

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR/MG
CURSO DE DIREITO
RAÍSSA EDUARDA DE OLIVEIRA

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS DA UNIÃO HOMOAFETIVA SOB
A ÓTICA DO DIREITO DE FAMÍLIA**

FORMIGA/MG

2023

RAÍSSA EDUARDA DE OLIVEIRA

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS DA UNIÃO HOMOAFETIVA SOB A
ÓTICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado no curso de Direito do Centro
Universitário de Formiga – UNIFOR/MG,
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Altair Resende de
Alvarenga

FORMIGA/MG

2023

RAÍSSA EDUARDA DE OLIVEIRA

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS DA UNIÃO HOMOAFETIVA SOB A
ÓTICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do Centro
Universitário de Formiga – UNIFOR/MG,
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Altair Resende de Alvarenga
Orientador

Professora Ms. Adriana Costa Prado de Oliveira
UNIFOR-MG

Professor Ms. Eniopaulo Batista Pieroni
UNIFOR-MG

Formiga/MG, ____ de _____ de 2023.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter sempre me guiado até aqui, por todo cuidado, sabedoria e por todas as vezes que me trouxe conforto e tranquilidade para continuar sem desistir dos meus sonhos.

Agradeço aos meus pais, que têm grande importância nessa caminhada, já que me ensinaram a ser forte sem perder a doçura e acreditar nos meus sonhos, sempre me apoiando e incentivando.

Agradeço aos meus irmãos, Reni Júnio, Rodrigo e Rafael, que me apoiaram com palavras e gestos ao longo do processo, mantendo-me firme e me apoiando a não desistir.

Agradeço a todos os professores do curso de Direito, em especial ao meu orientador Dr. Altair Resende de Alvarenga.

Fica aqui todo o meu agradecimento!

RESUMO

O objetivo da presente monografia é avaliar a urgência de se regulamentar as uniões entre pessoas do mesmo sexo, pois a omissão legislativa dá margem a injustiças e discriminações em relação aos direitos decorrentes desta nova modalidade de entidade familiar. As leis devem estar em combinação com a realidade fática, pois a homossexualidade é um fato real e a exclusão do vínculo homoafetivo da tutela jurídica se contrapõe ao princípio máximo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que é o princípio da dignidade da pessoa humana, do qual emanam outros princípios fundamentais como o da liberdade e da igualdade. O atual direito de família moderno ajusta-se às mudanças da sociedade civil para se adequar as novas constituições de família de modo que nenhuma pessoa seja excluída da tutela jurisdicional.

Palavras-chave: Direito de Família; Homossexualidade; União Homoafetiva.

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to assess the urgency of regulating unions between people of the same sex, since legislative omission gives rise to injustice and discrimination in relation to the rights suffered by this new type of family entity. The laws must be in combination with factual reality, since homosexuality is a real fact and the exclusion of the homoaffective bond from legal protection is opposed to the maximum principle of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, which is the principle of the authority of the human person, which emanate other fundamental principles such as freedom and equality. The current modern family law adjusts to changes in civil society to adapt to new family constitutions so that no person is excluded from jurisdictional protection.

Keywords: Family Law; Homosexuality; Same-sex Union.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 08 |
| 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA | 10 |
| 2.1 Origem, desenvolvimento e importância histórica da entidade familiar | 12 |
| 2.2 Diferentes tipos de constituição de família no Brasil | 15 |
| 2.3 Direito de família: princípios aplicáveis também às uniões homoafetivas | 20 |
| 3. A FAMÍLIA HOMOAFETIVA NA SOCIEDADE MODERNA | 28 |
| 3.1 Conceito e evolução da homossexualidade | 30 |
| 3.2 Direito comparado: um estudo sobre a homoafetividade | 36 |
| 3.3 Direitos reconhecidos e assegurados no país | 40 |
| 4. OMISSÃO LEGISLATIVA E TUTELA ESTATAL DEFICITÁRIA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS RELATIVOS ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS | 43 |
| 4.1 Papel do judiciário e silêncio legislativo | 47 |
| 4.2 Atual paradigma do estado democrático de direito e garantias inerentes à união homoafetiva: avanços dos três poderes e consequências sociais | 50 |
| 5. JURISPRUDÊNCIAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES | 53 |
| 6. CONCLUSÃO | 57 |
| REFERÊNCIAS | 58 |

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia aborda as inúmeras desigualdades sofridas pelos homossexuais, tanto no campo jurídico quanto no campo social, que acontecem exclusivamente em função da orientação sexual. Dessa forma, o não reconhecimento da união homoafetiva é baseado principalmente em argumentos morais e religiosos.

Desde sua origem a homossexualidade foi parte integrante da cultura humana e estava dentro da normalidade, assim como os relacionamentos heterossexuais. Contudo, a partir do crescimento da Igreja Católica, os relacionamentos sexuais que tinham como objetivo apenas o prazer tornaram-se condenáveis, e a união homoafetiva foi tida como um ato imoral e repugnante.

Em outros países nota-se um grande avanço em relação ao reconhecimento das uniões homoafetivas, pois os países mais desenvolvidos socialmente e culturalmente adotam uma política que visa a integração das minorias. Já os países que são influenciados politicamente e juridicamente ainda proíbem as uniões homoafetivas. Alguns países não a reconhecem, como o Brasil, e, desse modo, a ação judicial é o instrumento usado pelos homossexuais em busca de seus direitos.

Com a ocorrência da Revolução Industrial, várias mudanças aconteceram na sociedade, que resultaram na consolidação de um novo modelo de família, formada pelos elementos do amor, afeto e cumplicidade, sendo um local onde as pessoas procuram refúgio e amparo. Assim, o objetivo primário da família deixou de ser a procriação e criação dos filhos, passando a ser a busca pela felicidade.

Em 1988, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil foi considerada relevante para o Direito de Família, pois houve a constitucionalização do Direito Civil e a repersonalização do Direito de Família, deixando o casamento de ser o único vínculo familiar reconhecido juridicamente, ampliando o conceito de família. No entanto, não regulamentou de forma expressa as uniões homoafetivas.

Dessa maneira, a inexistência de lei específica gera a possibilidade dos homossexuais sofrerem maiores discriminações e preconceitos perante a sociedade. Nesse viés, será abordado na monografia se o Brasil poderá ser considerado um Estado Democrático de Direito efetivamente quando superar os conceitos tradicionais de família e reconhecer a união homoafetiva como uma entidade familiar, respeitando, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, para que não ocorra mais discriminações e injustiças.

Nesse sentido, a primeira parte da monografia sublinha a evolução histórica do conceito de família, a origem, desenvolvimento e importância da entidade familiar, os diferentes tipos de constituição de família no Brasil e o Direito de Família moderno, pontuando os princípios aplicáveis também às uniões homoafetivas.

Na sequência, ressalta a segunda parte sobre a família homoafetiva na sociedade moderna, o conceito e a evolução da homossexualidade, um estudo do tema a partir do direito comparado e os direitos reconhecidos e assegurados no país em relação às uniões homoafetivas.

Por sua vez, a fim de demonstrar melhor a temática, a terceira parte da monografia enfatiza a omissão legislativa e a tutela estatal deficitária na proteção dos direitos relativos às uniões homoafetivas, o papel do judiciário, o silêncio legislativo, o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, as garantias inerentes às uniões homoafetivas, os avanços dos três poderes e suas consequências sociais.

Por fim, a quarta parte do trabalho faz um estudo sobre a jurisprudência dos Tribunais Superiores, a fim de evidenciar se, enquanto o Legislativo continuar resistindo ao que não pode evitar, o Judiciário deve se incumbir de reconhecer a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, garantindo assim todos os direitos que já são positivados em relação à família heteroafetiva.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA

A evolução histórica da família está ligada à própria história da civilização, surgindo como um fenômeno natural, em consequência da necessidade do ser humano estabelecer relações sentimentais de maneira permanente. A família é uma criação humana, que antecede a criação do Estado pelo fato do homem necessitar de reunir-se em um grupo social onde encontra segurança, amparo e amor.

Dessa maneira, o autor João Baptista Vilella (2004, p. 41) explana que:

A família não é criação do Estado ou da Igreja. Tampouco é uma invenção do direito, como são, por exemplo, o leasing, a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, o mandado de segurança, o aviso prévio, a suspensão condicional da pena ou o devido processo legal. Estes institutos são produtos da cultura jurídica e foram criados para servir a sociedade.

É na família que o cidadão se desenvolve, conquista sua identidade, se aperfeiçoa e preserva os vínculos sanguíneos e afetivos com os indivíduos com quem convive, sendo a família a base essencial para a sociedade. Desde antigamente, a família é fundamental na estrutura social e entre os organismos sociais e jurídicos, porém, foi a família quem sofreu mais mudanças ao decorrer dos anos, como na compreensão, formação e na extensão.

Por família entende-se um grupo de pessoas ligadas pelas relações de parentesco ou também por afetividade. A família é digna de toda tutela jurídica, conforme disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 226¹.

O conceito de família não é definitivo e fechado, segundo o autor Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 10): “a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social”.

Também sobre o conceito de família, os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p. 39) salientam que: “não é possível apresentar um conceito único e absoluto de família, apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias”.

¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (BRASIL, 1988).

O autor Caio Mário da Silva Pereira (2012, p. 170), em uma de suas obras, sobre o conceito de família, salienta que:

Numa definição sociológica, pode-se dizer que a família compreende uma determinada categoria de 'relações sociais reconhecidas e, portanto, institucionais'. Dentro deste conceito, a família 'não deve necessariamente coincidir com uma definição estritamente jurídica. Quem pretende focalizar os aspectos éticos sociais da família, não pode perder de vista que a multiplicidade e variedade de fatores não consentem fixar um modelo social uniforme.

A seu turno, a autora Maria Helena Diniz (2008, p. 09), de acordo com seus conhecimentos, numera em sua doutrina três significados que podem ser conferidos ao vocábulo família, que são:

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

Conforme os conceitos especificados pelos doutrinadores, nota-se que o objetivo do legislador foi considerar a família enquanto instituição jurídica e, principalmente, em sua importância social e em suas várias formas. Nessa toada, os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2008, p. 03) mencionam que:

Sem dúvida, então, a família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la, senão a luz da interdisciplinaridade, máxime na sociedade contemporânea, marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e (por que não?) globalizadas. É que o fenômeno familiar "não é uma totalidade homogênea, mas um universo de relações diferenciadas", 6 que atingem cada uma das partes nela inseridas de modo diferenciado, necessitando, via de consequência, de um enfoque multidisciplinar para a sua compreensão global. Do contrário, é possível que se enxergue menos do que a ponta do iceberg.

Dessa forma, a família não possui um conceito uniforme, pois pode variar de acordo com a época, local e necessidades culturais, físicas ou econômicas de cada sociedade. O autor Sílvio de Salvo Venosa (2006, p. 01) realça que:

A conceituação de família oferece, de plano, um paradoxo para a sua compreensão. O Código Civil não a define. Por outro lado, não existe identidade de conceitos para o Direito, para a Sociologia e para a Antropologia. Não bastasse ainda a flutuação de seu conceito, como todo fenômeno social, no tempo e no espaço, a extensão dessa compreensão difere nos diversos ramos do direito.

Até o início da Revolução Industrial, a família era patriarcal, ou seja, todos os membros obedeciam às regras impostas pelo pai, considerado o líder, sem nenhum questionamento. A mulher era responsável por cuidar do lar e da educação dos filhos. A necessidade da mulher ingressar no mercado de trabalho e passar a ajudar financeiramente no orçamento do lar contribuiu para o surgimento da família nuclear, diferente da patriarcal, composta pelo pai, esposa e seus descendentes.

A autora Marisa Tayra Teruya (2000, p. 10) evidencia que:

A condição urbano/rural foi a baliza para determinar o tipo familiar. Concordava-se que o processo de urbanização e industrialização da sociedade no século vinte, juntamente com o fenômeno da migração, fizeram com que o controle da produção passasse gradualmente da família para os empresários capitalistas e para o Estado, e com isto, ocorreram o enfraquecimento das relações de parentesco, a redução do tamanho da família e a redução do poder do pai e do marido. Manteve-se, porém, a moral patriarcal como medida: o tabu da virgindade para as mulheres e o da virilidade para os homens e a dupla estrutura familiar, herança de uma sociedade escravista (uma legal, representada pelo núcleo conjugal e seus filhos, e outra assentada sobre a violação dos direitos dos menos afortunados).

Assim, a família é a instituição fundamental em uma sociedade, pois é na família o local apropriado em que o indivíduo se desenvolve e constrói a sua identidade. Na sociedade, a família engloba os fenômenos culturais, tendo como ligação principal o afeto, a igualdade, o respeito e a solidariedade entre os familiares.

2.1 Origem, desenvolvimento e importância histórica da entidade familiar

A origem da família compreende-se por um passado ilimitado, por ser impossível definir exatamente sua extensão. Porém, desde sua origem, nota-se que os seres vivos se unem pelo instinto de perpetuação, pela vontade de não viver só, com o pensamento de que a felicidade só pode ser encontrada a dois. O autor Lewis Henry Morgan (1877, p. 49) explica que:

Partes da família humana existiram num estado de selvageria, outras partes em um estado de barbárie, e outras, ainda, no estado de civilização, por isso a história tende à conclusão de que a humanidade teve início na base da escala e seguiu um caminho ascendente, desde a selvageria até a civilização, através de acumulações de conhecimento e experimentos, invenções e descobertas.

O desenvolvimento familiar relaciona-se à sucessão de mudanças que ocorrem na família e nos seus elementos. A família tem um papel essencial na vida de uma criança, sendo ela sua primeira base e influência, ou seja, o meio que ela vive será fundamental para a construção de sua conduta. É na família que a criança vai viver experiências afetivas e realizar suas expectativas.

Por estar em constante evolução, diversos foram os modelos familiares existentes ao longo da história, cada um com suas especificidades. Por exemplo, no regime patriarcal predominava que o pai era considerado como chefe da família. Nesse sentido, a autora Maria Berenice Dias (2016, p. 59) esclarece que:

Historicamente, a família sempre esteve ligada à ideia de instituição sacralizada e indissolúvel. A ideologia patriarcal somente reconhecia a família matrimonialista, hierarquizada, patrimonialista e heterossexual, atendendo à moral conservadora de outra época, há muito superada pelo tempo. [...] A ideologia patriarcal converteu-se na ideologia do Estado, levando-o a invadir a liberdade individual, para impor condições que constroem as relações de afeto.

O modelo familiar foi planejado para contemplar os interesses do Estado, visto que, fortificando a família, o Estado também ficaria mais forte. Nesse sentido, o autor Sérgio Resende de Barros (2002, p. 07) ressalta que:

Com o patriarcalismo principiou a asfixia do afeto. Os patriarcas deram início à prática dos casamentos por conveniência, que com o passar do tempo proliferaram ainda mais, quando se somaram aos motivos patrimoniais os motivos políticos. Nessa evolução histórica, do primitivo casamento afetivo, passou-se ao casamento institucional, com o qual se buscou assegurar o patrimônio, dando origem à ideologia da família parental, patriarcal, senhorial, patrimonial. Esta se define pela existência de um pai e uma mãe com seus filhos sob o poder pátrio, fruindo de um patrimônio familiar, que deve ser mantido como base física e para segurança econômica da família. A família assim concebida e praticada acabou por revestir e mascarar interesses meramente patrimoniais, que muitas vezes deslocam, degeneram, sufocam ou até substituem as relações de afeto.

