



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAISSA HELLEN FERREIRA TURCHETTI

**A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CIVIL DA UNIÃO ESTÁVEL
ENTRE HOMOSSEXUAIS E A POSSIBILIDADE DA CONVERSÃO EM
CASAMENTO**

**BARBACENA
2012**

RAISSA HELLEN FERREIRA TURCHETTI

**A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CIVIL DA UNIÃO ESTÁVEL
ENTRE HOMOSSEXUAIS E A POSSIBILIDADE DA CONVERSÃO EM
CASAMENTO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª Esp. Darcilene da Consolação Neves Pereira

**BARBACENA
2012**

Raissa Hellen FerreiraTurchetti

**A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-CIVIL DA UNIÃO ESTÁVEL ENTRE
HOMOSSEXUAIS E A POSSIBILIDADE DA CONVERSÃO EM CASAMENTO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Profª Esp. Darcilene da Consolação Neves Pereira
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Profª Esp. Cristina Presoti
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof. Esp. Rodrigo Corrêa de Miranda Varejão
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus pelo dom da vida e por proporcionar-me mais esta vitória, à Professora Darcilene da Consolação Neves Pereira, por todo o profissionalismo e atenção, pela importante ajuda na orientação e realização deste trabalho. À Professora Cristina, pelo pouco tempo de aprendizado, mas que enriqueceu imensuravelmente meus conhecimentos. Ao Professor Rodrigo, pelo apoio e incentivo, e que com sua imensa sabedoria e boa vontade me fez apreciar ainda mais o Direito.

A todos meus amigos, que de uma forma ou de outra contribuíram para a realização deste trabalho.

Dedico este trabalho aos meus pais, que abdicaram de seus sonhos para que eu realizasse o meu. À minha irmã por toda ajuda e compreensão durante o curso.

A meus avós pelo exemplo, fazendo com que me tornasse uma pessoa melhor. Aos meus tios e primos pela força, incentivo e presença em todas as horas.

Sem todos vocês eu não seria nada! Obrigada

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo analisar as uniões homoafetivas sob a ótica de entidade familiar, tendo como fundamento os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e igualdade, e o recente reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, tornando-as assim equiparadas à união heteroafetiva, recebendo todos os direitos decorrentes desta. O estudo busca os aspectos históricos da homossexualidade, visto que não é assunto novo, onde se constata que nas civilizações antigas o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo sempre existiu, só não era denominada como homossexualismo, mas pederastia. Será feito um estudo acerca da homoafetividade, com apresentação do conceito constitucional de instituição familiar, culminando, com um parâmetro entre união estável e união homoafetiva, e a possibilidade de convertê-las em casamento, da mesma forma como há para as uniões heteroafetivas. A metodologia adotada é revisão da literatura, sendo utilizados livros, revistas científicas, revistas informativas, jornais impressos, sites da internet, artigos, periódicos, entre outros. Nada foi mais acertado que o reconhecimento da união estável entre homossexuais pelo STF, assegurando-lhes direitos inerentes a todos os indivíduos, principalmente no que tange à igualdade e à liberdade aos homossexuais.

Palavras-Chave: Direito Civil. Princípios Constitucionais. União Homoafetiva. Reconhecimento pelo STF. Casamento Homoafetivo.

ABSTRACT

This monograph has the objective cross and analyse the homo-affective union as family entity, taking as a basis the constitutional principles of personal dignity and equality, and the recent recognition from the Supreme Court, making it equivalent to the heterosexual union, extending all the rights from one to another. This monograph sought the historical aspects of homosexuality, since is not a new topic, where one notes that in the old civilizations the relationship of people from the same sex always existed, but was not called homosexuality, but pederasty. Still will do a study about the family institution, culminating, as a parameter, between stable union and homo-affective union, and the possibility of converting in marriage, just as there is for heterosexual union. The research methodology seeks to be bibliographic, using the following means: books, scientific magazines, informative magazines, newspapers, websites, articles, journals, etc. Concluding, that nothing was more right then the recognition of the stable union of homosexuals by the Supreme Court, conceiving rights inherent to all individuals, granting the right to life, to equality and freedom to homosexuals.

Keywords: Civil Law. Constitutional Principles. Homo-affective Union. Recognition by the Supreme Court Homo-affective. Homo-affective Marriage.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 A HOMOSSEXUALIDADE	17
2.1 Conceito de Homossexualidade	17
2.2 A origem da Homossexualidade	17
3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	21
3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	21
3.2 Princípio da Igualdade	22
4 UNIÃO ESTÁVEL	25
4.1 Elementos Subjetivos	27
4.2 Elementos Objetivos	28
5 CASAMENTO	33
6 UNIÃO HOMOAFETIVA	37
6.1 Reconhecimento da União Homoafetiva Pelo Supremo Tribunal Federal – ADPF 132/08 E ADIN 4.277/09	39
6.2 Casamento homoafetivo: conversão a partir da União Estável	46
7 ENTREVISTA REALIZADA COM O JUIZ, JOAQUIM MARTINS GAMONAL, DA VARA DA FAMÍLIA, INFÂNCIA E JUVENTUDE CÍVEL DA COMARCA DE BARBACENA/MG	49
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho vem propor uma melhor abordagem sobre as relações homoafetivas, no que diz respeito ao seu reconhecimento, bem como da dignidade existente nessa união.

A escolha do tema se deu por ser atual e recentemente discutido pela Supremo Tribunal Federal, conferindo a estas uniões o seu reconhecimento e equiparando às uniões heteroafetivas, com todos os direitos a estas inerentes, sem qualquer forma de discriminação, abrindo espaços para novas discussões, reavaliando princípios, dogmas e preconceitos, compreendendo o valor da pessoa de exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo.

A homossexualidade é um fato que se impõe e não pode ser negado, merecendo a tutela jurídica, sendo que a sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, a partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras.

No segundo capítulo, o conceito de homossexualidade e sua origem serão abordados, demonstrando que a homossexualidade existe desde os primórdios da humanidade, estando inteiramente ligada ao homem e ao meio em que vive. Na antiguidade, as relações homoafetivas eram comuns entre os homens, e o matrimônio visava essencialmente à perpetuação da espécie. No Brasil a homossexualidade existe antes mesmo da colonização, através de relacionamentos bissexuais e homossexuais entre os índios nativos.

Todos são iguais perante a lei, é o que nos assegura a Carta Magna em seu artigo 5º. Será tratado no terceiro capítulo o respeito à dignidade da pessoa humana como forma fundamental de um Estado Democrático de Direito, sendo a igualdade o princípio mais reiteradamente invocado, mas o que vemos acontecer não é bem assim. A homossexualidade existe e sempre existiu, mas é marcada por um estigma social, sendo renegada à marginalidade por se afastar dos padrões de comportamento convencional.

O quarto capítulo trata da união estável entre heterossexuais, demonstrando sua forma, requisitos e elementos. Para que seja estabelecida, necessário se faz a convivência pública, duradoura e contínua de um homem e uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, com ânimo de constituir família, podendo ser convertida em casamento caso não haja impedimento para tal.

Sobre o casamento, far-se-á uma análise no quinto capítulo, abordando sua definição e as exigências da lei civil, onde será demonstrado que o casamento é o vínculo jurídico onde há comunhão plena de vida, sob o aspecto patrimonial e espiritual.

No sexto capítulo abordaremos que a união estável entre homossexuais merece tratamento igualitário ao oferecido às uniões heterossexuais, em respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade e da promoção do bem de todos sem discriminação ou preconceito.

Com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, pelo Supremo Tribunal Federal acerca da união estável entre homossexuais, equiparando-a à união estável heteroafetiva, ao usarmos de analogia, vemos que são perfeitamente aplicáveis às uniões homossexuais os direitos da união estável entre heterossexuais.

Quanto à metodologia, o trabalho pretende ser bibliográfico, com vasta pesquisa feita em livros, revistas científicas e informativas, jornais impressos, sites da internet, artigos, periódicos, entre outros.

No final do trabalho, foi realizada uma entrevista com o Juiz da Vara de Família, Infância e Juventude Cível da Comarca de Barbacena/MG, Dr. Joaquim Martins Gamonal, para esclarecer algumas questões sobre o tema proposto.

2 A HOMOSSEXUALIDADE

2.1 Conceito de Homossexualidade

O significado da palavra homossexualidade refere-se ao atributo, característica ou qualidade de um ser humano que sente atração física, estética e/ou emocional por outro ser do mesmo sexo.

Segundo Tavalera (2004 *apud* Ferreira, 2011, p.20) etimologicamente o vocábulo “homossexualidade” é constituído pelo termo grego homo, que quer dizer semelhante, pelo outro termo advindo do latim *sexus*, que denota a identificação da espécie masculina e feminina. Surgiu pela primeira vez em inglês, no ano de 1890, sendo utilizado por Charles Gilbert Chaddock, tradutor de *Psychopathia Sexualis*, de Richard Von Krafft-Ebing.

2.2 A origem da Homossexualidade

As civilizações ao longo dos tempos sofreram mudanças na sua forma de constituição, acarretando novos costumes e códigos sociais. Uma dessas conformações era evidenciada no comportamento de civilizações antigas, onde era comum pessoas do mesmo sexo se relacionarem.

Na Grécia Antiga e no Império Romano, o amor entre pessoas do mesmo sexo fazia parte do cotidiano social, sendo valorizado o belo, não existindo discriminação nas relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo.

A antiguidade grega, a que pertenceu Platão, caracterizava-se pelo politeísmo, crença em inúmeros deuses, a cada um atribuindo-se a responsabilidade por certos fenômenos, como o deus Amor, responsável pelo sentimento de afeição entre as pessoas; assinalava-se, ainda, pela bissexualidade masculina, em que aceitavam-se as relações sexuais de homens com mulheres e com homens, e pela pederastia, relacionamento entre o erastes e o erômenos: aquele, mais velho de 25 anos, procurava um moço de entre 12 e 15 anos (o erômenos), a quem, sob a aprovação dos respectivos pais, servia de amigo e educador até os seus 18 anos, quando a relação passava a ser de amizade, exclusivamente, sem conteúdo sexual que, de resto, não compreendia penetração anal e sim o coito interfemural (fricção do pênis entre as coxas, junto da genitália). A assim chamada homossexualidade grega encarnava um costume altamente moral de finalidade educadora; a intimidade física entre o erastes e o erômenos verificava-se no âmbito de uma relação, antes de tudo, formadora do caráter do mais moço, em que o mais velho desempenhava um papel significativo na transmissão de valores. (LACERDA NETO, 2007 *apud* SANTOS, 2001)¹.

