a conversão, oferecendo facilidades para tal ato, respeitando os limites de ordem pública e do interesse social, em conformidade com nosso ordenamento jurídico.

### **3.2 Igualdade, Dignidade da Pessoa Humana, Liberdade e a União Homoafetiva**

O valor justiça é um anseio humano de todos. Garantir essa justiça derivada do ordenamento é dever de um Estado Democrático de Direito. A almejada paz

social se alcança devido as regras de comportamento/conduita postas pelo Estado de Direito, para que as relações sociais possam ser avaliadas como relações jurídicas justas.

A nossa Carta Magna traz de forma expressa em seu art. 3º, inciso IV, esta previsão: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Assim, inaceitável a justificativa de que não havendo lei expressa, que proteja certo bem, este não pode ser tutelado. O fato de não haver lei específica não significa que não exista direito a ser protegido.

Quanto a homoafetividade, necessário primeiro reconhecer que a sexualidade é pressuposto da própria vida e condição humana, sendo por isto considerada um direito personalíssimo fundamental. Contudo, não há como uma pessoa ser totalmente realizada se lhe “furtarem” a liberdade sexual, impedindo-lhe assim o livre direito de escolha quanto a orientação sexual. Sobre o assunto ressalta Fugie (2002, p. 132):

Permitir a orientação sexual por pessoa de sexo oposto e não oferecer o mesmo tratamento em relação aos que direcionam o seu desejo sexual a pessoa do mesmo sexo não é senão deixar o indivíduo desamparado de um direito fundamental de intimidade e cercear o livre desenvolvimento de sua personalidade.

O artigo 4º da Lei Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB) assim dispõe, de modo expreso: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. A nossa Carta Magna, ao tratar dos princípios fundamentais, seu artigo 1º, dos direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º, mostra de modo irrefutável as possibilidades de iguais oportunidades, de reconhecer direitos individuais e sociais, beneficiando todos com a proteção estatal.

Os princípios são preceitos fundamentais e formam a base de todo o ordenamento jurídico, que se quer minimamente justo, desenvolvendo um papel importante na regulação e na ação interpretativa. No dizer de Mello (1993, P. 18).

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata [compreensão e inteligência], exatamente por definir lógica e a

racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere e tônica e lhe dá sentido Harmônico.

Passaremos, a seguir, a destacar alguns dos princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico brasileiro, mas que têm peso e importância para o nosso tema.

O Princípio da Igualdade também conhecido como princípio da isonomia, parte do pensamento de que as normas devem ser abstratas e gerais, o que elimina qualquer decisão e consequência jurídica arbitrária. Todas as pessoas são iguais e diferentes, e estas diferenças não podem ser levadas em consideração pelas normas jurídicas, quando produzem injustiças. As diferenças privadas e íntimas são irrelevantes para o ordenamento jurídico, quando não causam dano algum a terceiros.

O princípio da igualdade possui essa dimensão de natureza relacional, pois visa garantir tratamento isonômico para diversas situações de pessoas que possuem a mesma dignidade, característica sobre a qual incide a proteção jurídica.

De tal sorte, o princípio ora citado implica no tratamento idêntico entre as pessoas, mesmo que haja diferenças na privacidade e intimidade delas, pois sendo as normas à garantia da felicidade, deve-se desconsiderar quaisquer diferenças não prejudiciais existentes entre os indivíduos a quem elas se dirigem.

A igualdade fundamental entre todos é um dos maiores e mais relevantes valores do Estado Democrático de Direito, podendo ser considerada como a espinha dorsal da própria justiça. Este princípio pauta-se no bem comum, e busca aniquilar todo tipo de preconceito e quaisquer formas de discriminação, determinando que as normas jurídicas sejam aplicadas a todos os diversos projetos de vida acolhidos pelo sistema jurídico de modo uniforme.

O princípio da igualdade está expresso de forma direta no artigo 5º do nosso texto constitucional, que dispõe:

Art. 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, a segurança e a propriedade [...].

Por certo a Constituição Federal, através dessa norma-princípio, impõe a garantia de tratamento isonômico para as pessoas que possuem diferenças privadas e características centrais comuns. Ressalta-se que os princípios buscam garantir

direitos em situações de fato não expressas na lei, mas que merecem toda a proteção normativa legal constitucional, haja vista tratarm de relações humanas obrigadas no modelo de justiça.

De tal sorte, as relações homoafetivas, mesmo não estando reguladas de modo expreso no texto legal merecem amparo estatal, com base no princípio da igualdade.