A definição de família destacada no direito romano, época em que a família era uma junção de tudo que estava sob o poder do *pater famílias*², onde o patriarca desenvolvia as funções religiosas, econômicas, morais e os bens pertenciam somente a ele, serve como base jurídica para nortear a instituição familiar baseada nos laços de sangue determinados pelo casamento.

Apesar da origem histórica autoritária, a entidade familiar possui em particular a afetividade. A autora Maria Berenice Dias (2009, p.80) enfatiza que:

Se faz necessário ter uma visão pluralista da família, abrigoando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que tem origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação.

O sistema patriarcal e nuclear foi essencial para a construção da sociedade brasileira, porém, suas raízes conservadoras perduram até hoje, dificultando o reconhecimento de outros tipos de famílias. Não se pode negar que a construção das famílias patriarcais e nucleares se fundamenta na heterossexualidade, com o chefe de família representado pelo pai, como provedor, e a mãe como responsável pelo lar e a criação dos filhos.

A autora Lílian Maria Martins de Aguiar (2020, p. 80) aduz que:

A família na Roma Antiga era patriarcal, ou seja, toda a autoridade era delegada ao homem, ao pai. A família romana era uma junção de tudo aquilo que estava sob o poder do *pater famílias*. O patriarca era o primeiro do lar, sendo assim, ele desempenhava todas as funções religiosas, econômicas e morais que fossem necessárias, os bens materiais pertenciam somente a ele. A representação familiar romana era simbolizada pelo pai e todo poder atribuído a ele terminava somente com a sua morte. Sendo o homem o senhor do lar, a mulher romana não tinha o papel de senhora do lar, pois ela era considerada parte integrante do homem. A mulher casada seguia todas as regras de boa conduta e tinha certa liberdade para conviver socialmente.

Apesar das tentativas de acompanhar os avanços sociais, o Direito sempre fica atrás da realidade, conforme aponta a autora Maria Lygia Quartim de Moraes (2011, p. 409) em sua obra "A nova família e a ordem jurídica": "assim, novas formas de convivência conjugal e realidades familiares antecederam a incorporação constitucional que reconhece e legitima relações e famílias existentes de fato".

² *Pater famílias*: era o mais elevado estatuto familiar (*status familiae*) na Roma Antiga, sempre uma posição masculina. O termo é latino e significa, literalmente, "pai de família".

Atualmente, a entidade familiar não é baseada somente na união entre homem e mulher. O núcleo familiar vem perdendo esse caráter formado por um conceito sintetizado entre pai, mãe e filho. Com as mudanças mundiais, a família possui um sentido amplo. O autor Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p. 20) expõe que essas novas formas de convivência: “referem-se à realidade social e cultural em que vivemos, sobretudo nos grandes centros urbanos, onde notam-se pessoas solteiras ou descasadas, que vivem sozinhas com os filhos, sem a permanência de um parceiro amoroso”.

A família é um instituto dinâmico que se molda aos meios históricos, culturais, temporais e físicos pelos quais a sociedade passa. Na diversidade, o objetivo é a realização pessoal de cada um de seus membros, o respeito ao outro e a proteção de suas individualidades, sendo que, desta forma, o afeto ficou sendo o parâmetro dentro das relações familiares, onde era o biológico que dominava.

2.2 Diferentes tipos de constituição de família no Brasil

A constituição da família se embasa na existência do afeto, na solidariedade entre seus membros, na igualdade e no respeito mútuo. A desembargadora Maria Berenice Dias (2016, p. 41) defende a existência de diversos tipos de família, inclusive afirma que não se pode falar em direito de família e sim direito das famílias, e declara:

Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade independentemente de sua conformação.

A família pode se originar através do vínculo afetivo, matrimonial ou vínculo biológico, o que acarretaria em vários arranjos familiares, conforme apresenta o autor Paulo Luiz Neto Lôbo (2009, p. 57):

- a) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos;
- b) homem e mulher, com vínculo de casamentos, com filhos biológicos e filhos não biológicos, ou somente com filhos não biológicos;
- c) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
- d) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos e não biológicos ou apenas não biológicos (união estável);
- e) pai ou mãe e filhos biológicos (entidade monoparental),
- f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (entidade monoparental);

- g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupos de irmãos, após o falecimento ou abandono dos pais, ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos;
- h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;
- j) Uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos os companheiros, com ou sem filhos;
- l) comunidade afetiva formada com filhos de criação, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular, incluindo, nas famílias recompostas, as relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados, quando se realizarem os requisitos da posse de estado de filiação.

Contudo, a família está sempre sofrendo alterações e transformando-se, tanto nas normas sociais externas, quanto na sua composição e sendo construída de acordo com o contexto social de cada época. Nesse sentido, a autora Nayara Hakime Dutra de Oliveira (2009, p. 24) leciona que:

A família, como processo histórico construído e modificado de acordo com as transformações da sociedade, pode possuir as fases em seu desenvolvimento, mas, segundo Engels, apesar desse desenvolvimento ocorrer paralelamente às mudanças existentes, é difícil, levando-se em consideração somente a própria família, delimitar períodos de sua existência.

Para melhor elucidação a respeito do tema, na sequência será abordado sobre os diferentes tipos de constituição familiar, inclusive recepcionados pelos princípios constitucionais aplicáveis à família, que vem sendo trazidas pela doutrina e pela jurisprudência nacional:

Família monoparental: pode ser estabelecida como um arranjo familiar formado pelo pai ou pela mãe, que podem estar na condição de solteiros, separados, divorciados ou viúvos, e seus filhos. São vários fatores que percorrem a formação desse núcleo familiar, porém, a maior parte desse tipo de família é composta com o poder familiar exercido por pessoas do sexo feminino.

A autora Alane Fagundes Viana (2016, p. 34) declara que:

Considerando que as famílias monoparentais femininas são maioria quando comparadas às masculinas e que esta condição está vinculada, em grande medida, ao aumento da vulnerabilidade social, a chancela estatal dos filhos de casais separados ou mesmo daqueles que jamais estiveram juntos faz-se providencial para a garantia da proteção das crianças e dos adolescentes.

Logo, observa-se que a família monoparental já tem previsão desde a publicação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com respaldo legal para sua proteção. A maioria das famílias monoparentais são femininas, e dentre vários fatores para a sua constituição, destaca-se também a adoção unipessoal, morte, separação ou divórcio.

Família anaparental: é uma espécie de família socioafetiva, cujo elemento básico é o afeto, sendo composta pela convivência entre as pessoas, parentes ou não, logo, a união entre as pessoas ocorre sem o sentido sexual.

Sobre a família anaparental, o autor Hugo Ribeiro Sá (2019, p. 06) expressa que: “não há a presença de alguém que ocupe a posição de ascendente. É o caso, por exemplo, de dois irmãos que vivem juntos ou de duas amigas idosas que decidem compartilhar as suas vidas até o dia de suas mortes”.

A principal questão jurídica sobre a família anaparental é a que envolve divisão de bens e, caso aceita, altera a ordem sucessória, como expressa a autora Maria Berenice Dias (2006, p. 38):

Conceder à família anaparental seus devidos efeitos significam, *a priori*, alterar a ordem de vocação hereditária e do regime de alimentos esculpido no diploma cível. Tratando-se do exemplo dos dois irmãos que juntos vivem, em caso de falecimento de um deles, caso não haja descendentes, o outro irmão deverá ser o primeiro a receber a herança, bem como a separação dos dois pode ser capaz de gerar o dever de prestar alimentos ao irmão menos favorecido economicamente ou até mesmo a divisão dos bens adquiridos conjuntamente como se em união estável vivessem.

Família reconstituída: é aquela formada pela união de um casal, onde um ou ambos tenham filhos de um relacionamento anterior. Nesse tipo de família, ao menos um é padrasto ou madrasta, que se unem com diferentes vivências em uma única casa, formando uma nova família.

Segundo os autores Jefferson Calili Ribeiro e Aline Moreira Brasileiro (2017, p. 15), a família reconstituída recebe vários nomes, conforme descrevem:

Dentre elas: família recomposta, família mosaico, família pluriparental, família transformada, família rearmada, família agregada, família agrupada, família combinada, família mista, família extensa, família sequencial ou família em rede. A ausência de homogeneidade na conceituação destas entidades familiares evidencia a resistência que ainda existe em aceitar tais estruturas de convivência.

Família unipessoal: são famílias compostas por apenas uma pessoa. A caracterização deste tipo de família é muito questionada. O reconhecimento dos direitos da família unipessoal está voltado para as questões contratuais e patrimoniais. Nesse sentido, o autor Paulo Luiz Neto Lôbo (2018, p. 01) assevera que:

A inclusão da pessoa sozinha no conceito de entidade familiar é relativa, ou seja, apenas para fins de impenhorabilidade do bem de família. Isso porque essa entidade sofre algumas críticas, dentre elas o fato de que, por ser uma só pessoa, não estaria preenchido o requisito da afetividade para caracterização como entidade familiar não expressa na Constituição, pois a afetividade somente pode ser concebida em relação ao outro.

Família paralela: é aquela que se opõe ao princípio da monogamia, a qual um dos cônjuges participa, paralelamente da primeira família, como cônjuge de outra ou outras famílias. Destaca-se que a existência de mais de uma relação, ao mesmo tempo, não é bem vista pela sociedade brasileira, ainda bastante conservadora.

A monogamia é a base do direito de família brasileiro, porém, a autora Maria Berenice Dias (2016, p. 51) afirma que: “negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade. Com isso a justiça acaba cometendo várias injustiças”.

Família eudemonista: é a família que busca a realização plena de seus membros, caracterizando-se pela comunhão de afeto recíproco, a consideração e o respeito mútuo entre os membros que a compõe, independente da afinidade biológica, ou seja, o vínculo afetivo se destaca ao vínculo biológico.

A autora Luana Cavalcante Vilaboas (2020, p.10) leciona que:

A família eudemonista é o conceito atual que traz a visão moderna de família, aquela que busca a realização plena de seus membros, caracterizando-se pelo afeto, consideração e respeito, independente de existir ou não vínculo biológico.

Família matrimonial: compreende a ideia tradicional de família, oficializada a partir do matrimônio, ou seja, do casamento. Por família matrimonial, tem-se os casamentos civis e religiosos, podendo ser hétero ou homoafetivos.

Família não matrimonial: também conhecida como família informal, nome usado para os agregados familiares formados a partir da união estável entre seus elementos.

Família natural: é caracterizada pela consanguinidade de seus membros que são os pais e seus filhos, conforme artigo 25³ da Lei n.º 8.069/90 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Família substituta: é a família que não é a natural. É a família que recebe a criança ou o adolescente na ausência ou impossibilidade da família natural, através da adoção, tutela e guarda, conforme previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em seu artigo 28⁴.

Família socioafetiva: é quando ocorre o reconhecimento jurídico da maternidade ou paternidade baseado no afeto, sem o vínculo sanguíneo entre as pessoas, isto é, quando um homem ou uma mulher cria um filho como seu, mesmo não sendo pai ou mãe biológica da criança ou adolescente. Sobre a família socioafetiva, a autora Maria Berenice Dias (2016, p. 27) acentua que:

Não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence - o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.

Família pluriparental: deriva da pluralidade das relações parentais, provocadas pelo divórcio, separação ou recasamentos seguidos das famílias não matrimoniais e pelas desuniões, ou seja, é uma situação onde duas pessoas se unem, mas um, ou ambos, já possui filhos de outras relações. Também pode ser chamada de família mosaico ou *ensamblada*, que significa unida e ajustada.

A autora Maria Berenice Dias (2016, p. 47) acentua que:

Nomes existem, e muitos, tentando definir as famílias constituídas depois do desfazimento de relações afetivas pretéritas: reconstituídas, recompostas e até a bela expressão *ensambladas*, em voga na Argentina - estrutura familiar originada no matrimônio ou união de fato de um casal, no qual um ou ambos de seus integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou relação prévia.

Família homoafetiva: são as famílias derivadas da união de pessoas do mesmo sexo. As relações homoafetivas, por muito tempo, ficaram excluídas do ordenamento

³ Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. (BRASIL, 1990).

⁴ Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. (BRASIL, 1990).

jurídico devido ao preconceito e o estigma presentes na sociedade, porém, com o enfrentamento desta questão pelos tribunais do país, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, reconheceu-se a união homoafetiva como entidade familiar e consagrou o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Sobre a afetividade ao constituir uma família, a autora Laila Menezes (2005, p. 134) focaliza que:

A família é a célula da sociedade. Basta analisarmos a forma como ela é constituída, para percebermos o quanto o preconceito perde o sentido, numa demonstração de enorme equívoco social. Uma família não se forma com a assinatura de um papel perante um juiz de paz ou com a celebração de uma cerimônia religiosa ou ainda com a realização de uma grande festa social. Uma família surge de um lindo sentimento chamado afeto. O afeto é que norteia qualquer relação entre pessoas que se unem e somado a muitos outros atributos como o respeito, a fidelidade e assistência recíproca é que irá fazer surgir a família. Então, não é apenas a união entre um homem e uma mulher casados que terá a faculdade de gerar uma família. A família é a realização plena do amor, podendo ser constituída pelo casamento, pela união estável, pelas famílias monoparentais (um pai ou mãe e um filho) e também pelas uniões homoafetivas.

Dessa forma, observa-se que não é apenas a união entre um homem e uma mulher, casados, que terá a possibilidade de gerar uma família. A família é a realização completa do amor, podendo ser formada pelo casamento, união estável, famílias monoparentais e também pelas uniões homoafetivas.

Levando em consideração os vários modelos de família, verifica-se a prioridade do afeto nas relações familiares. O ordenamento jurídico, diante de tantas transformações, deve ficar atento, de maneira que o Direito possa corresponder aos anseios das diferentes formas de constituição familiar, principalmente em relação à divisão do patrimônio no rompimento do afeto e na hipótese de sucessão familiar, resultantes dessas relações baseadas nos laços afetivos.

2.3 Direito de família: princípios aplicáveis também às uniões homoafetivas

As normas, quando criadas, podem contentar a necessidade social daquele momento, porém, tornam-se insuficientes devido a rápida evolução da sociedade brasileira. A Lei n.º 4.657/1942, de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao conscientizar da existência de lacunas legislativas, determinou que, caso a legislação

não disponha sobre determinado direito, caberá ao magistrado decidir conforme estipulado em seu artigo 4^o.

Os princípios são essenciais para a aplicação da legislação aos casos concretos, pois norteiam o magistrado pela via jurídica na interpretação extensiva, isto é, quando constata que o legislador utilizou-se com impropriedade dos termos, como acontece no caso dos direitos referente as relações homoafetivas.