¹http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9588

Esta prática amorosa era denominada, na época, como pederastia e consistia em um ritual realizado por um homem mais velho que, por meio de sua experiência, visava iniciar um rapaz jovem na sociedade de maneira que ele se tornasse um cidadão, desenvolvendo mais habilidade para atuar na guerra e no meio político.

Em Roma ocorreu também a homossexualidade de uma forma diferenciada à da Grécia, como explana Farias e Maia (2009), o sujeito que assumia a posição de passivo na relação deveria ser obrigatoriamente um escravo, sendo que a passividade sexual estava associada com a passividade social.

De acordo com Catonné(1994 *apud* Farias e Maia, 2009),

Obtém-se prazer quando se livre; dá-se quando se serve. Todo ato em que o indivíduo adotasse uma postura passiva era considerada repugnante. Por esse motivo, a felação foi muito mais condenada que a homofilia, visto que somente um dos parceiros se comportava de maneira a dar prazer ao outro.

A homossexualidade era tida como uma necessidade natural do homem, pois se estabelecia no mesmo nível das relações entre casais, entre amantes ou de senhor e escravo heterossexual. Destarte que a bissexualidade era habitual bem como a heterossexualidade, em tese, e se apresentava em um patamar menor, uma vez que as relações entre os homens e as mulheres estavam direcionadas apenas para a procriação, apenas para a constituição da família.

O relacionamento entre mulheres ocorriam, mas com diferenças entre as relações masculinas, como Farias e Maia explanam (2009, p.27).

Entre as mulheres, esse tipo de relação também ocorria, mas havia diferenças significativas em relação à pederastia masculina. Uma delas é que a relação afetivo-sexual entre duas mulheres não tinha o objetivo de integração à vida social, mas de iniciação a uma vida sentimental e erótica. Outra se relaciona ao período de ocorrência da pederastia masculina e das relações afetivo-sexuais entre as mulheres. Enquanto a primeira existiu por volta do século V, a segunda é datada dos séculos VII e VI a.C. No momento histórico em que existiu a pederastia masculina, a mulher era considerada apenas um instrumento para reprodução de cidadãos e o amor entre mulheres era mal visto, já que se acreditava que elas estariam assumindo um papel reservado ao masculino.

Na Idade Média, a presença da homossexualidade estava marcada nos acampamentos militares e nos mosteiros. Ressalta-se que a Igreja Católica já era detentora de domínio religioso e que com sua união ao Estado ampliou o seu monopólio, legitimou o seu poder

político, passando a condenar os homossexuais por sodomia e pederastia, através do Tribunal da Santa Inquisição, aplicando penas de morte na fogueira e por apedrejamento.

Na Idade Moderna, a homossexualidade transcorreu como se não existisse, porém em meados do século XX, a aceitação social passou a ser mais complacente, devido às movimentações culturais, juntamente com as inovações da psicanálise de Freud, reconhecendo a existência da homossexualidade.

Desta forma, constata-se que a homossexualidade faz parte da composição da sociedade, variando de acordo com a história e a cultura de cada sociedade, sendo aceita e amplamente praticada por umas e repudiadas por outras. Todavia, se expressa cada vez mais ao longo dos tempos como fato inequívoco de conformação social, sendo tão antiga quanto a heterossexualidade, posto que vem atravessando séculos, estando presente na história do homem como prática sexual lícita e moral.

“A partir do século XIX, o homossexualismo emergiu nas sociedades contemporâneas e começou a chamar a atenção, especialmente na psiquiatria. Mas somente no século XX a união homossexual despertou o interesse dos estudiosos”. (MARTINEZ, 2008 p. 25).

No início dos anos 70, a grande maioria dos psiquiatras estava ainda convencida de que a homossexualidade era uma doença mental. Alguns acreditavam que ela poderia ter causas físicas, como no caso de inúmeras doenças mentais, mas a maioria acreditava que sua origem estava, geralmente, num desvio da orientação sexual provocada por uma perturbação do desenvolvimento psicosssexual, o adulto homossexual teria sido uma criança que não conseguiu encontrar sua autonomia e definir sua identidade sexual em relação aos pais.

Em 1973 a homossexualidade deixou de ser classificada como doença pela Associação Americana de Psiquiatria. Em 1975 a Associação Americana de Psicologia adotou o mesmo procedimento, deixando de considerar a homossexualidade uma doença. No Brasil, em 1984, a Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP) posicionou-se contra a discriminação e considerou a homossexualidade como algo não prejudicial à sociedade. Em 1985, a ABP foi seguida pelo Conselho Federal de Psicologia (CFP), que deixou de considerar a homossexualidade um desvio sexual. No dia 17 de maio de 1990, a Assembleia-geral da Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da sua lista de doenças mentais, ou seja, retirou-a da Classificação Internacional de Doenças (CID).

O Brasil não considera a homossexualidade como crime, porém, os que possuem opção sexual diferenciada sofrem discriminações sociais, morais e legais, e deles são excluídos direitos legítimos.

Contudo, a partir desta observação verifica-se que as práticas e ideias associadas a homossexualidade variam de acordo com o contexto e com a cultura de uma sociedade, não devendo imputar-se qualquer juízo de valor sobre a normalidade ou anormalidade da conduta.

3 OS PRICÍPIOS CONSTITUCIONAIS

3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Na sociedade globalizada, para que não haja mais a possibilidade de distinção legal ou moral entre os seres humanos, deve-se ter a pessoa humana como atração para todos os que produzem as normas.

A dignidade da pessoa humana encontra-se no epicentro da ordem jurídica brasileira tendo em vista que concebe a valorização da pessoa humana como sendo a razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para o Direito. O legislador constituinte elevou à categoria de princípio fundamental da República, à dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2000 *apud* ALESSI, 2011).²

Em nossa Carta Magna, é considerado o princípio mais importante, firmando em seu artigo 1º.

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

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Todo ser humano tem o direito de ser tratado de forma igual e fraterna, e todo ser humano tem um direito legítimo ao respeito de seus semelhantes. Para o filósofo Kant: “No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade”. (KANT, 2008 *apud* LIMA 2012).³

O princípio da dignidade da pessoa humana é inerente a toda pessoa sem distinção de qualquer natureza e, em virtude disso, os efeitos que dela emanam não variam dependendo do indivíduo. E por ser princípio de fundamental importância, posto que dele derivam direitos individuais e sociais como direito a liberdade, a igualdade, a intimidade, pode-se concluir que

² <http://www.ieprev.com.br/conteudo/id/25231/t/a-familia-homoafetiva-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>

³http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11138&revista_caderno=9

a orientação sexual é compreendida por este princípio, de modo que qualquer ato que a discrimine, atenta contra a dignidade da pessoa humana.

Sendo a dignidade um valor moral e espiritual inerente a pessoa humana, é inconcebível que haja supremacia das concepções estatais, em prejuízo da liberdade individual. O estado deve simplesmente assegurar proteção integral para o exercício desta liberdade, não permitindo em hipótese alguma a violação deste direito da pessoa humana. A ninguém é lícito violar impunemente os direitos do ser humano. Por intermédio da dignidade busca-se o bem comum, sendo permitida às pessoas livres opções de escolha para a concretização dos seus sonhos. Se atentarmos para as declarações e diretrizes relacionadas com os direitos humanos, na ordem mundial, veremos que tudo gira em torno da dignidade da pessoa humana e do dever de solidariedade. (PENA JR. 2008, p. 10).

Independente de sua etnia, raça, religião, gênero ou orientação sexual, todas as pessoas têm o direito de desfrutar da proteção jurídica que este princípio outorga. A dignidade da pessoa humana não pode sofrer limitações do Estado, e o indivíduo tem o direito de desenvolver-se em toda a sua plenitude e estabelecer relações pessoais dentro de um regime jurídico justo e igualitário.

3.2 Princípio da Igualdade

A igualdade é consagrada no artigo 5º, *caput* da Carta Magna, que estabelece a igualdade de todos os cidadãos perante a lei. “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”

Tratar as pessoas com igualdade e respeito significa reconhecer que todas as pessoas possam orientar suas vidas e almejar seus objetivos em busca da felicidade, prevalecendo apenas que não tragam prejuízos aos direitos de terceiros.

O direito à igualdade proíbe que o Estado adote medidas discriminatórias arbitrárias, sem justificativa. As leis não podem estabelecer distinções de classe, como se houvesse cidadãos de segunda categoria. Não há mais nobreza, clero e povo. Há um único indivíduo: o ser humano, que merece igual consideração, independentemente da cor da pele, do gênero, da condição econômica, da opção sexual ou de qualquer outro fator acessório. (MARMELSTEIN, 2011, p.87).

O princípio da igualdade veda que Estado negue a alguns grupos gozarem de direitos que todos deverão desfrutar e que não o usufruem em razão dos preconceitos de raça, etnia ou

modo de vida, buscando alcançar não só a igualdade formal, mas também a igualdade material, como informa Moraes (2001, p. 40/41).

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoa diversa. Para que as diferenças normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Ao indivíduo heterossexual é dado o direito de constituir família e ter a proteção do Estado. As relações homossexuais em nada diferem das relações heterossexuais, tendo como base em ambas o afeto, o respeito e o real desejo de constituir família.

Exigir do homossexual, para que constitua família, tenha que buscar pessoa do sexo oposto, é ofender os princípios constitucionais da liberdade de escolha do indivíduo bem como ofender a própria dignidade da pessoa humana, quando forçar a uma atitude em absoluto desacordo com as necessidades e inclinações psíquicas e espirituais do indivíduo. (SILVA, 2009, p.31).