Dignidade da Pessoa Humana. Este super-princípio está previsto na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, verbis:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[..]

III- a dignidade da pessoa humana.

A homoafetividade também é claramente protegida diante deste princípio, pois o mesmo defende a pessoa de maneira individual nos seus mais variados e diferentes modos de viver, de amar e buscar a felicidade, não devendo os modos de vida privado ter relevância para aplicação discriminatória do direito.

Em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (Organização das Nações Unidas) reafirmou à comunidade universal a prevalência da dignidade para os Direitos Humanos:

(...) o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; CONSIDERANDO que os Estados Membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efetivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais; CONSIDERANDO que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno desenvolvimento desse compromisso; proclamam (...):art. 1º. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. Artigo 2º. Todos os seres humanos podem invocar os direitos e liberdades proclamadas na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra situação. ( Disponível em: <[http://unicrio.org.br/mgDeclU\\_D\\_HumanosVersolIntert.pdf](http://unicrio.org.br/mgDeclU_D_HumanosVersolIntert.pdf)>.)

Certo é que a Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu para todos os seus membros signatários, que a valorização e o respeito a cada ser humano de modo individual deve prevalecer em todos os Estados que buscam uma sociedade

justa. O Brasil, tendo na Constituição como seu princípio fundamental a Dignidade da Pessoa Humana, e sendo signatário da ONU, deve assegurar o bem de todos os seus cidadãos independentes de qualquer diferença, seja ela religiosa, política, econômica, sexual, racial e qualquer outro tipo de diferença que possa existir.

A dignidade da pessoa humana é a assência do ser humano e tem como base proteger, dar tratamento descente a ele, como pessoa titular de direitos. Essa superior dignidade deve ser respeitada pelos aplicadores do direito, pela sociedade e pelo Estado, inclusive em face, e junto deste, quando e enquanto não contrariar os valores e os fundamentos constitucionais.

Liberdade. É um princípio multiforme, pois abrange diferentes e inimagináveis situações nas quais o ser humano vive e convive, tendo autonomia e livre arbítrio para decidir e agir dentro do sistema jurídico do modo lhe for melhor, buscando sempre seu bem estar, sua maneira de ser, sua paz, sua felicidade.

Desta forma, é equívoco falar em liberdade e não pensar em sexualidade, pois sendo a sexualidade de cada pessoa considerada um direito personalíssimo fundamental não deve nem pode ser reprimida, principalmente porque nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, assim dispõe: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Sendo a orientação sexual caracterizada também na Constituição como um assunto de caráter com quem a pessoa desejada relacionar-se é tema da intimidade, da identidade pessoal privada de cada indivíduo.

A homoafetividade, como já sabido, é a união entre pessoas do mesmo sexo. Isto implica dizer que as pessoas, que se enquadram nesse tipo de opção sexual de união, decidiram assumir sua liberdade para viver juntas, quebrando com os tabus existentes. Fazem conexo uso de seu direito à liberdade de escolha em um assunto que trata da intimidade, da vida privada, enfim, da própria identidade pessoal de cada ser, que é a sexualidade. Matos (2004, p. 155) ressalta:

Interpretar exclusões jurídicas, fundadas em tabus repressores à manifestação da sexualidade, é procurar limitar a liberdade no desenvolvimento de questões de esfera íntima para, em seu lugar, fazer apologia a modelos de famílias tradicionais. Cada um deve ter a liberdade de partilhar sua intimidade segundo seus desejos de foro íntimo independentemente de orientação sexual. Impor um determinado modelo, impossível para uma parcela significativa da sociedade, é negar a liberdade de desenvolvimento à personalidade dessas pessoas. Os parceiros das uniões homossexuais não se enquadram nos critérios heterossexuais

exigidos para a formalização de uma união afetiva, por motivos alheios à sua vontade. São as razões fundantes de sua personalidade- as características especiais de seu ser que determinam a não contemplação de sua união familiar, o que se manifesta contrário à liberdade do estabelecimento de sua expressão afetiva.

Desta forma, como afirmar que uma pessoa é menos digna porque tem preferências ou características sexuais diversas das consideradas desejáveis pela maioria? Todo cidadão, toda pessoa é livre, e essa liberdade inclui o direito de escolha que cada um tem de decidir com quem quer se relacionar, não competindo ao Estado reprimir esse modo de vida. As pessoas enquadram suas vidas, ações e omissões de acordo com as normas e regras constitucionais postas pelo Estado.

Contudo podem, também, com base nos princípios estudados, afastar qualquer impedimento constitucionalmente afrontoso, sem justificativa plausível, que impeça a livre manifestação de vontade.

