



**DA CONVIVÊNCIA AO MATRIMÔNIO: O CASAMENTO HOMOAFETIVO E
SUA EVOLUÇÃO NO BRASIL**

**OF COEXISTENCE TO MARRIAGE: THE HOMOAFECTIVE MARRIAGE
THEIR EVOLUTION IN BRAZIL**

Donizete Aparecido Mendes Lima¹

Juliana Maria Corvino de Araújo²

RESUMO: O presente artigo tem por escopo a análise das relações homoafetivas no âmbito do Direito das Famílias, em especial sua evolução e reconhecimento no Brasil. Ao discorrermos sobre os aspectos históricos da homossexualidade, com foco na sua despatologização e evolução terminológica. E, via análise das decisões do Supremo Tribunal Federal no ano de 2011 – nas ações constitucionais conexas ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, entendemos que não há justificativas para denegação de direitos aos conviventes homoafetivos, no que tange seu reconhecimento como entidade familiar – frente à malha principiológica que compõe a Constituição Federal de 1988. Isto foi possível, tendo em vista à abordagem doutrinária, jurisprudencial e, o emprego de revistas e sites no âmbito nacional. As quais resultaram por método dedutivo, nas razões expostas.

Palavras-chave: Homoafetivos; Reconhecimento; Direito das Famílias.

ABSTRACT: The present article aims to scoped the analysis of homoaffective relationship within the law of families, in particular its evolution and recognition in Brazil. When we discuss the historical aspects of homosexuality, focusing on your depathologization and evolution terminology. And, by analysis of the decisions of the

¹ Graduado em Direito pela Faculdade Iteana de Botucatu, SP. Advogado.

² Graduada em Ciências Sociais pela Universidade Federal de São Carlos, SP. Licenciada em Ética e Filosofia pelo Centro Paula Souza. Graduada em Direito pela Faculdade Iteana de Botucatu, SP. Mestre em Saúde Pública pela Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Advogada.

Supreme Court of Brazil in the year 2011 – in the related constitutional actions ADI 4277/DF and ADPF 132/RJ, we understand that there are no justifications for the denial of rights to the common-law husband homoaffective, as regards their recognition as a family entity – front of the principiologic mesh that comprises the Constitution of 1988. This was possible, in view of the doctrinaire approach, case and the employment of magazines and websites at national level. Which resulted in deductive method, in the reasons exposed.

Key words: Homoaffective; Recognition; Law of Families.

INTRODUÇÃO

O presente artigo traz à baila a importância das relações homoafetivas para o Direito das Famílias, bem como foram introduzidas na pauta jurídica brasileira.

Para isso, num primeiro momento abordamos alguns aspectos históricos da homossexualidade, em especial a sua desenvoltura terminológica e suas principais diferenças.

Ante isso, adquirimos suporte para entender o desencadeamento das inúmeras ações ajuizadas perante a justiça brasileira na década de 90, cujos pleitos imanavam diretamente das relações homossexuais.

Fato é que, em virtude a relevante controvérsia que adorna o tema, as sentenças geralmente tendiam por denegar direitos a essa parcela da população. Todavia, com o auxílio das ciências médicas, o assunto começou a tomar novas performances, especialmente no entendimento de alguns tribunais, o que refletiu em algumas decisões favoráveis nos meados do século XXI.

Muito embora percebamos avanços na seara judicial, tal matéria continuava controvertida nos tribunais, bem como objeto de repulsa até os dias de hoje no âmbito do legislativo. Todo esse contexto refletiu na análise do Supremo Tribunal Federal (STF) das ações constitucionais conexas, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ.

Nas ações supramencionadas, a Suprema Corte debruçou-se na análise da inconstitucionalidade quanto à interpretação restritiva do artigo 1.723, do Código Civil, a luz do artigo, 226, §3º, da CRFB/88, bem como no reconhecimento a nível constitucional do arranjo familiar homoafetivo.

As respostas apresentadas foram fundamentadas na seguinte lógica: a homossexualidade não é doença, crime ou até mesmo anormal. Quais justificativas sob a perspectiva jurídica dariam robustez à denegação de direitos a essa população? Esta entre outras indagações, elucidaremos no bojo do presente artigo.

Por fim, pontuamos os principais efeitos desse precedente inédito aberto pelo STF e, sua importância para a efetividade da jurisdição constitucional.

1. HOMOSSEXUALISMO, HOMOSSEXUALIDADE E HOMOAFETIVIDADE.

Os termos que intitulam o presente tópico passaram por um longo processo de desenvolvimento. Aduzimos isso, porque os assuntos atrelados à sexualidade humana sempre foram tratados com timidez pelas sociedades. Aliás, são pouquíssimos seus relatos científicos. Logo, a homossexualidade como uma de suas vertentes, restam ainda mais vagas as informações. Além disso, “grande parte desse material, não é constituído de dados científicos, mas, de opiniões e mexericos de cronistas da antiguidade” (SUPLICY, 1983, p. 279).

A primeira nomenclatura que se aventurou a definir indivíduos homossexuais partiu das religiões abraâmicas, da palavra *sodomia*, advinda do hebraico *qadesh* (prostituta de templo masculina), caracterizada pela prática do coito anal entre homens, considerada uma afronta ao primado da hereditariedade/procriação, ou seja, um pecado gravíssimo.