Os princípios de nossa Constituição Federal não trazem qualquer vedação às relações entre pessoas do mesmo sexo, como dispõe o artigo 3º, inciso IV; trata-se de objetivo fundamental da República, qual seja, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

4 UNIÃO ESTÁVEL

Por tempos, a união do homem e da mulher que mantinham uma relação duradoura, sem contrair o casamento era chamada de concubinato, ou união livre.

No entendimento de Gonçalves (2011, p.602): “A união entre o homem e a mulher, sem casamento, foi chamada, durante longo período histórico, de concubinato”.

Com grandes diferenças do concubinato entre o casamento Gonçalves (2011, p.603) expõe:

A união livre difere do casamento sobretudo pela liberdade de descumprir os deveres a este inerentes. Por isso, a doutrina clássica esclarece que o estado de concubinato pode ser rompido a qualquer instante, qualquer que seja o tempo de sua duração, sem que ao concubino abandonado assista direito a indenização pelo simples fato da ruptura.

Após muitos conflitos acerca do concubinato, aos poucos determinados direitos foram sendo reconhecidos, a começar pelo previdenciário, bem como o direito à meação dos bens que adquiriram pelo esforço comum, nesse sentido sendo feita uma distinção entre a concubina e a companheira com convivência *more uxória* (uma relação de marido e mulher), para poder ter o direito de compartilhar do patrimônio deixado pelo companheiro.

Desta forma, o concubinato ou união livre poderia ser puro ou impuro, de acordo com o entendimento de Diniz (2009, p.394/395).

Será puro (CC, arts.1.723 a 1.726) se apresentar como união duradoura, sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária. Ter-se-á concubinato impuro ou simplesmente concubinato, nas relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de se casar. No concubinato há um panorama de clandestinidade que lhe retira o caráter de entidade familiar (CC, art.1.727), visto não poder ser convertido em casamento.

Nos tempos atuais, a expressão concubinato é usada para denominar as relações amorosas de pessoas casadas, violando o dever de fidelidade, sendo o cônjuge adúlterino (GONÇALVES, 2011).

Segundo Diniz (2009), a Constituição Federal/88, ao manter a família estabelecida no casamento reconhece como entidade familiar a união estável, a convivência pública, duradoura e contínua de um homem e uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, com ânimo de constituir família, podendo ser convertida em casamento caso não haja impedimento.

Para Pena Jr.(2008, p.142) a consagração oficial da união estável ocorreu, ao proclamar em seu artigo 226, §3º, a Constituição Federal, nos seguintes termos: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

A primeira regulamentação da norma constitucional antes do Código Civil/02, que trata da união estável, sobreveio com a Lei nº 8.971/94, que definiu como “companheiros” o homem e a mulher que mantinham união comprovada, na qualidade de solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos, ou com prole. Posteriormente foi editada a Lei nº 9.278/96, que alterou esse conceito, não mencionando os requisitos de natureza pessoal, tempo mínimo de convivência e existência de prole. Em seu artigo 1º, ela considera entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família, usando-se expressão “conviventes” em substituição de “companheiros”. Tem-se hoje como revogadas referidas leis, em face da inclusão da matéria no Código Civil/02 (GONÇALVES, 2011).

O Código Civil/02 em seu artigo 1.723 conceitua a união estável nos seguintes termos: “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 que seja configurada a união estável, deve-se atentar aos requisitos necessários para sua formação, tornando-se indispensáveis para sua validade.

Gonçalves (2011, p.611), esclarece da seguinte forma:

Uma das características da união estável é a ausência de formalismo para sua constituição. Enquanto o casamento é precedido de um processo de habilitação, com publicação dos proclamas e de inúmeras outras formalidades, a união estável, ao contrário, independe de qualquer solenidade, bastando o fato da vida em comum.

A configuração da união estável se dá quando duas pessoas de sexos diferentes unem-se com a finalidade de formar família, como se casados fossem, reconstruindo a cada dia os votos de lealdade, cumplicidade e afinidade com o fim de manter um relacionamento duradouro e estável.

Por apresentar vantagem que se contrapõe à dificuldade de se provar a existência por faltar documentos que provem sua constituição, para que seja dissolvida, basta o consentimento dos interessados, na intenção de não viverem mais juntos (GONÇALVES, 2011).

O autor salienta que não obstante inexigibilidade de instrumentação escrita, recomenda-se haja um contrato de convivência entre as partes, servindo como marco de sua existência, formalizando-se assim sua constituição, propiciando a regulamentação do regime de bens, que venham a ser adquiridos na constância da união.

Ainda para a configuração da união estável, necessários se faz a presença de elementos para seu reconhecimento, desdobrando-se em subjetivos e objetivos. São os de ordem subjetiva: a) convivência *more uxória*; b) *affectio maritalis*. E de ordem objetiva: a) diversidade de sexos; b) notoriedade; c) estabilidade ou duração prolongada ;d) continuidade; e) inexistência de impedimentos matrimoniais; f) relação monogâmica.

4.1 Elementos Subjetivos

A convivência *more uxória* consiste em os conviventes viverem como se casados fossem. Em consonância para Gonçalves (2011, p.612).

Envolve a mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e soma de interesses de vida em conjunto, atenção e gestos de carinho, enfim, a somatória de componentes materiais e espirituais que alicerçam as relações afetivas inerentes à entidade familiar.

Deverão os companheiros se tratarem como marido e mulher perante a sociedade, aplicando-se o princípio da aparência, destacando a intenção de constituir família.

Tendo em vista que o Código Civil/02, em seu artigo 1.723, não traz referência expressa da vida comum sob o mesmo teto, sendo uma das mais importantes particularidades para sua caracterização, como explica Veloso (2002 *apud* GONÇALVES 2011, p.612), “essa entidade familiar decorre desse fato, da aparência de casamento, e essa aparência é o elemento objetivo da relação, a mostra, o sinal exterior, a fachada, o fator de demonstração inequívoca da constituição de uma família”.

A *affectio maritalis*, trata-se de os conviventes terem o ânimo ou objetivo de constituir família, sendo de suma importância que entre os conviventes, além do afeto, haja intenção e o propósito de se constituir uma família.

Para Gonçalves (2011, p.615):

Não configuram união estável, com efeito, os encontros amorosos mesmo constantes, ainda que os parceiros mantenham relações sexuais, nem as viagens realizadas a dois ou o comparecimento juntos a festas, jantares, recepções, etc., se não houver da parte de ambos o intuito de constituir uma família.

4.2 Elementos Objetivos

Diversidade de sexo: Em se tratando de constituição de família semelhante ao casamento, diferindo apenas da não exigência de formalidade da celebração, a união estável poderá ocorrer somente entre pessoas de sexos diferentes, segundo dispõe a lei, sendo que a doutrina considera da essência do casamento a diversidade do sexo, classificando como inexistente a união entre homossexuais. (GONÇALVES, 2011).

Para Venosa (2011, p.415): “O sentido da lei, pouco importando suas falhas formais que paulatinamente serão corrigidas pelo trabalho dos tribunais, traduz o sentimento social: a lei não se adianta aos fenômenos sociais, vem sempre ao encontro deles”.

Sendo assim, o ordenamento jurídico por si só não é justificativa suficiente para que se negue ao indivíduo direito que é seu, merecendo reconhecimento jurídico e geração dos respectivos efeitos em todas as esferas da vida civil, independente da regulação legal específica, uma vez que a falta de norma não impede a solução de conflitos.

Notoriedade: A união não pode ser e permanecer em sigilo no meio social, precisa haver publicidade do ato para a sociedade, apresentando-se como se marido e mulher fossem. Como consagra o artigo 1.723 do Código Civil/02, não basta à união ser contínua e duradoura, tem que ter publicidade.

Para Pena Júnior (2008, p. 148), acerca da publicidade:

O requisito da publicidade deve ser visto com uma certa cautela, até pelo respeito que se deve ter à vida privada das pessoas. Há companheiros que se mostrem de forma ostensiva no meio social, outros preferem não se fazerem notar com tanta intensidade. Nenhum deles é obrigado a declarar em ato ou documento oficial que vive em união estável. O importante é que a relação afetiva não tenha caráter clandestino e não passe despercebido perante os olhos da sociedade.

Sobre a estabilidade ou duração prolongada, entende-se que a união deverá perdurar por tempos, ser duradoura. A lei não estipula um prazo determinado para a duração.

Segundo Pena Júnior (2008, p.149), será de difícil análise o requisito da durabilidade:

De difícil análise é o requisito da durabilidade, visto que, ao contrário da Lei n. 8.971/94, o Código Civil, ao nosso ver, acertadamente, não determinou um prazo específico para a caracterização da união estável. Apesar de algumas leis fixarem prazo para que os companheiros se façam merecedores de alguns benefícios, muitas das vezes só saberemos o tempo de duração da união estável ao término da relação.

Para a Lei nº 8.971/94, o prazo de cinco anos de convivência ou existência de prole era exigido, já a Lei nº 9.279/96 omitiu o tempo mínimo de convivência e existência da prole para a caracterização da união, devendo o juiz desse modo, verificar em cada caso concreto, àquela época, se a união perdurava por tempo suficiente, ou não, para que fosse reconhecida a estabilidade da família, devendo levar em conta o intuito da constituição da família, fundamento importante da união estável (GONÇALVES, 2011).

O requisito da continuidade constitui que para ser reconhecida a união estável, necessário se faz que mesmo sendo pública e duradoura, a união seja contínua, ou seja, não tenha interrupções.

Em consonância, Gonçalves (2011, p.621), menciona que:

Diferentemente do casamento, em que o vínculo conjugal é formalmente documentado, a união estável é um fato jurídico, uma conduta, um comportamento. A sua solidez é atestada pelo caráter contínuo do relacionamento. A instabilidade causada por constantes rupturas desse relacionamento poderá provocar insegurança a terceiros, nas suas relações jurídicas com os companheiros.

Mas não se deve aferir com rigidez o requisito da continuidade, visto que ninguém há de considerar estável uma relação cheia de interrupções, entendendo-se como no casamento a ocorrência de desentendimentos que levem a uma ruptura rápida, que em seguida reconcilia-se, não sendo suficiente para descaracterização da estabilidade da relação. (PENA JÚNIOR, 2008).