Nesse sentido, o autor Paulo Nader (2014, p. 195) narra que:

Diante de uma situação fática, os sujeitos de direito, necessitando conhecer os padrões jurídicos que disciplinam a matéria, devem consultar, em primeiro plano, a lei. Se esta não oferecer a solução, seja por um dispositivo específico, ou por analogia, o interessado deverá verificar da existência de normas consuetudinárias. Na ausência da lei, de analogia e costume, o preceito orientador há de ser descoberto mediante os princípios gerais de Direito.

Sendo assim, tem-se que os princípios são fundamentais, pois servem como estrutura para as relações jurídicas sob a margem jurídica-legal. Sobre as principais funções dos princípios, o autor Tarlei Lemos Pereira (2013, p. 112) relata que:

Duas são as funções essenciais que os estudiosos atribuem aos princípios: a função normativa e a função interpretativa; frequentemente se inclui uma terceira função fundamental, ligada à primeira ou à segunda, ou considerada autônoma: a função "integrativa". É nesse sentido que se fala, hodiernamente, dos princípios (dos princípios gerais, dos princípios gerais de direito), que servem para colmatar as lacunas do ordenamento, remetendo o intérprete à solução do caso duvidoso, prestigiando-se os valores sobre os quais repousa todo o sistema.

Os princípios, dessa forma, possibilitam a formação de um sistema jurídico que não fere a segurança jurídica, autorizando a construção de um sistema legal, para que os magistrados exercitem a discricionariedade e alcancem concretamente a tão desejada justiça. Segundo o professor e autor Miguel Reale (1998, p. 305), no sentido jurídico, os princípios são: "certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber".

A seguir serão abordados princípios do direito de família que aplicam-se também às uniões homoafetivas.

⁵ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. (BRASIL, 1942).

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, efetivado em seu artigo 3º, inciso III⁶. É compreendido como a característica essencial de todo ser humano, inafastável, irrenunciável e inalienável, que comanda qualquer relação jurídica, sendo base para os outros princípios do direito, ou seja, nenhum outro princípio e nenhuma lei deve ser aplicada em desacordo com a dignidade da pessoa humana.

Com a finalidade de conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana, a autora Flávia Bahia (2017, p. 119) relata que:

Significa a elevação do ser humano ao patamar mais alto das considerações, com a finalidade de impedir a sua degradação e a sua redução a um mero objeto de manipulação. Compreende a proteção e a promoção das condições fundamentais para uma vida adequada, o respeito à igualdade entre os indivíduos, a garantia da independência e de sua autonomia, a coibição de qualquer obstáculo que impeça o desenvolvimento do potencial de sua personalidade.

O princípio da dignidade humana está ligado à noção de Direitos Humanos e pode ser compreendido a partir de vários padrões. Sendo assim, o autor José Reinaldo de Lima Lopes (2003, p. 23) evidencia que:

A dignidade da pessoa pode ser bem expressa pela fórmula kantiana: o valor de cada ser humano que não pode ser trocado por nada, não pode ser comprado por nada e não pode ser instrumento de nada. Nenhum ser humano pode ser usado por outro ou pela coletividade e não pode ser usado nem mesmo como um exemplo, como um bode expiatório.

O Direito de Família refere-se a uma área bem sensível, pois regula as relações conjugais, de parentesco e até patrimoniais entre as famílias, logo, o princípio da dignidade humana encontra na família o campo apropriado para se desenvolver. As uniões homoafetivas são exemplos de quais bens o princípio da dignidade humana procura assegurar, defendendo os direitos personalíssimos das pessoas ao manter um relacionamento afetivo juridicamente reconhecido.

Princípio da Solidariedade Familiar: apoiado na dignidade da pessoa humana, estabelece-se pelo dever de sustento material e de proteção afetiva e psicológica mútuas entre os integrantes da família. Embora a afetividade seja a base para a

⁶ 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; (BRASIL, 1988).

estabilidade do vínculo familiar, o princípio da solidariedade familiar tem como objetivo a necessidade de provimento recíproco do sustento e das necessidades materiais e monetárias da família.

O princípio da solidariedade familiar é um dos fundamentos das instituições familiares, sem o qual não se pode garantir a subsistência das famílias, não bastando apenas o afeto. Sobre o princípio da solidariedade familiar, os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2020, p. 37) citam que:

A solidariedade, portanto, culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. É ela, por exemplo, que justifica a obrigação alimentar entre parentes, cônjuges ou companheiros, ou, na mesma linha, que serve de base ao poder familiar exercido em face dos filhos menores.

Princípio da Igualdade: é considerado um princípio fundamental, pois garante um tratamento justo e isonômico à todas as pessoas, assim como o objetivo da República que proíbe o tratamento desigual entre as pessoas, promovendo o bem de todos, sem intolerância de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer forma de discriminação.

Para que se atinja a igualdade de fato, é preciso a realização de transformações sociais. Dessa maneira, o autor Michael Joseph Sandel (2012, p. 191) menciona que:

Permitir que todos participe da corrida é uma coisa boa. Mas se os corredores começarem de pontos de partida diferentes, dificilmente será uma corrida justa. É por isso, argumenta Rawls, que a distribuição de renda e fortuna que resulta do livre mercado com oportunidades formalmente iguais não pode ser considerada justa. (...) Uma das formas de remediar essa injustiça é corrigir as diferenças sociais e econômicas. Uma meritocracia justa tenta fazer isso, indo além da igualdade de oportunidades meramente formal. Ela remove os obstáculos que cerceiam a realização pessoal ao oferecer oportunidades de educação iguais para todos, para que os indivíduos de famílias pobres possam competir em situação de igualdade com os que têm origens mais privilegiadas.

O princípio da igualdade é profundamente ligado aos direitos próprios às relações homoafetivas e às suas unidades familiares, porque, é este princípio, diante da lacuna existente no Ordenamento Jurídico Brasileiro, que assegura a efetivação dos direitos que não estão positivados.

Princípio da Igualdade Entre os Filhos: determina que todos os filhos devem ser tratados de maneira igualitária, ou seja, sem distinção, conforme previsto no artigo

227⁷, § 6º da Constituição Federal de 1988. O autor Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 08) clarifica que:

O princípio ora em estudo não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação.

A legislação pátria não permite distinção entre os filhos por nenhum motivo, pois são nivelados legalmente, com os mesmos direitos e obrigações. Os filhos biológicos, adotivos, socioafetivos, das relações extraconjugais e em relações homoafetivas devem ter o mesmo tratamento legal, sendo proibida qualquer discriminação dentro e fora das relações familiares.

Princípio da Igualdade entre Cônjuges e Companheiros: é considerado um princípio muito importante do direito de família, pois estabeleceu a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges dentro das relações de família, conforme disposto no artigo 226, § 5º⁸.

Restringir a atuação feminina no campo familiar, retira-lhe a autonomia e sua dignidade. Apesar dessa igualdade estar positivada na legislação, ainda não é totalmente respeitada, precisando percorrer um distante caminho, de modo que possa assegurar a isonomia nas relações afetivas, sejam elas heteroafetivas ou homoafetivas, conforme mostra a autora Maria Berenice Dias (2016, p. 147):

Mesmo que o tratamento isonômico já esteja na lei, ainda é preciso percorrer um longo caminho para que a família se transforme em um espaço de igualdade. O grande desafio é compatibilizar as diferenças com o princípio da igualdade jurídica, para que não se retroceda à discriminação em razão do sexo, o que a Constituição veda.

Princípio da Liberdade ou Não Intervenção: confirmam aos componentes da família a autonomia e o livre arbítrio para tomarem as decisões que entenderem por

⁷ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988).

⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL, 1988).

relevantes, sem a intervenção do Estado, que deve interceder apenas nos casos em que houver interesses de menores ou incapazes. Nesse sentido, o autor Rolf Madaleno (2018, p. 40) ilustra que:

Porque já ficou demonstrado o fracasso do intervencionismo do Estado na vida familiar e na intimidade das pessoas e cada vez se faz mais crescente a política de não intervenção estatal, especialmente nas relações familiares horizontais existentes entre marido e esposa, companheira e companheiro e relacionamentos homoafetivos.

Segundo a autora Maria Berenice Dias (2016, p. 147), o princípio da liberdade assegura o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero, homossexual ou poliafetiva, e a mesma elucida que:

O princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral.

Princípio da Paternidade Responsável e do Planejamento Familiar: aliados ao princípio da liberdade, proporcionam que os casais possam elaborar, executar e buscar formas de manter o planejamento de suas famílias. As pessoas são livres para escolherem com quem desejam se unir, onde e como desejam viver e se querem ou não ter filhos, tendo o Estado o dever de auxiliá-las quando necessário, conforme disposto no artigo 226 §7º⁹.

A paternidade responsável está diretamente ligada ao dever de cuidado e não apenas à prestação de assistência material. O autor Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 246) menciona que:

Independente da convivência ou relacionamento dos pais, a eles cabe a responsabilidade pela criação e educação dos filhos, pois é inconcebível a ideia de que o divórcio ou término da relação dos genitores acarrete o fim da convivência entre os filhos e seus pais.

⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988).

Assim sendo, os casais homoafetivos, com base no Princípio da Igualdade, nivelam-se aos casais heteroafetivos, de maneira que a forma de expansão familiar possa ocorrer de maneira diferente, pela ideia de concepção, porém sem tratamentos desiguais, sendo que os casais homoafetivos devem se responsabilizar pelas consequências jurídicas que surgirem.

Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente: previsto no artigo 100, parágrafo único, inciso IV¹⁰, do Estatuto da Criança e do Adolescente, subordina toda decisão referente as relações familiares relacionadas à criança e ao adolescente ao melhor interesse destes.

Destaca-se por ser um princípio importante para o Ordenamento Jurídico Brasileiro, pois, busca sempre o melhor interesse da criança e do adolescente, conforme demonstra o autor Rolf Madaleno (2011, p. 97):

Dessa forma seria inconcebível admitir pudesse qualquer decisão envolvendo os interesses de crianças e adolescentes fazer tabula rasa do princípio dos seus melhores interesses, reputando-se inconstitucional a aplicação circunstancial de qualquer norma ou decisão judicial que desrespeite os interesses prevalentes da criança e do adolescente recepcionados pela Carta Federal.

Princípio da Afetividade: a afetividade é o elemento que impulsiona a estrutura das famílias, sendo necessária para o bom desenvolvimento e manutenção dos vínculos familiares. Sobre a afetividade, o autor Rolf Madaleno (2011, p. 66) disserta que: “[...] é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana”.

Princípio do Pluralismo Familiar: permite o reconhecimento de espécies de famílias, além da heteronormativa. Os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2018, p. 163) explanam que:

A modificação ocorrida no que diz respeito ao conceito de família, no atual contexto, é indubitável. Esta definição passou a ser revestida por uma concepção múltipla, plural, heterogênea, podendo ser concernente a um ou

¹⁰ Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: [...]

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto; (BRASIL, 1990).

mais indivíduos, interligados por traços biológicos ou afetivos, com intenção de estabelecer o desenvolvimento da personalidade de cada um.

Hodiernamente, como família considera-se qualquer modelo formado pelo elo de afetividade, desde que incluídas nos parâmetros sociais. O autor Rolf Madaleno (2018, p. 1.453) salienta que:

O pluralismo das entidades familiares acrescenta, impõe a admissão de outros arranjos familiares, como de modo indubitado sucede nas relações estáveis simultâneas, onde há vida em comum e, também, um mínimo de publicidade, pois pelo menos parentes e amigos próximos conhecem a relação, e arremata dizendo que negar essa perspectiva, e não lhe outorgar qualquer efeito, atenta contra a dignidade dos companheiros e filhos porventura existentes, e só lhes reconhecer efeitos patrimoniais decorrentes da sociedade de fato é externar uma mentira jurídica, porque eles não se uniram para constituir uma sociedade.

O princípio da pluralidade familiar certifica aos casais o direito de reconhecimento à união, e confere aos filhos os direitos próprios à paternidade ou maternidade. Assim sendo, a dominação das uniões heteronormativas findou-se com o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal de Justiça, garantindo um tratamento justo às famílias que se encontram à margem legislativa.

3. A FAMÍLIA HOMOAFETIVA NA SOCIEDADE MODERNA

É a família consequente da união de pessoas do mesmo sexo. As relações homoafetivas ficaram excluídas do ordenamento jurídico por muito tempo, por causa do preconceito e do descrédito presente na sociedade. Mesmo com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, ainda existia dúvidas sobre a possibilidade de formalização jurídica das uniões homoafetivas.

A autora Maria Berenice Dias (2005, p. 17) ressalta que:

As uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não pode ser negada, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Judiciário solver os conflitos trazidos. Incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à marginalidade determinadas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças.

O conceito de família tornou-se amplo e com mais possibilidades de reconhecimento. A exclusão das relações entre casais homossexuais no ordenamento jurídico não se justifica, pois a capacidade produtiva e a existência de filhos não são mais indispensáveis à regulamentação normativa.

A autora Maria Berenice Dias (2009, p. 128) explica que: "o centro da gravidade das relações de família situa-se modernamente na mútua assistência afetiva, e é perfeitamente possível encontrar tal núcleo afetivo em duplas homossexuais, erradamente excluídas do texto constitucional".

As uniões homoafetivas ganharam relevância quando o ultrapassado modelo patriarcal de família cedeu lugar a um novo modelo fundado principalmente no afeto. As uniões entre pessoas do mesmo sexo, marcadas pelo amor, respeito e comunhão de vida preenchem os requisitos previstos na Constituição Federal em vigor em relação ao reconhecimento da entidade familiar, após ter consagrado a afetividade como valor jurídico.

Não existe no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de normas específicas para regular as uniões homoafetivas. De acordo com os autores Dionísio Jenczak e Paulo Henrique Horn Andrade (2008, p. 103) trata-se de: "um direito novo a exigir posituação, para o que é indispensável a cooperação interdisciplinar de todos os políticos do Direito".

A união homoafetiva foi reconhecida formalmente como entidade familiar após o julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental-ADPF 132 RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade-ADI 4.277-DF pelo Supremo Tribunal Federal, em que houve a equiparação à união estável entre pares heterossexuais.

A decisão reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, representando uma grande conquista dos casais de mesma identidade de gênero. Nesse sentido, o autor Paulo Roberto Lotti Vecchiatti (2008, p. 212) esclarece:

Verifica-se que a Constituição Federal não restringiu a família à união formada por duas pessoas que tenham contraído entre si o casamento civil, uma vez que admitiu expressamente que ela se forma, também, a partir do momento em que duas pessoas unem-se amorosamente com o intuito de uma comunhão de vida e interesses de forma pública, contínua e duradoura(união estável), assim como pela família monoparental. Cumpre esclarecer que esses modelos não são taxativos, porque, se esse fosse o intuito da Constituição, o constituinte teria elaborado um dispositivo que declarasse expressamente tal restrição - mesmo porque restrições a direitos devem ser expressas, pois tudo que não é por lei expressamente proibido, tem-se por permitido, conforme explicita o art. 5,II da CF/1988, em interpretação *a contrario sensu*.

