

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
Jônata da Silva Rodrigues

**ASPECTOS JURÍDICOS DA UNIÃO HOMOAFETIVA NO
BRASIL**

Taubaté - SP
2019

Jônata da Silva Rodrigues

**ASPECTOS JURÍDICOS DA UNIÃO HOMOAFETIVA NO
BRASIL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Departamento de
Ciências Jurídicas da Universidade de
Taubaté, como exigência para a obtenção
do diploma de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. Leonardo Monteiro Xexéo

**Taubaté - SP
2019**

**Ficha catalográfica elaborada pelo
SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas / UNITAU**

R696a Rodrigues, Jônata da Silva
Aspectos jurídicos da união homoafetiva no Brasil / Jônata da Silva
Rodrigues. -- 2019.
41 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2019.

Orientação: Prof. Leonardo Monteiro Xexéo, Departamento de
Ciências Jurídicas.

1. União homoafetiva - Brasil. 2. Igualdade. 3. Brasil. [Constituição]. I.
Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 347.6(81)

Jônata da Silva Rodrigues

**ASPECTOS JURÍDICOS DA UNIÃO HOMOAFETIVA NO
BRASIL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Departamento de
Ciências Jurídicas da Universidade de
Taubaté, como exigência para a obtenção
do diploma de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. Leonardo Monteiro Xexéo

Trabalho de graduação defendido e aprovado em ___/___/2019 pela comissão
julgadora.

Prof. Leonardo Monteiro Xexéo, Universidade de Taubaté/SP.

Prof. Marisa Vasconcelos, Universidade de Taubaté/SP.

**Taubaté - SP
2019**

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, meus pais, avôs e meu namorado, os quais com muito apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

AGRADECIMENTOS

- Agradeço ao professor Leonardo Monteiro Xexéo, pela orientação, pelo grande conhecimento demonstrado no tema aqui abordado e que com grande sabedoria, engajamento e boa vontade, contribuiu para o desenvolvimento deste presente trabalho.
- Ao meu namorado Gustavo, que esteve desde o início ao meu lado, me ajudando e auxiliando, e principalmente me incentivando, o que foi essencial para que eu chegasse ao fim deste trajeto.
- Às amigas Luciana, Andreza e Denise, que ao longo desses 5 anos, contribuíram para o aumento do conhecimento que adquiri neste longo caminho.

RESUMO

A união homoafetiva sempre esteve presente em grandes discussões dentro da sociedade, sendo considerada um assunto polêmico de se tratar. Infelizmente, a homossexualidade já foi considerada até uma doença e, mesmo após diversos avanços, esse tema ainda é considerado “tabu” por uma grande fatia da sociedade. No entanto, isso não pode ser um impedimento para os grupos minoritários, os quais lutam para terem os mesmos direitos que os demais, sendo a igualdade, a qual é prevista dentro da Constituição Federal, buscando o amparo Legislativo e com isso o reconhecimento social, o qual é um direito de todos. Em decisão unânime, o Supremo Tribunal Federal, em virtude da omissão legal que arrasta em nosso país, reconheceu os mesmos direitos da união estável heteroafetiva aos casais homoafetivos, sendo esta uma decisão de grande relevância para a equiparação dos direitos dos casais homoafetivos para com os do restante da população. Essa importante decisão, infelizmente, não foi a solução para o problema; a luta ainda é grande, envolvendo a discriminação social que permanece grande dentro do grupo social, e a lentidão no Poder Legislativo acaba travando o avanço para que ocorra a equiparação de direitos dentre todos, diante de um Estado Democrático. Este trabalho mostrou os aspectos jurídicos, as dificuldades e os avanços que a união homoafetiva enfrenta no Brasil.

Palavras chave: União Homoafetiva; Constituição Federal; Igualdade.

ABSTRACT

Same-sex marriage has always been present in major discussions within society, being considered a controversial subject to deal with. Unfortunately, homosexuality has even been considered a disease, and even after many advances, this issue is still considered “taboo” by a large portion of society. However, that cannot be a deterrent to minority groups, who struggle to have the same rights as the others, which is foreseen within the Federal Constitution, seeking the Legislative protection and, consequently, social recognition. By unanimous decision, the Federal Supreme Court, by virtue of the legal omission that drags our country, recognized the same rights of opposite-sex stable union to same-sex couples. This was of great relevance and could thus somewhat contribute to the equalization of the rights of same-sex couples to the rest of the population. This important decision, unfortunately, was not the solution to the problem; there is still struggle, regarding the social discrimination that remains within society, and the slow advancement of the Legislative Power ends up stopping the progress for fight for equal rights for all, as it should be in a Democratic State. This work analyzed the legal aspects, the difficulties and the advances that same-sex marriage faces in Brazil.

Keywords: Same-sex marriage; Federal Constitution, Equality.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	08
1	FAMÍLIA.....	10
1.1	Histórico da família.....	10
1.2	Conceito de família.....	12
1.3	Novas formas constitutivas de família.....	14
1.4	Formações familiares.....	15
2	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À RELAÇÃO FAMILIAR	21
2.1	Princípio da dignidade da pessoa humana.....	22
2.2	Princípio da igualdade e respeito à diferença.....	24
2.3	Princípio da solidariedade familiar.....	27
2.4	Princípio do pluralismo das entidades familiares.....	28
2.5	Princípio da afetividade.....	29
3	HISTÓRIA DA UNIÃO HOMOAFETIVA	31
3.1	A interpretação da Constituição e a união homoafetiva.....	32
3.2	Mudanças da Legislação das uniões homoafetivas em outros países	35
3.3	Inércia do Poder Legislativo Brasileiro.....	37
4	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA UNIÃO HOMOAFETIVA	39
4.1	As Ações Constitucionais e disposições dos Tribunais voltadas aos direitos homoafetivos.....	40
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
	REFERÊNCIAS.....	46

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o propósito de investigar as principais mudanças em relação ao conceito de família, examinando as novas formas constitutivas na relação familiar dentro da sociedade e, com isso, analisar a união homoafetiva e seus aspectos jurídicos ou a ausência destes no Brasil.

Diante da evolução da sociedade, são visíveis o surgimento e a propagação de complexos arranjos familiares, sendo dever do direito ampará-los, bem como evoluir juntamente a eles, garantindo assim, pelo princípio da isonomia, a igualdade e o bem-estar social de todos.

De acordo com a Constituição Federal, todos devem ter o amparo do Estado, da mesma maneira que não podem sofrer preconceito por sua raça, cor, sexo, idade ou quaisquer outras formas de discriminação. Apesar disso, os grupos minoritários, com destaque para os LGBT, ainda sofrem uma grande dificuldade para gozar do simples prazer cotidiano que é constituir uma família.

Vale notar que, embora a Constituição Federal tenha ampliado o leque de classificações e denominações familiares, não houve qualquer menção, até os dias atuais, reconhecendo o mesmo direito para os casais homoafetivos.

Como anota, até a presente data, não houve progresso no reconhecimento desses direitos, não havendo nenhuma legislação específica para este tipo de casamento, com exceção da decisão perante o Supremo Tribunal Federal, e posteriormente a Resolução do Conselho Nacional de Justiça, uma vez que o legislativo acaba por acompanhar a vontade e as necessidades do povo. Isso, porém, não exclui o preconceito, de origem religiosa ou mesmo com base no conservadorismo, existente tanto na sociedade quanto nos seus legisladores.

No Brasil, o amparo legislativo está muito atrasado comparado a outros países, os quais já alteraram ou emendaram suas legislações, garantindo a esses grupos direitos constitucionais, não mais havendo necessidade de decisões do Poder Judiciário.

É certo que ainda hoje existe uma grande desigualdade enfrentada por esses grupos dentro da sociedade, não sendo respeitados os princípios básicos, sendo o principal deles o da dignidade da pessoa humana. Com isso, ganha força a ideia que existe uma grande necessidade de capacitação das pessoas, partindo da premissa

de tolerância e aceitação perante os demais, sendo que todos merecem respeito e tratamentos igualitários.

Este trabalho percorrerá a evolução das relações familiares, desde os tempos primórdios; a mudança no conceito de família ao longo das gerações; e as novas formas constitutivas de família, mostrando o que os estudos mais recentes abrangem neste quesito.

Seguidamente, serão analisados os princípios constitucionais aplicáveis à relação familiar e também será abordada a história da união afetiva, com a interpretação atual da constituição brasileira e a diferença do Brasil em relação à outras potências mundiais nesse quesito.

Finalmente, após analisar a inércia do poder legislativo brasileiro quanto a este tema, serão examinadas as ações constitucionais voltadas aos direitos homoafetivos e as disposições dos tribunais em relação à união homoafetiva.

1 FAMÍLIA

1.1 Histórico da Família

O conceito de família sofreu grandes mudanças ao decorrer da evolução da humanidade. Foram três etapas para a evolução da família, sendo eles o estado selvagem, barbárie e civilização¹.

No estado selvagem, a espécie vivia tão somente em virtude da promiscuidade; os preceitos dos homens eram precários, residindo em árvores, utilizando-se de recursos naturais para a sobrevivência. O progresso vem com o início da linguagem articulada e, com isto, desenvolveu-se o arco e flecha, e conseqüentemente a descoberta da caça.