Numa ponte entre religiões e ciência. O primeiro texto científico sobre o tema foi publicado em 1870, pelo médico psiquiatra Carl Friedrich Otto Westphal (*apud* BALIEIRO, 2009, p. 15), o qual tratou das relações homossexuais como patologia ou “sensações sexuais contrárias”.

A partir desse marco científico, as relações entre parceiros homossexuais, além de pecaminosas, passaram a ser passíveis de tratamento, ou seja, responsabilidades da psiquiatria, psicologia e medicina num aspecto geral.

Os estudos continuaram e por quase dois séculos a perseguição e inúmeras tentativas de cura, assombraram os homossexuais, como descreve o escritor João Silvério Trevisan (2000, p. 177):

Numa tese de 1928, defendida na Faculdade de Medicina de São Paulo, o médico legista Viriato Fernandes Nunes alertava: “Toda perversão sexual atenta

violentamente contra as normas sociais.” E exigia rigor na repressão, pois se “esses criminosos (pederastas) tem perturbadas as suas funções psíquicas”, a sociedade não pode permiti-lhes “uma liberdade que eles aproveitariam para prática de novos crimes”. Ora, “o homossexualismo é a destruição da sociedade, é o enfraquecimento dos países”, se ele “fosse regra, o mundo acabaria em pouco tempo” – acrescentava outro médico legista, Aldo Sinigalli.

Todavia, os inúmeros fracassos para obtenção da cura do homossexualismo, impulsionou a Associação Psiquiátrica Americana, retirá-lo do rol de distúrbios mentais em 1973 (PEREIRA, 2003, p. 32).

Nesse passo, corroborou o Conselho Federal de Medicina no Brasil, o qual em 1985 desconsiderou o homossexualismo como transtorno ou desvio sexual (PEREIRA, 2003, p. 34).

No início dos anos 90, a OMS (Organização Mundial da Saúde) responsável pela CID (Classificação Internacional das Doenças), modificou o termo homossexualismo, formado pelo sufixo ísmo, que implica em doença ou transtorno, para homossexualidade, composta pelo sufixo dade, indicativo de modo de ser (VARGAS, 2011, p. 20-21).

Ademais, a nova ótica compreende as relações entre pessoas do mesmo sexo, como uma peculiaridade da personalidade do indivíduo, não caracterizando doença ou transtorno que possa ser diagnosticado e tratado.

Temos como exemplo, a resposta dada pelo “pai da psicanálise” Sigmund Freud, a uma mãe norte americana desesperada por seu filho ser homossexual:

Eu creio compreender, após ler sua carta, que seu filho é homossexual, Fiquei muito surpreso pelo fato que a senhora não mencionou esse termo nas informações que deu sobre ele. Posso eu, vos perguntar por que evitou esta palavra? A homossexualidade não é evidentemente uma vantagem, mas não há nada do que sentir vergonha. Ela não é nem um vício, nem uma desonra e não poderíamos qualificá-la de doença. [...] Muitos indivíduos altamente respeitáveis, nos tempos antigos e modernos, foram homossexuais (Platão, Michelangelo, Leonardo da Vinci, etc.). É uma grande injustiça perseguir a homossexualidade como crime e também crueldade (*apud* SUPPLICY, 1983, p. 269).

Para médico brasileiro Dráuzio Varella, expressa um fato social tão antigo quanto “andar a pé”, existente desde os primórdios da humanidade, salienta:

Certamente, já existiam hominídeos homo e bissexuais cinco a sete milhões de anos atrás, quando nossos ancestrais resolveram descer das arvores nas savanas da África. Está coberta de razão a sabedoria popular ao dizer que a homossexualidade é mais velha que andar a pé (2013).

Aliás, o termo homossexualidade fica adstrito apenas em definir a orientação sexual do indivíduo, que pode ou não ser exercida, não se confundindo com a novidade trazida por Dias (2014, p. 46), a homoafetividade.

O termo homoafetividade, vem do grego *homos* (igual) conjugado a palavra latina *affectio* (afeição), ou seja, a afeição ou amor pelo igual, distinto do materno, paterno e fraterno, condizente com aquele que induz a formação dos casais.

Portanto, a homoafetividade exterioriza a orientação sexual do indivíduo, sobrepujando meras relações sexuais, ou seja, definindo as relações duradouras ligadas pela afeição, nas quais os indivíduos no exercício da sua orientação, fundado no amor, constroem famílias e vidas em comum.

2. O DIREITO DAS FAMÍLIAS: A ORIGEM DA FAMÍLIA

Na tradição bíblica encontramos um aspecto especial no que tange a criação das coisas, na qual Deus “o arquiteto do universo” em sua “engenhosa construção” fez tudo aos pares.

Segundo a Bíblia, no início havia trevas e criou-se a luz, toda superfície era coberta por águas, criou-se as grandes porções de terras e assim harmoniosamente desde as espécies de pássaros, aos seres rastejantes, até a concepção da vida humana, na qual observando o homem muito solitário arrumou-lhe a companhia da mulher.

