



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO

**O RECONHECIMENTO JURÍDICO DOS CASAMENTOS HOMOAFETIVOS NO
BRASIL A PARTIR DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM 2011**

ORIENTANDA: BRUNA ALVES NASCIMENTO
ORIENTADORA: PROFA. DRA. HELENA BEATRIZ DE MOURA BELLE

GOIÂNIA – GO
2024

BRUNA ALVES NASCIMENTO

**O RECONHECIMENTO JURÍDICO DOS CASAMENTOS HOMOAFETIVOS NO
BRASIL A PARTIR DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM 2011**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS).
Profa. Orientadora Doutora Helena Beatriz de Moura Belle.

GOIÂNIA – GO
2024

BRUNA ALVES NASCIMENTO

**O RECONHECIMENTO JURÍDICO DOS CASAMENTOS HOMOAFETIVOS NO
BRASIL A PARTIR DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM 2011**

Data da Defesa: _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Doutora Helena Beatriz de Moura Belle

Nota

Examinador Convidado: Prof.: Dr. Antônio Evaldo Oliveira

Nota

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DOS CASAMENTOS HOMOAFETIVOS NO BRASIL A PARTIR DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM 2011

Bruna Alves Nascimento¹

Resumo: A proposta do artigo tem por objetivo discutir acerca dos direitos e da livre escolha de todas as pessoas sobre sua orientação sexual e seu núcleo familiar. Usando como método o dedutivo e pesquisa bibliográfica. Defender a igualdade como um dos principais direitos constitucionais que são fundamentais a todos os seres humanos. Buscando ainda exprimir a possibilidade de casamentos homoafetivos a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de ponderar sobre a aplicabilidade do regime de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Trazendo também todas as mudanças que ocorreram no instituto família, como a possibilidade de adoção por casais homoparentais e as principais mudanças no ordenamento jurídico, uma vez garantidos esses direitos

Palavras-Chave: União-estável. Reconhecimento jurídico. Orientação sexual.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás.
brunna.alves015@gmail.com, CPF nº: 062.953.561-25

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como objetivo abordar a temática em torno da homoparentalidade e em como esse assunto vem ganhando visibilidade em discussões sobre como se dá a privação de direitos básicos a cada pessoa que se encaixam nesse grupo. A escolha do tema se deu a partir da relevância social e da atual discussão quanto as evoluções que o instituto família vem sofrendo ao decorrer dos anos, nos remetendo as mudanças adquiridas pelo nosso ordenamento jurídico, que possibilitaram a aplicação do regime de união-estável entre pessoas do mesmo sexo e garantindo assim direitos como a adoção, o nome social, recebimento de pensão pós-morte e a criminalização da homofobia.

Traz também a decisão proferida em 2011 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), onde reconhece como constitucional a união homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo, garantindo-lhe os mesmos direitos e proteção jurídica que a união-estável. Todas essas ações foram propostas baseando-se em princípios constitucionais como a igualdade, liberdade e segurança jurídica. Esses princípios por vezes acabam sendo feridos por mudanças propostas de cunho extramente religioso, o que acabam por impactar diretamente nas relações e valores sociais.

Toda essa problemática nos remete também as conquistas que foram obtidas através da decisão do STF, não só podendo os casais homoafetivos constituir vínculo de uma entidade familiar como também possuir os mesmos direitos e obrigações que os casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Possui como objetivos gerais e específicos abordar sobre os reflexos positivos que o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas acabaram gerando em nossa sociedade, dando destaque para as mudanças no Direito da Família.

Também discorrer acerca da necessidade de reconhecimento e aceitação dos diferentes conceitos de entidade familiar, englobando todas as formas de relações afetivas entre as pessoas.

Demonstrar a importância da luta para que sejam garantidos os direitos humanos como a igualdade e a justiça entre todas as pessoas, e mais importante do que a garantia, que sejam aceitos e difundidos entre todos.

Apontar ainda a falta de uma norma que regulamentarize o casamento homoafetivo no Brasil, mesmo já sendo assegurada por decisão do Supremo Tribunal Federal. Ainda que admitidos de forma pacífica em nosso ordenamento jurídico, ainda

encontramos resistência quanto a sua aceitação em nossa sociedade.

Atualmente muito se discute sobre inclusão e os direitos humanos inerentes a dignidade das pessoas, mas poucos são aqueles dispostos a lutar pelos direitos dessa parcela da população que segue sendo descriminalizada. Porque os direitos humanos não são garantidos a todos, e por qual motivo existe a negligência em relação a aplicação dos direitos das pessoas com uma orientação sexual diferente da heterossexual?

Em tempos onde uma sociedade conservadora busca impor seus preceitos religiosos dentro de nosso sistema jurídico, mesmo sendo de suma importância e garantido por lei a promoção de um Estado laico, o que acaba impactando diretamente ao preconceito religioso acerca das relações homoafetivas em uma sociedade globalizada e com tamanho acesso a informação.