Por motivo do recurso à analogia, os critérios para a caracterização da união estável homoafetiva deverão ser os mesmos exigidos para a união estável, que segundo o autor José Sebastião de Oliveira (2002, p.156), é a necessidade de demonstração quanto a ocorrência de:

- a) uma relação em que seus membros convivam um com o outro, isto é, estabeleçam uma comunhão estreita de vida e de interesses, ainda que não haja coabitação entre eles;
- b) que esta relação seja duradoura, contínua e perdure por um período de tempo que revele estabilidade e interesse na constituição de família;
- c) que esta relação seja igualmente pública, ou seja, de conhecimento notório e inequívoco das pessoas que integram o círculo de relações dos companheiros; e, sobretudo,
- d) que por meio da união estabelecida, os conviventes tenham o objetivo de constituição de família, que "se revela pelo comportamento social à moda de casados e uma gama de elementos variáveis, como a frequência a lugares públicos, a participação em reuniões, festividades e compromissos familiares, a situação de dependência de um dos companheiros, as viagens em conjunto, a colaboração nas empreitadas de interesse comum, a abertura de contas bancárias conjuntas, a existência de filhos em comum, o tratamento dispensado por parentes, conhecidos e amigos, a aquisição de bens em condomínio etc.

A identidade sexual não serve de argumento para que se busque qualquer outro ramo do Direito que não seja o Direito das Famílias. Mais do que uma sociedade

de fato, trata-se de uma sociedade de afeto. Conforme seus ensinamentos, o autor Roger Raupp Rios (2000, p. 122) ressalta que:

A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo destinado originariamente a situação diversa, ou seja, comunidade formada por um homem e uma mulher. A semelhança aqui presente, autorizadora da analogia, seria a ausência de vínculos formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva e sexual duradoura e permanente entre os companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre entre os sexos opostos.

Deixar de lado a sociedade e fora do Direito, ignorando a realidade, não irá desaparecer com a homossexualidade. É imperativo o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, conforme enfatiza o autor José Carlos Teixeira Giorgis (2002, p. 244):

De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo de alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano, não se podendo ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal, em que aquela se inclui.

Apesar de não haver específica codificação legal sobre relações de indivíduos de mesma identidade sexual, não há de se construir ato discriminatório, em nenhum campo do Direito. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem como regra maior o respeito à dignidade da pessoa humana, que serve de norte ao sistema jurídico e potencializa os princípios da igualdade e da isonomia como evidência fundamental do estado de direito democrático atual.

3.1 Conceito e evolução da homossexualidade

A homossexualidade é popular desde as civilizações antigas. A orientação sexual dos homossexuais sempre foi vista com discriminação, e segundo a autora Luciana Faísca Nahas (2006, p. 111), é tratada como: “uma forma de comportamento sexual anômalo. Ao não aceitar esse comportamento diferenciado, a sociedade patriarcal excluiu-o e recriminou-o através das mais diferenciadas justificativas médicas, psicológicas, morais, religiosas e biológicas”.

A homossexualidade também chamada de homossexualismo (do grego, *homos*, igual + do latim, *sexus* = sexo), refere-se à qualidade de um ser, humano ou

não, que sente atração por outro ser do mesmo sexo, sendo que tal atração pode ser física, estética ou emocional.

Nesse sentido, de acordo com o autor De Plácido e Silva (2008, p. 687), a expressão homossexualidade: “pode se referir tanto à ‘atração’ quanto à ‘manutenção’ de relações sexuais entre indivíduos do mesmo sexo”.

A palavra homossexualidade, segundo a autora Maria Berenice Dias (2005, p. 31), pode ser entendida da seguinte maneira: “exprime tanto a ideia de semelhante, igual, análogo, ou seja, homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter, como também significa a sexualidade exercida com uma pessoa do mesmo sexo”.

Historicamente, foram conferidas várias denominações para as relações entre pessoas do mesmo sexo, como pederastia, que é a prática sexual entre um homem e um rapaz mais jovem; sodomia, em referência à cidade bíblica de Sodoma, que foi destruída por Deus, devido à prática de pederastia de seus habitantes; homossexualismo; homossexualidade; homoerótico e homoafetivo.

Na relação entre mulheres, são destacados os termos safismo e lesbianismo, conforme realça a autora Débora Vanessa Caús Brandão (2002, p. 17):

Safismo, que se origina de *Sappho*, poetisa grega, que tinha uma vida sexual irregular, se relacionando com as mulheres da ilha em que vivia, sendo esta Ilha do Mar Egeu, chamada de *Lesbos*, de onde se retira o segundo termo, para designar a relação sexual entre mulheres, dando a denominação de lesbianismo.

Sobre a utilização do termo homossexual pela primeira vez e por quem foi usado, a autora Débora Vanessa Caús Brandão (2002, p. 15) evidencia que:

O termo ‘homossexual’ foi utilizado pela primeira vez em 1869, pelo médico húngaro Karoly Benkert, que usou o referido termo em uma carta enviada ao Ministério da Justiça da Alemanha do Norte, em defesa de homens homossexuais que estavam sendo perseguidos por questões políticas.

A autora Maria Berenice Dias (2005, p. 40), sobre a opção pela homossexualidade, aponta que: “a homossexualidade não tem origem na livre escolha, pois se houvesse esta opção, muitos optariam em não ser homossexual”.

Por sua vez, a autora Claudecy de Souza (2008, p. 82) também aponta que não existe escolha na homossexualidade; o que pode ocorrer é o indivíduo tentar controlar ou não o seu impulso sexual, e aduz que:

O indivíduo homossexual não faz opção por ser homossexual. Ele apenas é e não pode, ainda que queira, mudar isso. Ele pode sim, fazer uma opção no sentido de negar esse impulso e tentar viver como heterossexual. Mas isso tem um impacto negativo para o pleno desenvolvimento emocional do indivíduo. Trata-se de uma situação muito mais comum do que se imagina. O impulso sexual que um heterossexual tem por sua parceira é o mesmo que um homossexual tem por seu parceiro do mesmo sexo. O que muda é o objeto.

A origem da homossexualidade pode ser genética, psicológica ou comportamental, porém, o que se deve observar é que ninguém efetua uma escolha de orientação sexual que sabe que o transportará a percorrer o caminho do preconceito. Nesse sentido, o autor Paulo Roberto Lotti Vecchiatti (2008, p. 106) expõe sobre a questão da escolha e preconceito que:

Com efeito, nenhuma pessoa escolhe ser homo, hétero ou bissexual: as pessoas simplesmente se descobrem de uma forma ou de outra. Não há 'escolha', mesmo porque, se opção houvesse, certamente as pessoas optariam pela orientação sexual mais fácil de ser vivida, qual seja aquela que não sofre com o preconceito social: a heterossexual. Em suma: sexualidade não se escolhe, se descobre.

Assim sendo, é certo que a homossexualidade existe desde a época das civilizações antigas, e foi aceita como evolução da sexualidade e da virilidade. A autora Maria Cláudia Cairo Chiletto (2007, p. 49) apresenta que:

A Antropologia, que é a ciência centrada no estudo do homem, indica que, nas sociedades pré-históricas, as relações entre pessoas do mesmo sexo eram consentidas e cumpriam função essencial no rito de passagem para o jovem na sua jornada em direção ao mundo adulto. Cada tribo tinha mitos e rituais próprios com relação à sexualidade. Algumas tribos, baseadas em seus costumes, ritualizavam a inseminação homossexual dos meninos. Quando chegavam os primeiros sinais de puberdade, o menino era submetido à penetração anal pelo tio materno, fornecendo-lhe dessa maneira o esperma que presumidamente o tornaria forte. Os meninos permaneciam nessa fase por cerca de três anos.

Em seus estudos, o autor Colin Spencer (1999, p. 20) evidenciou sobre o amor homossexual em várias civilizações antigas e declara que o amor homossexual: “nas antigas civilizações da Suméria, Mesopotâmia e Egito era fundamental para a integridade do tecido social. Na China e na Índia da Antiguidade, assim como no Império Islâmico, o amor pelo mesmo sexo era admitido, respeitado e honrado”.

Na Grécia e na Roma, a homossexualidade tinha o nome de pederastia e era uma maneira usada para entranhar os jovens na sociedade. Nessa toada, as autoras Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia (2009, p. 26) expressam:

[...] o tipo de relação que incluía o sexo entre dois homens na Grécia antiga era chamada de pederastia e consistia em um ritual realizado por um homem mais velho que, por meio de sua experiência, visava iniciar um rapaz jovem na sociedade de maneira que ele se tornasse um cidadão, desenvolvendo mais habilidade para atuar na guerra e no meio político. O homem mais velho podia ter relações sexuais com o mais jovem, sendo que este assumia uma postura passiva e aquele, uma postura ativa na relação como um todo. Ao se tornar um homem sexualmente ativo, ainda que fosse por meio de uma postura passiva, o jovem era considerado inserido na sociedade. A relação terminava quando começavam a surgir os primeiros indícios de que o jovem estava se tornando um adulto, por meio do surgimento de pêlos nas pernas e no queixo.

Em Atenas, a prática homossexual fazia parte da educação dos jovens, pois presumiam que tal prática proporcionava a absorção de sabedoria filosófica, conforme descreve o autor Humberto Rodrigues (2004, p. 38):

Para a educação dos jovens atenienses, esperava-se que os adolescentes aceitassem a amizade e os laços de amor com homens mais velhos. Só assim eles acreditavam que os meninos pudessem absorver as virtudes de um bom cidadão e a sabedoria da filosofia.

Em Esparta, ocorria as relações entre pessoas do mesmo sexo, porém, a pederastia para os espartanos era mais comum entre os membros do exército, com o objetivo de os tornarem mais fortes. De acordo com seus entendimentos, o autor João Silvério Trevisan (2000, p. 34) assevera que:

A relação entre pessoas do mesmo sexo teve lugar também em Esparta, porém com um sentido um pouco diferente da vista em Atenas. Além das relações de pederastia, eram estimuladas as relações entre os componentes do exército espartano e tinha por objetivo torná-lo mais forte. O que levava os comandantes do exército a estimular esse tipo de relação era o fato de acreditarem que um amante, além de lutar, jamais abandonaria outro amante no campo de batalha. O Batalhão Sagrado de Tebas, famoso por suas vitórias, era formado totalmente por pares homossexuais.

Na Idade Média a homossexualidade passou a ser restringida após o Imperador Constantino ter se convertido ao Cristianismo, conforme afirma o autor Humberto Rodrigues (2004, p. 39):

Com a conversão de Constantino, o paganismo foi se fundindo à religião do imperador, e assim a homossexualidade foi colocada totalmente fora da lei e, às vezes, brutalmente punida. Mesmo assim, não obtiveram o efeito desejado de coibir um hábito cultivado a séculos. Eram frequentes ainda os xingamentos usados pelos cidadãos romanos, como *paedicado* (sexo anal) e *irrumabo te* (felação). No ano 342 foi introduzida a pena de morte na fogueira para o comportamento homossexual passivo.

Inicia-se, neste período, a marginalização da homossexualidade, que passou a ser apontada como uma prática pecaminosa, conforme leciona a autora Maria Cláudia Cairo Chiletto (2007, p. 50):

A Europa, do século IV até o Renascimento, testemunhou desumana perseguição aos homossexuais, tidos como graves pecadores, contrários aos propósitos divinos e corresponsáveis pelos males ocorridos no mundo, resultado da fúria de Deus, como a todos os sodomitas em geral. De fato, percebe-se que desde o advento do cristianismo, os homossexuais convivem com a intolerância. O papel da religião foi a de aquiescer as relações heterossexuais dentro do matrimônio, qualificando a contracepção, o amor livre e a homossexualidade como comportamentos moralmente inaceitáveis, que desvirtua o importante sentido da sexualidade.

Com a indissolubilidade do casamento e a instituição da monogamia pela norma cristã, consagrando a entidade familiar em nome da moral religiosa, a homossexualidade passa a ser considerada como crime contra a moral religiosa, conforme acentua o autor Aimberê Francisco Torres (2008, p. 18):

Com isso, estabeleceu-se no período da Idade Média a perseguição aos homossexuais; na medida em que se condicionou a sexualidade à monogamia, a moral cristã passou a condenar a prática sexual entre pessoas do mesmo sexo, erigindo tal comportamento à categoria de crime praticado contra a moral religiosa.

A luta pelos direitos homossexuais não caracteriza um fim em si mesmo, pois sua efetividade ocorrerá por atitudes e comportamentos concretos que identifiquem esses sujeitos de direito, de forma social e não apenas na seara da legalidade positivada. Dessa maneira, o autor Miguel Foucault (2004, p. 119) afirma que:

É necessário lutar para dar espaço aos estilos de vida homossexual, às escolhas de vida em que as relações com pessoas do mesmo sexo sejam importantes. Não basta tolerar dentro de um modo de vida mais geral a possibilidade de fazer amor com alguém do mesmo sexo, a título de componente ou de suplemento [...]. O fato de fazer amor com alguém do mesmo sexo pode muito naturalmente acarretar toda uma série de escolhas, toda uma série de outros valores e de opções para os quais ainda não há possibilidades reais.

Em 1869, a homossexualidade passou a ser encarada como uma doença anormal à vida da pessoa humana e uma perversão sexual que necessitava de tratamento médico, conforme narra a autora Maria Berenice Dias (2009, p. 52):

A medicina e a psicanálise, durante muito tempo, consideraram a homossexualidade como doença, tanto que era tratada por 'homossexualismo' em que o sufixo 'ismo' conferia a ideia de doença, sendo, dessa forma, tratado como tal. Em 1975, foi inserido na Classificação Internacional das Doenças – CID, como sendo um transtorno sexual. Em 1985, a Organização Mundial de Saúde – OMS –, publicou Circular, informando que o 'homossexualismo' deixava de ser uma doença, passando a ser considerado um desajustamento comportamental. Mas foi em 1995, que o 'homossexualismo' deixou de ser considerado um distúrbio psicossocial e conseqüentemente deixou de constar no CID, sendo substituído o sufixo 'ismo' pelo sufixo 'dade', que passou a significar 'modo de ser'.

Com a insubordinação do Estado às regras da igreja, a sociedade passou a acolher as relações homoafetivas como opção e não como pecado. No século XX, com a consideração da dignidade da pessoa humana, os arranjos familiares surgem como sujeitos acrescentados ao Direito das Famílias em que os seus membros tem direito à liberdade e à igualdade, conseguindo o respeito de sua identidade.

A autora Maria Berenice Dias (2009, p. 43) relata que:

O período pós-moderno, no qual se vive, vem contestando posturas negativas em relação à homossexualidade. Ou seja, cada vez mais atitudes como agressão, a falta de respeito, o preconceito está sendo consideradas inaceitáveis. Aos poucos o movimento de liberação sexual começou a conquistar o seu espaço e sua voz, ouvida. Vale lembrar que a expressão gay – que acabou se transformando no termo de identificação de homossexuais, femininos e masculinos – está relacionada ao colorido, ao 'ser', ao descobrir-se ser.

A bandeira do arco-íris, que se tornou um ícone mundial, é um símbolo dos movimentos sociais LGBTQIA+, em uso desde a década de 1970, criada pelo primeiro político assumidamente gay da Califórnia, Harvey Milk. As cores das faixas significavam: sexualidade, vida, cura, luz do sol, natureza, magia e arte, harmonia e espírito humano.