A inexistência de impedimento matrimonial, requisito constante no artigo 1.723,§ 1º, que veda a constituição da união estável diante dos impedimentos do artigo 1.521, não se aplicando o inciso VI, faz com que não se possa admitir união estável entre ascendentes com descendentes, seja o parentesco natural ou civil; os afins em linha reta, ou seja, sogro e nora, sogra e genro, padrasto e enteada, madrastra e enteado.

Observando-se que o vínculo de afinidade resulta tanto do casamento como da união estável, como consta no artigo 1.595, os irmãos, unilaterais ou bilaterais, os colaterais até o terceiro grau inclusive, e o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte.

As causas suspensivas do artigo 1.523 do Código Civil/02, não impedirão a caracterização da união estável.

O requisito da relação monogâmica entende-se pelo vínculo entre os companheiros, devendo ser único. Havia, outrora, quem não admitisse que pessoa casada, não separada de

fato, constituísse união estável, nem mesmo, uma pessoa que convivesse com um companheiro viesse a constituir outra união estável (PENA JÚNIOR, 2008).

Com o reconhecimento da união estável, observados todos os requisitos, direitos e deveres são adquiridos pelos companheiros, sendo muito parecidos com os dos cônjuges no casamento.

O artigo 1.724 regula as relações entre companheiros, declarando: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

Não deixa de ser curioso o fato de ter o legislador usado a palavra lealdade na união estável, em vez de fidelidade, como no casamento, o que leva às mais diversas interpretações. Para alguns, por exemplo, confessando o companheiro para o outro, que teve relações íntimas com uma terceira pessoa, teria ele sido infiel, mas não desleal. Já para outros, “esse dever de lealdade inclui, na verdade, o dever de fidelidade, tendo em mira o caráter monogâmico da união. Assim, não é possível a ocorrência de duas uniões estáveis paralelas, nem de um casamento e uma união estável, salvo situações putativas, onde um dos conviventes, de boa-fé, ignore que o outro mantenha outro envolvimento familiar” (CHAVES, 2004 *apud* PENA JÚNIOR, 2008).

Para a dissolução da união estável, ao contrário do casamento, onde há ação de divórcio para dissolução do matrimônio, entre os conviventes basta a concordância dos companheiros (PENA JÚNIOR, 2008).

O artigo 1.725 do Código Civil/02 não menciona a possibilidade de se provar a não colaboração dos companheiros para afastar o pretendido direito à meação, sendo equiparado ao casamento consubstanciado no regime da comunhão parcial de bens, semelhante o que ocorria na Lei nº 9.278/96, que estabeleceu a presunção de colaboração dos companheiros na aquisição de patrimônio durante a união, sendo invertido o ônus probatório, que competia a quem negava a participação do outro.

Entende Gonçalves (2008, p.630) que: “Os bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável pertencem a ambos os companheiros, devendo ser partilhados, em caso de dissolução, com observância das normas que regem o regime da comunhão parcial de bens”.

Deste modo, os companheiros que optarem por não celebrar contrato escrito estabelecendo regra diversa, aplicado será à união constituída o regime da comunhão de bens, englobando os aquestos, ou seja, os bens que sobrevierem na constância do casamento, prosseguindo como bens particulares de cada qual, os adquiridos anteriormente e os sub-

rogados em seu lugar, bem como os adquiridos durante o convívio a título gratuito, por doação ou herança (GONÇALVES, 2008).

O artigo 1.694 do Código Civil/02 garante o direito recíproco dos companheiros aos alimentos, além da partilha dos bens comuns, desde que comprovem suas necessidades e as possibilidades do parceiro.

Destarte, o artigo 1.708 e seu parágrafo único, aludem que o direito aos alimentos chega ao fim com o casamento, união estável ou concubinato do credor e também poderá perder o direito aos alimentos o credor que houver procedido indignamente em relação ao devedor.

Os efeitos sucessórios estão previstos no artigo 1.790 do Código Civil/02, limitando-se aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, via de regra, mas há entendimentos consideráveis, em contrário.

Gonçalves (2011, p.636), em sua obra alude da seguinte forma:

Esses direitos sucessórios são, todavia, restritos a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho, se concorrer com filhos comuns, ou à metade do que couber a cada um dos descendentes exclusivos do autor da herança, se somente com eles concorrer, ou a um terço daqueles bens se concorrer com outros parentes sucessíveis, como ascendentes, irmãos, sobrinhos, tios e primos do *de cujus*, ou à totalidade de herança, não havendo parentes sucessíveis, segundo dispõe o art. 1.790, I a IV.

De acordo com a Lei nº 8.971/94, o companheiro recebia toda a herança na falta de descendentes ou ascendentes, todavia, no artigo 1.790 do Código Civil/02 apenas receberá a totalidade dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, quando não houver nenhum parente, descendente, ascendente ou colateral até o quarto grau, caso haja, concorrerá com eles recebendo somente um terço da herança, concorrendo com ascendentes e colaterais (GONÇALVES, 2011).

Acerca da conversão da união estável em casamento, o artigo 226, §3º da Constituição Federal/88, explicita da seguinte forma: “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”.

Consoante o artigo 1.726 do Código Civil/02: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”.

Ao contrário da Lei nº 9.278/96, que bastava o requerimento da conversão formulando diretamente ao oficial do Registro Civil, no Código Civil/02, exige-se o pedido ao

juiz, desconsiderando o constante no Constituição Federal/88, que diz que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, utilizando-se de métodos mais ágeis de se alcançar o pretendido (GONÇALVES, 2011).

Ainda no entendimento de Gonçalves (2011, p. 642).

A determinação para que a conversão seja judicial e não administrativa dificultará o procedimento, ao invés de facilitá-lo, como recomenda a norma constitucional. Na prática continuará sendo mais simples as pessoas casarem diretamente do que converterem sua união estável em casamento. Por tal motivo, o Projeto de lei n. 6.960/02, atual Projeto de lei n. 276/07, propõe nova redação para o aludido art. 1.726 do Código Civil, visando aperfeiçoá-lo, nestes termos: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante requerimento de ambos os companheiros ao Oficial do Registro Civil de seu domicílio, processo de habilitação com manifestação favorável do Ministério Público e respectivo assento”.

Para que seja realizada a conversão da união estável em casamento, mediante simples requerimento ao juiz e assento no Registro Civil, deverão os companheiros obedecer à apresentação dos documentos pedidos pelo artigo 1.525 do Código Civil/02 e desde que não haja impedimentos constantes no artigo 1.521 do Código Civil/02.

5 CASAMENTO

O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.

O casamento existe desde os primórdios dos tempos, passando por inúmeras influências, como explica Barros (2001 *apud* Pena Júnior, 2008, p.67):

O casamento existe desde os mais remotos tempos, já tendo passado pela influência marcante da igreja, do patriarca, do marido e do Estado. “Na Idade Média, à matrimonialização e patrimonialização, somou-se sacralização – na forma de sacramentalização – da união sexual. O matrimônio, sem nada perder da sua carga patrimonial, foi transformado em sacramento, ao lado do batismo, crisma, confissão, comunhão, extrema-unção e outros atos. Somente as uniões sexuais devidamente sacramentadas seriam válidas, firmes, indissolúveis. O ato sexual ficou reduzido a fonte de pecados. Deveria ser evitado sempre, exceto no matrimônio abençoado pela igreja, única hipótese em que poderia ser praticado – assim mesmo em condições de máximo recato – estritamente para cumprir o ditame crescei-vos e multiplicai-vos”.

Nos tempos atuais, o casamento preceitua a liberdade, a procura pela felicidade em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo uma das mais belas formas de expressão de amor entre duas pessoas. O Código Civil/02 refere-se ao casamento como comunhão plena de vida, sob o aspecto patrimonial e espiritual (GONÇALVES, 2011).

Segundo Diniz (2009, p.33) que define o casamento como sendo: “O vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família legítima”.

Acerca do fundamento do casamento, Pena Júnior (2008, p.73), cita da seguinte forma: “O casamento encontra seu fundamento no desejo do casal em permanecer unido pelos laços recíprocos de afeto e prosseguir com o projeto de vida idealizado”.

Não há na doutrina um consenso acerca da natureza jurídica do casamento, existindo três correntes, a clássica ou individualista, a institucionalista ou supra individualista e a mista ou eclética.

O casamento na concepção clássica é uma relação puramente contratual, resultante de um acordo de vontades, como nos contratos em geral, a corrente institucionalista sustenta que o casamento é uma grande instituição social, aderindo-se a ela os que se casam; para a corrente eclética, constitui a fusão das outras correntes, considerando o casamento como um ato complexo, sendo um contrato especial, pertencente ao Direito de Família, onde os

nubentes aderem a uma instituição pré-organizada, alcançando o estado matrimonial (GONÇALVES, 2011).

Para o nosso ordenamento jurídico, independe da escolha de alguma das correntes acerca do casamento, sendo-lhe atribuídos alguns peculiares, podendo ser destacados o ato solene, a diversidade de sexos, união permanente e a liberdade de escolha, pelos nubentes, do regime de bens, como regra.

O casamento é ato jurídico solene, sendo-lhe atribuídas as formalidades constantes nas leis ou costumes, constituindo elemento essencial e de suma importância e quando inobservados torna o ato inexistente.

Como explica Gonçalves (2011, p.43) acerca da formalidade do ato solene:

O casamento e o testamento constituem os dois atos mais repletos de formalidades do direito civil, devido à sua reconhecida importância. Destinam-se elas a dar maior segurança aos referidos atos, para garantir a sua validade e enfatizar a sua seriedade. O ato matrimonial é, desse modo, envolvido numa aura de solenidade, que principia com o processo de habilitação e publicação dos editais, desenvolve-se na cerimônia em que é celebrado e prossegue no registro no livro próprio.

Para que possa existir o casamento válido e eficaz, necessário se faz a diversidade de sexos, sendo que a ausência desse pressuposto leva a inexistência do ato.

Gonçalves (2011, p.44) menciona sobre a diversidade de sexo em sua obra da seguinte forma: “A Constituição Federal, com efeito, só admite casamento entre homem e mulher. Esse posicionamento é tradicional e já era salientado nos textos clássicos romanos. A diferença de sexos constitui requisito natural do casamento”.