Neste momento, já encontram-se vestígios de residência fixa em aldeias, com um certo grau de competência na produção de meios de subsistência².

É na barbárie que o trabalho humano favorece a produção da natureza, ou seja, é quando surge a cerâmica, o plantio e a domesticação de animais.

A fase superior da barbárie se inicia com a fundição do minério de ferro, o que possibilita o uso de ferramentas e técnicas para lavrar a terra. Nota-se a transformação de bosques em pastagens e terras cultiváveis. Estes acontecimentos provocam um crescimento exponencial da população, que passa a se instalar em pequenas áreas³.

Já a civilização é a evolução destas outras fases, com a inclusão da arte, surgimento da escrita, industrialização, etc.

Com o passar do tempo, temos uma evolução dos diversos tipos de famílias, e podemos citar a família punaluana, sindiásmica, monogâmica, dentre outras⁴.

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 2003, p. 12.

² ENGELS, Friedrich. 1984, p.23.

³ ENGELS, Friedrich. 1984, p. 27.

⁴ ENGELS, Friedrich. 1984, p. 66.

Família punaluana: permitia o casamento coletivo de grupos de irmãos e irmãs, carnis e colaterais; Família sindiásmica: onde o homem tinha uma mulher principal entre o número das suas mulheres; Família monogâmica: surge no período de transição entre as fases média e superior da barbárie, e é fundada na superioridade do homem, e tem como finalidade "procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível. Na família monogâmica, percebemos uma estabilidade muito maior nos laços conjugais, que não podem ser rompidos por vontade de qualquer das partes, podendo somente o homem rompê-los e repudiar sua mulher. Esta nova forma de família pode ser encontrada, de forma mais severa, na sociedade grega, onde ocorre a humilhação da esposa pelo predomínio do homem.

A família brasileira sofreu grande influência romana, prevalecendo os bons costumes de ordem moral.

O Direito Canônico influenciava os ditames, sendo o casamento considerado um fruto de Deus. Por ser sagrado, não podia o homem desfazê-lo.

Nesta época, apenas o casamento religioso era conhecido, havendo influência das normas romanas nas relações entre os cônjuges.

A família era considerada sagrada, chefiada por um cidadão romano. O homem era considerado a autoridade maior.

As obrigações eram voltadas para o bem-estar da família; a educação dos filhos se concretizava em casa, já que não existiam escolas.

O filho primogênito para GONÇALVES (2005, p.15) era preparado pelo “*pater*” para dar continuidade a vida pública da família e todos os entes constitutivos da família deviam absoluto respeito ao “*pater familiae*”.

A principal mudança da família surgiu com o Estado Social no século XX. Desta forma, sobrevieram grandes modificações que geraram uma enorme evolução social em virtude das diversas variações de famílias, que são crescentes.

A força da tradicional família patriarcal foi decaindo em meados do século XX, abrindo-se assim chances para os trabalhos externos, criando-se oportunidades para a liberdade e dependência da mulher, não havendo nenhuma viabilidade externa no conceito patriarcal de família.

No Brasil, a família começou a ter cada vez mais a proteção e amparo através do Estado. Nota-se que, ao longo dos anos, as características canônicas e dogmáticas foram ficando no passado.

A sociedade foi se adaptando, e com isso foram surgindo novos valores que alcançaram limites maiores, criando-se uma maior proteção da pessoa humana.

Para FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 5) a família:

tem seu quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. É a realidade viva, adaptada aos valores vigentes.

Destacam FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 4) “é inegável que a multiplicidade e variedade de fatores não permitem fixar um modelo familiar

uniforme, sendo mister compreender a família de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo”.

Nas palavras de MADALENO (2018, p.1434):

em verdade a família não sofreu conflito algum e segue sendo a base da sociedade, não apenas no plano legal, mas igual e principalmente no mundo axiológico, apenas que vai se reestruturando, buscando novos modelos e desenhando diferentes configurações, pois se alteram os hábitos e os costumes de uma sociedade moderna e igualitária e novos modelos sociais vão sendo agregados.

Está nítido que existem muitos tipos de família além da conceituada família tradicional, e não é por serem diferentes daquilo que se é padrão perante a sociedade que não podem constituir um laço entre si.

Na mesma vertente, conforme FERREIRA (2003, p. 44, *apud* MADALENO, 2018, p. 1434) “é o fim do modelo patriarcal e o início do modelo nuclear da família soerguida no companheirismo e afeto”.

1.2 Conceito de família

O modelo convencional de família que vem à mente é a união entre um homem e uma mulher, mediante o casamento.

Nesse contexto, com o passar dos anos, a carta Magna trouxe transformações importantes, reconhecendo outras entidades familiares.

A Constituição Federal de 1988 acolheu as mudanças sociais da família, em relação ao passado.

Em seu art. 5º, inciso I, trata da igualdade entre o homem e a mulher, garantindo assim o princípio da igualdade entre os sexos, bem como podemos citar a dignidade da pessoa em seu art. 1º, inciso III.

Além do casamento, foi reconhecida a união estável como outro meio de constituição familiar, acolhendo uma nova pluralidade nos moldes de família, destacando-se o art. 226:

a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Deste modo, a Constituição Federal de 1988 passou a adotar novas formas constitutivas de família, priorizando-a como base da sociedade.

Com essas mudanças, de acordo com DIAS (2016, p. 203), “houve o resgate do ser humano como sujeito de direito, assegurando-lhe, de forma ampliada, a consciência da cidadania”.

Não apenas a Constituição Federal fornece garantia constitucional às famílias; pode-se citar também o Código Civil de 2002, o qual reconhece a união estável como uma nova entidade familiar, conforme dispõe o 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.

Quanto ao casamento, a Constituição Federal e o Código Civil só reconhecem a união familiar entre um homem e uma mulher, deixando de amparar a união entre pessoas do mesmo sexo.

Para CARVALHO (2015, p. 47), no Código Civil o direito de família estipula normas que regulam o casamento, a união estável e as relações recíprocas de natureza pessoal e patrimonial entre cônjuges, companheiros, pais, filhos e parentes.

Nota-se que, ao longo dos anos e com o início da Constituição Federal de 1988, aos poucos a instituição familiar foi sofrendo importantes mudanças. Com isto, impondo novos modelos de família, não apenas a tradicional.

É importante ressaltar que, além das três formas de famílias referidas na Carta Magna, existem outros tipos de composições familiares que merecem tratamento igualitário, pela mesma Constituição.

O conceito de família foi se adaptando à contemporaneidade, à realidade, da mesma maneira que a legislação que teve que se ajustar a estas mudanças.

A Instituição familiar, nesta perspectiva de grandes transformações, foi ganhando novos rumos e se adaptando à atualidade. Deixando de lado o casamento tradicional e buscando o interesse real, que é a felicidade e o afeto.

O pluralismo das relações familiares nas palavras de DIAS (2016, p. 204) ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade, rompendo-se a família restrita reconhecida apenas pelo casamento.

Neste contexto, surgiu, por exemplo, a necessidade do reconhecimento da união homoafetiva.

Embora não esteja respaldada pela Constituição Federal, deve-se vigorar o princípio da isonomia. E com o avanço da jurisprudência, o STF declarou que as uniões homoafetivas são uma entidade familiar.

Desse modo, pode-se dizer que houve uma grande evolução em relação ao conceito de família, comparado com o século passado, predominado o vínculo afetivo entre as pessoas.

A família deixou de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo, e avançou-se para uma compreensão mais ampla, socioafetiva, surgindo novas representações sociais e novos arranjos familiares⁵.

A mudança e a evolução da sociedade ocasionou uma verdadeira reconfiguração da conjugalidade e da parentalidade⁶.

E com isto, o vínculo afetivo se torna cada vez mais importante. Gera-se o mesmo propósito de vida, unindo as pessoas, e deixando no passado a denominação casamento.

A ferramenta ainda está incompleta, e o país está vivendo uma outra realidade.

Deve-se existir garantias constitucionais para as novas famílias contemporâneas, pois todos nutrem o mesmo laço que a família tradicional.

A proteção familiar deve abranger a pessoa humana, garantindo assim os princípios constitucionais, e não se ater tão somente nos formalismos legais.

1.3 Novas formas constitutivas de família

De acordo com a Constituição Federal, podemos encontrar três tipos para a concretização de família, sendo eles o casamento, a união estável e a família monoparental.

Atualmente isto não é o suficiente, pois a mesma Constituição Federal que garante o princípio da igualdade, da isonomia e da liberdade não reconhece outras entidades familiares.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. 2015, p.7.

⁶ DIAS. 2016, p. 204.

O conceito de família na concepção de FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 9) evidencia uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito entre um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sociopsicoafetivos.

A denominação família está em crescente discussão, em razão da pluralidade de conceitos, sendo difícil encontrar a definição do conceito atual de família, pois a evolução é constante.

A lei nunca se preocupou em definir a família, e limitava-se a identificá-la com o casamento. E, com isto, os demais vínculos constituídos pelas pessoas ficaram omissos, não possuindo um respaldo.