Engajados na moral dessa tradição, entendemos que não é possível a felicidade na solidão, pois, dentro do homem sempre existiu a necessidade de completar-se com a presença de alguém. Deste modo, originam-se as famílias, através da incessante busca pela completude, da felicidade através das relações afetivas.

Em síntese, a família “é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito” (DIAS, 2014, p. 27) e, externa pujante relevância para a sociedade, a ponto de influir na sua contemplação pelo artigo 226, *caput*, da CRFB/88, o qual lhe confere proteção especial do Estado, no que tange sua formação e administração.

2.1 Alguns princípios norteadores do Direito das Famílias

Tratarmos dos princípios que consolidam o Direito das Famílias, compare-se à responsabilidade de um engenheiro, o qual toma todos os cuidados possíveis para que o alicerce de uma construção seja inabalável, imutável e que gere condições para o fim desejado à obra.

Podemos adjetivar os princípios como o alicerce do Estado Democrático de Direito, os quais de forma harmônica e sólida tomam sobre si a responsabilidade de porta de entrada para qualquer leitura interpretativa do direito. Segundo José Afonso da Silva (2015, p. 93): são “mandamentos nucleares de um sistema”.

Ademais, os princípios consagram “valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos mesmos” (DIAS, 2014, p. 61). Assim, dentro destes ditames, passemos a tratar de alguns dos princípios que norteiam o Direito das Famílias.

2.1.1 O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana

Respaldado pelo artigo 1º, III, da CRFB/88 e presente em todas as dimensões dos direitos e garantias fundamentais, em especial os de terceira geração, o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana é o núcleo, a base dos demais princípios que trataremos no trabalho em tela, pois não garante apenas a subsistência do indivíduo, mas tutela principalmente seu desenvolvimento na sociedade.

Arrima-se a isso, os escritos de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2003, p. 94), os quais lecionam:

Depois de preocupações em torno da liberdade e das necessidades humanas, surge uma nova convergência de direitos, volvida à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano quanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada.

Para Paulo Bonavides (2006, p. 569):

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero

humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Ante o exposto, o respeito à dignidade da pessoa humana, traduz a tutela das características personalíssimas do indivíduo, aliás, apresenta-se como mais uma conquista, no que tange a proteção e emancipação das pessoas. Ademais, trata-se de um trunfo das minorias em face da vontade hegemônica das maiorias.

Para dia Dias (2014, p. 65) “trata-se de um macroprincípio”, por ser base nuclear de tantos outros princípios. Além disso, é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e epicentro da CRFB/88.

Portanto, o respeito à dignidade da pessoa humana é inerente à matéria de Direito das Famílias, por assegurar ações positivas do Estado, quanto à proteção, sustento e regulamentação dos diversos modelos de famílias, tendo em vista, que o indivíduo se realiza em seu seio, dentro das suas características e expectativas.

2.1.2 O princípio da liberdade

A palavra liberdade vem do grego *eleutheria*, supõe livre movimento, ou seja, corrobora com a ideia de autonomia do corpo. Nesse viés, conectava-se ao *status* de cidadão na Grécia e, por algum tempo, fora confundida como sinônimo de poder, em outras palavras, o exercício da cidadania dentro das pólis.

José Afonso Silva (2015, p. 236) ensina que “o Estado possui como uma de suas finalidades a liberação do homem”, ou seja, permitir a liberdade de agir, atuar de tal forma que consiga se desenvolver e atingir seus objetivos.

Nesse passo, o princípio da liberdade configura a primeira dimensão dos direitos e garantias fundamentais – oriunda da ótica liberal francesa de 1789, a qual impôs limites à esfera de atuação do Estado sobre as liberdades individuais.

Para o iluminista Montesquieu (*apud* SILVA, 2015, p. 237): “liberdade consistiria, em fazer tudo o que a leis permitissem”, ou seja, estava intimamente atrelada aos critérios de legalidade.

Todavia, em contraposição, a CRFB/88 dita em seu artigo 5º, II, que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, logo,

pressupomos que as ilicitudes estão codificadas e as liberdades devem zelar por não tipificá-las.

Portanto, a contribuição do princípio da liberdade para o Direito das Famílias, é a garantia da livre formação e administração dos arranjos familiares. Além disso, qualquer forma de cerceamento dessas liberdades, ainda que pelo Estado, fere diretamente primado aduzido neste tópico. Afinal, o pragmatismo que envolve o pautado princípio objetiva banir qualquer tipo de discriminação e indiferença entre seus cidadãos, assim, abrimos diálogo para o próximo princípio.

2.1.3 O princípio da igualdade

Prefacialmente, a palavra igualdade tem sua origem do latim *aequalitas* (aquilo que é igual, semelhante) e comporta sinonímia com a palavra isonomia oriunda do grego *iso* (igual), unida ao sufixo *nomos* (lei), a última mais utilizada para indicar a ideia de igualdade perante a lei.

No que tange a construção conceitual de igualdade, vamos nos conter na máxima aristotélica “que preconiza o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade (ARAÚJO; JÚNIOR, 2003, p. 96).