Todos os anos se comemora em 28 de junho o "Dia do Orgulho Gay" para que ocorra a conscientização ao respeito à diversidade sexual e em 1974 a Associação Americana de Psiquiatria retirou a homossexualidade da lista dos 'distúrbios mentais', sendo que, de acordo com o autor Enézio de Deus Silva Júnior (2008, p. 63):

Em 1984, a Associação Brasileira de Psiquiatria aprovou uma resolução afirmando que o homossexualismo não implica prejuízo nas aptidões sociais ou vocacionais, nem no raciocínio, estabilidade e confiabilidade. O Conselho Federal de Medicina, em 1985, deixou de considerar o homossexualismo como desvio sexual, e no mesmo ano em revisão do CID (Código Internacional de Doenças), o homossexualismo foi inserido no rol—Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais, e em 1995 deixou de ser considerado como doença, perdendo o sufixo 'ismo', que foi substituído pelo sufixo—dade.

O público homossexual ocupa cada vez mais espaço no mercado brasileiro, com reconhecimento social. Estatisticamente, na feira de negócios realizada anualmente em São Paulo (Expobusinesslgbt, 2011) tem-se que:

Segundo o site expobusinesslgbt.com.br, 17, 36% dos homossexuais pertencem a classe —A, 47% à classe —B, e, 16% à classe —C; 57% tem nível universitário, enquanto, por exemplo, apenas 14% da população adulta do Estado de São Paulo possui esse nível de escolaridade; gastam 30% a mais em bens de consumo que os heterossexuais; Investem até 25% a mais em acabamento (construção civil) do que um casal heterossexual; 3,4 milhões de pessoas foram à Parada Gay de São Paulo em 2008, por sinal, a maior do mundo.

Contudo, ainda se busca entender a homossexualidade nos fatores psicológicos, fisiológicos e psiquiátrico. A medicina, ao contrário do Direito, avança suas perspectivas em relação à homossexualidade, porém o Direito ainda omite em dar direitos a quem já os tem, apresentando dificuldades em se desligar do preconceito para que possibilite a dignidade a essas pessoas.

3.2 Direito comparado: um estudo sobre a homoafetividade

Existem quatro modelos essenciais para o reconhecimento da homossexualidade com entendimento no ordenamento jurídico mundial, conforme cita a autora Maria Berenice Dias (2012, p. 06):

- 1) O chamado modelo expandido, que adota políticas de não discriminação, descriminaliza condutas, institui ações afirmativas e apoia organizações de homossexuais. (Este modelo é encontrado em países como a Holanda, a Dinamarca, Suécia e Noruega, Groelândia e Islândia).
- 2) O modelo intermediário abrange a descriminalização e proíbe medidas discriminatórias, sem apontar iniciativas positivas, como ocorre na França, Austrália e em alguns Estados americanos, como New York e New Jersey.
- 3) Num grau inferior estão os ordenamentos que simplesmente impedem a criminalização, não articulando, no entanto, qualquer medida eficaz de proteção aos direitos fundamentais dos homossexuais.

4) Já nos países islâmicos, a homossexualidade é reconhecida como crime, podendo ser punida com a pena de morte.

Os direitos homoafetivos recebem diferentes cenários, desde a criminalização, discriminação e a tutela jurisprudencial nos ordenamentos jurídicos, sendo que a aceitabilidade e a legislação dos vários países variam e dependem dos costumes e da cultura local. O autor Fábio de Oliveira Vargas (2012, p. 02) clarifica que:

A questão homossexual conhece desde a criminalização à quase completa tutela de seus interesses pelos vários ordenamentos jurídicos mundo afora. No Afeganistão, existem leis penais contra a sodomia: o infrator será punido com pena de morte, lançado de um penhasco ou enterrado vivo sob uma parede de concreto. Na Bélgica, por outro lado, os homossexuais desfrutam praticamente de todos os direitos conferidos aos cônjuges de um casamento tradicional: podem casar-se, receber benefícios previdenciários e tributários, podem somar rendas para financiamentos e possuem direitos sucessórios bem definidos.

A África do Sul foi o iniciante mundial na defesa da orientação sexual, com tutela constitucional fundamental, reprimindo a discriminação devido a tendência sexual. Em Israel, desde 1992, a Lei de Igual Oportunidade de Emprego proíbe a discriminação do empregado homossexual.

O Conselho da Europa resolveu que os seus países membros executassem campanhas favoráveis à igualdade de direitos entre as uniões afetivas. Os países do Norte Europeu constituem como liberais as iniciativas políticas contra a discriminação, destacando a tutela jurídica em defesa dos direitos homoafetivos.

O primeiro reconhecimento de um registro contratual de união homoafetiva ocorreu na Dinamarca. Dessa forma, o autor Luiz Mello (2005, p. 51) mostra que:

Assim, Dinamarca, Noruega, Suécia, Groenlândia, Islândia, Portugal, Hungria e Alemanha são países onde as uniões homossexuais já conquistaram amparo legal. Na Holanda, na Bélgica, na Espanha e no Canadá, o casamento entre pessoas do mesmo sexo possui o mesmo estatuto do casamento civil entre heterossexuais, enquanto Estados Unidos e França vêm sendo palco de fortes debates acerca da mudança do entendimento legal do casamento de uma forma a contemplar também casais homossexuais. Apenas na Holanda e na Espanha já é possível a um casal de gays ou de lésbicas adotar crianças, com ambos os integrantes reconhecidos como pais/mães. Buenos Aires, desde julho de 2003, tornou-se a primeira cidade da América Latina a reconhecer estatuto legal de uniões homossexuais ainda que o alcance desse reconhecimento restrinja-se a seguro- saúde, curatela e crédito conjunto para financiamentos.

Os países que seguiram a Dinamarca em relação à concessão de direitos jurídicos e sociais aos homossexuais, foram: Noruega, Suécia, Islândia e Finlândia. A Suécia, desde 2005, oficializa uniões entre homossexuais e em relação à Islândia, a autora Tereza Maria Machado Lagrota Costa (2002, p. 29) ilustra que:

Na Islândia, desde o ano de 1996, com o registro da parceria, ficou permitido, automaticamente, aos parceiros, o compartilhamento da autoridade parental, nos casos em que já houvesse a guarda anterior ao registro de parceria, prevendo, porém, no caso de dissolução, a cessação da guarda compartilhada, retornando para o pai biológico a guarda individual de seu filho.

A seu turno, a Bélgica já admite o casamento de pessoas do mesmo sexo desde 2002, e a autora Viviane Brito Yanagui (2005, p. 08) elucida que:

Em junho de 2001, entrou em vigor, também na Bélgica, uma lei que já havia sido aprovada em 1998, permitindo a união de pessoas do mesmo sexo, passando a permitir, primeiramente, o casamento civil aos pares homoafetivos nacionais e, no ano de 2004, passou tal lei a vigorar, igualmente, para estrangeiros. Tal lei propõe aos homossexuais os mesmos direitos dos heterossexuais em relação à herança e ao patrimônio, mas não autoriza a adoção de crianças.

A Holanda, que figura como um país renovador em legislações liberais, de acordo com a autora Débora Vanessa Caús Brandão (2002, p. 55):

Teve aprovada pelo seu Parlamento, em de setembro de 2000, uma lei autorizando o casamento entre homossexuais, incluindo o direito ao divórcio e a adoção de filhos. Entretanto, para a adoção conjunta, os requerentes devem ser casados e ter coabitação de pelo menos três anos, havendo possibilidade de adoção individual. Já a concessão automática de pátrio poder à outra parceira, no que diz respeito a crianças nascidas durante o casamento ou de parceria lésbica, este tema ainda está em discussão.

Na Finlândia, segundo a autora Maria Berenice Dias (2006, p. 46): “uma lei aprovada em setembro de 2001, que entrou em vigor em março de 2002, legalizou a união homoafetiva, concedendo diversos direitos, porém não permitiu a adoção de crianças e nem o uso do sobrenome do parceiro”.

Na Alemanha, sobre os direitos e deveres dos pares homoafetivos, o autor Carlos Frederico Hymalak Pinto (2000, p. 95) demonstra que:

Em dezembro de 2000, a Alemanha, aprovou uma lei, que começou a vigorar em agosto de 2001, concedendo direitos e deveres semelhantes aos pares homoafetivos àqueles dos heteroafetivos, como o direito de herança, de uso

do sobrenome do parceiro, patrimônio comum, seguros de saúde ou desemprego, além do direito de uma pequena tutela sobre os filhos de seus pares que viessem a ser trazidos para a relação, mas a adoção de crianças não obteve permissão juntamente com os direitos fiscais.

Em Portugal, a Lei das Uniões de Fato foi aprovada em 2001, e segundo a autora Tereza Maria Machado Lagrota Costa (2002, p. 31): “reconhecendo aos homoafetivos os mesmos direitos dos heteroafetivos, como a união de fato para os casais que vivem juntos há dois anos ou mais, direitos fiscais, dentre outros, todavia, não reconheceu o direito à adoção de crianças”.

Na França, em 1999, uma alteração no Código Civil regulou o Pacto Civil de Solidariedade, o qual a autora Maria Berenice Dias (2006, p. 46) disserta que é um: “instrumento contratual levado a registro cartorial e é utilizado como opção ao casamento civil para determinar os direitos e deveres a serem observados na vida comum do casal homossexual, tanto na relação mútua, quanto na relação com terceiros”.

Na Espanha, diversas comunidades autônomas possuem dispositivos legais que versam sobre a união de fato, estendendo seus efeitos à união homoafetiva, como a Catalunha, Aragão, Navarra e Valencia. Na Grã-Bretanha, em 2004 entrou em vigor uma lei que autoriza uma “associação civil” entre casais heterossexuais e homossexuais.

O México, desde 2010, permite o casamento entre homossexuais e a Argentina aprovou em 2002 uma lei regulando a união civil entre casais homossexuais. Nos Estados Unidos houve um tratamento diferenciado em relação às uniões homossexuais, ou seja, enquanto alguns Estados conservadores, de posição contrária, proíbem a oficialização, outros liberais autorizam a regulamentação do casamento entre homossexuais através de suas Supremas Cortes, como São Francisco, Nova York e Washington.

Reconheceram a união homoafetiva também o estado de Massachusetts, Havaí, Alaska, Vermont e a Califórnia. O autor Fábio de Oliveira Vargas (2012, p. 33) explana que países conservadores como: “a Grécia e a Irlanda consideram a homossexualidade como um ilícito penal. Nos países de origem muçulmana, ou islâmica, também não existe tolerância à homossexualidade, sendo esta reprimida com a pena de morte”.

Muitos países que ficam em posição intermediária, ou seja, que não possuem a sua legislação específica em relação às uniões homossexuais, discutem sobre algumas iniciativas de lei no Poder Legislativo, onde os direitos homoafetivos tem conseguido tutela através das decisões judiciais.

3.3 Direitos reconhecidos e assegurados no país

No Brasil, a homossexualidade não é tratada como crime, mas é tida com indiferença pelo ordenamento jurídico, pois não existe lei específica que tutela os direitos em relação à homossexualidade, mas também não existe proibição expressa a respeito. O reconhecimento e a tutela jurisdicional têm sido realizados através de decisões esparsas, no campo administrativo e judicial.

Sobre essa colocação, o autor Regis Fernandes de Oliveira (2011, p. 13) salienta que:

O Brasil vem avançando na conquista dos direitos dos homossexuais. Contudo, isso não ocorre pela implementação de políticas públicas bem sucedidas ou por leis que garantam o exercício de direitos básicos para qualquer cidadão. Tais conquistas são obtidas pelo engajamento e a mobilização de milhões de pessoas em todo país que lutam no dia a dia para fazer valer os direitos fundamentais a todos outorgados pela Constituição Federal, independentemente, da sexualidade escolhida para viver sua intimidade.

O Brasil, como país assinante da Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos, da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto de San José da Costa Rica, deve acatar o princípio da dignidade humana e da igualdade, proibindo a intervenção na vida privada de homossexuais adultos.

Dessa forma, o reconhecimento da união homoafetiva pode ser colocado, correspondentemente, com o reconhecimento da união estável, visto que são uniões entre pessoas fundamentadas no vínculo de afeto, diferenciando-se apenas pela diversidade de sexos das partes comprometidas.

Por não existir proibição constitucional explícita, surgem no país leis orgânicas municipais¹¹ e modificações nas constituições estaduais com a finalidade de proibir a discriminação pela orientação sexual.

¹¹ A Lei Orgânica Municipal n.º 35 9791/2000, de Juiz de Fora/MG, garantiu aos pares homoafetivos o direito de se manifestarem em locais públicos. Alfenas, Viçosa, João Monlevade, Belo Horizonte e

A autora Débora Vanessa Caús Brandão (2002, p. 87) sublinha que: “somente uma emenda constitucional tem competência para estender os mesmos direitos já conferidos às famílias e entidades familiares às parcerias homossexuais”.

No entanto, segundo a autora Maria Berenice Dias (2016, p. 01), a lacuna legislativa pode ser superada através da interpretação analógica, baseada nos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, e menciona que:

Ao constatar-se essa paradoxal realidade, cabe indagar se uma lei poderia violar a si mesma, principalmente em se tratando de regras de assento constitucional (...). Uma norma só formalmente constitucional pode ser nula se desrespeitar, em medida insuportável, os postulados fundamentais da justiça. Segundo esse entendimento, a consagração da dignidade da pessoa humana tem o condão de subtrair a eficácia de qualquer regra que a infirme, ainda que ela se encontre no bojo da própria Constituição. [...] essa interpretação é sustentada ainda por Luiz Edson Facchin e Adauto Suannes. Nesses casos deve ser usada a analogia à união estável, conforme preceitua o art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil, não havendo necessidade primordial de alteração da CF/88 para que a Justiça encare as relações homoafetivas como entidade familiar, dando-lhe a proteção merecida. Para ela, o art. 226, § 3º da CF/88 deve ser desconsiderado em relação aos pares homoafetivos, uma vez que é inconstitucional por ferir o princípio da dignidade humana e o princípio da igualdade.

Nessa toada, os direitos homoafetivos em relação à criança e ao adolescente podem ser amparados por meio do artigo 6º¹² do Estatuto da Criança e do Adolescente, e desde 2015 o Supremo Tribunal Federal-STF permite que casais do mesmo sexo adotem crianças.

A inclusão familiar deve ser favorável à criança, sendo que, nesse sentido, as autoras Marcia Porto Ferreira e Sônia Regina Carvalho (2002, p. 21) explicam que: “o ambiente familiar adequado é o ambiente acolhedor, no qual as pessoas envolvidas revelam-se emocionalmente entrosadas e, sobretudo, dispostas a oferecer o melhor abrigo possível ao adotando, com espírito de sua inclusão”.

A primeira grande inovação legislativa sobre a garantia dos direitos homoafetivos ocorreu através da Lei n.º 11.340/06 – Lei Maria da Penha, que pode

várias outras cidades do Brasil também possuem legislações semelhantes. Em São Paulo, a Lei Estadual nº 10.948, em 05/11/2001, penaliza a discriminação em virtude de orientação sexual.