Para DIAS (2016, p. 206) a definição do conceito de família é:

uma visão pluralista da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação.

É pertinente salientar que não é apenas o casamento, sexo opostos, que identificam o que é ser uma família, mas sim o convívio entre todos os seres humanos.

Não importa o tipo sexual, e sim o que possuem entre si, sendo o elo de afetividade, buscando a real felicidade dentro de um único propósito.

Diante dessas mudanças, os tipos de família sofreram grandes mudanças e foram se adaptando a realidade, deixando de ser meramente taxativos.

Para FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 10) a família está sempre se reinventando, se reconstruindo, transforma-se a cada momento e espaço, naturalmente, renovando-se em face da sua própria natureza cultural.

1.4 Formações familiares

A entidade familiar, atualmente, deve ser entendida como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade.

O novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo⁷.

⁷ ALBUQUERQUE, ano 2002, p. 162, *apud* DIAS, 2016, p. 207.

Para FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 3) a família no mundo contemporâneo é:

o fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la senão a luz da interdisciplinaridade, máxime na sociedade contemporânea, marcadas por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e (por que não?) globalizadas.

A Constituição Federal contribuiu para a pluralidade familiar, conforme art. 226, sendo de grande importância para o direito de família.

Entretanto o art. 226 é meramente taxativo, tratando-se da família matrimonial, a união estável e a família monoparental.

Partindo desse contexto, a família matrimonial é aquela que surge do casamento, com a intenção de constituir e viver em uma comunhão plena de vida, aparada pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, parágrafo 5º, bem como perante o Código Civil, disposto em seu artigo 1.514.

A família é constituída tão somente pela junção do homem e da mulher, que possuem o mesmo interesse em comum, sendo este a celebração do casamento, perante a autoridade competente.

Para FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 141), “É uma instituição milenar, conglobando valores culturais, sociais, religiosos, biológicos e jurídicos”.

O casamento para CARVALHO (2015, p. 62), é um “Um contrato especial de direito de família, solene, com intervenção do estado para a sua realização”.

É o modelo mais tradicional existente até os dias de hoje, e possui um leque maior de garantias constitucionais, pois se trata de uma constituição formal.

O casamento para FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 143) é uma circunstância relacionada a opção pessoal de cada ser humano, e todos merecem a mesma proteção, optando pela via formal e solene do casamento.

O Estado sempre assegurou garantia ao vínculo matrimonial e, até 1988, o casamento era a única forma admissível de formação da família.

De acordo com MADALENO (2018, p. 47):

o casamento identifica a relação formal consagrada pelo sacramento da Igreja, ao unir de forma indissolúvel um homem e uma mulher e cujos vínculos foram igualmente solenizados pelo Estado, que, durante largo tempo, só reconheceu no matrimônio a constituição legítima de uma entidade familiar, marginalizando quaisquer outros vínculos informais.

Outra constituição familiar amparada pela Carta Magna é a união estável, também conhecida como família convencional, não tendo previsão legal até a Constituição Federal de 1988.

Conforme o art. 1.723 da Lei Civil, a união estável é:

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

Para FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 447) “trata-se de uma ligação entre um homem e uma mulher, fora do casamento, a qual merece proteção igual do estado, produzindo efeitos jurídicos típicos de uma relação familiar”.

A união estável nasce do vínculo afetivo, sendo constituída a partir do momento em que a relação se torna pública, aceita pela sociedade.

Conforme preceitua MADALENO (2018, p. 1460):

a união estável nasce do descompromisso e merece referência a experiência da antiga União Soviética, que, a partir da revolução bolchevista, admitiu o matrimônio e o divórcio de fato, desprovidos de total formalidade e com os mesmos efeitos jurídicos que teriam se fossem atos jurídicos regularmente celebrados.

Um dos requisitos principais para a caracterização desta união é o intuito de constituir família, existindo uma comunhão plena de vida.

No texto da Constituição Federal, fica nítida a existência de diversidade sexual para que exista a união estável. Entretanto, as mesmas características que garantem a constituição da união estável entre pessoas de sexos opostos, são as mesmas predominantes entre pessoas homossexuais.

O Supremo Tribunal Federal, com o julgamento da ADI 4.277/DF e da ADPF 132/RJ, reconheceu a união estável homoafetiva.

E pensar ao contrário, negando esses direitos aos demais, é extinguir os direitos fundamentais e sua própria dignidade, em virtude de uma vontade padrão da sociedade⁸.

A família monoparental é a última respaldada pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 224, parágrafo 4º, que diz:

entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. 2015, p.454.

É “a entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes, naturais ou socioafetivos” (CARVALHO, 2015, p. 63).

Para DIAS (2016, p. 215) “é a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar”.

Discorre MADALENO (2018, p. 49) “famílias monoparentais são usualmente aquelas em que um progenitor convive e é exclusivamente responsável por seus filhos biológicos ou adotivos.

Na mesma vertente, para MADALENO (2018, p. 49):

tecnicamente são mencionados os núcleos monoparentais formados pelo pai ou pela mãe e seus filhos, mesmo que o outro genitor esteja vivo, ou tenha falecido, ou que seja desconhecido porque a prole provenha de uma mãe solteira, sendo bastante frequente que os filhos mantenham relação com o progenitor com o qual não vivam cotidianamente, daí não haver como confundir família monoparental com lugar monoparental

Não importa se foi em virtude da morte de um dos cônjuges, companheiros, por meio da adoção unilateral, bem como sendo filhos de genitores solteiros.

Pode-se caracterizar também em razão do divórcio, ou se estiverem separados de fato, desde que os filhos fiquem tão somente sob a guarda de um deles.

Diante de constantes mudanças, criou-se outras denominações de família além destas resguardadas pela Carta Magna.

A definição de família vem se desenvolvendo no ordenamento jurídico e uma das novas modalidades é a família anaparental.

Também definida como a família de parentes, é aquela em que há convívio de parentes sem diversidade de gerações, sem verticalidade dos vínculos parentais, dentro de uma estruturação com identidade de propósitos.

De acordo com DIAS (2017, p. 216), o convívio de duas irmãs no mesmo espaço por muitos anos caracteriza uma moderna instituição familiar, não apenas uma sociedade de fato, caso ocorra óbito de uma das duas. Trata-se do convívio entre si, uma relação familiar.

A família anaparental, para ALMEIDA (2000, p. 83, *apud* MADALENO, 2018, p. 50), “está configurada pela ausência de alguém que ocupe a posição de ascendente, como na hipótese da convivência apenas entre irmãos”.

Destaca-se também a família mosaica ou família pluriparental. Para DIAS (2006, p. 217), “as famílias pluriparentais são caracterizadas pela estrutura complexa decorrente de multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência”.

As famílias mosaicas, para DIAS (2016, p. 218), são derivadas dos vínculos parentais, resultado por meio da separação, divórcio, desuniões.

Decorre-se do núcleo familiar reconstruído por casais que trazem de relacionamentos anteriores seus filhos, constituindo, assim, uma nova família com esses novos integrantes.

Para GROSMAN (2000, p. 35, *apud* MADALENO, 2018, p. 50), “A família reconstituída é a estrutura familiar originada em um casamento ou uma união estável de um par afetivo, onde um deles ou ambos os integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou de uma relação precedente”.

Outra entidade familiar atual é a família eudemonista, que, segundo DIAS (2016, p. 222), é aquela “identificada pelo seu envolvimento afetivo, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros”.

No conceito eudemonista, a “família” deixa de ser uma instituição vista como unidade de produção econômica e de reprodução, e passa a ser reconhecida como instituição tutelada pelo estado para a promoção do desenvolvimento da pessoa humana, para a realização da personalidade de seus membros.

De acordo com CARVALHO (2015, p. 70), “a família serve de alicerce fundamental para o alcance da felicidade”.

Em especial, nota-se a família homoafetiva, não possuindo ainda garantia na Constituição Federal.

Acerca disso, para DIAS (2016, p. 412), a Constituição consagra em norma pétrea o respeito à dignidade da pessoa e, por isso, todos os tipos de família merecem a proteção do Estado.

Para MADALENO (2018, p. 69):

embora muitos países reconheçam e admitam as parcerias civis, inclusive o casamento entre homossexuais, equiparando seus relacionamentos aos de uma típica entidade familiar com integral proteção estatal, estranhamente ainda sobejam restrições quanto ao pleno reconhecimento dos efeitos jurídicos das uniões entre casais do mesmo sexo, como notadamente esse preconceito podia ainda ser visivelmente identificado na adoção de crianças por casais homoafetivos. Ao menos desde o advento da Carta Política de 1988,

a sociedade brasileira vivencia a identificação de uma nova forma de conjugalidade presente há muito tempo em outros países e agregada ao Direito brasileiro com o reconhecimento jurisprudencial da pluralidade de modelos familiares.

Nada diferencia uma união estável heterossexual da união homossexual, pois a orientação sexual não deve interferir nas garantias a que todos possuem direitos.