Nossos princípios constitucionais não terão relevância alguma se ficarem reduzidos a um simples texto formal do papel. É necessário a afetiva aplicação deles, para que realmente se garanta a igualdade, dignidade e liberdade de todos, fundamentos à satisfação pessoal de cada cidadão, como efetivas pessoas de direito. Ouçamos a lição de Dias (2009, p. 34).

No Estado Democrático de Direito de viés garantista, mas de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana, à igualdade e à liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, de que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmentos alvo da exclusão social; tratamento desigualitário entre homens e mulheres; enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um país livre.

como visto, não basta que essa vontade normativa fique restrita e reduzida a um lindo texto formal. É necessário que de fato se apliquem esses princípios a todos os casos que ainda não tiveram o privilégio da proteção “do manto” da justiça, pois a constitucionais excluídos do meio social. É justamente essa maior função dos princípios, promover a integração de todos nos “braços” da justiça, visando o bem comum e a paz social.

### **3.3 União Homoafetiva e o Direito ao Casamento**

Sabemos que a homossexualidade não é um fato recente na sociedade, sendo prática tão antiga quanto à heterossexualidade. Os povos gregos e romanos podem ser citados como exemplos de civilizações antigas que consideravam o homossexualismo como uma relação comum cotidiana, onde ela era aceita já naquela época.

Não podemos escrever a história da sexualidade humana sem aceitarmos e entendermos que as diversidades nas práticas sexuais se mostraram em diferentes momentos históricos e culturais de cada povo.

Na busca de respostas concretas que justificassem os motivos da discriminação à homoafetividade foram realizados vários estudos, pesquisas médicas e psicanalíticas. Contudo, nada se descobriu de concreto para justificar os motivos que levam uma pessoa sentir-se atraída por outra do mesmo sexo, sendo a situação ainda um "enigma".

Com o surgimento do cristianismo, a Igreja Católica considerou o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo uma aberração, e condenou expressamente àqueles que mantivessem esse tipo de relação. Devido a falta de proteção do Estado, na década de 60 surgiram no Brasil grupos que passaram a lutar pela liberdade de opção sexual nas relações homoafetivas, pois consideravam a homossexualidade como fato natural, modo de viver diferente dos padrões impostos pela sociedade dominante heterossexual, quebrando assim com os paradigmas do que era considerado normal. Cabe registrar que homossexualidade não é doença nem desvio no processo educativo, mas derivação da genética e biologia.

O preconceito e a discriminação contra os homossexuais se arrastam até os dias atuais devido a grande influência da Igreja Cristã, que repudia o relacionamento homoafetivo, considerando essa prática como uma "aberração", inserindo-a ainda como um dos pecados graves que uma pessoa pode cometer.

Contudo, o fato de uma pessoa se descobrir homoafetiva não significa por isto que ela é pecadora, desprovida de fé em Deus, e muito menos que esse fato natural a exclui do conceito de cristã. Sendo a Igreja um lugar de crença no divino, deve repudiar o que considera pecado, mas não pode condenar o portador de uma opção sexual natural como se fosse pecador. Anotamos o que sobre o ponto escreveu Silva (2004, p. p. 12):

Atualmente diversos padres e religiosos vêm manifestado a livre expressão sexual. A igreja Presbiteriana Unida defende o homossexualismo, afirmando que a Igreja não tem o direito de sonegar a benção divina a duas almas gêmeas, não necessariamente macho e fêmea, quando estas se encontram no amor. A Igreja Católica sob o pontificado de João Paulo II foi quem mais estigmatizou o amor entre pessoas do mesmo sexo, ao oficializar a intolerância do inquisidor-mor Ratzingel, declarando que a homossexualidade é intrinsecamente má. Duas mudanças ocorreram nas teorias da sexualidade na primeira parte do século XVIII, a primeira foi a passagem da crença em dois gêneros e três sexos, para a idéia de três gêneros e dois sexos. A segunda foi o completo desaparecimento da idéia de que homens e jovens podiam ter sexo sem comprometer a masculinidade, substituída pelo conceito de veado adulto, uma espécie de prostituto masculino.

Todos anseiam por justiça, e garantir às pessoas respeito à sua dignidade humana, bem como, sua igual liberdade é um dever do Estado Democrático de Direito.

Com nova Carta Constitucional continuou a família sendo base da sociedade.

A inovação deu-se no sentido de proteger outros modelos de entidades familiares que surgiram naturalmente na sociedade, deixando assim de privilegiar somente aquela constituída pela união de um homem e uma mulher, consequência do matrimônio, base de nosso conservador e rígido modelo patriarcal do passado.