¹² BRASIL. Congresso Nacional. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

ser aplicada em qualquer relacionamento íntimo, livre da orientação sexual, na qual o agressor conviva, conforme disposto no artigo 5º, inciso III e parágrafo único¹³.

A evolução da sociedade conclama para que o direito acompanhe o momento social. O Direito não pode ser fixo aos fatos sociais que aparecem. A autora Maria Berenice Dias (2009, p. 02) esclarece que:

Ainda quando o direito se encontra envolto em uma auréola de preconceito, o juiz não pode ter medo de fazer justiça. A função judicial é assegurar direitos, e não bani-los pelo simples fato de determinadas posturas se afastarem do que se convencionou chamar de 'normal'. Vivenciar uma situação não prevista em lei não significa viver à margem da lei, ser desprovido de direito, nada vedando o acesso à Justiça e a busca da tutela jurídica.

Em relação à questão da jurisprudência sobre a homossexualidade, como forma de regular os fatos sociais, a advogada e presidente do Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF, Marilene Silveira Guimarães (2011, p. 150), ressalta que:

A boa doutrina e a moderna jurisprudência, consoante os dispositivos constitucionais, procuram evitar qualquer forma de marginalização do ser humano, seja pela orientação sexual, pela raça, pelo gênero, pela idade, pela condição financeira. Todo um contingente de operadores do direito tem inoculado em si o germe da constante revisão do direito posto frente à evolução do fato social. Trata-se de reformadores sensíveis à realidade, despojados de preconceito e pênhas de sentimento de justiça e respeito ao semelhante. No entanto, a sociedade não é composta apenas de reformadores. Boa parte dos operadores do direito também são conservadores e pretendem, equivocadamente, regulamentar sentimentos. Iludem-se narcisicamente, pensando que ao aprisionar o fato social estarão estabelecendo o rumo da história da humanidade.

Um grande avanço foi o reconhecimento pela AGU-Advocacia Geral da União da união homoafetiva, incluindo o parceiro homoafetivo como beneficiário de um trabalhador segurado pelo Regime Geral de Previdência Social, e também a inclusão do companheiro homossexual como dependente no Imposto de Renda, comprovando a convivência durante 5 anos.

¹³ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...]

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006)

4 OMISSÃO LEGISLATIVA E TUTELA ESTATAL DEFICITÁRIA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS RELATIVOS ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS

A família é a base da sociedade e tem proteção do Estado, porém, quando se trata de união homoafetiva, percebe-se a falta de previsões legais que garantem direitos e proteção desta entidade familiar, com exceção da jurisprudência. O Congresso Nacional não estabeleceu de maneira clara um posicionamento sobre o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.

Essa lacuna não pode ser uma barreira à tutela jurídica das uniões homoafetivas, conforme enfatiza a autora Maria Berenice Dias (2012, p. 55):

As normas legais precisam adequar-se aos princípios e garantias que identificam o modelo consagrado pela Carta Política que retrata a vontade geral do povo. O núcleo do sistema jurídico, que sustenta a própria razão de ser do Estado, deve garantir muito mais liberdades do que promover invasões ilegítimas na esfera pessoal do cidadão. O fato de não haver previsão legal não significa inexistência de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática. A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar a prestação jurisdicional ou de motivo para deixar de reconhecer a existência de direito.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata sobre o princípio da isonomia, que engloba o respeito à dignidade da pessoa humana, logo, as regras previstas entre homem e mulher na união estável devem ser aplicadas de maneira igual aos casais homoafetivos. Sobre o rompimento do modelo da família tradicional, o autor Pierre Bourdieu (2003, p. 107) realça que:

Embora a inércia dos habitus, e do direito, ultrapassando as transformações da família real, tenda a perpetuar o modelo dominante da estrutura familiar e, no mesmo ato, o da sexualidade legítima, heterossexual e orientada para a reprodução; embora se organize tacitamente em relação a ela a socialização e, simultaneamente, a transmissão dos princípios de divisão tradicionais, o surgimento de novos tipos de família, como as famílias compostas e o acesso à visibilidade pública de novos modelos de sexualidade (sobretudo os homossexuais), contribuem para quebrar a dóxa e ampliar o espaço das possibilidades em matéria de sexualidade. Do mesmo modo, e mais banalmente, o aumento do número de mulheres que trabalham não pode deixar de afetar a divisão das tarefas domésticas e, ao mesmo tempo, os modelos tradicionais masculinos e femininos, acarretando, sem dúvida, consequências na aquisição de posições sexualmente diferenciadas no seio da família.

A Constituição Federal/1988 e o Código Civil de 2002, conforme estabelecido em seu artigo 1.723¹⁴, não proporcionaram modificações e nem amparo à união entre pessoas de mesmo sexo, ficando omissos nesse ponto. Por essa falta de assistência, a autora Maria Berenice Dias (2012, p. 56) evidencia que:

O legislador intimida-se na hora de assegurar direitos às minorias excluídas do poder. A omissão da lei dificulta o reconhecimento de direitos, sobretudo frente a situações que se afastam de determinados padrões convencionais, o que faz crescer a responsabilidade do Poder Judiciário.

O Poder Legislativo não deve ignorar a união homoafetiva, pois é uma entidade fundamentada no afeto, contínuo e duradouro, onde os esforços trabalhistas e financeiros são efetuados em conjunto, com o objetivo de constituir uma família. Ao não legitimar a união estável e o casamento civil, destaca-se uma discriminação jurídica pelo legislador contra os homossexuais, aumentando cada vez mais as injustiças sociais.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal progrediu ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar e, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ impôs aos cartórios brasileiros a habilitarem e celebrarem casamentos entre pessoas do mesmo sexo, e converterem uniões estáveis em casamento.

Essa conjuntura se deu pelo fato do Poder Legislativo eximir-se de sua obrigação de editar leis sobre as uniões homoafetivas. O autor Luís Roberto Barroso (2009, p. 06) assevera que:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

É dever do Poder Legislativo adaptar a lei vigente equiparando-a com as transformações sociais e comportamentais, eliminando assim a falta de proteção e inseguranças jurídicas combatidas diariamente pelos casais homossexuais. O Ministro do Conselho Nacional de Justiça, Luciano Frota (2018, p. 51), assegura que:

¹⁴ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL, 2002).

Não se pode perder de vista que o Direito deve acompanhar a dinâmica das transformações sociais, sob pena de não cumprir o seu papel de regulador e pacificador das relações sociais. O nosso sistema jurídico, calcado em base principiológica de índole constitucional, possibilita a atualização de seu conteúdo pela releitura dos institutos, a partir dos valores da Constituição, ajustando-o às necessidades da sociedade e não lhe permitindo distanciar-se da realidade objetiva (BRASIL – CNJ, 2018).

A normatização e proteção estatal é fundamental para a realização da isonomia constitucional em favor das uniões homoafetivas. A união estável homoafetiva foi reconhecida, porém, é essencial realçar que o fato de equiparar a união homoafetiva com a união estável, sem alteração no texto constitucional, faz com que esse tipo de entidade familiar seja considerado de maneira diferente dos demais.

Na votação da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277, referente ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, o Ministro Relator Ayres Brito (BRASIL, 2011), em seu voto, pronunciou que a Constituição proíbe a discriminação em razão do sexo e que os direitos e garantias da união heteroafetiva também devem valer para a união homoafetiva, e aponta que:

A Constituição do Brasil proíbe, por modo expreso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Uma proibição que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, assim como da idade, da cor da pele e da raça, na acepção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se põe como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja.[...] Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomofisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino – tirante suas diferenças biológicas –, também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos. (BRASIL, 2011).

A seu turno, o Ministro Luiz Fux (BRASIL, 2011), em seu posicionamento, de maneira incontestável, demonstra que é uma forma de discriminação não equiparar tais uniões, conforme aduz:

Diante disso, ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas é o mesmo que as pôr em situação de injustificada desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais. Compete ao

Estado assegurar que a lei conceda a todos a igualdade de oportunidades, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais. O raciocínio se aplica, decerto, em todos os aspectos da vida e não apenas os materiais ou profissionais –sob esse prisma, submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar seu convívio com o(a) parceiro(a) ou de não poder esperar de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é, sem dúvida, reduzir arbitrariamente as suas oportunidades. (BRASIL, 2011).

Por sua vez, o Ministro Joaquim Barbosa (BRASIL, 2011), destacando o princípio da igualdade e a vedação de todo tipo de discriminação, expõe que:

Comungo do entendimento do relator, em seu brilhante voto, de que a Constituição Federal de 1988 prima pela proteção dos direitos fundamentais e deu acolhida generosa ao princípio da vedação de todo tipo de discriminação. São inúmeros os dispositivos constitucionais que afirmam e reafirmam o princípio da igualdade e da vedação da discriminação, como todos sabemos. Como já tive oportunidade de mencionar, a Constituição Federal de 1988 fez uma clara opção pela igualdade material ou substantiva, assumindo o compromisso de extinguir ou, pelo menos, de mitigar o peso das desigualdades sociais, das desigualdades fundadas no preconceito, estabelecendo de forma cristalina o objetivo de promover a justiça social e a igualdade de tratamento entre os cidadãos. Este é, a meu ver, o sentido claramente concebido no art. 3º da Constituição, quando inclui dentre os objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 2011).

Em relação à pauta da concepção de família e de Direitos Fundamentais contidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os autores Paulo Henrique Borges da Rocha e Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia (2020, p. 294) apresentam que:

Pensar que a Constituição teria “fixado” um modelo apenas de união estável vai contra o objetivo do que é uma Constituição: ela é um texto criado para garantir e não para limitar direitos; é um texto vivo (*living constitution*) que deve estar aberto para novos direitos e novos sujeitos de direitos, quer tenham seus idealizadores querido ou não incluir este ou aquele grupo quando a redigiram.

A aceitação da união homoafetiva no sistema jurídico foi um grande avanço para a ordem jurídica brasileira, porém, não foi suficiente, pois o elemento que caracteriza a sociedade de fato é o propósito comum, enquanto nas relações familiares se valoriza as relações de afeto.

4.1 Papel do judiciário e silêncio legislativo

A legislação não demonstra com clareza a devida visibilidade às uniões homoafetivas, evidenciando assim o preconceito ainda existente contra homossexuais e a discriminação e desrespeito a direitos humanos indisponíveis. Dessa maneira, alguns juízes e órgãos colegiados ficam aguardando a edição da legislação que proteja as uniões homossexuais para que só assim deixem de discriminá-las.

A fraqueza legislativa não pode ser motivo para que o Judiciário permaneça parado, esperando normas que antecipem direitos às uniões homoafetivas. A proteção conferida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em relação à família heterossexual também deve estar presente nas uniões homoafetivas, conforme declara o autor Paulo Roberto Lotti Vecchiatti (2008, p. 467):

Um fato é protegido pela norma por algum motivo, e esse motivo decorre da atribuição de um valor positivo à situação protegida. Assim, é inegável que sempre foi protegida a relação heteroafetiva pelo fato de existir amor na relação, aliado à comunhão plena de vida e interesses, de caráter público contínuo e duradouro, amor este que é o elemento formador da família contemporânea composta por casais. Nesse sentido, a partir do momento em que a ciência médica mundial já afirmou de forma inequívoca que a homossexualidade é tão normal quanto a heterossexualidade, e considerando que o amor existente na relação homoafetiva é idêntico ao existente na relação heteroafetiva, fica claro que o mesmo valor protegido neste caso existe naquele. Assim, é imperiosa a aplicação da interpretação extensiva, ou, pelo menos, da analogia para permitir tanto a união estável como o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo como medida a satisfazer o princípio da isonomia constitucionalmente consagrado.

O judiciário não é um simples reproduzidor de normas editadas pelo legislativo, pois possui o papel social fundamental de ditar os rumos da sociedade moderna, na medida em que o respaldo judicial ajuda na desconstrução de preconceitos. Nesse sentido, o autor José Reinaldo de Lima Lopes (2003, p. 19) expressa que:

Várias formas de estigmatização já foram eficazmente combatidas pelo direito. (...) A mudança no direito não vem apenas em seguida das mudanças culturais, mas ajuda a promovê-las. Logo, há como o direito promover mudanças e remover injustiças historicamente consolidadas a grupos estigmatizados. Para isto, algumas instituições jurídicas precisam ser mobilizadas. A primeira delas é a da ação coletiva: na ação coletiva – ou ação civil pública – tem-se um meio eficaz pelo qual alguns membros do grupo podem conseguir o reconhecimento de direitos que se estenderão a todos.

Assim sendo, o legislativo não pode ficar omissivo diante da falta de legislação específica que reconheça e tutele os direitos homoafetivos plenamente. Dessa maneira, o autor Regis Fernandes de Oliveira (2011, p. 07) narra que:

O Poder Legislativo, ao qual é atribuído, de modo sucinto, a função de valorar conflitos de interesses em sociedade e apresentar soluções, mediante edição de atos normativos de caráter geral e abstrato, não pode se manter à margem do problema. O Poder Executivo é o executor das normas de que defluem os direitos. O Poder Judiciário deve preservar o ordenamento jurídico quando lesado aplicando a Constituição e as leis, garantindo o exercício dos direitos em consonância com os valores encampados, notadamente os direitos fundamentais. A sintonia dos poderes é que assegura o pleno exercício de todos os direitos.

A ação civil pública é um meio eficaz de buscar o reconhecimento de direitos que, ofertados a um, podem estender-se aos demais. O não reconhecimento de direitos iguais a certa parcela da sociedade reforça e conserva o descrédito em relação aos poderes públicos. Nesse sentido, sobre o tema, o autor José Reinaldo de Lima Lopes (2003, p. 22) descreve que:

Os discursos que publicamente afirmam que não se pode condenar os homossexuais, mas que também não se deve estimulá-los, têm como resultado o estímulo contrário, isto é, o estímulo às violências físicas e morais contra eles. Já que não podem ter direitos iguais, a mensagem enviada pelos juristas que assim se pronunciam, é de reforço dos preconceitos e ideias pseudo-científicas divulgadas aqui e ali. É uma mensagem de desigualdade.

O pluralismo familiar destacado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não nega às famílias homoafetivas a dignidade protetora, porém, a igualdade aos núcleos tradicionais não vem sendo aplicada com satisfação por parte dos legisladores, conforme assevera o autor Aimberê Francisco Torres (2008, p. 02):

Com o advento da pós-modernidade, ou como pretendem alguns da hipermodernidade, encontra-se o legislador pátrio diante da urgente, necessária e impostergável tarefa de positivizar comportamentos decorrentes de novas posturas sociais e, por conseguinte, em reconhecer como cidadãos —novos sujeitos de direito, que obtiveram sua ascensão com o advento do século XXI. Enquanto isso não ocorre, cabe ao Poder Judiciário a árdua tarefa de efetivar esses direitos sob o prisma da alternatividade, já que a inércia do Poder Legislativo, não pode servir de fundamento para se afastar da apreciação de nossos tribunais a pretensão desses —novos sujeitos de direito, que até então viviam no entorno de uma sociedade cuja principal característica é a totalidade, ou seja, em não reconhecer o outro, o fora da totalidade ou o diferente, aquele subsumido na totalidade, pelo simples fato de não se adequarem em seus arquétipos.