Existindo diversas decisões judiciais a respeito das relações homoafetivas, coube ao Supremo Tribunal Federal, com a ADI 4.277/DF e da ADPF 132/RJ, reconhecer a união familiar aos casais homoafetivos. Com isto, o art. 1.723 do Código Civil passou a garantir os mesmos direitos aos casais homossexuais.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À RELAÇÃO FAMILIAR

Os princípios constitucionais, na concepção de FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 36), “são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro de um contexto jurídico e real existente”.

Nem todos os princípios possuem amparos nos textos legais, mas têm fundamentação ética no espírito dos ordenamentos jurídicos, possibilitando assim, a vida em sociedade⁹.

No entendimento de CANOTILHO (2003, p. 178):

os princípios constitucionais são de natureza plúrima o qual possui entendimentos variados, é o que vemos quando ele menciona: “princípios definidores da forma de Estado, dos princípios definidores da estrutura do Estado, dos princípios estruturantes do regime político e dos princípios caracterizadores da forma de governo e da organização política em geral.

Conforme DIAS (2016, p.42), “os princípios constitucionais vêm em primeiro lugar e são as portas de entrada para qualquer leitura interpretativa do direito”.

No que tange o direito das famílias, há princípios especiais. Para DIAS (2016, p. 46) é no direito das famílias onde se concretiza o reflexo dos princípios refletidos pela Constituição Federal, consagrados como valores sociais fundamentais, não podendo se distanciar da atual concepção da família.

Na Constituição Federal encontram-se diversos princípios, alguns expressos, outros não, e muitos deles são endereçados ao direito das famílias¹⁰.

Em suma, os princípios que pertencem ao direito das famílias são a prevalência de valores mais humanitários e sociais¹¹.

Na mesma vertente, discorre PEREIRA (2006, p. 36, *apud* FARIAS e ROSENVALD 2015, p. 55):

é necessário elencar os princípios vitais e fundamentais do direito das famílias, sem os quais não é possível a aplicação de um direito que esteja próximo do ideal de justiça. Esses princípios têm assento em uma hermenêutica constitucional que traduz, por sua vez, o mais cristalino espírito de uma ordem civil, ou seja, de um Direito Civil-Constitucional.

⁹SARMENTO, 2003, p. 55, *apud* DIAS, 2016, p. 45.

¹⁰ MADALENO. 2018, p. 95.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson, 2015, p.55.

Valendo desse contexto, em outras palavras, para FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 37), os princípios são enunciados com força normativa, e produzem efeitos concretos, emergindo da estrutura constitucional, voltados, em especial, à valorização da pessoa humana e à afirmação de sua dignidade.

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos mais relevantes do nosso ordenamento jurídico. Encontra-se amparado no art. 1º, III da Constituição Federal, fundamentando o respeito à dignidade humana.

Nos dizeres de DIAS (2016, p. 47) “é o princípio maior, o mais universal de todos os princípios”.

Complementa BITTAR (ano 2006, p. 298, *apud* DIAS, 2016, p.47):

o respeito à dignidade humana é o melhor legado da modernidade, que deve ser temperado para a realidade contextual em que se vive. Assim, há de se postular por um sentido de mundo, por um sentido de direito, por uma perspectiva, em meio a tantas contradições, incertezas, inseguranças, distorções e transformações pós-modernas, este sentido é dado pela noção de dignidade da pessoa humana.

Calha ressaltar, o comentário de MADALENO (2018, p. 95):

é a dignidade da pessoa humana o fundamento do Estado Democrático de Direito do artigo 1º, III, da Constituição Federal, e se a Constituição consagra, no seu artigo 3º, ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, pode se compreender que o respeito à dignidade humana é a base de sustentação para a realização do princípio democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana, para KANT (2007, p.77), nasce com o valor do homem, que possui uma consciência racional e moral. A dignidade não obedece outra lei, já nasce com o ser humano.

Em outra perspectiva, pode-se dizer que as pessoas possuem a dignidade, nascem com a moralidade e as coisas possuem o preço; ou seja, a dignidade não pode ser trocada, já as coisas podem ser substituídas¹².

¹² KANT, Immanuel. 2007, p. 77.

A dignidade humana advém da natureza humana e não do mundo externo. Portanto, para KANT (2007, p.78), a única coisa que tem dignidade é a moralidade a partir da autodeterminação ética do ser humano, sendo a autonomia o alicerce da dignidade.

Em linhas gerais, o princípio da dignidade humana mudou os parâmetros tradicionais, trazendo-se uma maior proteção da pessoa humana.

A Constituição Federal, ao acrescentar a dignidade humana como um princípio fundamental, conferiu um maior valor a proteção da pessoa humana, vedando qualquer forma de discriminação¹³.

É um princípio constitucional deveras importante e, no direito de família, deve-se garantir a proteção do grupo familiar, garantindo os direitos e o respeito do Estado.

Em relação ao direito das famílias, conforme MADALENO (2018, p. 96), a Carta Magna, em seu art. 226, parágrafo 7º, dispõe que o planejamento familiar está assentado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade.

Em síntese, ao direito das famílias afirma MADALENO (2018, p. 96):

o Direito de Família tem a sua estrutura de base no princípio absoluto da dignidade humana e deste modo promove a sua ligação com todas as outras normas ainda em vigorosa conexão com o direito familista, pois configurando um único sistema e um único propósito, que está em assegurar a comunhão plena de vida, e não só dos cônjuges, dos unidos estavelmente, mas de cada integrante da sociedade familiar.

Na expressiva linguagem firmada por SILVA (2002, p. 464, *apud* MADALENO, 2018, p. 97), “o direito das famílias tem a sua estrutura de base no princípio absoluto da dignidade humana e, com isso, promove sua ligação com todas as outras normas”.

Seguindo esse raciocínio, a dignidade da pessoa humana se caracteriza como um princípio ético, devendo existir o respeito e o não preconceito a qualquer pessoa.

Desse modo, entende-se que, além da dignidade humana ser um direito de todos, é também uma regra moral e cultural e não pode ser retirada de nenhum ser humano.

¹³ GONÇALVES. 2005, p. 96.

É conveniente sublinhar que a dignidade da pessoa humana atua na órbita constitucional na condição de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e, como princípio constitucional, consagra os valores mais importantes da ordem jurídica¹⁴.

2.2 Princípio da igualdade e respeito à diferença

A Constituição assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social, o que vai ao encontro ao ideal da justiça, fundamental para o direito.

Segundo MORAES (2014, p. 35):

a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenças arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.

Com a evolução dos conceitos de justiça e igualdade, a justiça formal passa a ser identificada como igualdade formal, onde se concede tratamento idêntico aos seres da mesma categoria¹⁵.

Podemos frisar o princípio da igualdade como um tratamento igualitário entre todos perante a lei e a isonomia, e que a lei possa compensar essas desigualdades.

Nas palavras de AMARAL (2015):

que a Constituição busca desigular duas pessoas duas pessoas, ou duas situações, justamente para igualá-las perante a realidade fática, por conta das condições que cada uma delas apresenta perante o meio, justificando assim este tratamento desigual.

Ainda nesta vertente, podemos destacar a frase de BARBOSA (1999, p. 26) em seu discurso “Oração aos Moços”:

¹⁴ MADALENO. 2018, p. 95.

¹⁵ DIAS. 2016, p. 50.

a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta igualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Pode-se apontar também o princípio de igualdade como reconhecimento, no sentido de oferecer o respeito às minorias, sejam elas sociais, raciais ou de orientação sexual, levando em conta suas identidades e diferenças, sejam quais forem.

Para CANOTILHO (2003, p. 387, *apud* MADALENO, 2018, p.101):

minoria representa um grupo de cidadãos de um Estado, em minoria numérica ou em posição não dominante neste Estado, dotado de características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes da maioria da população, contudo, solidários uns com os outros e animados por uma vontade de afirmação de seus direitos com os da maioria.

No entanto, surge um paradoxo ao nomear certos grupos como minorias, tendo como exemplo as mulheres, que já superam a metade da população mundial e, no caso do Brasil, da população negra, que constitui mais de 50% da população, mas ainda assim é tratada como minoria.

Nas palavras de MADALENO (2018, p. 101):

o conceito de minoria não se restringe apenas aos seus critérios étnicos, religiosos, linguísticos ou culturais, devendo ser visto também sob a sua realidade jurídica, porque as mulheres não são minoria numérica, mas seguem sendo alvo de uma incontestável discriminação de seus direitos.

Um exemplo disso é que o sexo feminino, apesar de maioria numérica, além de não desfrutar dos mesmos direitos e privilégios, recebe tratamento inferior em grande parte dos segmentos da sociedade¹⁶.

O Art. 5º e incisos da Constituição Federal reforça o direito à igualdade. Afirma também a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres no âmbito geral e no que se refere à sociedade conjugal.

¹⁶ SÉGUIN, Elida; SANTOS, Maria do Carmo dos; RODRIGUES, Claudia da Cruz e Silva. **Mulher vista em três fases**, 2005. p. 20, *apud* MADALENO, 2018, p. 101.