Juntamente com as evoluções sociais, diversas mudanças legislativas ocorreram que foram fundamentais nas transformações da nossa sociedade, como o conceito de família, que acabaram recebendo novos elementos que passaram a compor as relações familiares, proporcionalizando diversos benefícios.

Traz como hipóteses o instituto familiar homoafetivo, que apesar de ser aceito plenamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, ainda encontra dificuldade de ser exercido em nossa sociedade, possuindo ainda hoje comissões parlamentares dispostas a analisarem projetos de leis que ferem não só os direitos humanos como também a dignidade daquelas pessoas que foram por tanto tempo negligenciadas em seus direitos básicos.

A união entre pessoas do mesmo sexo ser considerada uma transgressão em igrejas religiosas, mostra o quanto o preconceito ainda é exarcebado e defendido por preceitos excludentes e que ferem não só a dignidade mas também a liberdade de escolha daquelas pessoas que se vêem inseridas dentro daquele círculo.

Além dos direitos que são garantidos aos casais homoafetivos, como os benefícios previdenciários, pensão por morte e auxílio-doença. Ainda há que se falar sobre a possibilidade de adoção pelos casais, e a liberdade de escolha de um estilo de vida que se baseia no aspecto central da família que é o afeto entre seus entes.

A discussão acerca dos relacionamentos homoafetivos há décadas se faz presente na história da humanidade, seja de forma pejorativa, criminalizada ou em aquiescência.

Apesar de toda a justificativa respaldada nos princípios da dignidade humana,

da liberdade, da entidade familiar, efetividade entre outros, tal resistência e preconceito se devem também a inércia do legislativo, que ainda não editaram uma norma regulamentadora que reconheça o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Portanto, a pesquisa se justifica pela importância de compreender os reflexos que o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas geram em nossa sociedade e no ordenamento jurídico dando destaque para o direito da família e os direitos humanos.

A metodologia a ser utilizada na elaboração da pesquisa envolverá o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica, com o levantamento ou revisão de obras publicadas sobre a teoria que irá direcionar o trabalho científico, estudo e análise e tem como objetivo reunir e analisar textos publicados, para servir de apoio para melhor compreensão do tema.

1 O CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR

Em nossa Constituição Federal temos previsto no art. 226 que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, fazendo menção direta ao matrimônio entre homens e mulheres.

Entretanto, diante da realidade que vivemos atualmente, diversas mudanças foram e ainda são responsáveis pela diversidade nos núcleos familiares brasileiros.

Não há mais o que se falar sobre as formações familiares engessadas nos antigos padrões sociais, uma vez que são observadas novas formas de entidades familiares que precisem de leis que-lhe protejam, ocasionadas principalmente pela intolerância ainda exacerbada em nossa sociedade.

De fato, o termo família, deveria abranger toda e qualquer forma de convivências que existam entre si afeto, e se a função da família se realiza quando através da comunhão percebe-se o desenvolvimento de cada uma das pessoas que a integram, sempre que assim for configurada a convivência, deveria então receber proteção do Estado como família. Assim como diz a doutrinadora Maria Berenice:

Daí a necessidade de intervenção do Estado, colocando-os a salvo junto as família substituta. Afinal, o direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da filiação. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando elos laços de sangue. (Dias, 2015. p. 50)

Assim como preceitua Maria Berenice em diversas obras, existe ainda a necessidade de intervenção do estado em assuntos que ainda não recebem a devida atenção não só do nosso poder judiciário, mas de todo o Estado.

O avanço mais recente em relação ao reconhecimento das formas de entidades familiares é a união estável entre casais homoafetivos, que foram reconhecidas pelo Superior Tribunal Federal (STF), que declararam procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, com eficácia “erga omnes” e efeito vinculante, conferindo interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil, com a finalidade de declarar a aplicabilidade de regime da união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Apesar da lei ter, em partes, se adequado a realidade fática através da Constituição Federal (CF) de 1988 e do Código Civil de 2002 estender o conceito de família, ainda é necessário a adequação à nossa realidade na tentativa de conceituar “família”, uma visão pluralista do termo para que sejam contemplados todos os modelos de família existentes.

Tentar conceituar família através da visão religiosa pode comprometer significativamente o Estado Democrático de Direito, uma vez que o sentimento de afeto tem extrema relevância, inclusive para fins jurídicos, podendo ser até mesmo compreendido como a base formadora da instituição familiar moderna. Assim como afirmado por Maria Berenice:

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. (Dias, 2015. p. 52).

Assim, as novas famílias possuem uma diversidade de arranjos e modelos que coexistem com a família nuclear tradicional. Apesar de ainda ser distante a completa aceitação social, estas famílias têm buscado maior visibilidade, acolhimento e proteção, seja pela coletividade, seja pelo direito.