Necessária se faz então uma revisão da Constituição Federal/1988 em relação aos direitos dos homoafetivos em geral, a ser realizada pelas casas do Congresso Nacional, de maneira a não fragilizar o processo democrático popular, conforme asseveram os autores Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barretto e Rafael Tomaz de Oliveira (2009, p. 03):

Não cabe ao Poder Judiciário ‘colmatar lacunas’ do constituinte (nem do originário nem do derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário ‘crie’ uma Constituição ‘paralela’ (uma verdadeira ‘Constituição B’), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juizes, aquilo que ‘indevidamente’ – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte. O constituinte não resolveu? ‘Chame-se o Judiciário’ [...]. Ou ‘criemos um princípio’, que ‘valerá’ mais que a Constituição!

A discussão em relação aos direitos humanos familiares dos homossexuais ocorre desde a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e sobre o tema, o autor George Marmelstein (2011, p. 233) afirma que:

A Constituição Federal surgiu de um debate intenso na sociedade brasileira. [...] não se pode negar que vários setores da sociedade tiveram voz na assembleia constituinte e muitos assuntos polêmicos foram debatidos abertamente. Grupos de defesa dos direitos dos homossexuais também estiveram presentes [...] embora, até onde sei, não houvesse deputados constituintes confessadamente homossexuais. Os partidos de esquerda assumiram, na prática, a bandeira de luta dos gays [...]. É possível verificar que a principal reivindicação dos grupos de defesa dos interesses dos homossexuais era a inclusão, no texto constitucional, de forma expressa, da proibição de discriminação por motivo de orientação sexual. [...] percebe-se que vários deputados constituintes eram claramente preconceituosos [...] e estavam dispostos a barrar qualquer tipo de proposta tendente a conceder direitos a esse grupo. Alguns discursos, se fossem pronunciados nos dias de hoje, certamente seriam enquadrados como homofóbicos, de tão carregados de preconceito contra as minorias sexuais. Para alguns deputados constituintes a inclusão da proibição de discriminação por orientação sexual iria estimular a libidinagem, a imoralidade e a devassidão, introduzindo ‘maus costumes, entre nós, que só serviriam para perverter a ordem pública os bons costumes e a moral’, além de expor ‘a sociedade a exageros’ e ridicularizar instituições.

Na omissão do legislativo, os homossexuais não podem viver à margem do ordenamento jurídico como se não existissem. O direito à igualdade só se realiza com plenitude se for garantido o direito à diferença. O silêncio legislativo deve ser rompido, tendo em vista a proteção constitucional dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias ou das majorias.

4.2 Atual paradigma do estado democrático de direito e garantias inerentes às uniões homoafetivas: avanços dos três poderes e consequências sociais

Apesar da omissão da legislação a respeito das uniões homossexuais, o Poder Judiciário se transformou em um refúgio para os que se encontram desamparados legalmente. Nota-se que já se encontram na jurisprudência decisões avançadas sobre as uniões homossexuais, inclusive posicionamentos favoráveis de ministros do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. No entanto, à medida que o judiciário caminha em direção ao reconhecimento da união homoafetiva, grande parte da sociedade civil ainda demonstra indecisão.

No Brasil existe grande movimento social de grupos e organizações não governamentais que lutam pela tutela e reconhecimento de direitos às uniões homoafetivas, nas três esferas de poderes. O autor José Reinaldo de Lima Lopes (2003, p. 18) leciona que:

Isto é particularmente evidente no Brasil, onde liberalismo muitas vezes significa exclusivamente a defesa do livre-comércio e da livre iniciativa empresarial. Não são todos os liberais que estendem o seu liberalismo às liberdades individuais, ou à defesa da autodeterminação dos sujeitos humanos.

Embora lentos, alguns avanços podem ser verificados, contudo, é nítido o receio de aprovar normas polêmicas que possam aborrecer a parcela conservadora da população eleitora. Estados como Alagoas e Pará aprovaram emendas em suas respectivas constituições e outros como Minas Gerais, São Paulo, Piauí, Rio de Janeiro, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Distrito Federal e Bahia editaram leis proibindo a discriminação por motivo de orientação sexual, e mais de 100 municípios já encaixaram, em suas leis orgânicas, disposições que proibam tal discriminação.

Evidencia-se também o programa “Brasil Sem Homofobia”, lançado pelo governo federal em 2004, e o “Plano Nacional da Cidadania dos Direitos Humanos LGBT”, de maio de 2009. Em 2008, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República realizou a 11ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos, que prevê a universalização de direitos num contexto de desigualdades que promova ações de combate à discriminação em razão da orientação sexual.

Nesse viés, o Estado Democrático de Direito é um conceito em que, através da democracia, se busca a proteção das liberdades civis, o respeito pelos direitos

humanos e pelas garantias fundamentais. Sendo as leis justas, o povo possui correta representação política, com a finalidade de garantia da proteção da dignidade da pessoa humana.

Para que o Estado Democrático de Direito se realize, a norma positivada não deve ser a exclusiva fonte de um direito. No campo do Direito de Família, desafia-se uma grande dificuldade em acatar uma abertura do ordenamento jurídico além das normas escritas e aplicáveis a cada caso concreto. Os autores César Fiuza e Luciana Costa Poli (2013, p. 111) acentuam que:

Há uma considerável dificuldade na seara da família em se aceitar que os princípios, explícitos ou implícitos, também constituam normas jurídicas. É importante salientar que os princípios, principalmente no Estado Democrático de Direito, constituem o fundamento ou a razão de ser das regras jurídicas, o que, desde logo, salienta a precedência daqueles sobre estas. (...) A base da proteção da família encerra-se hoje na tutela constitucional. A família deverá ser interpretada dentro do contexto principiológico inserido na Carta da República, em especial tendo em conta os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

No caso das uniões homoafetivas e o direito desses casais de constituir família através da adoção, torna-se um grande empecilho para o seu reconhecimento, a sua legalidade e legitimidade, visto que não existe lei que regulamente este direito, mas apenas jurisprudências favoráveis.

Assim, quanto à adoção por famílias homoafetivas, devem ser levados em consideração, principalmente, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor. O artigo 5^o¹⁵ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 comprova a possibilidade do reconhecimento da adoção homoafetiva, sustentando a ideia de igualdade de todos os cidadãos brasileiros.

Uma das bases do Estado Brasileiro é o princípio da igualdade, que é sempre violado quando as normas não abrangem todos os cidadãos, como no caso da adoção por casais homossexuais. Os autores César Fiuza e Luciana Costa Poli (2013, p. 108) acentuam que:

Ferraz Júnior¹⁶ ensina que, sistematicamente, nas relações de coordenação – por serem normas de conduta, como no caso em questão –, o dever imposto

¹⁵ Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (BRASIL, 1988).

¹⁶ Tércio Sampaio Ferraz Junior, 73, advogado, é professor titular aposentado da Faculdade de Direito da USP e autor do livro "A Ciência do Direito". (ATLAS).

pelo Estado às relações homossexuais, equiparando-as às relações familiares, implica a faculdade de o homossexual exigir que o Estado lhe garanta os mesmos direitos da família, e caso tal direito não lhe for devidamente assegurado, estar-se-á diante de um ato ilícito, que como tal garantiria ao indivíduo a devida reparação por parte do Estado.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o objetivo do Estado Democrático de Direito e confere ao Estado uma responsabilidade de proporcionar condições adequadas para que as pessoas sejam dignas. Desse modo, a Lei n.º 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, conferindo-lhes proteção e direitos que lhe deem condições de atingir a dignidade humana.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, juntamente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, traz o princípio do melhor interesse do menor, transferindo ao Estado, à sociedade e à família o dever de assegurar os direitos fundamentais conferidos às crianças e aos adolescentes.

O Brasil, por ser um Estado Democrático de Direito, através de uma interpretação constitucional, possui elementos que tornam a adoção homoafetiva um procedimento legal, mas, na prática, a realidade é bem diferente, pois vários aspectos sociais dificultam a efetivação deste direito.

As autoras Maria Berenice Dias e Roberta Vieira Larratêa (2012, p. 03) focalizam que: “enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se estará vivendo em um Estado Democrático de Direito”.

Enquanto não existe uma lei que compreenda de maneira expressa que casais homoafetivos possuem o direito de adotar, assim como os heterossexuais ou qualquer outra pessoa, inclusive homossexuais solteiros, os magistrados devem cuidar das lacunas deixadas pelos legisladores, usando os princípios e costumes para a interpretação das normas jurídicas.

5 JURISPRUDÊNCIAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A visão jurídica em relação à união homoafetiva como uma entidade familiar entende que a Constituição vigente não traz claramente em seu texto disposição referente a tal temática, portanto, não sendo aceitável uma lei que assim a regulamente. Dessa maneira, a união entre duas pessoas do mesmo sexo só pode ser tratada como uma sociedade de fato, regida pelo direito obrigacional, de competência das varas cíveis, conforme defendem seus adeptos.

Por outro lado, há os que confirmam que a Constituição, embora não contenha a união homoafetiva de maneira clara, admite esta união como uma entidade familiar, dando-lhe a proteção do direito de família e direito sucessório, sendo suas ações de competência das varas de família. Dessa forma, tem-se:

A Apelação Cível n.º 70031574833 (TJRS, 2009) reconheceu a adoção homoparental, tendo em vista não haver qualquer proibição neste sentido por parte do ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando que mais crianças pertençam de fato à uma família que lhe possa conferir direitos mínimos essenciais à sua sobrevivência e sadio crescimento:

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE HABILITAÇÃO À ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. ADOÇÃO HOMOPARENTAL. POSSIBILIDADE DE PEDIDO DE HABILITAÇÃO. Embora a controvérsia na jurisprudência, havendo possibilidade de reconhecimento da união formada por duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, consoante precedentes desta Corte, igualmente é de se admitir a adoção homoparental, inexistindo vedação legal expressa à hipótese. A adoção é um mecanismo de proteção aos direitos dos infantes, devendo prevalecer sobre o preconceito e a discriminação, sentimentos combatidos pela Constituição Federal, possibilitando, desse modo, que mais crianças encontrem uma família que lhes conceda afeto, abrigo e segurança. Estudo social que revela a existência de relacionamento estável entre as habilitandas, bem como capacidade emocional e financeira, sendo favorável ao deferimento da habilitação para adoção conjunta, nos termos do § 2º do art. 42 do ECA, com a redação dada pela Lei 12.010/2009. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (TJRS, 2009, Apelação Cível n.º 70031574833).

A Apelação Cível n.º 1193033-38.2008.8.13.0480 (TJMG, 2011) reconhece a possibilidade de adoção pela família substituta, diante da situação de risco que se encontrava com a mãe biológica e sem interesse dos demais familiares pela sua criação:

APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER - ADOÇÃO - CUMULAÇÃO DE PEDIDOS - POSSIBILIDADE - GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA À GENITORA DA CRIANÇA - FINS SOCIAIS DA LEI - ADOÇÃO CONJUNTA - CASAL DO MESMO SEXO - DIREITO RECONHECIDO - NOVA CONFIGURAÇÃO DA FAMÍLIA BASEADA NO AFETO - ESTUDOS QUE REVELAM INEXISTÊNCIA DE SEQUELAS PSICOLÓGICAS NAS CRIANÇAS ADOTADAS POR CASAIS HOMOSSEXUAIS - ABANDONO - SITUAÇÃO DE RISCO - AUSÊNCIA DE ZELO NO TRATAMENTO DO MENOR - BOA ADAPTAÇÃO DA CRIANÇA AO NOVO AMBIENTE FAMILIAR - RELATÓRIOS SOCIAIS E PSICOLÓGICOS FAVORÁVEIS À PRETENSÃO DAS REQUERENTES - EXISTÊNCIA DE PROVAS A RECOMENDAREM A MANUTENÇÃO DO INFANTE COM O PAR PARENTAL AFETIVO, COM OS QUAIS VIVE ATUALMENTE - RECURSO DESPROVIDO [...] Considerando o avanço da sociedade, bem como as novas configurações da entidade familiar, mormente em atenção aos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, não há que se falar em impedimento à adoção de crianças por casais do mesmo sexo, em observância, ainda, aos diversos estudos que concluem pela inexistência de sequelas psicológicas naquelas provenientes de famílias homoafetivas, bem como diante da ausência de óbice legal. Evidenciada nos autos a situação de risco em que se encontrava o menor na companhia da mãe biológica, além de os demais familiares não demonstrarem interesse em sua criação, e constatadas as boas condições em que a criança se encontra após ter sido acolhida em família substituta que pretende adotá-la, deve ser concedido o pedido de destituição do poder familiar e a consequente adoção pleiteada por aquelas que mantêm verdadeiros laços afetivos com o infante, dando-lhe carinho e condições materiais para que tenha um crescimento saudável, independente do fato de serem as adotantes duas mulheres. (TJMG, 2011, Apelação Cível n.º 1193033-38.2008.8.13.0480).

A Apelação Cível n.º 1.0024.06.930324-6/0001 (TJMG, 2007), observando os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, confere o reconhecimento da união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável:

EMENTA: AÇÃO ORDINÁRIA - UNIÃO HOMOAFETIVA - ANALOGIA COM A UNIÃO ESTÁVEL PROTEGIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA - RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA DE UM PARCEIRO EM RELAÇÃO AO OUTRO, PARA TODOS OS FINS DE DIREITO - REQUISITOS PREENCHIDOS - PEDIDO PROCEDENTE - À UNIÃO HOMOAFETIVA, que preenche os requisitos da União estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. - O art. 226, da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à UNIÃO estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a UNIÃO homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. - A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito. (TJMG, 7ª Câmara Cível, AC n.º 1.0024.06.930324-6/001, Rel. Desª Heloisa Combat, DJMG de 27/02/2007).

A Apelação Cível n.º 70035804772 (TJRS, 2010) reconheceu os efeitos patrimoniais nas uniões homossexuais diante dos princípios constitucionais vigentes, focando na valorização do ser humano:

APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. APELO DE SUCESSÃO. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Seja como parceria civil (como reconhecida majoritariamente pela Sétima Câmara Cível) seja como união estável, uma vez presentes os pressupostos constitutivos, de rigor o reconhecimento dos efeitos patrimoniais nas uniões homossexuais, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Caso em que reconhece as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união homossexual. (TJRS, 8ª. C.Civ. AC 70035804772, rel. Des. Rui Portanova, j. 10.06.2010).