Elimina-se, com a Constituição Federal de 1988, o caráter autoritário da prevalência da função masculina no casamento, retirando as relações de subordinação entre os integrantes do núcleo familiar.

Apesar de isso abolir a desigualdade de gêneros, o princípio de igualdade não exclui as diferenças entre os gêneros, que devem ser levadas em conta no direito, atendendo o princípio da isonomia.

A prevalência do princípio de igualdade inclui também os vínculos de filiação, proibindo qualquer caracterização discriminatória quanto aos filhos frutos ou não de relação de casamento ou por adoção, conforme Constituição Federal, art. 227, parágrafo 6º.

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.

O princípio da igualdade também dá direito de livre arbítrio do casal a respeito do planejamento familiar, limitando a interferência do Estado a proporcionar os recursos educacionais e financeiros para esse fim, conforme Código Civil, art. 1.565, parágrafo 2º.

pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

O Código Civil, atendendo à Constituição, valida o princípio de igualdade na esfera das famílias, que não deve ser pautado apenas pela igualdade entre os iguais, mas também pela solidariedade entre os membros¹⁷.

O princípio de igualdade não deve ser criado pelo legislador com o intuito estabelecer privilégios. Para DIAS (2016, p. 52) “é necessário assegurar direitos a

¹⁷ DIAS. 2016, p. 52

quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar o juiz a se calar”.

Embora o princípio de igualdade proporcione uma crença de que todos os cidadãos têm acesso indiscriminado às liberdades fundamentais proporcionadas pela Constituição, o que ocorre na prática é a priorização de melhores condições para aqueles que constituem a maioria da população.

No entanto, de acordo com APPIO (2008, p. 42, *apud* MADALENO, 2018, p. 102) “a prevalência da vontade da maioria pode criar um cenário onde *gays*, mulheres, negros e minorias de uma maneira geral, por ausência de força política suficiente em sua representação no Congresso, seriam reféns permanentes da intolerância das massas”.

Para que se alcance a isonomia, é imprescindível que se atribua direitos a diferentes grupos de pessoas. Podemos destacar, por exemplo, as uniões homoafetivas, que, apesar de ignoradas pela lei, foram reconhecidas judicialmente.

2.3 Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade familiar tem assento constitucional, disposto no art. 3º, inciso I:

constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – Constituir uma sociedade livre, justa e solidária.

Solidariedade é o que cada um deve ao outro e para DIAS (2016, p. 53), esse princípio tem origem nos vínculos afetivos, dispondo de um conteúdo ético, compreendendo a fraternidade e a reciprocidade. Trata-se de um princípio composto pelo respeito e afeição entre as pessoas.

No que tange o princípio da solidariedade no direito de família, aplica-se não somente a obrigação material, mas também a afetiva, existindo uma proteção mútua.

Podemos encontrar também o princípio da solidariedade na dicção do art. 1.511 do Código Civil, onde afirma que o casamento baseia-se na comunhão plena de vida.

Leciona MADALENO (2018, p. 140):

a solidariedade é o princípio e o oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e

cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário.

Em relação aos deveres recíprocos dentro de um grupo familiar, a lei se aproveita da solidariedade existente dentro das relações familiares.

Como por exemplo, podemos destacar o art. 227 da Constituição Federal, que garante com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação. Sendo este dever primeiramente atribuído à família, depois à sociedade e por último ao Estado.

Na mesma vertente, ocorre com o dever de amparo às pessoas idosas¹⁸, art. 230 da Constituição Federal.

A partir dessa ideia, salienta DIAS (2016, p. 53):

a lei se aproveita da solidariedade que existe no âmbito das relações familiares. Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão.

LÔBO (2008, p. 05) aduz que o princípio da solidariedade:

é o grande marco paradigmático que caracteriza a transformação do Estado liberal e individualista em Estado democrático e social, com suas vicissitudes e desafios, que o conturbado século XX nos legou. É a superação do individualismo jurídico pela função social dos direitos.

Seguramente, pode-se dizer que, de acordo com CARVALHO (2015, p. 93), “a solidariedade se expressa na família, portanto, no auxílio mútuo, material e moral, na assistência, na proteção e no amparo”.

Seguindo esse raciocínio, solidariedade vai muito além de um simples auxílio, considera-se um apoio psicológico e um dever mútuo de assistência de uns com os outros.

2.4 Princípio do pluralismo das entidades familiares

O princípio do pluralismo das entidades familiares foi reconhecido em virtude das diversas modalidades constitutivas de família.

Antes dessas novas formas constitutivas de família, apenas o casamento recebia a proteção e o reconhecimento para ser considerado uma família. Até

¹⁸ ALBUQUERQUE, 2002, p. 115, *apud* DIAS, 2016, p. 53.

mesmo porque os demais vínculos familiares eram praticamente invisíveis perante o Estado¹⁹.

Sem dúvida, com as novas modalidades familiares, bem como quando o matrimônio foi deixando de ser o único reconhecido como base para a família, foram surgindo novas formas constitutivas familiares perante a sociedade. De fato, mudou-se o conceito padrão de família.

Mesmo que essas novas entidades familiares não estejam indicadas de forma expressa, para DIAS (2016, p. 54), as uniões homoafetivas, as famílias parentais, pluriparentais, dentre outras, são todas unidades afetivas, que merecem ser abrigadas sob o manto do direito das famílias.

Considera DIAS (2016, p. 54):

excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente cancelar o enriquecimento injustificado, é afrontar a ética, é ser conivente com a injustiça.

Nessa linha, pensa PEREIRA (2006, p. 166, *apud* MADALENO, 2018, p. 145), “a família não se constitui apenas de pai, mãe e filho, mas é antes uma estruturação psíquica em que cada um dos seus membros ocupa um lugar, uma função, sem estarem necessariamente ligados biologicamente”.

Nesse sentido, pode-se considerar o afeto a maior base estrutural para caracterizar uma relação familiar, devendo o Estado adequar-se a essa modernidade, garantindo e respeitando a todos de formas iguais.

2.5 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade no direito das famílias fundamenta as relações socioafetivas e a comunhão de vida²⁰.

O afeto, como pondera MADALENO (2018, p. 145), “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”.

¹⁹ DIAS. 2016, p. 54.

²⁰ LÔBO, 2015, p. 14, *apud* DIAS, 2016, p. 58

O direito ao amor encontra-se ligado ao direito fundamental à felicidade e mesmo que o termo afeto não esteja descrito na Carta Magna, a afetividade possui a sua proteção²¹.

O amor decorre das relações de convivência de um casal e destes para com seus filhos, entre parentes, bem como outras categorias familiares, não sendo apenas o casamento a única entidade familiar capaz de gerar o afeto²².

De fato, como diz VILLELA (1994, p. 645, *apud* DIAS, 2016, p. 60):

as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor.

Com esse entendimento, a aplicação desse princípio é imensa, devendo ser analisado cada caso concreto antes de aplicá-lo, pois cada família é diferente da outra, ou seja, nenhum caso será igual ao outro.

Incorporando essas ideias, salienta MADALENO (2018, p. 146), em cada família existe a comunhão plena de vida e, enquanto presente o afeto, haverá um valor fundamental, cuja soma consolida a unidade familiar.

²¹ DIAS. 2016, p. 58.

²² MADALENO. 2018, p. 145.

3 HISTÓRIA DA UNIÃO HOMOAFETIVA

A homossexualidade sempre existiu e, de acordo com MORICI (1998, p. 147, *apud* MADALENO, p 1437):

uma rápida revisão na História expõe uma homossexualidade apresentada na Grécia Antiga como um rito de iniciação para os jovens, passando para ser considerado um pecado na Idade Média, indo para uma prática sexual aceita no mundo latino, para depois ocupar um espaço entre as enfermidades na era contemporânea.

A homossexualidade na Grécia era de caráter militar e pedagógica, em virtude da concentração de homens vivendo em um ambiente fechado, onde não existia a presença de mulheres, onde o soldado mais velho procurava o mais novo para exercer a prática sexual²³.

A cultura da homossexualidade é muito vista na mitologia grega, e sempre esteve presente nesta geração.

Com o passar do tempo e com a queda do Império Romano, o cristianismo foi crescendo e com isto a homossexualidade foi duramente perseguida²⁴.

No Brasil, a homossexualidade era aceita entre os indígenas, ato esse descrito pelos portugueses como um pecado mortal²⁵. No entanto, a partir da instauração da Colônia, entram em vigor as normas que classificavam a sodomia como um dos pecados mais graves existentes.

Com a independência do Brasil e o fim dos tribunais do Santo Ofício, criou-se o código penal, onde D. Pedro I, na era Imperial, descriminalizou a prática homossexual. No entanto, o preconceito e a moral cristã continuaram fixados na população²⁶.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo, nas palavras de DIAS (2016, p. 434):

receberam, ao longo da história, um sem-número de rotulações pejorativas e discriminatórias. A igreja fez do casamento uma forma de propagar a fé cristã: cresci e multiplicai-vos. A infertilidade dos vínculos homossexuais foi o que levou ao repúdio e à marginalização.