Em geral, existe o pensamento ultrapassado relacionando os homossexuais à perversão e promiscuidade, resultado das noções religiosas incutidas nas sociedade e à ignorância. Na busca de uma mudança nessas definições, foi criado o termo homoafetividade, a fim de ressaltar que a união de pessoas do mesmo sexo é fruto

de um vínculo de afeto, desconectada da perversão, diminuindo a conotação pejorativa dada a esses indivíduos.

Uma vez que o tratamento dado aos homossexuais é ainda baseado na discriminação, preconceito e estereótipos antigos, nos últimos anos foram um tema recorrente, discussões e embates que buscavam a garantia de igualdade de seus direitos.

1.1 A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A instituição familiar desempenha um papel fundamental na formação da sociedade e dos indivíduos. Entretanto, suas raízes baseadas em moldes antigos permanecem até os dias atuais, dificultando e, muitas vezes, até inviabilizando, o reconhecimento de outros tipos familiares, como, por exemplo, as famílias homoafetivas.

Percebe-se que, apesar das diferenças entre as duas estruturas familiares, e do conceito arcaico e desigual de família, possuem o mesmo intuito, é a união afetiva entre homem e mulher, junto com seus descendentes e ascendentes. Essas pessoas devem possuir forte apelo afetivo um com o outro, além de haver uma identidade de nome, domicílio, nacionalidade e interesses morais e materiais semelhantes. Esse conceito, também conhecido como a família nuclear se perpetuou na sociedade através dos séculos.

Com o crescimento da ideia de que a família era uma união entre pessoas que se amam e a forte individualização dos tempos modernos, o conceito de família constitucional passou a ser insuficiente. A família nuclear não mais abrangia todas as formas de família que se constituíam e o conceito do que vem a ser uma família deve acompanhar a evolução da sociedade. Assim como conceitua Serejo:

As novas tendências familiares trazem em seu escopo características marcantes como a despatrimonialização (valoração da relação familiar), igualdade entre filhos (tanto os biológicos quanto os adotivos), paternidade socioafetiva, companheirismo, democracia interna, mobilidade e inovação permanente. (Serejo, 2004. p. 23).

O resultado social de tudo isso foi o aumento drástico na quantidade de tipos de entidades familiares diferentes que começaram a se constituir. Esses núcleos

diferem da família nuclear constitucional e, portanto, acabam não percebendo a mesma gama de direitos que estas possuem.

É ainda importante ressaltar que a existência e inclusão desses novos núcleos familiares não significam o fim da sociedade constituída na família nuclear, mas, apenas, significam que as famílias nucleares se tornaram mais um dos diversos núcleos existentes e juridicamente protegidos.

1.2 DIFERENTES FORMAS DE NÚCLEOS FAMILIARES

A partir da análise do instituto Família e da importância em um contexto atual, cabe a análise de quem e o que são os novos núcleos familiares. São chamados de novos, não porque são recentes, mas porque diferem do padrão socialmente construído através dos séculos de família nuclear.

Esses núcleos, na verdade, são muito antigos e remontam de milênios. Estudos históricos comprovam que desde que a família nuclear teve origem, os outros modelos familiares a acompanharam, porém, acabaram sendo marginalizados, ficando à sombra da família nuclear, em parte, devido à influência ortodoxa judaico-cristã durante a Idade Média.

A questão do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar é bastante polêmica, porém a maior problemática do tema não é a do Estado tutelar este tipo de união, mas sim, questões de preconceito, moral e até mesmo questões religiosas que impedem o Estado de tutelar esta patente forma de união. Assim declara Romualdo Flávio Dropa (2008, p. 205):

Ainda que, por pura omissão legal de nosso ordenamento jurídico, que não deslumbra as uniões homossexuais como entidades familiares baseadas em afeto, configurando-se assim sob o status de “novas estruturas familiares”, nada justifica que os operadores do Direito continuem a fechar os olhos para este tipo de união.

A família na sociedade brasileira possui um histórico de característica patriarcal, são famílias caracterizadas por relações hierárquicas, que prevalece a autoridade paterna, a monogamia heterossexual e o casamento indissolúvel. A estrutura da família patriarcal era constituída na figura de um chefe, representado pelo pai, somado à esposa, filhos, netos, sendo esses os representantes primários. O

patriarca estava à frente do grupo familiar, comandando os negócios, defendendo a honra da família dentre outras funções.

Desta forma, traça-se um perfil de uma população em que sua maioria é composta por pessoas que seguem as mais conservadoras das religiões ocidentais. Esta configuração faz com que tenhamos uma população que reproduz discursos ultrapassados e se apegam a valores conservadores, no que diz respeito a diversos aspectos, mas principalmente sobre sexualidade, que ainda é um tabu, e se reflete, principalmente, nas questões tocantes a valores morais cujo critério de valoração é totalmente subjetivo.