Nesse viés, Dias cita a célebre frase de Rui Barbosa (*apud* 2014, p. 67): “tratar os iguais com desigualdade ou os desiguais com a igualdade não é a igualdade real, mas flagrante da desigualdade”.

Além disso, o princípio da igualdade encontra fundamento no artigo 5º, *caput* e I, da CRFB/88 e integra a segunda dimensão dos direitos e garantias fundamentais ou liberdades positivas, em virtude as imposições feitas ao Estado, quanto a sua atuação nas políticas públicas (saúde, educação, habitação, trabalho, etc.).

Por oportuno, tragamos à baila, que engendrado a ótica igualitária constitucional, encontramos, embora de maneira tímida, a igualdade quanto à orientação sexual. Nesse sentido pontua Silva (2016, p. 226):

Uma delas fora conceber, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade das pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem.

A igualdade no que tange a liberdade da orientação sexual, sempre tomou forma de discussão agressiva nas tribunas, não apenas pela Constituição Federal recepcionar tal orientação, mas por indivíduos que ressoam estar acima dela com seus princípios e afirmações de ordem moral subjetiva.

Deste modo, se a referida igualdade garante a liberdade de orientação sexual, logo, transcende na formação dos arranjos familiares e, é aplicável ao Direito das Famílias.

Portanto, opera como ferramenta fundamental, não apenas contra a discriminação quanto à orientação sexual, mas, como equalizador na desigualdade de gêneros.

2.1.4 O princípio da afetividade

Num tempo não muito distante, as famílias se fundiam interessadas nas honrarias e riquezas oriundas dos “bons casamentos”, uma espécie de “negócio arranjado”, ou seja, as núpcias nem sempre foram convoladas por afeto.

Nessa perspectiva, encontramos a figura da mulher submissa ao seu marido e sua autonomia limitada aos afazeres do lar e a educação dos filhos, assim, gerando dependência física, psíquica e econômica entre os consortes.

No exemplo supracitado, pontuamos a exigência de três pressupostos para sua configuração: a distinção de sexos, a finalidade da procriação e, que ambos estejam envoltos pelos laços do matrimônio.

Poderíamos incluir o afeto como o quarto pressuposto, formando um “quarteto perfeito” no que tange o modelo tradicional pautado. Todavia, são dois os pressupostos constituintes das entidades familiares, o afeto e a legalidade.

O afeto é a força geradora das entidades familiares, pela consonância de sentimentos e interesses, conforme salienta Dias (2014, p. 74):

[...] a teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor. O afeto não é fruto da biologia, mas os laços de afeto e solidariedade derivam da convivência familiar e não necessariamente do sangue.

Segundo os escritos do romancista Willian Shakespeare (2013, p. 19): “o amor não se vê com os olhos mas com o coração”, ou seja, o amor é subjetivo, individual, inerente à cada indivíduo, traduz o direito de amar e ser amado, aliás, o amor não possui sexo.

Portanto, o princípio da afetividade fruto da doutrina, possui total aplicabilidade no Direito das Famílias, pois se assim não fosse, a união estável oriunda do afeto, manter-se-ia desconhecida pelo Estado, atentando-se apenas para o casamento, fruto de costumes e previsto por lei muito antes de qualquer outro instituto.

Todavia, ressaltamos que, solitário, tal princípio não caracteriza uma entidade familiar, ou seja, submete-se como citado às exigências de legalidade.

Façamos tal elucidação, para que o afeto não seja banalizado, refletindo em situações embaraçosas vedadas por lei, por exemplo, casais formados por irmãos (art.1.521, IV, do CC) ou mãe e filhos (art. 1521, I, do CC).

3. A HOMOAFETIVIDADE NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Num primeiro momento, repisemos que segundo o artigo 226, *caput*, da CRFB/88: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Tal afirmativa leva-nos a indagar sobre qual modelo de família fora investido da referida tutela.

Em leitura continuada, logo, nos deparamos com o parágrafo 3º, do artigo em tela, o qual dispõe: “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”.

Resta explícito que a norma constitucional trouxe o modelo heteroafetivo. Todavia, em momento algum encontramos restrições a qualquer outro modelo, ou seja, implicitamente existem outras possibilidades de formação das famílias.

Cabe registrarmos, que o modelo evidenciado, comporta uma longa construção histórica. Além disso, originou o crescimento populacional das sociedades por uma estrutura patriarcal e hierarquizada, consagradas pelas religiões oriundas do hebreu Abraão, o judaísmo, o islamismo e cristianismo. Em outras palavras, é factual e preponderante.

Ante isso, destaquemos que tal tradição influenciou diretamente para construção do que fora denominado casamento. Aliás, por muito tempo tratado como forma exclusiva de constituição da família.

Nesse passo, para ser reconhecida como família, a entidade deveria ser concebida pelo casamento entre pessoas de sexos distintos, cuja finalidade é a procriação. Todavia, diante da ilustração apresentada, existem pontos incompatíveis com a contemporaneidade e as normas que regem o atual Estado Democrático de Direito, compiladas na CRFB/88.