Acerca da união permanente Pena Júnior (2008) entende que:

“O que Deus uniu o homem não separa”. Foi assim até 1977 – ainda sob a ascendência do Direito Canônico – como viviam as famílias brasileiras oriundas do casamento. A indissolubilidade era característica marcante do casamento. Somente com a regulamentação do divórcio, por intermédio da Lei n. 6.515/77, é que se passou a permitir a dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Posteriormente, a CRFB/88 (§ 6º do art. 226) e o CC/2002 (Capítulo X) também passaram a admiti-la.

Ao Estado interessa que as famílias se constituam regularmente, para isso, exige-se o cumprimento de formalidades, onde os preliminares dizem respeito ao processo de habilitação, sendo feito perante o oficial do Registro Civil, que se destina a comprovar a capacidade para o casamento, a inexistência de impedimentos matrimoniais e dar publicidade à pretensão dos nubentes (GONÇALVES, 2011).

Com a inovação do Código Civil/02, tratando da capacidade para o casamento em um capítulo próprio, devendo ser demonstrada no processo de habilitação, sendo fixando em 16 anos a idade núbil, tanto para homem como para a mulher.

Acerca dos impedimentos matrimoniais:

Os impedimentos estão constantes no artigo 1.521. Não podem casar:

I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II – os afins em linha reta;

III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado com quem o foi do adotante;

IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V – o adotado com o filho do adotante;

VI – as pessoas casadas;

VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte.

Desta forma, questiona-se por que as uniões homoafetivas, com convivência pública, contínua e duradoura, estabelecidas com o objetivo de constituição da família, não possam merecer a chancela do Estado como entidade familiar, ficando evidenciada que tal união não está elencada nos impedimentos e nem nas causas suspensivas e muito menos está expressamente vedada em lei.

6 UNIÃO HOMOAFETIVA

Há muito tempo existe a união entre pessoas do mesmo sexo, muito embora não eram reconhecidas como a união entre heterossexuais. As uniões advindas de pessoas do mesmo sexo enfrentam preconceito e discriminação, ainda existentes em nossa sociedade.

A preferência do amor, ao se manifestar, não se demonstra pela orientação sexual das pessoas, vem da alma, depositando toda a esperança em construir uma vida a dois, para conseguir o equilíbrio necessário para conduzir suas vidas, em ser feliz (PENA JÚNIOR, 2008).

Não há irrelevância na identificação do sexo do par, para que lhes sejam atribuídos direitos ao vínculo afetivo, no âmbito do Direito de Família, bastando a comprovação dos requisitos legais para a configuração da união estável, impondo obrigações mútuas, independente da identidade ou diversidade de sexo dos conviventes.

Sendo a Constituição Federal/88 a norma suprema e que organiza o nosso ordenamento jurídico, não podendo apresentar nenhum tipo de incoerência, deve ela ser modelo de unicidade, coesão e harmonia, sujeitando-se a uma interpretação que contribua sempre para a integração social (VARGAS, 2011).

Nesse sentido, a Constituição Federal/88, em seu artigo 5º, veda qualquer tipo de discriminação, bem como no artigo 3º, inciso IV, que defende os princípios fundamentais para uma convivência harmônica entre os indivíduos, para não haver preconceitos de raça, credo, classe social, sexo, enfim todos os tipos de discriminação.

Segundo Cunha e Moreira (1999 *apud* FIDÉLIS, 2008p. 55):

A relação homossexual, não merece julgamento. É um fato da vida privada do cidadão, não é boa nem ruim, é como os demais relacionamentos. A questão primordial, sob ponto de vista ético, é que tratando-se de um fato da vida, e tendo relevância social, é de suma importância que o legislador tenha preocupação em regulamentar essa parceria civil registrada. A Constituição não veda este tipo de relacionamento amoroso sexual, e sim abomina qualquer tipo de discriminação.

A família, nos tempos atuais, vem tomando novos aspectos baseando-se somente nos princípios da afetividade, ostensibilidade e estabilidade, sendo que a Constituição Federal/88 em seu artigo 226 no parágrafo 4º, não exige a presença de um homem e uma mulher para constituir família, denominada de “família monoparental”, bastando a comprovação dos requisitos exigidos, bem como as famílias recompostas e reconstituídas, que é formada por

um cônjuge ou companheiro e os filhos do outro, oriundos de relacionamento anterior, apresentado no parágrafo 3º. (LOBÔ, 2008 *apud* PINTO, 2008)⁴.

Contudo, as relações contemporâneas se dão em razão do afeto nelas presentes, pois o afeto é a essencialidade de sua constituição, sendo que a união homoafetiva é uma autêntica sociedade de afeto, e por conseguinte, uma família.

Como estamos diante de uma profunda transformação do conceito de família, Fugie (2002 *apud* Vargas, 2011, p.86) atenta da seguinte forma:

Hoje a noção de família não se atrela exclusivamente à noção do matrimônio. É possível reprodução sem sexo, sexo sem matrimônio e também é comum matrimônio sem reprodução. Como se vê, outros são os enfoques da noção de família, alterando-se paradigmas e princípios estruturados do Direito. Sexo, casamento e reprodução destrelam-se, alterando as matizes da organização da família, antes constituídas apenas pelo casamento. Há muito, a noção de família ligada aos conceitos de sexo e reprodução imergiu. O Direito se encrava às uniões associadas ao afeto e a interesses comuns, tornado crucial a proteção integral da família, independentemente da orientação sexual de seus componentes.

Portanto, vê-se que a família não só no Brasil, mas em boa parte da sociedade globalizada vai se renovando, tendo novas formas que são trazidas para o manto da proteção jurídica. Não só as fundadas no casamento, mas outras formas foram aparecendo, como união estável ou família monoparental, ganhando foros de juridicidade, chamando atenção para as transformações que o conceito de família vai sofrendo (VARGAS, 2011).

Mas ocorre que alguns tipos de família, como a união homoafetiva, não gozam de efetiva proteção da lei, sendo um dos maiores exemplos da inércia do Estado em amparar tal situação, bem como a discriminação que impera nossa sociedade (VARGAS, 2011).

Segundo Dias (2009), acerca do assunto diz que:

Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter uma relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, formando um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem, não há como deixar de identificar ambas as situações como geradoras de efeitos jurídicos. Em face do silêncio do constituinte e da omissão do legislador, deve o juiz cumprir o comando legal e atender à determinação constante do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Na lacuna da lei, ou seja, na falta de normatização, há que se valer da analogia, costumes e princípios gerais de direito. Nada diferencia as uniões hetero e homossexuais de modo a impedir que sejam ambas definidas como família. Enquanto não existir um regramento legal específico, impositiva a aplicação

⁴http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5370

análogica das regras jurídicas que regulam as relações que têm o afeto por causa, ou seja, o casamento e as uniões estáveis.⁵

Sendo assim, presentes os requisitos legais como a vida em comum, coabitação, laços afetivos, divisão de despesas, não se pode deixar de conceder às uniões homoafetivas os mesmos direitos conferidos às relações heterossexuais que tenham as mesmas características.

Dias (2000 *apud* Fidelis, 2008, p. 60), em sua obra fala sobre a falta de amparo legal das uniões homoafetivas:

O repúdio social de que são alvo as uniões homossexuais inibiu o legislador constituinte de alcançá-las no conceito de entidade familiar. Ainda que afrontando o princípio da igualdade e olvidando a proibição de discriminação que ele mesmo consagra como norma fundamental, a Constituição da República Federativa do Brasil pressupôs, no § 3º do seu artigo 226, a diversidade de sexos para a configuração da união estável.

Embora a lei civil continue omissa quanto à regulamentação da união homoafetiva, o Estado brasileiro, não só jurisprudencial, mas também administrativamente, tem reconhecido o caráter de estabilidade familiar às parcerias homoafetivas, em franca analogia com a união estável entre o homem e a mulher. Essa postura, em princípio, pode revelar uma tendência, ainda que latente, de se legalizar a união homossexual e os efeitos civis dela decorrentes.

6.1 Reconhecimento da União Homoafetiva Pelo Supremo Tribunal Federal – ADPF 132/08 E ADIN 4.277/09

A preocupação com a regulamentação das uniões homoafetivas integra a agenda do pensamento jurídico do mundo atual. Pouco a pouco, a homoafetividade vem ganhando visibilidade social e jurídica. No Brasil as uniões homoafetivas vêm sendo reconhecidas, dia após dia, pelos tribunais estaduais e pelos magistrados de 1º grau, alguns direitos já haviam sido reconhecidos, como partilha de bens, pensão por morte, condição de dependente em planos de saúde, alimentos, dentre outros (CHAVES, 2011)⁶.

O Superior Tribunal Federal, em maio de 2011, chancelou o que já ocorria nos tribunais inferiores, equiparando as uniões homoafetivas às uniões heteroafetivas.

Foi apresentada em 2008 a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132 de autoria do governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, indicando como

⁵http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6107

⁶<http://jus.com.br/revista/texto/19274>

direitos fundamentais violados, o direito à isonomia, o direito à liberdade, desdobrado na autonomia da vontade, o princípio da segurança jurídica, para além do princípio da dignidade da pessoa humana, acompanhada, em conexão processual, por uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADIN 4277, movida pela Procuradoria Geral da República (VARGAS, 2011, p.96).

Nas palavras de Vargas (2011, p. 96) acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal:

Andou bem o STF em admitir a interpretação analógica dos dispositivos protetivos da união estável em relação à união entre pessoas de mesmo sexo. Não obstante, nesse particular, o STF apenas adotou o posicionamento mais avançado que já vinha sendo assumido por alguns doutrinadores, juízes e tribunais brasileiros e que também tem sido esposado por diversos ordenamentos ao redor do globo.