Com o crescimento da urbanização, a Revolução Industrial e a necessidade de a mulher compor o mercado de trabalho, fez com que surgisse a figura da família nuclear.

Pode-se dizer que o reconhecimento da afetividade enquanto princípio decorre da constitucionalização da família eudemonista, cujos laços são criados pelo afeto, na qual a felicidade do indivíduo prevalece. Tal fato demonstra a descaracterização do conceito antigo de família, fundado no matrimônio e nas relações de parentesco biológicas para valorização das relações fundadas no afeto.

Assim como Maria Lygia ensina que “novas realidades implicam novas formas de pensar em novos valores com profundas repercussões sobre o estatuto das famílias” (Moraes. 2011. p. 413).

Diante de vários fatores, é de se notar que os princípios formadores são os mesmos que vem dando embasamento em decisões jurisprudenciais e doutrinarias, estes princípios que buscam garantir respeito e tratamento igualitário a todo ser humano. Ou seja, é dever do Estado, tratar todos de forma digna, sem nenhum tipo de distinção (art. 5º, caput, da Constituição Federal) e de forma igualitária, conferindo direitos e deveres a todos.

Em razão disto, qualquer que seja a união afetiva, seja heterossexual ou homossexual, devem ser tratadas da mesma forma, já que não qualquer razão em negar estes direitos em função da orientação sexual do indivíduo.

A transformação do modelo familiar patriarcal para o modelo nuclear, fez com que surgisse a necessidade de se adaptar as leis à nova realidade das famílias brasileiras e a insurgência dos movimentos de luta por igualdade foi marcante para a consolidação de uma sociedade mais livre e acolhedora.

2 O CASAMENTO HOMOAfetIVO

A partir do conceito que se dá ao instituto família, passa-se à análise do principal negócio jurídico que dele advém. O casamento.

Atualmente, na sociedade contemporânea ocidental, a figura do casamento apresenta-se como uma espécie de contrato que leva em consideração a vontade dos envolvidos na forma que a lei estabelece.

No entanto, a influência religiosa judaico-cristã, principalmente no ocidente, acaba gerando moldes exagerados e rigorosos dos quais os nubentes não podem escapar.

A Constituição Federal de 1988 contribuiu consideravelmente para o processo de emancipação da família, e o surgimento da figura da união estável deu à sociedade o pontapé que ela precisava para a insurgência dos novos núcleos familiares. Os primeiros a se aproveitarem da flexibilização das leis foram os casais homoafetivos, os quais atendiam todos os quesitos para a constituição de união estável. A conversão em casamento civil então veio em seguida e as relações homoafetivas passaram a ser apreciadas e reconhecidas pelo direito.

A doutrina também conceitua o instituto do casamento, segundo Maria Helena Diniz: “O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisio-psíquica e a constituição de uma família” (Diniz. 2005. p. 39).

Apesar dessa aparente inclusão acima demonstrada, nem todos os novos núcleos familiares encontram respaldo jurídico.

A família homoafetiva, por exemplo, tem como elemento fundamental a união entre duas pessoas do mesmo sexo. Essa afirmativa em si já é suficiente para causar alvoroço em massa em todos aqueles que se adaptaram ao modelo tradicional de família e que rejeitam todas as formas que dele diferem.

Mesmo sem a chancela estatal, os indivíduos mais e mais se uniam com base no vínculo afetivo e no amor que sentiam um pelo outro. Não mais tendo a procriação como único intuito, pessoas de mesmo sexo tiveram mais liberdade para se unirem e constituírem suas próprias famílias. Essas famílias, no entanto, não estavam amparadas pela figura legal do casamento e tiveram que recorrer ao instituto da união estável para que se fizessem reconhecidas. Apesar disso, são tão famílias quanto aquelas protegidas pela lei.

2.1 RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO ESTÁVEL

Há tempo, o Estado tomou para si a responsabilidade de proteção à entidade familiar e normatizou a união entre o homem e a mulher através do instituto denominado casamento, estabelecendo inúmeras regras - tanto para a sua celebração como para a sua vivência e os direitos e os deveres dos cônjuges.

A Constituição Federal de 1988, apesar de ter trazido grande evolução ao direito de família, como o reconhecimento da união estável e da família, silenciou acerca da relação formada por pessoas do mesmo sexo.

O Brasil ainda não possui norma jurídica que regule a união homoafetiva. Como já visto, a Constituição e o Código Civil silenciam acerca do tema. O grande preconceito da sociedade a essas relações gera uma resistência ao legislador em normatizar este tema, visando não constranger o seu eleitorado.

Do outro lado, se encontra o Poder Judiciário, onde os juízes, em face da lacuna da lei, decidem com base nos princípios constitucionais, evocando, principalmente, a dignidade da pessoa humana e a igualdade, e, através da analogia, mas, muitas vezes, tratando, nessas relações, apenas o caráter patrimonial e não o vínculo afetivo.