O primeiro, no que tange as modalidades constitucionais de famílias, em virtude de três características do artigo 226, da CRFB/88, trazidas pela doutrina e jurisprudência, as quais o entendem como um rol aberto, inclusivo e não taxativo. Isto porque, existem modalidades implícitas no texto constitucional, descaracterizando a ideia de formação exclusiva por intermédio do casamento.

Insta também, a exigência da distinção dos sexos, em virtude a finalidade da procriação, excluindo a possibilidade da formação por pares do mesmo sexo. Ora, tal pressuposto mostra-se inviável, vez que a homoafetividade não viola normas jurídicas e nem afeta a vida de terceiros. Aliás, cabe ao Estado o papel de assegurar os meios, que garantam o desenvolvimento de todos seus integrantes, devendo recusar o preconceito e a discriminação contra qualquer cidadão.

O último elemento condiz com a finalidade conceptiva, ou seja, há o dever de perpetuação da hereditariedade. Nesse ponto destacamos que em pleno século XXI, diante da evolução das sociedades e suas ciências, tal percepção é imperiosa. Não apenas aos pares homoafetivos, mas, atinge também os heteroafetivos que por alguma questão biológica não podem gerar filhos. Além disso, por força do elemento em tela, não podem sequer, ser reconhecidos como entidades familiares.

Deste modo, casais estéreis não constituem família, como aqueles cuja filiação adveio pela adoção. Note-se, que tal pressuposto sobrepuja as relações homoafetivas, recaindo sobre outras situações.

Aspecto interessante, é que atualmente existem métodos conceptivos que excluem o ato sexual, como a reprodução assistida, a famosa “barriga de aluguel” que oferece a qualquer indivíduo em plena condição, a possibilidade de ter filhos. Além disso, qualquer casal que preencha as exigências do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), seguramente pode adotar.

As razões trazidas à baila, conduzem a existência de outros arranjos familiares, gerados fora dos padrões supracitados, ou seja, denominados extramatrimoniais. Esses arranjos podem ser iniciados pela a união estável do artigo 226, §3º, CRFB/88, tratado por Maria Helena Diniz (2014, p. 18) como direito convivencial e, pela família monoparental (um dos pais e sua prole), contemplado no §4º, do artigo 226, da CRFB/88.

Por oportuno, tratemos de um arranjo familiar nada convencional, que segundo o princípio da *ratio* do matrimônio ou da união estável, é tão legítimo quanto os outros citados, o modelo homoafetivo.

A família homoafetiva, fora inserida acidentalmente no sistema jurídico brasileiro no ano de 2006, com o advento da Lei 11.340 (Lei Maria da Penha) em seu artigo 2º: “Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”.

Observemos que ao legislar sobre a matéria, incluiu-se na proteção dos direitos fundamentais femininos, a orientação sexual. Deste modo, de forma inédita, introduziu-se ao ordenamento jurídico brasileiro, o arranjo familiar homoafetivo.

Portanto, o arranjo homoafetivo é contemplado por todos os princípios até aqui mencionados, sejam eles de ordem constitucional ou do próprio Direito das Famílias. Concluindo-se que merece reconhecimento e tutela do Estado, como uma legítima entidade familiar.

4. DA CONVIVÊNCIA AO MATRIMÔNIO

Neste tópico trataremos do reconhecimento da união estável homoafetiva, bem como sua evolução para o casamento no Brasil. Para isso, inicialmente destaquemos seu ponto de partida, o qual como supracitado, fora em 1985, em virtude a despatologização do homossexualismo pelo Conselho Federal de Medicina.

Logo, o Conselho Federal de Psicologia também baixou resolução no sentido de orientar os psicólogos a não tratar o comportamento homossexual como patologia, nem indicar espécie alguma de terapia (DIAS, 2006, p. 159).

Entendamos com isso, que o posicionamento favorável das ciências médicas, desencadeou o aumento significativo no número de conviventes homoafetivos assumidos, os quais anteriormente viviam escondidos, praticamente invisíveis para sociedade.

Ademais, na década de 90, tal posicionamento fora ratificado com a modificação do termo homossexualismo para homossexualidade, conjugada a sua retirada da Classificação Internacional de Doenças.

Cumpramos também repisar, que na década em tela, a “causa gay” tomara tal proporção, que no ano de 1995, sob iniciativa da ex-deputada Federal Marta Suplicy, deliberou-se sobre Projeto de Lei de número 1151, o qual regulamentaria a união civil entre pessoas do mesmo sexo. No entanto, houve uma postura negativa do Poder Legislativo, em virtude do conservadorismo que sempre adornou o plenário congressual.

Diante da escusa legislativa, os injustiçados conviventes homoafetivos bateram as portas do Poder Judiciário, a procura de soluções e tutela do Estado. Todavia, o Poder Judiciário socorria-se de subterfúgios no campo do Direito Obrigacional, por exemplo, a sociedade de fato, para sanar as questões acarretadas pelas uniões homoafetivas, ora no âmbito do Direito das Famílias, ora no Direito das Sucessões. Assim, direitos como – alimentos, meação, usufruto, habitação, ainda, os previdenciários, não eram reconhecimentos, mediante tal ótica adotada pelos magistrados.