Desta forma, Chaves (2011)⁷ nos fala sobre a ADPF – 132 e ADIN – 4277:

O pedido principal da ação traduziu-se em requerimento da aplicação analógica do art. 1723 do Código Civil brasileiro às uniões homoafetivas, com base na denominada "interpretação conforme a Constituição". Requisita-se que o STF interprete conforme a Constituição, o Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro e declare que as decisões judiciais denegatórias de equiparação jurídica das uniões homoafetivas às uniões estáveis afrontam direitos fundamentais. Como pedido subsidiário, pede-se que a ADPF – no caso da Corte entender pelo seu descabimento – seja recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que de fato, terminou por acontecer.

Em 02 de Julho de 2009, a Procuradoria Geral da República propôs a ADPF 178 que terminou sendo recebida pelo então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, como a ADI 4277. O objetivo principal da mencionada ação constitucional era o de que a Suprema Corte declarasse como obrigatório o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, desde que preenchidos os mesmos requisitos necessários para a configuração da união estável entre homem e mulher, e que os mesmos deveres e direitos originários da união estável fossem estendidos aos companheiros nas uniões homoafetivas.

Nas duas ações, o objeto do pedido era praticamente o mesmo, qual seja o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e que fosse estendido todos os direitos conferidos à união estável, que está protegida pela Constituição Federal/88 em seu artigo 226, §3º e pelo Código Civil/02 em seu artigo 1.723 e seguintes.

Eis o entendimento de Miranda (2011)⁸:

⁷<http://jus.com.br/revista/texto/20672/o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil/3#ixzz26D7g07cF>

⁸<http://jus.com.br/revista/texto/20380>

Significa dizer, portanto, que, desde a sua publicação, a decisão na ADI 4277 já pode ser utilizada para fundamentar quaisquer questões relacionadas com o seu conteúdo, ou seja, caso seja negado a algum casal homoafetivo o reconhecimento de direitos e deveres inerentes à união estável, desde que devidamente comprovada, tais casos poderão ser discutidos judicialmente, com provável procedência da ação.

Com este entendimento, o STF apenas interpretou a lei civil conforme a Constituição, no que diz respeito à aplicação da união estável entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista que tanto o § 3º do artigo 226 da CF, regulamentada pela Lei federal nº 9.728/96 (lei que rege as uniões estáveis), assim como o artigo 1723 do Código Civil, jamais proibiram o reconhecimento destas relações, seja por omissão, seja porque nem mesmo poderiam fazê-lo se considerasse a proibição em confronto com os direitos fundamentais insculpidos na lei constitucional.

Assim, o casal homoafetivo poderá registrar sua união, como estável, desde que esta possua os requisitos de apresentar-se como pública, contínua, duradoura e com a intenção de constituir família.

Sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal, Vecchiatti (2011)⁹, aborda da seguinte forma:

No histórico julgamento da ADPF n.º 132 e da ADIn n.º 4277, o Supremo Tribunal Federal conferiu uma interpretação sistemático-teleológica ao art. 226, §3º, da CF/88 de sorte a compatibilizar o referido dispositivo constitucional com os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da segurança jurídica, reconhecendo que a redação normativa segundo a qual "*Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar...*" não traz em si um óbice ao reconhecimento da união estável homoafetiva.

A decisão foi favorável, todos os 10 Ministros manifestaram-se pela procedência das ações, com posicionamento homogêneo e consensual, ao considerarem que a união homoafetiva é um modelo familiar e há necessidade de repressão a todo e qualquer tipo de discriminação.

Sendo a decisão homogênea e unânime, Chaves (2011)¹⁰ nos mostra:

Todos os 10 Ministros votantes no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 manifestaram-se pela procedência das respectivas ações constitucionais, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar e aplicando à mesma o regime concernente à união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil brasileiro. Talvez nunca se tenha visto a Suprema Corte brasileira com um posicionamento tão homogêneo e consensual, ao menos no que diz respeito ao resultado, ao considerar que a união homoafetiva é, sim, um modelo familiar e a necessidade de repressão a todo e qualquer tipo de discriminação.

Alguns votos possuíram como fundamentação a interpretação conforme a Constituição, de acordo com o pedido formulado nas petições iniciais de ambas as

⁹<http://jus.com.br/revista/texto/19086/o-stf-e-a-uniao-estavel-homoafetiva>

¹⁰<http://jus.com.br/revista/texto/20672/o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil/3#ixzz26D7g07cF>

ações. Outros votos divergiram, apontando que a união entre pessoas do mesmo sexo não poderia ser considerada união estável homoafetiva, mas ao revés, deveria ser considerada união homoafetiva estável. Ainda apontou-se que a constitucionalidade da união homoafetiva como entidade familiar possuía sustentáculo nos direitos fundamentais. Argumentou-se também no sentido de existir uma lacuna legislativa, que deveria ser suprida por meio da analogia com o instituto mais aproximado: a união estável e, por fim, ainda existiu entendimento de que se deveria aplicar extensivamente o regime jurídico da união estável.

O Ministro relator Ayres Brito enfatizou, ao afirmar que todas as pessoas da espécie humana são iguais, que é desapropriada distinção de qualquer natureza. Ao analisar o artigo 226 da Constituição Federal/88 o ministro indicou que a família, base da sociedade, foi conferida especial proteção estatal, pouco importando se foi constituída por meio do casamento ou informalmente, e pouco importando se é integrada por indivíduos heterossexuais ou homossexuais, afirmando ser a família um fato espiritual e cultural, não necessariamente biológico (CHAVES, 2011)¹¹.

O ministro Luiz Fux, em sua argumentação, mostrou que o preconceito e a intolerância são os principais impedimentos para que seja reconhecida a união homoafetiva, pois em nada se difere da união entre o homem e a mulher, considerando-a entidade familiar, se incluindo no conceito constitucional de família, constituindo-se de vínculos contínuos e duradouros, baseados no afeto e assistência recíprocas, com o objetivo de constituição familiar. As práticas de preconceito e intolerância é que devem ser consideradas inconstitucionais, tendo em vista que a união homoafetiva está abraçada pelo princípio da igualdade (CHAVES, 2011)¹².

Na mesma linha, a ministra Cármen Lúcia afirma que todas as práticas de preconceitos devem ser abolidas, para que possa existir uma sociedade democrática, uma vez que as relações homoafetivas não devem ser desigualadas da maioria, devendo ser respeitadas as escolhas pessoais livres e legítimas e ser entendidas como válidas (CHAVES, 2011)¹³.

Favoravelmente à equiparação da união homoafetiva à união estável, o ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto não admitiu a classificação da união homoafetiva como união estável, tendo em vista que foi explícita no texto constitucional a vontade do legislador, mas que era uma nova modalidade de entidade familiar, não constante no rol do artigo 226 da Constituição Federal/88, podendo ser deduzida a partir de uma leitura sistemática da Constituição, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, liberdade, não discriminação por orientação e preservação da intimidade. Concluiu o voto por reconhecer a

¹¹ <http://jus.com.br/revista/texto/19274>

¹² *Ibidem*

¹³ *Ibidem*

união homoafetiva como entidade familiar distinta da união estável, propondo a utilização da integração analógica, aplicando as regras do instituto jurídico mais próximo (CHAVES, 2011)¹⁴.

De acordo com o ministro Joaquim Barbosa, o fundamento para o reconhecimento não se encontra no artigo 226, §3º da Constituição Federal/88, que destina-se a regular as uniões estáveis entre homem e mulher, mas em todos os dispositivos que protegem os direitos fundamentais. Em seu voto deixou clara a importância de extinguir o preconceito e a discriminação (CHAVES, 2011)¹⁵.

O ministro Gilmar Mendes votou favorável à constitucionalidade das uniões homoafetivas, tratando-as como um caso de proteção de direitos fundamentais; considerou que era dever do Supremo Tribunal Federal assegurar proteção às uniões homoafetivas, entendeu o ministro a existência de lacuna legal, devendo ser suprida por meio de analogia ao texto constitucional, para garantir o direito das minorias ou pessoas que tenham seus direitos lesionados (CHAVES, 2011).

Acompanhando o voto do ministro relator, a ministra Ellen Gracie apontou a evolução dos direitos dos homossexuais, desde a descriminalização dos atos homossexuais até o efetivo reconhecimento das famílias homoafetivas, evidenciando sua postura contra todas as formas de discriminação e preconceito quando afirma que “uma sociedade decente é uma sociedade que não humilha seus integrantes” (CHAVES, 2011)¹⁶.

O ministro Marco Aurélio, por sua vez, apontou que deve existir uma separação entre os direitos morais, em especial religiosos, onde o fundamentalismo religioso influencia ainda no avanço da questão de homoafetividade, como nas tramitações dos projetos no legislativo, uma postura que marca o preconceito, não podendo a fé e as orientações morais serem impostas a quem quer que seja. Afirmou em seu voto que o objetivo especial da República é promover o bem de todos, sem distinção de qualquer natureza, indicando que na Constituição não há proibição para a aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas, enxergando na essência do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação do reconhecimento de tais uniões (CHAVES, 2011)¹⁷.

O ministro Celso de Melo julgou no sentido de declarar com efeito vinculante a obrigatoriedade do reconhecimento como entidade familiar da união homoafetiva, atendendo

¹⁴ <http://jus.com.br/revista/texto/19274>

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ *Ibidem*

¹⁷ *Ibidem*

os mesmo requisitos exigidos para a configuração da união heteroafetiva, bem como todos os direitos e deveres dos companheiros. Sustentou seu voto nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, liberdade, autodeterminação, igualdade, pluralismo, intimidade e da felicidade, viabilizando assim, a plena realização dos valores que configuram uma sociedade democrática, onde é função do STF, órgão investido da responsabilidade institucional e do poder de proteção das minorias em face da inércia do Estado, dos efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica (CHAVES, 2011)¹⁸.

Cezar Peluso, em seu voto, trata da lacuna normativa, afirmando que deve-se usar da analogia com a união estável, sendo a união homoafetiva semelhante a união heterossexual, devendo o artigo 226 da Constituição Federal/88 ser visto como um rol exemplificativo, permitindo assim outras formas de família. Em seu voto, o ministro convoca o Poder Legislativo para que regulamente a união homoafetiva (CHAVES, 2011)¹⁹.