²³ ULLMANN, 2007, p. 104, *apud* MADALENO. 2018, p. 1438

²⁴ MADALENO. 2018, p. 1438

²⁵ MOTT, 2006

²⁶ GREEN, James, 2000

Convém destacar que, durante muito tempo, a homossexualidade foi considerada como uma doença, taxada como um distúrbio mental e/ou perversão, e, tão somente no ano de 1992, foi abolida pela Organização Mundial de Saúde a anomalia psíquica da homossexualidade na Classificação Internacional de Doenças²⁷.

Todavia, até os dias de hoje existem inúmeros países que criminalizam as relações homossexuais, bem como a própria Igreja Católica, dentre outras denominações, mostram-se intolerantes em relação a legalização das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

De fato, para DIAS (2016, p. 433) a homossexualidade:

não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de conviver com lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais, identificados pela sigla LGBTI. É simplesmente, nada mais, nada menos, uma outra forma de viver, diferente do padrão majoritário. Mas nem tudo o que é diferente merece ser discriminado. Muito menos ser alvo de exclusão social.

Ainda que a homossexualidade, em algum momento da história, tenha sido considerada pecado, uma doença, existindo até um tratamento para a mesma, nos dizeres de DIAS (2011, p. 677):

de uma maneira geral, que a sexualidade integra a própria condição humana, não podendo um indivíduo, realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade da livre orientação sexual.

Nesse contexto, vale ressaltar que a homossexualidade já existia há muito tempo, não é algo novo no comportamento das espécies, e sempre esteve presente, fazendo parte da história da humanidade.

3.1 A interpretação da Constituição e a união homoafetiva

A Constituição Federal em seu art. 226, parágrafo 3º, garante proteção à família, sendo considerada a união estável entre o homem e a mulher. Destaca-se a

²⁷VECCHIATTI, 2007, p. 100, *apud* MADALENO. 2018, p. 1438

mesma disposição no art. 1.723 do Código Civil, caracterizando-se o mesmo conceito.

Seguramente, esse respaldo em proteção a família não abrange as demais formas de convívio, trata-se de uma cláusula de inclusão tão somente a união entre um homem e uma mulher. Porém, não se admite a exclusão de qualquer entidade que preenche os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade.²⁸

Sem dúvidas, não existe uma definição explícita de família na Carta Magna, bem como no Código Civil. E partindo do entendimento aos requisitos para considerar uma família, não se pode deixar de reconhecer os demais relacionamentos em virtude da opção sexual, sendo que o principal vínculo, o afeto, está presente.

Para LÔBO (2015, p. 95, *apud* DIAS, 2016, p. 435):

na Constituição atual não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorria com as Constituições anteriores. Com isso está sob a tutela constitucional "a família", ou seja, qualquer família. E conclui de modo enfático: a interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. A referência constitucional é norma de inclusão, que não permite deixar ao desabrigo do conceito de família - que dispõe de um conceito plural - a entidade familiar homoafetiva. E, na inexistência de regra restritiva, é de ser reconhecida a união estável homoafetiva como entidade familiar.

Na mesma vertente, GAMA (2008, p.155, *apud* MADALENO, 2018, p. 1439):

diz ser inquestionável que, à luz do texto constitucional de 1988, a orientação sexual da pessoa é atributo inerente de sua personalidade, merecendo respeito e acatamento por toda a sociedade, que deve ser livre, justa e solidária, preservando a dignidade da pessoa humana, independentemente de suas preferências ou orientações sexuais.

Nesse contexto, para DIAS (2010, p.3 e 6):

a Justiça é retardatária, sempre vem depois do fato e quer impor o cumprimento da lei, simplesmente negando qualquer direito a quem age contrário aos modelos de comportamento aceitos pela sociedade.

A família assim tutelada pelo Estado sempre teve um perfil patriarcal, sendo uma relação hierarquizada, patrimonializada, verticalizada e, é claro, heterossexual.

²⁸ LÔBO, 2015, p. 95, *apud*, DIAS, 2016, p. 435.

De fato, a restrição legal, impossibilita a inclusão de todos os cidadãos sob o manto da tutela jurídica. Porém, a Constituição implica em assegurar a todos uma proteção igualitária, não importando sua orientação sexual.

A Constituição Federal em seu art. 5º evidencia o direito à vida, à liberdade, à igualdade e a intimidade, devendo promover o bem de todos, sem qualquer forma de discriminação, garantindo, assim, punição a qualquer tipo de discriminação.

Tendo como princípio o respeito da dignidade da pessoa humana, sendo indiferente a orientação sexual da pessoa, é dever do Estado amparar e acolher as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo, e tratar de modo contrário, torna-se inconstitucional, uma vez que está reprimindo as minorias²⁹.

Nesse mesmo contexto MORAES (2014, p. 41):

o Supremo Tribunal Federal entendeu que o texto constitucional proíbe expressamente o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre homens e mulheres, afirmando a existência de isonomia entre os sexos, que se caracteriza pela garantia de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica e de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; além de, nas situações de uso emparceirando da sexualidade fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo ou não.

É importante frisar ainda a consideração do Ministro Celso de Mello:

Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros³⁰.

Desse modo, MENDES, COELHO e BRANCO (2008, p. 106) dizem que a Constituição Federal:

deixa livre o caminho para que a própria experiência vá operando a integração dos variados impulsos e motivações sociais, de que se nutrem tanto a dinâmica política quanto a especificamente constitucional. Daí se caracterizarem os enunciados constitucionais, precisamente pela sua elasticidade e capacidade de autotransformação, de regeneração e de preenchimento das próprias lacunas.

Acrescenta ainda MENDES, COELHO e BRANCO (2008, p. 109):

para dirigir a conduta humana em cada situação, a norma, mais ou menos fragmentária, precisa de concretização, o que só será

²⁹ APELAÇÃO CÍVEL – União Homoafetiva – TJ/RS – n. 70.012.836.755 – Julgado aos 21/12/2015, *apud*, MADALENO. 2018, p. 1441.

³⁰ STF – RE 477554/MG – Rel. Min. Celso de Mello, DJe 3/8/2011. p.11.

possível se nesse processo forem levadas em consideração, junto ao contexto normativo, também as peculiaridades das concretas relações vitais, que essa norma pretende regular; e que, enfim, à visa disso tudo, o processo de realização das normas constitucionais não pode desprezar tais particularidades, sob pena de fracassar diante dos problemas que elas são convocadas a resolver.

Vale ressaltar, nos dizeres de LÔBO (2002, p. 44, *apud* FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 37), “a exclusão de outras formas de entidades familiares não decorre da letra expressa do Texto Constitucional, mas de uma interpretação do Texto Magno, mesmo que sob influências preconceituosas”.

Todavia, como se pode destacar, baseando-se em diferentes interpretações, é aceitável a interpretação extensiva do texto constitucional, reconhecendo a união estável homoafetiva.

3.2 Mudanças da Legislação das uniões homoafetivas em outros países

As mudanças referentes as legislações das uniões homoafetivas estão crescendo constantemente e o reconhecimento desse direito está sendo a pauta dos institutos jurídicos dentre vários países.

O mundo está se adaptando as diferenças culturais, e um grande entrave a essas mudanças em pleno século XXI é a religião. Em alguns países, esse grande tabu vem se flexibilizando, como por exemplo a Noruega, Suécia, Dinamarca, Argentina, Portugal, Alemanha, dentre outros, que mudaram a legislação, acrescentando o casamento homoafetivo ³¹.

A Argentina foi o primeiro país da América Latina, a mudar sua legislação para o reconhecimento dos direitos iguais aos casais homoafetivos no código civil, dando exemplo e respeitando os direitos fundamentais de todos, sem a distinção de sexo, conforme a Lei 26.218 promulgada aos 21 de julho de 2010, que estabelece em seu art. 42:

todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un

³¹ G1. Veja lista de países que já legalizaram o casamento gay. Seção Mundo. G1. Publicado em: 26 de Jun. 2015. Disponível em: < <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/06/veja-lista-de-paises-que-ja-legalizaram-o-casamento-gay.html>>. Acesso em: 09 de julho. 2019.

*matrimonio constituido constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo*³².

Na mesma vertente, podemos citar Portugal, legalizando o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo no ano de 2010, com a Lei nº 9/2010 de 31 de maio de 2010, que estabelece em seus artigos o seguinte:

1.º Objecto - A presente lei permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.
2.º Alterações ao regime do casamento. Os artigos 1577.º, 1591.º e 1690.º do Código Civil passam a ter a seguinte redacção:
art. 1577.º [...] Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.
art. 1591.º [...] O contrato pelo qual, a título de esponsais, desposórios ou qualquer outro, duas pessoas se comprometem a contrair matrimónio não dá direito a exigir a celebração do casamento, nem a reclamar, na falta de cumprimento, outras indemnizações que não sejam as previstas no artigo 1594.º, mesmo quando resultantes de cláusula penal.
*art. 1690.º [...] 1 — Qualquer dos cônjuges tem legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro*³³.