Assim como nas palavras de Maria Berenice:

A omissão legal gera resistência nos juízes de reconhecer juridicidade às uniões homossexuais. Interpretam a falta de lei como correspondendo à vontade do Estado em não querer lhes conceder direitos, quando a motivação é bem outra: o preconceito. Esse mesmo preconceito gera também no judiciário enorme dificuldades em identificá-las como entidade familiar, como se as características anatômicas dos parceiros impedissem a vida em comum com os mesmos propósitos das relações heterossexuais. (Dias. 2007. p. 185).

Hoje em dia, enfrentamos na política brasileira uma realidade na qual, em que pese o Brasil seja considerado um Estado laico, encontramos nas principais casas legislativas, tal como a Câmara dos Deputados, a chamada “bancada evangélica” que, apoiada por partidos de frente conservadora, ocupam cargos importantes, como a presidência da Câmara e a Comissão de Direitos Humanos. Isso faz com que, qualquer projeto de lei que seja garantidor de direitos referentes às minorias, especialmente os de caráter sexual e reprodutivo, enfrente dificuldades para avançar,

seja rejeitado ou, ainda, fique à mercê de ações afirmativas de órgãos que não necessitam da atuação do poder legislativo, como o Supremo Tribunal Federal (STF).

É mister o pensamento de que não apenas a união estável homoafetiva agora pode ser convertida em casamento, de acordo com o entendimento do STF, STJ e CNJ, como também o ordenamento jurídico deve permitir o casamento homoafetivo de pronto, ou seja, sem a necessidade da precedência da união estável. Na tentativa de suprir essa carência legislativa para a permissão do casamento homoafetivo, o CNJ através da resolução de número 175 de 14 de maio de 2013 Casamento Homoafetivo: uma Realidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro 405 recomendou que os cartórios não poderiam se recusar à habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. (CNJ. Resolução número 175, art. 1º) Não há dúvidas de que a aprovação da resolução do CNJ e os posicionamentos do STF e STJ em favor do casamento homoafetivo segue as transformações da sociedade, contudo, apesar da resolução ser um avanço, acredita-se que esta não conseguirá abarcar as necessidades inerentes ao instituto.

É dizer, portanto, que a partir do momento em que aos casais homossexuais são negados direitos civis básicos como o casamento e união estável, lhe são negados também o direito de não ter violada a sua dignidade e o reconhecimento destas relações como família, se torna um processo ainda mais dificultoso.

Ao longo das últimas décadas, o Brasil vem avançando no que se refere à garantia de direitos básicos de fundamentais às ditas minorias, como é o caso do reconhecimento da união estável homoafetiva. Não de forma pacífica, mas sob protestos de alas mais conservadoras, que, visando a proteção da família tradicional, enquanto instituto, e da moralidade, tentam impedir esse caminhar no sentido de conceder aos homossexuais os mesmos direitos, principalmente no ramo do Direito de Família.

A falta de normatização também contribui para a não uniformização das decisões, o que acarreta insegurança jurídica e injustiças, quando casos concretos semelhantes recebem soluções diferentes.

As majorias das decisões estão longe de reconhecer como entidade familiar as uniões homoafetivas. O reconhecimento é o da sociedade de fato, valorizando apenas o aspecto patrimonial da relação, confinando-as ao direito obrigacional, não possuindo a proteção do direito de família. Assim, a competência das demandas é das varas

cíveis, normalmente, não são reconhecidos direitos a alimentos ou sucessórios, no caso de morte de um dos parceiros, em regra, é buscada em juízo a meação dos bens integrados ao patrimônio durante o período de convívio, e não a sua integralidade, e o parceiro sobrevivente tem que provar sua participação na aquisição dos bens.

2.2 LUTA PELA DIREITOS HUMANOS: IGUALDADE E LIBERDADE

A dignidade da pessoa humana está intrinsecamente ligada ao dever de o Estado proporcionar aos cidadãos um bem estar social, garantindo assim, o essencial para uma vida com condições dignas. Contudo, não é apenas o poder Estatal que tem ônus, uma vez que o cidadão também tem seus direitos e deveres a serem executados.

Nesse sentido, percebe-se também que esse princípio remete a valores morais da sociedade, porque é da junção de direitos e deveres que temos a garantia que os cidadãos serão respeitados em suas questões e valores íntimos.

O princípio da isonomia corresponde à igualdade de todos perante a lei, mas respeitando as suas desigualdades, sendo, pois, um dos princípios gerais aplicáveis a todos que compõe o Estado Democrático de Direito, como também um dos que provocou profunda transformação no direito de família. Por sua vez o princípio da liberdade significa que partes da relação tem poder de escolha e autonomia na formação e extinção da entidade familiar, sem que haja qualquer interferência nas decisões, como bem afirma o art. 226, § 7º da CF/88.