Entretanto, no ano de 1996 iniciou-se a quebra destes paradigmas. Exemplo disso foi à concessão de direitos previdenciários ao parceiro homoafetivo sobrevivente, pelo Juiz Federal gaúcho Roger Raupp Rios, nos processos números 96.0002030-2 e 96.0002364-6, ambos do ano supracitado.

Além disso, destaquemos a visão inovadora no que tange o Direito das Famílias, da ex Desembargadora e atual advogada Maria Berenice Dias, a qual no exercício de magistratura e, na condição de Relatora da Apelação Cível Nº 70001388982 de 2001, vislumbrou na união homoafetiva, uma verdadeira entidade familiar, concedendo assim, a divisão igualitária do acervo patrimonial adquirido durante o período convivencial.

Cumpramos também, sobre a manifestação feita em 2008, pelo ex Advogado Geral da União e atual ministro do STF José Antônio Dias Toffoli, ao Supremo Tribunal Federal – pela qual destacou que o sistema jurídico deve respostas para questões como essa, apesar da Constituição não tratar de forma expressa das uniões homoafetivas (BRASIL, Advocacia Geral da União, 2008).

Deste modo, diante de todo o suporte fático apresentado, constatamos que a inovação quanto ao reconhecimento dos direitos homoafetivos, partiu do Poder Judiciário. Todavia, o ato de maior abrangência ficou consignado à análise feita pelo Supremo Tribunal Federal no dia 05 de maio de 2011, com o julgamento das ações constitucionais conexas ADPF 132/RJ e a ADI 4277/DF, a primeira ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro Sérgio Cabral Filho, a segunda pelo Procurador Geral da República Roberto Gurgel.

Em apertada síntese, tragamos à baila, a ótica adotada pela Suprema Corte, a qual por unanimidade acompanhou o voto do relator do caso, o ex Ministro Ayres Brito, o qual iniciou os debates afirmando: “nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011).

Percebamos a pontualidade do relator na evocação do princípio da privacidade. Além disso, em todo voto asseverou, que ainda que CRFB/88 não preveja a união homoafetiva de forma explícita, em nenhum momento quis proibi-la.

Como afirmado, em sessão histórica, fundado nos princípios tratados ao longo deste estudo, o STF inseriu segundo a interpretação do artigo 226, §3º, da CRFB/88, à quarta modalidade constitucional de família, a família homoafetiva (alvo da referida ADPF). Pois, firmaram o entendimento que, o rol trazido pela norma constitucional é exemplificativo, aberto e inclusivo.

Além disso, declarou via ADI, a inconstitucionalidade da interpretação restritiva do artigo 1.723, do CC (técnica de interpretação conforme a CRFB/88), o tornando aplicável nas relações entre conviventes do mesmo sexo.

Portanto, “das trevas da ilegalidade, para a luz do reconhecimento”. A partir destas decisões inéditas, os conviventes homoafetivos por todo país passaram a regularizar e usufruir dos direitos atrelados à união estável. Isso nos encaminha, para analisarmos os reflexos embutidos nesta ótica inovadora adotada pelo Pretório Máximo, no tópico a seguir.

4.1 Reflexos das decisões

Antes de adentrarmos no mérito prático dos reflexos oriundos das decisões em tela, façamos algumas considerações, quanto aos efeitos produzidos pelo julgamento de mérito nas ações que compõem o controle abstrato federal de constitucionalidade.

O controle abstrato federal é composto pelas ações constitucionais – Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) ambas previstas no artigo 102, I, “a”, da CRFB/88; pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) do artigo 103, §2º, da CRFB/88, aliás, as três primeiras também estão previstas na Lei 9.868/99; e por fim a subsidiária Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) do artigo 102, §1º, da CRFB/88 e da Lei 9.882/99.

Cabe informarmos, que a CRFB/88 optou por força do artigo 102, I, “a” e § 1º, por atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência originária, para processar e julgar as referidas ações. E que, as decisões proferidas no bojo das ações supracitadas, possuem dois efeitos – o vinculante e o *erga omnes*.

O efeito vinculante possui caráter interno e, zela pela unificação da interpretação constitucional, através da restrição de entendimentos adversos, daqueles apresentados pela Suprema Corte.

Deste modo, a interpretação da norma constitucional realizada por seu Guardiã – o STF, fulcrado no artigo 102, §2º, da CRFB/88, vincula todos os órgãos que compõem o Poder Judiciário e, aqueles atrelados a administração pública direta e indireta, no âmbito federal, estadual, distrital e municipal (Poder Executivo).

Sobre isso, leciona Silva (2015, p. 573):

[...] nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Todavia, segundo entendimento firmado pelo STF, no bojo da ADI 5105/DF de 2015 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal), não vincula os Poderes do Estado, em virtude o princípio da separação dos poderes (artigo 2º, da CRFB/88), no que tange a sua função legiferante. Assim, há possibilidade da edição de leis, que contrariem a decisão de mérito proferida dentro do controle abstrato de constitucionalidade.

Já o efeito *erga omnes* (eficácia contra todos) possui caráter externo e opera na seara processual, ou seja, prepondera sobre os particulares, por evitar a análise

multiplicada de questões sobre os mesmos aspectos do direito, ou seja, tal efeito confere a decisão de mérito, aplicabilidade a todos os casos iguais.