Podemos destacar também a Alemanha, nos dizeres de DOMINGUEZ (2006, p. 133, *apud* MADALENO. 2018, p. 1442):

em decisão da Corte Suprema daquele país, em contencioso administrativo da República Federal Alemã, de 1997, ao confirmar o

³² Em tradução livre: “Todas as referências à instituição do matrimônio que contem nosso ordenamento jurídico se entenderão aplicáveis tanto ao matrimônio por DUAS (2) pessoas do mesmo sexo como ao constituído por DUAS (2) pessoas de sexos distintos. Os integrantes das famílias cuja origem seja um matrimônio constituído por DUAS (2) pessoas do mesmo sexo, assim como um matrimônio constituído por pessoas de sexos distintos, terão os mesmos direitos e obrigações. Nenhuma norma de ordenamento jurídico argentino poderá ser interpretada nem aplicada no sentido de limitar, restringir, excluir ou suprimir o exercício ou gozo dos mesmos direitos e obrigações, tanto ao matrimônio constituído por pessoas do mesmo sexo como ao formado por DUAS (2) pessoas de sexos distintos”.

³³ Em tradução livre: “Artigo 1.º Objeto - A presente lei permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Artigo 2.º Alterações ao regime do casamento. Os artigos 1577.º, 1591.º e 1690.º do Código Civil passam a ter a seguinte redacção:

Artigo 1577.º [...] Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.

Artigo 1591.º [...] O contrato pelo qual, a título de esponsais, desposórios ou qualquer outro, duas pessoas se comprometem a contrair matrimónio não dá direito a exigir a celebração do casamento, nem a reclamar, na falta de cumprimento, outras indemnizações que não sejam as previstas no artigo 1594.º, mesmo quando resultantes de cláusula penal.

Artigo 1690.º [...] 1 — Qualquer dos cônjuges tem legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro”.

direito de homossexuais viverem em parceria, com base nos princípios do livre-desenvolvimento da personalidade e da liberdade de ação, consagrados no artigo 2º, § 1º, da Lei Fundamental germânica.

Sendo assim, é possível notar os exemplos desses países ao mostrarem respeito aos direitos fundamentais, colocando em vigor uma legislação a qual não deixa de amparar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, ficando nítido o respeito pelo princípio da igualdade.

De fato, conforme MADALENO (2018, p. 1442), “ as uniões homoafetivas constituem uma importante realidade social incapaz de ser ignorada, sobretudo quando cada vez mais se apresentam instituições e organizações engajadas pela busca da aceitação e respeito pelas minorias”.

3.3 Inércia do Poder Legislativo Brasileiro

A homossexualidade nada mais é uma outra maneira de se viver, diferente do padrão acostumado entre a maioria.

A inércia do Estado se deve aos comandos da maioria dos componentes sociais que ainda não aceitam a representatividade dos demais grupos formadores da sociedade, sendo estes considerados minoritários, predominado assim, a ideologia dos grupos majoritários.

Nas palavras de DIAS (2016, p. 434):

em face do repúdio social, fruto da rejeição de origem religiosa, as uniões de pessoas do mesmo sexo receberam, ao longo da história, um sem-número de rotulações pejorativas e discriminatórias. A igreja fez do casamento uma forma de propagar a fé cristã: cresci e multiplicai-vos.

Não há motivo de restringir os mesmos direitos dos quais possuem os casais heterossexuais, se não por mera discriminação social, que ocorre por uma grande parte da população, em virtude da não aceitação oculta e isso acaba influenciado o Poder Legislativo.

Para PAZ (2007, p. 35 *apud* MADALENO, 2018, p.1444):

existe uma mentalidade que tende a considerar o matrimônio como uma comunidade de vida entre um homem e uma mulher, que merece proteção jurídica, social e econômica mesmo quando desvinculada da existência de prole, e, portanto, por analogia, semelhante proteção deve ser atribuída às uniões homossexuais,

pois se uma comunidade de vida heterossexual sem filhos merece a proteção jurídica, o que efetivamente justifica que uma comunidade de convivência homossexual não merece idêntica proteção.

A aceitação por parte de todos seria a solução para resolver essa omissão; no entanto, é uma solução ainda difícil em virtude dos elementos discriminatórios que predominam dentro da sociedade.

Em suma a essa ideologia, o legislador, conforme DIAS (2016, p. 434):

tem medo de desagradar seu eleitorado, prefere não aprovar leis que concedam direitos às minorias alvo da discriminação. Não há outra justificativa para as uniões homossexuais serem marginalizadas e excluídas do sistema jurídico. No entanto, a ausência de lei não significa inexistência de direito.

Não há dúvida que o legislador mantém resistência em criar leis, bem como muitos juízes resistem em empresta-lhes juridicidade³⁴.

Em razão do preconceito eminente em uma grande parte da sociedade, bem como da religiosidade que envolve a "família tradicional", provavelmente o Legislativo continuará marchando em passos lentos nessa vertente, cabendo-lhe ao Judiciário resolver questões pertinentes a esta matéria.

³⁴ DIAS. 2016, p. 437.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA UNIÃO HOMOAFETIVA

As uniões homoafetivas, em nosso sistema jurídico, na concepção de FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 37) “são entidades familiares, autonomamente compreendidas, merecendo especial proteção, ao lado do casamento, da união estável, da família monoparental, dentre outros núcleos”.

Nesse sentido, para GAMA (2008, p. 155, *apud* MADALENO, 2018, p.1438):

a Constituição Federal de 1988 expressamente introduziu, ao reconhecer a ‘união estável’ como entidade familiar, o requisito objetivo de que somente a união entre o homem e a mulher pode configurar união fundada no companheirismo, excluindo, portanto, a possibilidade de se reconhecerem as uniões entre homossexuais, mesmo que desimpedidos, convivendo com lapso de tempo razoável, com o objetivo de constituição de família. Ainda que o rol constitucional em matéria de entidades familiares não seja exaustivo, nesse particular é imperativa a edição de lei regulando o tema das uniões homoafetivas.

Ademais, o fundamento primário das uniões homoafetivas, bem como das demais entidades familiares é o afeto, e não é admissível que lhes seja negada a caracterização como entidade familiar.³⁵

Na mesma conclusão, nas palavras de FONTANELLA (2006, p. 116 *apud* FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 66):

o reconhecimento da união homoafetiva dentro do Direito das Famílias é um imperativo constitucional, não sendo possível violar a dignidade do homem, por apego absurdo a formalismos legais, sob pena de um amesquinamento das garantias fundamentais constitucionais.

Incorporando tais elementos de compreensão dentre muitos outros, o Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade com efeito vinculante, por unanimidade reconheceu a natureza familiar das uniões homoafetivas, encerrando os debates e estabelecendo a sua submissão às normas dos Direitos das Famílias³⁶.

Enfim, as uniões homoafetivas estão cada vez mais sendo incorporadas à atual realidade e as instituições e organizações estão buscando se aprimorar para combater a desigualdade e o preconceito enfrentado pelas minorias.

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. 2015, p.64.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. 2015, p.66.

4.1 As Ações Constitucionais e disposições dos Tribunais voltadas aos direitos homoafetivos

Os avanços em prol aos direitos homoafetivos começaram em 1999, na Justiça gaúcha, ao definir a competência dos juizados especializados da família para apreciar as ações referentes à união das pessoas do mesmo sexo³⁷.

Em 2001, foi reconhecida pela 1ª vez a união homoafetiva como entidade familiar, pela Justiça do Rio Grande do Sul, como se observa na decisão que deferiu herança ao parceiro do mesmo sexo:

união homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Meação. Paradigma. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem consequências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros. (TJRS – AC 70001388982, 7ª C. Civ. – Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 14/3/2001)³⁸.

Vale ressaltar que, a partir dessas decisões inúmeras, outras foram surgindo país a fora, sendo reconhecidos direitos aos benefícios previdenciários³⁹, bem como ao direito sucessório⁴⁰.

Um marco importante foi o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal na Ac. Unân. Tribunal Pleno, ADIn 4277/DF, Rel. Min.

³⁷DIAS. 2016, p. 439.

³⁸ DIAS. 2011, p. 14. A família homoafetiva.

³⁹ Reconhecido direitos previdenciários ao parceiro homoafetivo: A regulamentação das famílias homoafetivas é medida que se impõe no atual cenário social, não podendo o Poder Judiciário, nesse momento, frutar-se a oferecer as proteções legais que tais relações demandam, porquanto são geradoras de importantes efeitos afetivos e patrimoniais na vida de muitos cidadãos. (STJ, Ac. Unân. 6ª T., REsp. 932.653/RS, Rel. Min. Celso Limongi – Desembargador convocado, j. 16/08/2011), *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. 2015, p.69.

⁴⁰ União estável homoafetiva. Direito sucessório. Analogia. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. (TJ/RS, Ac 4º Gruponde Câmaras Cíves, Bem. Infring. 7000.3967676 – Comarca de Porto Alegre, Rel. Desa. Maria Berenice Dias, j. 09/05/2003) *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. 2015, p.69.

Carlos Ayres Britto, j. 5/5/2011, DJe 12/10/2011, *apud* FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 66), decisão essa proferida por unanimidade, com eficácia contra todos e efeito vinculante, destacando-se:

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as

duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁴¹.