Como Pablo Gagliano afirma:

Mas, esses outros núcleos não decorrem diretamente da dignidade humana: somente por meio do reconhecimento do direito constitucional à liberdade e do reconhecimento constitucional à isonomia, o princípio maior (da dignidade da pessoa humana) se faz presente, atuando na relação concreta do direito privado. (Gagliano, 2012. p. 79).

O princípio da Igualdade e o princípio da Liberdade estão intrinsecamente interligados, e a partir do reconhecimento de nossos direitos, nos resta exigir o cumprimento desses, uma vez que não há como se falar em garantia à liberdade se não existe o tratamento igualitário entre os seres, como bem afirmou Maria Berenice Dias:

O papel do direito é coordenar, organizar e limitar as liberdades justamente para garantir a liberdade individual. Parece um paradoxo. No entanto, só existe liberdade se houver, em igual proporção, e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não haverá liberdade. (Dias. 2015. p. 46).

O princípio da afetividade funda-se a partir do direito à felicidade, e está inserido de forma implícita no texto constitucional, e, como qualquer outro direito fundamental, é dever do Estado promover políticas públicas para essa harmonia entre as famílias, pois, como bem afirmou Maria Berenice:

O Estado impõe a si obrigações para com seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Tal nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado. (Dias, 2015. p. 52).

Porém, com relação aos homossexuais, estes princípios fundamentais encontram-se latente, ou melhor, são totalmente ceifados quando se trata da união homoafetiva, o que acaba por ferir de forma patente a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido Romualdo Flávio Dropa (2008. p. 204) afirma que “é injustificável a realidade de que um indivíduo tenha o direito de ser homossexual e não poder ‘exercer’ esta homossexualidade através de união – juridicamente reconhecida – com outro indivíduo homossexual”.

Assim, é de se entender que a legislação garante o princípio fundamental de liberdade e igualdade a todos os cidadãos, porém quando se fala em igualdade a união entre pessoas do mesmo sexo, a coisa muda de figura, passa-se então, a deixar de assegurar os princípios da dignidade e igualdade da pessoa humana, deixando de se levar em consideração o que realmente importa e dá ensejo, a grande parte das relações entre as pessoas, o “afeto”. E é sobre o afeto, o amor, que inúmeras relações humanas estão embasadas.

As mudanças observadas nas configurações familiares da sociedade brasileira criaram uma necessidade de se reconhecer legalmente outras formas de família. Desde aquelas compostas por homem e mulher, famílias monoparentais, ou formadas por parentesco colateral e até mesmo por casais com pessoas do mesmo sexo. A família é reconhecida como instrumento que garante a realização do princípio da dignidade da pessoa humana e todas as suas formas devem ser tratadas com igualdade.

3 DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL

Em maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro julgou a ADPF 132 e a ADI 4277. O resultado deste julgamento foi a decisão que reconheceu a união de homossexuais como entidade familiar merecedora de mesma proteção jurídica que a união estável. A ADPF 132, de autoria do governador do estado do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, requisitava que o STF interpretasse, conforme a Constituição Federal de 1988, o Estatuto dos servidores públicos civis do estado do Rio de Janeiro, aplicando analogicamente o art. 1723 do código civil brasileiro de 2002 às “uniões estáveis homoafetivas”.

Como pedido subsidiário foi pleiteado que a ADPF fosse recebida como ação direta de inconstitucionalidade, o que de fato aconteceu em 2009. Nesta data a Procuradoria Geral da República propôs a ADPF 178, recebida como ADI 4277 pelo então presidente do STF, ministro Gilmar Mendes. Tratava-se de uma ação cujo objetivo era reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, nas situações em que estivessem preenchidos os mesmos requisitos necessários para a configuração da “união estável” entre homem e mulher, fazendo com que “os mesmos deveres e direitos originários da união estável fossem estendidos aos companheiros nas uniões homoafetivas” (Chaves. 2012. p. 231).

É importante ressaltar que nenhuma alteração legislativa foi feita, até o momento, no sentido de consentir a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar a possibilidade de casamento entre elas.

Enquanto não houver um posicionamento sólido em relação a admissão do instituto casamento homoafetivo no ordenamento jurídico brasileiro, a questão oscilará em obscuridades que acabam sobrecarregando cada vez mais os tribunais superiores.

Os casamentos homoafetivos são uma realidade no ordenamento jurídico Brasileiro, além disso, não parece prudente que a tentativa de solução para ausência de norma para a institucionalizada do casamento homoafetivo venha através do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que sequer tem poderes para normatizar. Opina-se como uma medida imediatista pela edição de súmula vinculante do STF neste sentido, a fim de minimizar o ingresso de ações pelo reconhecimento do casamento homoafetivo, tal medida, culminaria até mesmo em economia processual, uma vez que desafogaria o legislativo com processos desta conjuntura.