Na maioria dos votos dos ministros, os princípios constitucionais foram a base para argumentação, podendo extrair a legitimidade do reconhecimento das uniões homoafetivas dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, vedação das discriminações odiosas e proteção à segurança jurídica.

Mesmo com a decisão do Supremo Tribunal Federal, o Congresso tem o dever de discutir e votar as leis que são favoráveis aos direitos homoafetivos em consequência do reconhecimento da união estável.

Veja abaixo quais são as oito propostas que ampliam os direitos dos homossexuais

TABELA 1 - Propostas em discussão na Câmara para regulamentação da união homoafetiva

Projeto	Autor	O que propõe	Andamento
4530/04	Comissão Especial que acompanha e estuda proposta de políticas públicas para a juventude e deputado Benjamim Maranhão (PMDB-PB).	Aprova o Plano Nacional de Juventude. Prevê apoio psicológico, médico e social ao jovem em virtude de sua orientação sexual e à sua família; combate à discriminação no emprego em virtude da orientação sexual. Também cria delegacias	Pronto para ser votado pelo plenário.

¹⁸ <http://jus.com.br/revista/texto/19274>

¹⁹ *Ibidem*

		especializadas em crimes contra homossexuais.	
6297/05	Maurício Rands (PT-PE)	Incluir na situação jurídica de dependente, para fins previdenciários, o companheiro homossexual do segurado (a) do INSS e o companheiro homossexual do servidor (a) civil da União.	Pronto para ser votado pelo plenário.
580/07	Clodovil Hernandez (PR-SP)	Altera o Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva.	Aguarda parecer da Comissões de Seguridade Social e Família e Constituição e Justiça e de Cidadania.
4914/09	Manuela D'Ávila (PCdoB-RS), Maria Helena (PSB-RR), Celso Russomanno (PP-SP), Ivan Valente (PSOL-SP), Fernando Gabeira (PV-RJ), Arnaldo Faria de Sá (PTB-SP), Solange Amaral (DEM-RS), Marina Maggessi (PPS-RJ), Colbert Martins (PMDB-BA), Paulo Rubem Santiago (PDT-PE) e Professora Raquel Teixeira (PSDB-GO)	Aplica à união estável de pessoas do mesmo sexo os dispositivos do Código Civil referentes a união estável entre homem e mulher, com exceção do artigo que trata sobre a conversão em casamento.	Aguarda a apreciação conclusiva (sem necessidade de ir ao plenário) da Comissões de Seguridade Social e Família.
3712/08	Maurício Rands (PT-PE)	Altera o inciso II do art. 35 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, incluindo na situação jurídica de dependente, para fins tributários, o companheiro homossexual do contribuinte do Imposto de Renda de Pessoa Física.	Aguarda parecer da Comissão de Finanças e Tributação.

2285/07	Sérgio Barradas Carneiro (PT-BA)	Cria o Estatuto da Família. Quanto à união homoafetiva, diz que em momento algum, a Constituição veda o relacionamento de pessoas do mesmo sexo.	Aguarda parecer da Coordenação de Comissões Permanentes
2383/03	Maninha (PT-DF)	Estabelece que as operadoras de planos de saúde não poderão criar restrições à inscrição de pessoas como dependentes de outras em função de pertencerem ao mesmo sexo.	Já aprovado em caráter conclusivo pelas comissões de Seguridade Social e Família e de Constituição e Justiça. Houve recurso contra a apreciação conclusiva, mas a Mesa não decidiu.
1151/95	Marta Suplicy (PT-SP)	Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.	Pronto para ser votado pelo plenário.

Fonte: LEMOS; OLIVEIRA, 2011, G1.com.²⁰

6.2 Casamento homoafetivo: conversão a partir da União Estável

Com o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união estável homoafetiva como entidade familiar, e consequentemente como união estável, não há porque negar o direito de casais homoafetivos consagrarem sua união através do casamento civil. Tomando por base o artigo 226, §3º da Constituição Federal/88, que diz que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, e sendo a união homoafetiva uma união estável, deve haver direito à conversão em casamento (VECCHIATTI, 2011).

Em consonância, Vecchiatti (2011)²¹ acerca do casamento homoafetivo:

Sobre o casamento civil, sob o aspecto formal o casamento civil homoafetivo deve ser reconhecido porque a Constituição obriga o reconhecimento da possibilidade de conversão da união estável em casamento civil. Sob o aspecto material, sendo a família conjugal o objeto de proteção do casamento civil e da união estável, o reconhecimento do *status* jurídico-familiar da união homoafetiva exige que a ela seja reconhecido o direito tanto ao casamento civil quanto à união estável (a única

²⁰ <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/05/oito-propostas-em-discussao-na-camara-regulamentam-uniao-gay.html>

²¹ <http://jus.com.br/revista/texto/19086>

hipótese de união estável que não se convertia em casamento em nosso ordenamento jurídico era aquela de união estável entre pessoa separada judicialmente, mas não divorciada, o que se justificava porque a pessoa em questão ainda não estava divorciada, donde a vedação da bigamia impedia essa conversão em casamento enquanto não houvesse o divórcio do companheiro que se encontrava separado judicialmente, mas ainda casado – nada que se possa equiparar à união estável homoafetiva de pessoas solteiras, em especial porque a hipótese narrada não existe mais, em razão da extinção da separação judicial por força da Emenda Constitucional nº 66).

As polêmicas e as divergências ainda estão presentes entre diversos Juízos e doutrinadores, mas com a equiparação da união homoafetiva às uniões estáveis e vedando qualquer forma de discriminação, e considerando ainda que a Constituição Federal/88 determina em seu artigo 226, §3º que seja facilitado a conversão da união estável em casamento, analogicamente não poderá negar que a união homoafetiva seja convertida em casamento (SILVA, 2012).

Consoante, Chaves (2011)²² nos fala acerca da conversão da união estável em casamento:

Não obstante todo o exposto, com a decisão emanada do Supremo Tribunal Federal brasileiro, outra saída agora pode ser vislumbrada para os casais do mesmo sexo que desejem contrair matrimônio: a conversão da união estável em casamento. Não se trata de nenhuma fórmula mágica ou ginástica hermenêutica. É uma solução muito simples, oriunda da legislação positiva brasileira.

O art. 226, § 3º da Carta Magna brasileira assevera que para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Na legislação infraconstitucional, o Código Civil determina, em seu art. 1.726 que "a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil". Ao julgar procedentes as duas ações constitucionais, o STF deu ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro interpretação conforme à Constituição para apartar qualquer entendimento que obste o reconhecimento da "união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Assim, restaram, para todos os fins de direito, as uniões homoafetivas equiparadas às uniões heteroafetivas. Desta forma, é de clareza meridiana o entendimento de que a união estável – seja hetero ou homoafetiva – poderá ser convertida em casamento observado o disposto no art. 1.726 do CC.

Todavia, antes mesmo da decisão do Supremo Tribunal Federal, já existiam entendimentos no sentido de ser possível o casamento entre homossexuais, e tendo por base, igualmente, este pensamento, a Suprema Corte reconheceu a união estável homoafetiva.

Ainda no entendimento de Chaves (2011):

²²<http://jus.com.br/revista/texto/19274>

Já existia o entendimento de que o casamento civil homoafetivo era possível no Brasil, antes mesmo da decisão do STF, o que veio foi um caminho a mais, um *plus*. Senão vejamos: o Código Civil brasileiro não possui uma definição de casamento como sendo a união entre homem e mulher. A Constituição Federal tampouco traz uma definição de casamento ou explícita que a diversidade de sexos é requisito para a existência do mesmo. Limita-se a determinar que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Código Civil leva à conclusão, *a priori*, de que o casamento é instituto exclusivamente reservado a pares heterossexuais, em virtude da locução "homem e mulher" presente em diversos dispositivos, como os arts. 1.514, 1.517, *caput*, e 1.565 do referido Diploma. Trata-se, no entanto, de mera presunção.

O esteio da doutrina e jurisprudência, que entende "inexistir" o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, reside, primordialmente, na leitura do art. 1514 do CC. Entende-se que, em virtude de ausência de referência expressa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, a diversidade de sexos constitui uma "condição de existência" no casamento civil.

A doutrina favorável ao reconhecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, no Brasil, fundamenta-se na lógica de que a expressão "o homem e a mulher" não possuiria o condão de impedir o casamento entre um par do mesmo sexo. Afirma-se que os impedimentos matrimoniais são as proibições expressamente elencadas pelo CC, no art. 1.521, ou em outros dispositivos esparsos que determinam a anulabilidade ou nulidade do casamento civil. Assevera-se que a referência a homem e mulher indica apenas a regulamentação do fato heteroafetivo, sem que isso se traduza em proibição do fato homoafetivo para a mesma finalidade, que deveria ser regulado por meio da analogia ou interpretação extensiva.

Tendo em vista que a interpretação extensiva e a analogia são técnicas de interpretação que visam sanar lacunas da lei, quando as situações forem idênticas, será aplicada a interpretação extensiva, mas se as situações forem diversas, mas o elemento essencial for o mesmo, será aplicada a analogia. Em ambos os casos o resultado pretendido será o mesmo, qual seja, a extensão do regime jurídico da situação citada e da não citada no texto da lei (VECCHIATTI,2011)²³.

A conversão da união estável homoafetiva em casamento poderá ser requerida, mas ainda necessita de discussão judicial, dependendo dos entendimentos dos tribunais, visto que a lei prevê que tal conversão deve ser facilitada ao casamento civil. Já no que se refere ao efetivo casamento homossexual, em certos Estados do país, haja vista Bahia e Alagoas, os interessados podem dirigir-se diretamente ao Cartório, para tal.

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal, já existem algumas decisões conferindo o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, como ocorreu em Pernambuco, quando a 1ª Vara de Família e Registro Civil da Comarca de Recife oficializou,

²³ <http://jus.com.br/revista/texto/19086>

em 18/08/2011, o casamento homoafetivo, com efeitos imediatos e sem necessidade de celebração (MIRANDA, 2011)²⁴.

Recentemente na Bahia, por meio de ato normativo, passou a ser regulamentado o casamento homoafetivo, tendo como pioneiros os Estados de Alagoas, Sergipe e Espírito Santo.