Elucidamos isso, via leitura aos escritos de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (2005, p. 71): “A eficácia contra todos faz com que o dispositivo da sentença atinja a todos, impedindo do ponto de vista processual que a mesma questão seja outra vez submetida ao Supremo Tribunal”.

Vencidas tais considerações, como dito prefacialmente, adentremos nos reflexos práticos das decisões do Supremo (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ).

Ao elevar a união entre pares homoafetivos a posição de quarta modalidade constitucional de família e, declarar inconstitucional a interpretação restritiva do artigo 1.723, do CC, o STF empossou milhares de conviventes homoafetivos dos inúmeros direitos que anteriormente não eram reconhecidos. Cientes disso, tragamos alguns exemplos desses direitos.

Na seara trabalhista, direitos consagrados pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) como a licença gala (artigo 473, II) e a licença nojo (artigo 473, I), as quais respectivamente se referem à ausência do trabalhador em virtude do casamento/união estável ou pelo falecimento do cônjuge/convivente, sem prejuízo a remuneração, desde que apresentadas as pertinentes certidões, passaram a ser garantidas. Nesse passo, caminhou o Direito Previdenciário, ao conceder os benefícios pensão por morte e auxílio reclusão, ao parceiro homoafetivo, mediante comprovada dependência ao *de cujus* ou recluso.

Já no Direito das Famílias, no que compete a união estável, os parceiros homoafetivos passaram a optar pelo regime de bens que melhor lhes provessem e, afastou-se a figura da participação, aplicando-se a meação. Assim, pelo advento do término convivencial, substituiu-se o ônus probatório do esforço em comum, pela metade ideal do patrimônio comum dos conviventes, no que tange a partilha dos aquestos. Ademais, a figura dos alimentos (artigo 1.694, do CC), passou a ser passível de pleito, desde que configurados o binômio legal. Além disso, a responsabilidade de dirimir possíveis conflitos desta matéria fora transferida para as Varas das Famílias e Sucessões.

No que tange o Direito das Sucessões, o parceiro homoafetivo sobrevivente passa a ser chamado para participar da sucessão, por força do artigo 1.790, do CC. Embora, segundo o recente entendimento consolidado pelo STF no Recurso Extraordinário 878.694-MG (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2017), inexista hierarquia entre o

casamento e a união estável, a distinção entre institutos no tocante a sucessão continua, em virtude do efeito *inter partes* do recurso supracitado.

Quanto à filiação, no que concerne a adoção, embora no corpo da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), inexistisse qualquer proibição, o processo fora facilitado, aumentando o número de crianças e adolescentes adotados por famílias homoafetivas.

Arrimando-se aos reflexos mencionados, destaquemos a edição do ato normativo de número 175, no ano de 2013, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no qual expressa:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo; Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis; Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Repisemos que o STF ao reconhecer a união entre companheiros do mesmo sexo, atribuiu-lhes ainda que por analogia, todos os direitos atrelados ao instituto, logo, um deles encontra-se no bojo do artigo 1.726, do CC, o qual assegura: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”. Nesse viés, o CNJ por intermédio do referido ato normativo (Resolução nº 175/13), intencionou ratificar não apenas a decisão tomada pelo Pretório Máximo, mas, aquilo que já estava previsto em lei.

Ante isso, cumpre esclarecermos, que nos ditames do artigo 103 – B, §4º, da CRFB/88, a esfera de atuação do CNJ, engloba aspectos administrativos e financeiros do Poder Judiciário e, pela qual pode expedir atos regulamentares (artigo 103 – B, §4º, I, da CRFB/88) que vinculam todos os órgãos do referido Poder, inclusive a atividade notarial e registral, por força dos artigos 37 e 38, da Lei 8.955/94, ainda que possuam caráter privado, por delegação do Poder Público (artigo 236, *caput*, da CRFB/88).

Portanto, o CNJ, deu um passo à frente, mas como efeito, daquilo que fora decidido na ADI 4277/DF de 2011, regulamentando o casamento homoafetivo no Brasil. Nesse diapasão, existem controvérsias (não trataremos neste artigo) acerca da legitimidade do Conselho, no que tange a regulamentação da matéria supracitada via resolução.

Observemos que, o posicionamento tanto do CNJ, como do Poder Judiciário num aspecto geral, configura o que atualmente fora denominado de ativismo judicial, ou seja,

atuam de forma atípica em áreas carentes (assuntos não legislados) da atenção do Poder Legislativo. Deste modo, o ativismo judicial, configura elemento importantíssimo, no que tange o desenvolvimento dos direitos fundamentais no Brasil, sob a ótica que o exercício dos mesmos, independe de ação legislativa.

Arrima-se a isso, os escritos de Streck (2009, p. 48),

[...] para maior efetividade da jurisdição constitucional, esta deve ser instrumento de defesa dos direitos fundamentais, ou seja, proteger a primazia da Constituição, atrelada a ideia do Estado contemporâneo na realização dos valores superiores e fundamentais que os homens reconhecem como tais, por exemplo, dignidade humana, liberdade, igualdade.

Para isso, continua o autor:

[...] entendo que o Poder Judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absentéista, própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira.