O que se percebeu foi que o afeto passou a ter grande relevância jurídica. Para as relações humanas, afeto é sentimento familiar que realmente importa, de tal sorte que a sexualidade dos seus protagonistas não deve ser tomada como único suporte de consideração estatal e social.

Sendo assim, a falta de previsão protetiva específica em lei não pode ser justificativa para negar-se a prestação da tutela, pois o próprio legislador instituiu mecanismos para o juiz utilizar em casos de omissão da lei. Vê-se clara essa determinação no art. 4º da LINDB (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) cuja transcrição para realçar repetimos: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Identificado a omissão da lei o juiz deve socorrer-se dos mecanismos que são considerados fontes subsidiárias, para obter o máximo de alcance protetivo na resolução das questões não previstas, visando preservar a igualdade de tratamento, bem como, o direito individual de cada cidadão.

Foi com base nos princípios constitucionais que norteiam todo o ordenamento jurídico brasileiro que o judiciário “levantou a bandeira” da igualdade entre a união estável homoafetiva e a heteroafetiva.

Não cabe ao direito “discutir” sobre o comportamento sexual privado de qualquer pessoa, pelo fato deste não ter nenhuma relevância jurídica sobre terceiros. O que deve ser analisado, portanto, é se a ausência normativa gera certa vulnerabilidade nas pessoas, em modo de assegurar a proteção e garantir os direitos por parte do Estado.

Dentro de todo esse contexto, será possível reconhecer o direito ao casamento para os casais homoafetivos? Se existir afeto, a instituição família e a vontade das partes, que são critérios básicos para o casamento, haverá direito ao casamento aos partícipes de uma união constituída por pessoas do mesmo sexo?

Difícil entender que no Brasil, com nossa Constituição Federal de “espírito” inclusivo, buscando garantir o direito à igualdade, à dignidade da pessoa humana e à liberdade de escolha, ainda se esteja discutindo sobre o reconhecimento de certos direitos civis dos casais homoafetivos.

Pode-se falar que o casamento homoafetivo seria então um “grito” em direção à igualdade, considerando ter na base uma relação de afeto, independente da diversidade ou não de sexo dos seus partícipes. Se de fato o afeto for admitido e constituído por um casal homoafetivo, não implica dizer que ele é menos intenso que o afeto existente entre um casal heterossexual.

Atualmente temos a possibilidade jurídica de realização do casamento homoafetivo, por força do julgamento no STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº. 4.277 e da Arguição de Preceito Fundamental (APDF) nº. 132, onde foi reconhecida por unanimidade a existência da união estável homoafetiva.

A partir de então, atos normativos foram expedidos por diversos tribunais estaduais autorizando em alguns casos, a habilitação para o casamento de casais homoafetivos, diretamente no cartório de registro civil, sem necessidade de processo judicial.

Para uniformizar os procedimentos quanto ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo foi editada a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apresentada pelo ex presidente do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa, que determinou estarem os cartórios impedidos de recusar a habilitação, celebração ou conversão de união estável em casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, mesmo não havendo expressa previsão legal. Essa resolução foi aprovada no CNJ por 14 (quartze) votos contra 1(um) , e

determina ainda que, em caso de recusa, o fato deverá ser comunicado ao juiz carregador para que tome as devidas providências. Discute-se sobre a legalidade dessa resolução, visto que a matéria haveria de ser tratada no âmbito legislativo, natural e democrático espaço de produção normativa de caráter geral que a todos abriga (lei).

Foi violado nesse ponto o princípio da separação das competências entre os poderes da República? A questão não está pacificada e, de fato o art. 5º, II, da Constituição, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude da lei”. Mas essa discussão não é contrário, trabalhamos com os efeitos jurídicos da Resolução do CNJ.

Por esse modo, não há necessidade dos companheiros ingressarem no Judiciário para formalizar a união oficialmente, bastando que os interessados manifestem essa vontade perante o Tabelionato de Registro Civil.

O primeiro casamento civil entre pessoas do mesmo sexo ocorreu no Brasil no dia 27 de junho de 2011. Esse direito foi reconhecido a dois homens de Jacareí-SP, após decisão do Juiz de Direito Fernando Henrique Pinto, conforme já indicado.

Como já se sabe, a união homoafetiva é uma relação de fato que pode se perpetuar pelo tempo, não podendo o Judiciário escusar-se de tutelar os efeitos daqueles que se aliam enlaçados através do afeto e do amor, visto estarem caracterizadas como entidades familiares, merecendo assim a mesma proteção e direitos atribuídos às uniões heterossexuais.