O STJ já manifestou seu posicionamento em nome do Poder Legislativo e em nome da sociedade. Pautaram-se no princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e no princípio da felicidade para atender ao anseio dessa parcela da sociedade, no sentido da obtenção da regulação da matéria.

Acerca da polêmica que o assunto ainda suscita, o Partido Social Cristão ajuizou Mandado de segurança no STF contra ato da presidência do CNJ frente à resolução 175/13 que proíbe que os cartórios se recusem de habilitar, de celebrar o casamento civil ou de converter a união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Não há dúvidas de que a questão precisa ser regulamentada, devendo ser feita pelo legislativo. Entretanto, em sua ausência, cabe ao judiciário através de seus julgados definir diretrizes práticas frente a inércia do legislativo. A referida resolução representa um avanço, não só por coadunar com o casamento homoafetivo, mas por contribuir para a normalização do instituto frente a sociedade que ainda muito se escandaliza com tal, devido a uma suposta cultura moral e religiosa entre as pessoas.

3.1 DIREITO À ADOÇÃO

A dignidade da pessoa humana está fortemente inserida no direito de família e é justamente por isso que também está intrinsecamente enraizada no direito a adoção, pois, se este princípio afasta e repudia qualquer tipo de discriminação entre as pessoas, não seria nenhum pouco razoável negar este direito a casais que, como a maioria, querem ser pais através de um direito que é de todos.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana traz forte lastro para a sustentação da tese de que a adoção por casais do mesmo sexo nada mais é do que o exercício do direito da isonomia e da vedação ao tratamento discriminatório, sendo estes direitos frutos do princípio maior, qual seja o da dignidade da pessoa humana.

O Estado Democrático de Direito é um conceito no qual, através da democracia, se busca a proteção das liberdades civis, o respeito pelos direitos humanos e das garantias fundamentais. É um modelo em que as leis são justas e o povo possui adequada representação política, cujo objetivo final é a garantia da proteção da dignidade da pessoa humana. Entretanto, para a realização do Estado Democrático

de Direito, a norma positivada não deve ser a única fonte de um direito. No âmbito do Direito de Família, enfrenta-se uma enorme dificuldade em aceitar uma abertura do ordenamento jurídico para além das normas escritas e aplicáveis a cada caso concreto.

No caso das uniões homoafetivas e, conseqüentemente, o direito destes casais de constituir família através da adoção, o fato de não existir lei que o regulamente, mas tão somente jurisprudência favorável, torna-se um grande empecilho para o seu reconhecimento, a sua legalidade e a sua legitimidade.

Estes direitos, qual seja, casar-se ou constituir união estável e formar família, estão inseridos no rol de direitos fundamentais do ser humano, devendo ser reconhecidos, independentemente de qualquer norma jurídica, que só surgem após o fato.

No tocante à possibilidade da adoção por famílias homoafetivas em relação aos objetivos do Estado Democrático de Direito, devem ser levados em consideração, dentre os princípios elencados, principalmente, o da Igualdade, o da Dignidade da Pessoa Humana e do Melhor Interesse do Menor.

O princípio a convivência familiar está explícito na Constituição Federal no seu art. 227 e também tem previsão legal no Estatuto da Criança e Adolescente, no qual irão assegurar o direito de crianças e adolescentes a serem criados e educados no seio familiar, seja ela biológica ou substituta.

Além do mais, não é dever apenas da família assegurar, entre outros direitos, a convivência familiar, uma vez que o Estado e a comunidade devem se comprometer igualmente com o bem estar de qualquer criança e adolescente de modo a resguardá-los de qualquer tipo de situação degradante e violenta. A proteção à convivência familiar não se esgota na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e Adolescente, uma vez que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança também tutela o princípio da convivência familiar, no qual irá garantir que, em caso de pais separados, o infante terá direito a manter contato direito com ambos, salvo se não for da sua vontade.

O instituto da adoção é instrumento essencial para que crianças e adolescentes gozem do direito a convivência familiar, bem como o direito à felicidade, ao amor, ao afeto e a dignidade humana. Nesse sentido, a doutrinadora Maria Berenice aborda com perfeição a relação do princípio da afetividade com o direito a convivência familiar:

Daí a necessidade de intervenção do Estado, colocando-os a salvo junto as famílias substitutas. Afinal, o direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da filiação. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando dos laços de sangue. (Dias, 2015. p. 50).