Com esse entendimento, a união estável homoafetiva produzirá todos os efeitos da união heteroafetiva, seja no âmbito existencial ou no patrimonial⁴².

Importante destacar a determinação recente do Supremo Tribunal Federal, caracterizando a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero como crime, o qual será punido pela Lei de Racismo, no julgamento da ADO/26 e MI 4733, destacando-se:

1) DECLARAR, nos termos do § 2º, do artigo 103 da Constituição Federal, a inconstitucionalidade por omissão do CONGRESSO NACIONAL, por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, caracterizando-se, conseqüentemente, o estado de mora inconstitucional e determinando que seja cientificado para a colmatação do estado de mora constitucional. 2) VOTAR, para conceder interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1º, III, 3º, I e IV; 5º, XLI, XLII e §1º, da Constituição Federal, à Lei nº 7.716/89, no sentido da integral aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional⁴³.

Em suma, discorrem FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 455):

realmente, não se poderia conceber um tratamento mesquinho das uniões homoafetivas, como meras sociedades de fato, repercutindo, apenas, no âmbito das relações obrigacionais. Seria um verdadeiro atentado contra os direitos humanos, pois estaria se reduzindo a

⁴¹ ADI 4277. 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 13 de jul. 2019.

⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. 2015, p.454.

⁴³ ADO 26. 2019. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>> Acesso em 13 de jul. 2019.

relação entre dois seres humanos a efeitos, tão somente, no espaço patrimonial.

Afinal, nos dizeres de DIAS (2016, p.444), “todos precisam ter sensibilidade para ver a realidade social e ouvir o clamor de quem só quer ter assegurado o direito de ser feliz”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho foram abordados temas relativos às uniões homoafetivas e seus aspectos jurídicos no Brasil.

Preliminarmente, foi contextualizada a história de família, explorando a evolução desde a era primitiva até os dias de hoje. Nesta pauta, também foi explorado o conceito de família perante a Constituição Federal, e a proteção fornecida pelo Estado perante a estruturação de família presente dentro do texto Constitucional.

Mesmo com a evolução do conceito de família em relação ao século passado, a Constituição Federal não abrangia a proteção das famílias homoafetivas, deixando de lado um dos princípios fundamentais, o da isonomia. Já que todos devem ser tratados igualmente perante a Lei, não poderia existir distinção entre casais reconhecidos legalmente pelo simples fato de ambos os membros serem do mesmo gênero.

As garantias constitucionais para os casais homossexuais ainda estão incompletas, ficando apenas dentro dos formalismos legais, deixando assim de abranger o que deveria ser simples, a pessoa humana e não uma família meramente taxativa.

Buscando maior proteção a união homoafetiva, bem como a diversas outras modalidades de família, podemos contar com os princípios constitucionais, os quais garantem que os direitos dessas famílias possam ser efetivos dentro de uma sociedade.

Nesta vertente, podemos mencionar um dos maiores princípios constitucionais, o da dignidade da pessoa humana; todos os seres humanos merecem ter uma vida digna, sem preconceitos e ter a proteção do Estado, devendo ser respeitado por todos, e esse direito não pode ser retirado daqueles que mais precisam, pelo simples fato de não estarem nos padrões esperados por uma grande parte da sociedade.

Neste quesito, foram realizados apontamentos a respeito das novas formas constitutivas de família que, com a evolução da sociedade, ganhou novas definições dentro de seu conceito, dando amparo a outras modalidades e não apenas àquelas mencionadas dentro da Constituição Federal.

A legislação brasileira nunca se preocupou em denominar um conceito para a família, mas sim, limitou-se a identificá-la com o casamento entre um homem e uma mulher, deixando de lado, entre outras, a família homoafetiva. No entanto, para constituir uma família, não importa a orientação sexual das partes envolvidas, mas sim as ligações afetivas e os elos entre as pessoas.

Todos os vínculos afetivos merecem ter a proteção igualitária do Estado e a diversidade de sexo não pode mais ser um impedimento para isso. Considerando que vivemos em um estado laico, não cabe aos legisladores usarem argumentos religiosos para, por receio e preconceito, travarem os direitos das minorias.

A homossexualidade sempre existiu e, embora fosse culturalmente aceita na Grécia antiga e pelos nativos americanos, passou a ser condenada na Idade Média pelas religiões e, conseqüentemente, pelas sociedades, sendo considerada pecado e até mesmo doença. Até os dias de hoje esse assunto causa polêmicas dentro de uma sociedade politicamente correta.

Por não haver uma legislação específica, coube ao judiciário intervir neste assunto, com a ADIn 4277/DF, que trouxe certa equidade e justiça aos casais homossexuais, conferindo a eles os mesmos efeitos das uniões heteroafetivas. Nesta decisão unânime, o Supremo Tribunal Federal estabelece a família como “categoria sócio-cultural e princípio espiritual” e reforça que a Constituição Federal não delimita a formação de família a casais heteroafetivos, formalidade cartorária ou liturgia religiosa. Desta maneira, o STF conclui que a Constituição não pode impedir a formação de família por pessoas do mesmo sexo.

Infelizmente, a regularização do casamento igualitário não é suficiente para eliminar o preconceito enraizado na sociedade, que se arrasta de gerações em gerações, e, por isso, cabe ao Direito, tendo como preceito a Constituição Federal, defender essas minorias, buscando uma sociedade segura e sem preconceitos.

Os preconceitos com base religiosa acabam se fazendo bastante presentes no nosso poder legislativo, devido à grande presença da bancada evangélica no congresso, o que torna a aprovação de leis de conscientização, educação e proteção aos membros da comunidade LGBT difíceis de serem aprovadas.

Essas leis são necessárias para que a população compreenda que a homossexualidade é uma condição inerente do ser humano e, assim sendo, deve ser respeitada e normalizada na sociedade.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Luiza. (2015). **A evolução dos princípios da isonomia e igualdade na legislação brasileira**. Disponível em: <https://luizaamaral.jusbrasil.com.br/artigos/252308951/a-evolucao-dos-principios-da-isonomia-e-igualdade-na-legislacao-brasileira>. Acesso em: 01 jun. 2019.
- ARGENTINA. (2010). Infoleg Información Legislativa – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. **Matrimonio Civil**. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>>. Acesso em: 09 jul. 2019.
- BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro. 1999.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 jul. 2019.
- BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 jul. 2019.
- BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 22 mar. 2019.
- BRITO, Fernanda de Almeida. **União Afetiva entre Homossexuais e Seus Aspectos Jurídicos**. São Paulo: LTR, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CNJ. (2013). **Resolução nº 175 de 14/05/2013** - Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>. Acesso em: 22 mar. 2019.
- DIAS, Maria Berenice. 2010. **A evolução da família e seus direitos**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/7_-_a_evolu%ED%3o_da_fam%ED%28lia_e_seus_direitos.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- DIAS, Maria Berenice. **Uma lei para a população LGBTI**. In The Answer Company Thompson Reuters. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/sala-de-imprensa/uma-lei-para-a-populacao-lgbti.html>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. (2011). **Artigos - A família homoafetiva**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/index.php>> Acesso em: 13 jul. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Artigos Direito das famílias e Homoafetividade**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/index.php>> Acesso em: 15 jun. 2019.

DIAS, Maria Berenice. (2011). **A homoafetividade como direito humano**. In D. C. Fabriz, J. Peter Filho, J. P. F. Homem de Siqueira, P. R. Ulhoa, & H. V. Fuchs (Coords.). O tempo e os direitos humanos. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** vol. 5, Direito de Família. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 9ª Ed. São Paulo: Civilização brasileira, 1984.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, v. 6, Famílias**. 7. Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

G1. **Veja lista de países que já legalizaram o casamento gay**. Seção Mundo. G1. Publicado em: 26 de Jun. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/06/veja-lista-de-paises-que-ja-legalizaram-o-casamento-gay.html>>. Acesso em: 09 de jul. 2019.

GREEN, James. 2000. **Gay Rio**. Disponível em: <<http://www.brazzil.com/blamar00.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro – **Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa/Portugal: Edições 70, Lda, 2007.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MOTT, Luiz. 2006. Artigo. **Etno-história da homossexualidade na América Latina**. Disponível em:
<<https://web.archive.org/web/20060502010835/http://br.geocities.com/luizmottbr/artigos06.html>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

PORTUGAL. (2010). **Diário da República**. Disponível em:
<<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2010/05/10500/0185301853.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2019.

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

ROSA, Conrado Paulino da. **Ifamily**, cit., p. 94-95.

SÁNCHEZ, Félix López. **Homossexualidade e Família – Novas Estruturas**. Porto Alegre: Artmed Editora AS, 2009.

SENADO FEDERAL. (2011). Atividade Legislativa. **Projeto de Lei do Senado nº 612, de 2011 – Casamento Homoafetivo**. Disponível em:
<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

STJ. Resp-1183378-RS. (2010). **Supremo Tribunal de Justiça**. Disponível em:
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor-21285515>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

STF. ADI 4277. (2011). **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

STF. ADO 26. (2019). **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

STF. RE 477554. (2011). **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2019.