Portanto, a iniciativa do CNJ ao editar a resolução em tela, fundada no precedente aberto pelo STF, no bojo da ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, mostra-se legítima sob a ótica de efetividade da jurisdição constitucional, no que tange seu caráter pragmático.

Por oportuno, cabe salientarmos, o instituto constitucional da Reclamação, previsto no artigo 102, I, “I”, da CRFB/88 e artigos 988 e 989 do Código de Processo Civil, a qual poderá ser dirigida ao Supremo Tribunal Federal pelos conviventes homoafetivos, caso as prerrogativas mencionadas sejam desatendidas pelos órgãos vinculados do artigo 102, §2º, da CRFB/88.

Por fim, dentro dos aspectos sociais, políticos e jurídicos mencionados, tivemos o reconhecimento da união estável homoafetiva no Brasil, bem como sua evolução para o casamento, ou seja, da convivência ao matrimônio.

CONCLUSÃO

Em virtude das considerações supracitadas, concluimos que a homossexualidade, bem como a homoafetividade, é factual e existente em todas as sociedades já

documentadas. Além disso, que a resistência atrelada à denegação de direitos a essa população, não encontra fulcro no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso se prova pela CRFB/88 se mostrar contrária à supracitada denegação, tendo em vista o arcabouço principiológico que a fundamenta, o qual restringe qualquer discriminação por parte do Estado, em especial aquela condizente a orientação sexual.

Logo, o que pode ser mais íntimo do que o exercício da própria sexualidade ou afetividade? Existem justificativas jurídicas para que as relações homoafetivas, não sejam respaldadas pelo Estado? A resposta à luz da CRFB/88 é simples: não há justificativas.

Portanto, filiamo-nos ao reconhecimento dos direitos homoafetivos, nos ditames tratados ao longo deste artigo. Em outras palavras, o Poder Judiciário trouxe a tona, uma nova realidade aos milhares de lares homoafetivos, os quais por muito tempo ficaram invisíveis e ilegais. Todavia, o provimento jurisdicional não exaure a necessidade da criação de leis que regulamentem este fato social de extrema relevância tanto para o Direito, como para o Estado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BALIEIRO, Fernando de Figueiredo. “*Imoralidade*” e crítica ao status quo Imperial em *O Ateneu de Raul Pompéia*. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/sbs2009_GT20_Fernando_F_Balheiro.pdf>. Acesso em: 03 de jul. de 2017.

BRASIL. Advocacia Geral da União. *AGU apresenta no STF manifestação favorável à união homoafetiva*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/noticia/agu-apresenta-no-stf-manifestacao-favoravel-a-uniao-homoafetiva>. Acesso em: 22 de mar. de 2018.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 de jul. de 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03 de jul. de 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.955 de 15 de dezembro de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18955.htm>. Acesso em: 03 de jul. de 2017.

BRASIL. *Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999 (Lei da ADPF)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm>. Acesso em: 03 de jul. de 2017.

BRASIL. *Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha)*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 03 de jul. de 2017.

BRASIL. *Projetos de Lei e Outras Proposições*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>>. Acesso em: 03 de jul. de 2017.

BRASIL. *Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 03 de jul. de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011. *Pesquisa de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Acórdãos, maio. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 03 de jul. de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5101/DF. Requerente: Partido Solidariedade. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 01 de outubro de 2015. *Pesquisa de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Acórdãos, outubro. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>>. Acesso em: 03 de jul. de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Requerente: Governado do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011. *Pesquisa de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Acórdãos, maio. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 03 de jul. de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878694/MG. Requerente: Maria de Fátima Ventura. Requerido: Rubens Coimbra Pereira. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 19 de maio de 2017. *Pesquisa de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Acórdãos, maio. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 03 de jul. de 2017.

BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação Mandado de Segurança nº 2005.34.00.013248-1/DF. Apelante: Fundação de Seguridade Social - GEAP. Apelado: Rogerio Lopes Costa Reis. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Distrito Federal, 6ª Turma, 05 de outubro de 2006. *Consulta de Jurisprudência do Tribunal Regional Federal (1ª Região)*, Acórdãos, Distrito Federal, out. 2006. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em: 03 de jul. de 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, volume 5: Direito de Família. 24 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

FERREIRA, Olavo Vianna Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus efeitos*. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2005.

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

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70012836755/200. Apelante: N. S. F. e Outros. Apelado: L. L. C. N. Relator: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 7ª Câmara Cível, 21 de dezembro de 2001. *Consulta de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Porto Alegre*, Acórdãos, Porto Alegre, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 03 de jul. de 2017.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

SHAKESPEARE, William. *Sonho de uma noite de verão*. Tradução de Beatriz Viégas Faria. São Paulo: Editora Martin Claret, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUPLICY, Marta. *Conversando sobre sexo*. 2 ed. São Paulo: Editora Vozes, 1983.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso*. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

VARELLA, Drauzio. *Gays e Heterossexuais Incuráveis*. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/sexualidade/gays-e-heterossexuais-incuraveis/>>. Acesso em: 03 de jul. de 2017.

VARGAS, Fábio de Oliveira. *União Homoafetiva: direitos sucessórios e novos direitos*. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.