A Apelação Cível n.º 70025780271, em cumprimento ao princípio da igualdade e tendo o direito previdenciário o objetivo da defesa da pessoa humana, garantindo-lhe a subsistência e de seus dependentes, reconheceu o direito completo de pensão do companheiro proveniente da relação homoafetiva:

Rio Grande do Sul - Apelação cível. Previdência privada. Previ. Relação homoafetiva. Pedido de complementação de pensão. Preliminares. Não conhecimento por afronta ao art. 514, II, CPC. Prescrição. Fundo de direito. Possibilidade jurídica do pedido. Preliminares. Não conhecimento do recurso por afronta ao art. 514, II, do CPC. O recurso ataca os fundamentos da sentença, embasando regularmente o pedido de nova decisão. Atendido, pois, o requisito do artigo 514, inciso II, do Código de Processo Civil. Preliminar afastada. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência de vedação, do que se postula na causa. Não sendo a pretensão da parte vedada pelo ordenamento jurídico, não há falar em impossibilidade jurídica do pedido. PRESCRIÇÃO - A prescrição da pretensão constitutiva do direito de recebimento de complementação de pensão é de cinco anos nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32. A contagem do prazo prescricional, no entanto, tem como marco inicial, a data da concessão do benefício previdenciário pelo INSS. Precedentes do STJ. Prescrição afastada no caso. MÉRITO. A pretensão de percepção de pensão por morte em relação homoafetiva, não é juridicamente impossível, sendo que o vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório. Muito embora não haja previsão legal específica, diante da evolução do direito e em cumprimento ao princípio constitucional da igualdade, é dever das entidades de previdência privada a inclusão do companheiro homossexual como dependente no plano mantido pelo titular. O direito previdenciário tem por objetivo precípuo a defesa da pessoa humana, garantindo-lhe a subsistência e a seus dependentes, sendo que em cumprimento a tal objetivo, não se pode negar o direito do companheiro dependente do associado falecido. PRELIMINARES AFASTADAS. APELO PROVIDO. (TJRS, AC 70025780271, 6ª C. Cív., Rel.ª Des.ª Liége Puricelli Pires, j. 18/12/2008).

Assim sendo, certo é que a relação homossexual deve possuir os mesmos direitos da relação heterossexual ao difundir o conceito de família às relações entre pessoas do mesmo sexo, inclusive alguns doutrinadores estendem tal conceito para a proteção contra violência doméstica, conforme disposto no artigo 5º, parágrafo único¹⁷ da Lei n.º 11.340/2006 – Lei Maria da Penha. Desta maneira, o autor Rogério Sanches Cunha (2007, p. 33) assegura que:

Em virtude da inovação trazida pela lei, já se afirma que, a partir dela, o conceito de 'família' experimentou profunda alteração, não mais se admitindo interpretações baseadas em diplomas legais agora já revogados, tacitamente, pelo estatuto novel.

Conforme descrito, o posicionamento em defesa do reconhecimento das relações homoafetivas caracteriza-se melhor a partir do momento que se respeita os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, além dos direitos da personalidade e os princípios fundamentais sustentados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁷ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006).

6 CONCLUSÃO

O atual Estado Democrático de Direito assegura que todos os cidadãos recebam tratamento equânime e isonômico por parte dos órgãos públicos, especialmente pelo Poder Judiciário, responsável por efetivar direitos e garantias constitucionalmente e legalmente previstos nos diplomas regentes do ordenamento jurídico brasileiro.

O não reconhecimento da união homoafetiva de forma expressa em diplomas normativos, para muitos autores, configura-se como uma forma de preconceito e discriminação em relação ao grupo já minoritário, desrespeitando os princípios individuais e coletivos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente os que visam a dignidade da pessoa humana, a liberdade individual e o tratamento igualitário entre os pares.

A partir da implementação do novo paradigma constitucional delineado pelo viés democrático, o centro formador da família passou a ser o afeto, observado tanto naquelas originadas por pessoas do mesmo sexo, quanto por pessoas de sexo oposto, sendo ambas dignas de proteção jurídica igualitária, tendo em vista que, a partir do momento em que duas pessoas vivem juntas publicamente, de maneira contínua e duradoura, baseando-se tal relação no amor e na cumplicidade, e com finalidade notória de construir uma família, independentemente do sexo dos membros que a constituem, a relação faz jus a possuir também amparo jurídico.

Diante disso, foi observado que o magistrado, em análise ao caso concreto, não deve se desobrigar de julgar questões relativas às uniões homoafetivas diante da falta de regulamentação legal, usando como “desculpa” para a negativa da análise do mérito a suposta lacuna prevista no ordenamento jurídico pátrio, aliás, ao contrário, deve buscar soluções em conformidade com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, balizadores de todos os demais.

Conforme decisões recentes dos tribunais superiores, apresentadas como forma de enriquecimento à presente monografia, casais do mesmo sexo, enquanto aguardam pela regulamentação jurídica específica, recorrem de forma cotidiana ao Poder Judiciário para que obtenham direitos mínimos efetivados diante dos casos fáticos, como acontece no reconhecimento de união estável, casamento, guarda e adoção de filhos, dentre outras questões inerentes ao Direito de Família.

Nesse contexto, conforme ementas e julgados colacionados ao trabalho, a posição jurisprudencial que equipara a união homoafetiva à sociedade de fato possui uma grande tendência ao seu reconhecimento jurídico, conforme os ditames constitucionais vigentes, em virtude de centenas de decisões favoráveis proferidas diariamente pelos operadores do Direito nos mais diversos tribunais do país.

Destarte, muitos doutrinadores asseveram que os indivíduos de orientação homossexual, além de estarem desamparados legalmente em relação à união afetiva, também sofrem consequências no campo social com tamanha discriminação. Logo, para tais autores, a união duradoura entre pessoas do mesmo sexo e consequente regulamentação é uma evolução da sociedade moderna, sendo empenhado um grande esforço por parte dos órgãos e instituições defensoras da bandeira LGBTQIA+ para que as leis acompanhem as transformações sociais, a fim de que não se tornem ineficazes.

Assim, o Estado Democrático de Direito é regido, especialmente, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, conhecido como superprincípio, consagrado no maior diploma legislativo-normativo do país, almejando a população LGBTQIA+ um regime jurídico próprio específico para disciplinar as relações homossexuais, que não deixe à margem da legalidade tantas pessoas por causa de suas respectivas orientações, resguardando, assim, a segurança jurídica e o direito à busca pela felicidade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Lilian Maria Martins de. "**Casamento e Formação Familiar na Roma Antiga**". Brasil Escola. 2020. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/historiag/casamentoformacao-familiar-na-roma-antiga.htm>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

BAHIA, Flávia. **Descomplicando: Direito Constitucional**. 3. ed. Recife, PE: Armador, 2017.

BARROS, Sérgio Resende de. **A Ideologia do Afeto**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 4, n. 14, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2023.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias Homossexuais: aspectos Jurídicos**. São Paulo: RT, 2002.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Luciano Frota. Brasília. CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/>>. Acesso em: 09 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial, Brasília, DF, 16 jul.1990.

BRASIL. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1193033-38.2008.8.13.0480**. Des. Rel. Armando Freire. Julgado em 24-05-2011. Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 1.0024.06.930324-6/001**, Rel. Des^a Heloísa Combat, DJMG de 27/02/2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em 10 mar. 2023.

BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.º 70035804772**, Rel. Des. Rui Portanova, j. 10.06.2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em 10 mar. 2023.

BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.º 70025780271**, 6^a C. Cív., Rel.^a Des.^a Liége Puricelli Pires, j. 18/12/2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70031574833**, de Santa Cruz do Sul. Des. Rel. André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, SC. Julgado em: 14-10-2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direto de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 4.277/DF**. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto/Luiz Fux/Joaquim Barbosa. Brasília, 05 de maio de 2011. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 09 mar. 2023.

CHILETTO, Maria Cláudia Cairo. **Uniões Homoafetivas: uma nova concepção de família na perspectiva do direito civil-constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Faculdade de Campos, Centro Universitário Fluminense, Fundação Cultural de Campos, Campos dos Goytacazes, 2007.

COSTA, Tereza Maria Machado Lagrota. **Adoção por Pares Homoafetivos: uma abordagem jurídica e psicológica**. 2002. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_10005.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2023.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches. **Violência Doméstica (Lei Maria da Penha): Lei 11.340/2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual, o Preconceito e a Justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Famílias Modernas: (inter)secções do afeto e da lei**. 2006. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=32&isPopUp=true>. Acesso em: 06 mar. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Família Homoafetiva**. Bagoas - Estudos gays: gêneros e sexualidades, v. 2, n. 03, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice; LARRATÉA, Roberta Vieira. **“A Constitucionalização das Uniões Homoafetivas”**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/43_a_constitucionaliza%E7%E3o_das_uni%C3%B5es_homoafetivas.pdf>. 2012. Acesso em: 10 mar. 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

EXPOBUSINESSLGBT. **Feira de Negócios.** 2011. Disponível em: <http://expobusinesslgbt.com.br/publico_lgbt.html>. Acesso em: 09 mar. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral.** 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** V. 6. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por Homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica.** Curitiba: Editora Juruá, 2009.

FERREIRA, Marcia Porto & CARVALHO, Sônia Regina. **1º Guia de Adoção de Crianças e Adolescentes do Brasil.** Novos caminhos, dificuldades e possíveis soluções. São Paulo: Winners editorial, 2002.

FIUZA, César e POLI, Luciana Costa. **“Autonomia Privada e Intervenção no Estado Democrático de Direito: a (im)possibilidade de casamento entre homossexuais”** In: Revista Brasileira de Estudos Políticos (106), 2013.

FOUCAULT. Michel. **O Triunfo Social do Prazer Sexual.** Uma conversa com Michel Foucault. In M.B.de Motta (org), *Ética, sexualidade, política: ditos e escritos.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. único, 2020.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica.** Revista da AJURIS, n. 88, tomo 1. Porto Alegre, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Homossexualidade: Discussões Jurídicas e Psicológicas.** Curitiba: Juruá, 2011.

JENCZAK, Dionísio. ANDRADE, Paulo Henrique Horn. **Aspectos das Relações Homoafetivas à Luz dos Princípios Constitucionais.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Volume 5: famílias.** 8 ed. volume 5, São Paulo: Saraiva Educação, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus.*** 2018 Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2023.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito ao Reconhecimento para Gays e Lésbicas**. In: Celio Golin; Fernando Altair Pocahy; Roger Raupp Rios. (Org.). A Justiça e os direitos de gays e lésbicas. Porto Alegre: Sulina, 2003.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARMELSTEIN, George. **Jurisprudência Arco-Íris**. Comentários à decisão do Supremo Tribunal Federal acerca das uniões homoafetivas. Revista de Direito Constitucional – RBDC n. 17 – 2011.

MELLO, Luiz. **Novas Famílias: Conjugalidade Homossexual no Brasil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Ed. Garamond Ltda, 2005.

MENEZES, Laila. **Uniões Homoafetivas**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2005. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=200>>. Acesso em: 06 mar. 2023.

MORAES, Maria Lygia Quartim de. “**A Nova Família e a Ordem Jurídica**”. In: Cadernos Pagu (37), dez-jul. 2011.

MORGAN, Lewis Henry. **A Sociedade Antiga**. Antropologia. Expresso Zahar: 1877.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra de. **Contexto da Família**. 2009. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/965tk/pdf/oliveira-9788579830365-02.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2023.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Homossexualidade: Uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 20ª. Ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Tarlei Lemos. **O Novo Modelo de Interpretação Jurídica à Luz da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil Brasileiro de 2002**. In: PEREIRA,

Tarlei Lemos. (Aut.). **Direito Sucessório dos Conviventes na União Estável: (uma abordagem crítica ao artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro)**. 1 ed. São Paulo. Letras Jurídicas. 2013. Acesso em: 06 mar. 2023.

PINTO, Carlos Frederico Hymalak. **As Perspectivas Jurídicas das Relações Homossexuais**. Porto Alegre: Editora Unisinos, série produção discente, 2000.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva. 1998.

RIBEIRO, Jefferson Calili; PEREIRA, Aline Moreira Brasileiro. **Multiparentalidade no Contexto da Família Reconstituída e seus Efeitos Jurídicos**. Âmbito Jurídico. 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-166/multiparentalidade-no-contexto-da-familia-reconstituída-e-seus-efeitos-juridicos/>>. Acesso em: 06 mar. 2023.

RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2000.

ROCHA, Paulo Henrique Borges da; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **A Interpretação da Decisão Jurídica Advinda da ADPF 132 e da ADI 4.277, Segundo a Perspectiva de Castanheira Neves: a decisão e suas consequências jurídicas**. Revista Videre, [S. l.], v. 12, n. 23, 2020. DOI: 10.30612/videre.v12i23.11289. Disponível em: <<https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/11289>>. Acesso em: 09 mar. 2023.

RODRIGUES, Humberto. **O Amor Entre os Iguais**. 1. ed. Ed. Mythos. São Paulo: 2004.

SÁ, Hugo Ribeiro. **Família Anaparental. Uma Realidade ou Ficção Jurídica?** UNIFACS, Salvador, 2019. Disponível em: <<https://rl.art.br/arquivos/6314257.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2023.

SANDEL, Michael Joseph. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Ver. e atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2008.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA, Claudecy de. **Homossexualidade**. 2008. Disponível em: <<http://pailegal.net/psisex.asp>>. Acesso em: 08 mar. 2023.

SPENCER, Colin. **Homossexualidade: uma história**. Tradução de Rubem Mauro Machado, 2ª ed., Rio de Janeiro: Record, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Confiar Interpretação Constitucional Poupa Ativismo Judiciário**. 2009.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario?pagina=4>>. Acesso em 10 mar. 2023.

TERUYA, Marisa Tayra. **“A Família na Historiografia Brasileira. Bases e Perspectivas Teóricas”**. In: Encontro Nacional de Estudos Populacionais, 12, Caxambu, 23-27 out. 2000. Disponível em: <<http://www.abep.nepo.inicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/A%20Fam%EDlia%20na%20Historiografia%20Brasileira...pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2023.

TORRES, Aimberê Francisco. **Os Novos “Sujeitos de Direito” e a Nova Família**. 2008. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/?artigos&autor=Aimbere%20Francisco%20Torres>>. Acesso em: 08 mar. 2023.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

VARGAS, Fábio de Oliveira. **A União Afetiva no Direito Comparado**. 2012. Disponível em: <<http://www.mgm.org.br/portal/modules.php?name=News&file=print&sid=153>>. Acesso em: 09 mar. 2023.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Manual da Homoafetividade – da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2. ed. São Paulo: método, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Novo Código Civil: texto comparado: código civil de 2002, código civil de 1916**. São Paulo: Atlas, 2006.

VIANA, Alane Fagundes. **A Família Monoparental na Contemporaneidade: aspectos jurídicos e interdisciplinares**. Doutorado em Família na Sociedade Contemporânea. 2016. Instituição de Ensino: Universidade Católica do Salvador, Salvador Biblioteca Depositária: Biblioteca Federação. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=4414301>. Acesso em: 06 mar. 2023.

VILABOAS, Luana Cavalcante. **O Novo Conceito de Família e sua Desbiolização do Direito Brasileiro**. Revista Artigos.Com. ISSN 2596-0253. Volume 13, 2020. Disponível em: <<https://acervomais.com.br/index.php/artigos/article/view/2864/1189>>. Acesso em: 06 mar. 2023.

VILELLA, João Baptista. **Unões Homossexuais e seus Efeitos Jurídicos**. São Paulo. Editora Método. 2004.

YANAGUI, Viviane Brito. **União Homossexual – necessidade de reconhecimento legal das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo no Brasil**. Brasília: Monografia (especialização em Direito Legislativo) – UNILEGIS e UFMS, 2005.