Sendo assim, ao nisso pensar não resta mais dúvidas quanto ao direito que os casais homoafetivos possuem de casarem civilmente, visto que o Judiciário, em obediência a princípios constitucionais, reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar, bem como, o direito da conversão de tal união para o casamento civil.

As pessoas podem com essa compreensão concordar ou não. Ficamos com a lição da Ministra Nancy Andrighy do Superior Tribunal de Justiça, expressando que “o Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida”.

## **CONCLUSÃO**

O presente trabalho pesquisa bibliográfica buscou demonstrar o reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva como entidade familiar, e

também possibilidade a de sua conversão em casamento civil, tendo como base principal para a sustentação desse direito os princípios constitucionais e a analogia.

Percebemos que a homoafetividade existe desde os primórdios da humanidade, e era aceitável no meio social de acordo com o momento histórico da humanidade, de cada povo. Com o surgimento do Cristianismo, a prática homoafetiva passou a ser reprimida e condenada por boa parte da sociedade.

Por essa razão, a sociedade formal manteve-se “arredia”, contaria a novos fatos que surgiram no meio social. Mas os tempos mudam, e como exemplo disso temos a própria união estável entre homem e mulher, que foi reconhecida pela Constituição de 1988, sendo que antes os conviventes dessa relação viviam excluídos do meio social.

Ressaltamos que a Constituição Federal de 1988, reconhecendo vários modelos de família, não reconheceu expressamente a união entre pessoas do mesmo sexo, mas também não proibiu essa situação, o que nos leva a crer que o legislador deixou margem para que o Judiciário utilizasse do domínio da hermenêutica dos princípios para aplicar a proteção estatal a este fato social, natural e incontroverso.

Constatamos que, com relação a outros países, no Brasil o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo ocorreu tardiamente, e isto fez com que várias pessoas vivessem à margem da sociedade, por agirem de modo sexual diferente dos padrões tradicionais esperados pela sociedade.

Do ponto de vista jurídico, como demonstrado no decorrer do trabalho, após a ADIN nº 4277, atualmente é possível o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, facultado aos companheiros dessas uniões expressar essa vontade perante a autoridade competente.

A nosso ver, a orientação sexual de uma pessoa não pode ser pressuposto para determinar os direitos a ela inerentes. Independente de ser relação entre pessoas do mesmo sexo ou sexos opostos, antes de tudo estamos tratando de pessoas, e como tal, devem ter sua dignidade, igualdade, respeito e liberdade garantidas, livre de qualquer tipo de preconceito e discriminação, que é o que se espera de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BAUMANN, Marcos Vinícios. **Conceito e Natureza do Casamento**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigo/2490/Casamento>. Acesso em: 05 de maio 2020.

BRASIL realiza primeiro casamento civil gay. Disponível em: <HTTPS://www.dgabc.com.br/Noticia/143241/brasil-realiza-hoje-primeiro-casamento-civil-gay?referencia=buscas-lista>. Acesso em 05 jun. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade- ADIN 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITO**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br//>. Acesso em: 05 de maio de 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)**. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 01 de maio de 2020.

BRASIL. **Vade Mecum. COLOCAR DE QUAL EDIÇÃO EU COLOQUEI**

BRITO, Ayres. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/2011**. STF, Distrito Federal, 05 maio 2011. Disponível em: <<http://WWW.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia//>>. Acesso em: 01 de maio de maio de 2020.

CARDOSO, Simone Tassinari. **Do contrato parental à socioatividade**. In: KLEIN, Felipe Pasto. Família, entidade familiar e união de indivíduos do mesmo sexo. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2004.v.2.

CASAMENTO religioso com efeito civil e novo Código Civil. Disponível em: <<jus.com.br/artigos/2662/do-casamento-religioso-com-efeitos-civil-e-o-novo-codigo-civil>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

CONSULEX, Revista Jurídica. **Direito de família e afetividade no século XXI**. Ano XVI. Nº 378. 15 de outubro de 2012.

CORREIA DA SILVA E MENDONÇA DO AMARAL ADVOGADOS. **Regime de Bens** [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por Alessandra. [abate@cslaw.com.br](mailto:abate@cslaw.com.br).

FLICK, U. **Introdução à metodologia de pesquisa**: um guia para iniciantes. Porto Alegre: Penso, 2013.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicação e trabalhos científicos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

SILVA, E. L. da. MENEZES, E. M. **Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação**. 4. ed. rev. atual. Florianópolis: UFSC, 2005.