No âmbito da adoção por casais homossexuais, os problemas que podemos citar são: a naturalização da hétero e da monoparentalidade, o excesso de moralidade presente na sociedade e, conseqüentemente na política e a necessidade da criação de leis para concretização de realidades sociais. Desta forma, enquanto não há uma lei que contenha expressamente que casais homossexuais possuem tanto direito de adotar como os heterossexuais ou qualquer outra pessoa, inclusive homossexuais solteiros, restam aos magistrados cuidar das lacunas deixadas pelos legisladores, valendo-se de princípios, costumes e outros meios de interpretação das normas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face à grande polêmica que envolve o encaminhamento da união homoafetiva, precisamos reconhecer e fazer algumas colocações de caráter histórico e social sobre a homossexualidade, tema encharcado de preconceitos, tabus e mitos, e de como vem sendo tratada no âmbito do Direito. Em todo o estudo sobre o tema, nos resta demonstrado o quanto a sociedade ainda possui valores culturais dominantes em cada época e um sistema de exclusões muitas vezes baseado em preconceitos estigmatizantes.

De primeiro, cabe referir que durante a pesquisa pode ser observado quanta contradição ainda existe em termos sobre a orientação sexual, o que acaba despertando curiosidade e profunda inquietação. Não só, mas principalmente neste tema, tudo que se situa fora dos estereótipos resta por ser rotulado de “anormal”, ou seja, fora da normalidade, o que não se encaixa nos padrões. Questões referentes a relações familiares e comportamentais situam-se mais na esfera privada do que pública, cabendo à sociedade sua normatização.

Em diversos estudos apontados podemos perceber o quanto a sociedade, nas últimas décadas, mudou a maneira de se encarar a homossexualidade. Com a evolução dos costumes e a mudança de valores, dos conceitos de moral e de pudor, o tema referente à opção sexual deixou de ser “assunto proibido” e hoje é enfrentado abertamente, sendo retratado no cinema, nas novelas, na mídia como um todo. Ainda que a sociedade se considere heterossexual, a homossexualidade existe desde que o mundo é mundo.

A valorização da dignidade da pessoa humana como elemento fundamental do estado democrático de direito não pode chancelar qualquer discriminação baseada em características pessoais individuais, repelindo-se qualquer restrição à liberdade sexual do indivíduo, não se podendo admitir desrespeito ou prejuízo em função de sua orientação sexual. Sendo a homossexualidade uma característica inata, integrando a própria estrutura biológica da pessoa, o não-reconhecimento de sua condição e a falta de atribuição de direitos constituem certamente cerceamento da liberdade, verdadeira forma de opressão.

Reconhecer e proteger a existência dessas famílias é necessário, pois significa avanços para o direito do país e esses avanços implicam em melhorias para toda a

sociedade. Só a partir do exercício da empatia e da compaixão é que a sociedade brasileira se tornará um lugar melhor para todos os seus cidadãos.

THE LEGAL RECOGNITION OF SAME-AFFECTIVE MARRIAGES IN BRAZIL AFTER THE DECISION OF THE FEDERAL SUPREME COURT IN 2011

ABSTRACT: The purpose of the article is to discuss the rights and free choice of all people regarding their sexual orientation and their family nucleus. Using deductive and bibliographic research as methods. Defend equality as one of the main constitutional rights that are fundamental for all human beings. Still seeking to express the possibility of same-sex marriages based on the decision of the Federal Supreme Court, with the purpose of considering the applicability of the stable union regime between people of the same sex. Also bringing all the changes that have occurred in the family institute, such as the possibility of adoption by homoparental couples and the main changes in our legal system, once these rights are guaranteed.

Keywords: Stable union. Legal recognition. Sexual orientation.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Adoção: um ato de amor. Direito de Família e Interdisciplinaridade**. Curitiba: Juruá, 2001.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, n. 9, p. 12-21, jan./mar. 2002.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 03 mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4277 DF**. (STF - ADI: 4277 DF, Relator: AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 14/10/2011). Acesso em: 05 mar. 2024.

BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. SP. LTr, 2000, p. 46-47.

BRUNET, Karina Schuch. **A união entre homossexuais como entidade familiar: uma questão de cidadania**. In: Rev. Jurídica. RS.2001, p. 83.

CHAVES, Mariana. **Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. **Bagoas-Estudos gays: gêneros e sexualidades**, v. 2, n. 03, 2008.

DIAS, Maria Berenice (2000). **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 24-25.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Direito de família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

DROPA, Romualdo Flávio. **União Homoafetivas, Dignidade Humana e os Direitos Fundamentais**. In: FACHIN, Zulmar (coord.). Direitos fundamentais e cidadania.

GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2 ed. São Paulo: SARAIVA, 2012.

MORAES, Maria Lygia Quartim de. **“A nova família e a ordem jurídica”**. In: Cadernos Pagu (37), dez-jul. 2011: 407-425.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. 2. ed. Belo Horizonte: del Rey, 2004. Revista e atualizada.

TEPEDINO, Gustavo. **Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio**. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 1999.

VECCHIATTI, P. R. I. **Manual da Homoafetividade. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: Método, 2008.