A partir da data de 26 de novembro de 2012, na Bahia começou a vigorar o provimento nº 04/07, que passa a orientar os cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais o procedimento adotado nas habilitações de casamento civil entre homossexuais, passando a admitir a habilitação direta em cartório para casamento homoafetivo, bem como dispôs sobre a lavratura de escritos públicos que tenham por objeto declaração de convivência de união homoafetiva.

A principal justificativa para as recusas em reconhecer o casamento homoafetivo encontra-se no artigo 226 da Constituição Federal/88, sendo considerada a união estável a havida entre o homem e a mulher.

²⁴ <http://jus.com.br/revista/texto/20380>

7 ENTREVISTA REALIZADA COM O JUIZ, JOAQUIM MARTINS GAMONAL, DA VARA DA FAMÍLIA, INFÂNCIA E JUVENTUDE CÍVEL DA COMARCA DE BARBACENA/MG

A entrevista foi realizada em 07/12/2012 e tem como finalidade esclarecer algumas questões pertinentes à união homoafetiva em nossa comarca, sob o ponto de vista do Magistrado da Comarca.

Acadêmica: Na prática, surgem casos de pedido de reconhecimento de união estável homoafetiva em nossa Comarca? E a conversão dessa união em casamento, já houve algum caso?

Entrevistado: Não. Nunca houve pedido dessa natureza.

Acadêmico: O entrevistado julga importante a criação de legislação regulamentando o assunto?

Entrevistado: Sim, uma vez que nos próximos anos e décadas as uniões homoafetivas tendam a se fazer conhecer na sociedade. Sem a legislação específica, ocorre a insegurança jurídica, visto que a decisão acaba se pautando mais no entendimento pessoal do julgador.

Acadêmica: O que pensa acerca do deferimento da adoção de uma criança por um casal homoafetivo? Já tramitou na Comarca algum pedido nesse sentido?

Entrevistado: Nunca tivemos em Barbacena um pedido feito por um casal homoafetivo. Não obstante não haver expressamente na lei essa possibilidade, ela também não exclui a adoção por uma pessoa apenas. E, isso, já tivemos. Pode ser até que esse adotante fosse um homoafetivo, porém não tal fato não constou do processo. Mas adoção foi conferido apenas para o pretendente solteiro.

Penso que a adoção por homoafetivos pode ser uma ótima opção para a criança. O importante é haver amor. Na prática da vida dessa criança, pode ela vir a ter problemas de adaptação, principalmente por conta da convivência em sociedade. Mas isso acaba sendo contornado e o importante é a criança ter uma família. Interessa a todos que a criança seja o foco, o objetivo maior. Ao se decidir pela adoção, deve o juiz e sua equipe observarem o interesse da criança, fazendo valer a norma constitucional da “prioridade absoluta para a criança e o adolescente”, presente na CF/88, em seu artigo 227.

Acadêmica: O cadastro nacional de adoção admite a inserção de casais homossexuais?

Entrevistado: Não expressamente, mas por não fazer distinção, vejo como perfeitamente possível o pedido de aprovação do cadastramento. Como em todos os casos, ao analisar o pedido, a equipe multidisciplinar deverá se atentar para como vive essa família, quais são seus hábitos, sua índole, para que se saiba o que a criança irá vivenciar quando e se for adotada pelas pretendentes.

Acadêmica: Quais seriam os prós e os contra da adoção de crianças por casais homossexuais?

Entrevistado: Em que pese o uso corriqueiro de “casais homossexuais”, entendo que deve-se entender, no caso de adoção, casais homoafetivos. O primeiro termo remonta apenas à preferência sexual. No segundo, mais que isso, refere-se a afeto, a sentimento, a amor. Neste caso, os prós a favor da adoção são, sem dúvidas, a criação da criança num lar, numa família, o sentimento de pertencimento, de ter alguém que a ama. Muito melhor que viver num abrigo ou numa família, mesmo que hetero, sem carinho, atenção, dedicação. Quanto aos argumentos contrários, normalmente se fala em ser criado num ambiente homossexual, o que poderia fazer com que a criança tivesse uma tendência de assim optar pela relação homoafetiva, ou mesmo homossexual. Não vejo isso, apesar de entender que a criança, ao longo de seu crescimento, possa vir a sofrer embaraços sociais. Mas isso é contornável, ainda que possivelmente com a ajuda de profissionais capacitados, além é, claro, dos “pais ou mães” adotivos. O certo é que, em geral, somos espíritos individuais, cada um com uma história de vida espiritual, com nossos erros e acertos, com nossas tendências. Além do mais, filhos homossexuais vieram de pais em geral heterossexuais, e nem por isso seguiram o entendimento dos pais. É uma questão também biológica, hormonal, não necessariamente de cunho vivencial. É, também, fruto de questões espirituais.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho abordou a discussão que a homoafetividade vem gerando nos dias atuais, nas relações sociais e no judiciário, mostrando um retrato da grande evolução que a sociedade vem passando, na incessante busca pela regulamentação do tema, que exige principalmente o respeito às diferenças.

A homossexualidade existe desde os primórdios da humanidade, e na antiguidade esta prática sexual era tida como uma iniciação do jovem à sociedade, onde um homem mais velho, com sua experiência, o iniciava para que se tornasse um cidadão e desenvolvesse habilidades para atuar na guerra e na política. Esta prática era denominada pederastia.

Como a evolução da sociedade se dá com grande rapidez, os princípios constitucionais devem ser utilizados como principais apoios para a interpretação e proteção dos indivíduos.

Os requisitos para caracterização da união estável entre o homem e a mulher são a afetividade, ostensividade e estabilidade. Por analogia, estes são também os requisitos para reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, devendo ser equiparada à união heteroafetiva, com base nos princípios constitucionais.

O fato é que as uniões homoafetivas são relações fundadas no afeto, sendo esta a principal base de um núcleo familiar, não sendo importante o gênero dos indivíduos que o constituem.

A Constituição Federal/88 traz em seu artigo 226º rol exemplificativo de entidades familiares, não integrando a união homoafetiva, contudo, como não sendo o rol em questão taxativo, não há como excluir outras formas de constituição de família.

Sendo a união homoafetiva fundada no amor, companheirismo, afetividade, no compartilhamento de alegrias e tristezas, como a união entre pessoas de sexos distintos, a união homoafetiva é uma realidade incontestável, que necessita ser regulamentada e amparada pelo Direito Positivo.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu às uniões homoafetivas em maio de 2011 o status de entidade familiar, assegurando, destarte, a elas, todos os direitos e deveres destinados à união estável havida entre homem e mulher, prevista no artigo 226, §3º da Constituição Federal/88.

Esta decisão foi suma importância para a luta dos homossexuais na busca incessante de respeito e a criação de uma lei específica que regule a união homoafetiva, banindo do ordenamento jurídico qualquer dúvida acerca do assunto.

O reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal, pois, representou uma grande evolução para o Direito de Família, significando uma enorme quebra de barreiras, e não há como negar a possibilidade de conversão desta em casamento, nem há como negar a possibilidade de os interessados se dirigirem diretamente ao Cartório para o efetivo casamento, lembrando que o pedido de ‘conversão’ é feito judicialmente, por meio de ação própria, e passará pelo crivo do Ministério Público e depende de sentença judicial.

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui fonte de muita importância para toda a conquista dos homossexuais, por ser o princípio superior e inerente a todos os indivíduos, englobando todos os demais direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição Federal/88, começando pelo direito à vida, passando pela liberdade e chegando à realização plena ao direito de ser feliz.

A evolução humana tem se mostrado mais acelerada que a evolução do Direito, necessitando de decisões como a do Supremo Tribunal Federal, ante a lacuna do legislador, para acompanhar toda essa evolução, não podendo o Direito manter-se alheio e omissivo ante a esta realidade.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Dóris de Cássia. A família homoafetiva e o princípio da dignidade da pessoa humana. Belo Horizonte, ago. 2011. **Ieprev**. Disponível em: <<http://www.ieprev.com.br/conteudo/id/25231/t/a-familia-homoafetiva-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 06 out. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. In: **VadeMecum Compacto Saraiva**, 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 9.

_____. Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil In: **VadeMecum Compacto Saraiva**, 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 157.

CHAVES, Mariana. União homoafetiva: breves notas após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF. **Jus Navigandi**, Teresina, jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19274>>. Acesso em: 9 dez. 2012.

_____. O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil. **Jus Navigandi**, Teresina, dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20672>>. Acesso em 11 set. 2012.

CHAVES, Sérgio Fernando de Vasconcelos. **A família e a união estável no novo Código Civil e na Constituição Federal**: direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004 *apud* PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, Graciela Leães Álvares da; MOREIRA, José Alberto Marques. **Os efeitos Jurídicos da união homossexual**. Porto Alegre: Data Certa, 1999 *apud* FIDÉLIS, Carolina Maria. **União homoafetiva à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. 2008. 103 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008.

DANI, Grasiela Cristine Celich. Casamento homoafetivo: Possibilidade jurídica? **Âmbito jurídico**, Rio Grande, maio. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9264>. Acesso em: 06 nov. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006 *apud* FARIAS, Mariana de Oliveira. MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por Homossexuais**: A família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. A família homoafetiva. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, maio 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6107>. Acesso em: 13 set. 2011.

_____. **Manual de Direito de Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **União homossexual: o preconceito e a justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000 *apud* FIDÉLIS, Carolina Maria. **União homoafetiva à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.** 2008. 103 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2009.

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

FIDÉLIS, Carolina Maria. **União homoafetiva à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.** 2008. 103 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008. Acesso em: 14 mar. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2011.

LACERDA NETO, Artur Virmond de. **A homossexualidade em Platão,** ago. 2007. *apud* SANTOS, Anna Cláudia Lucas dos. Comparativo da união estável e as relações homoafetivas como instituição familiar frente à Constituição Federal de 1988. **Âmbito Jurídico,** Rio Grande, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9588>. Acesso em: 07 nov. 2011.

LEMOS, Iara; OLIVEIRA, Mariana. **Oito propostas em discussão na Câmara regulamentam união gay: duas propostas em andamento restringem direitos aos homossexuais.** Supremo reconheceu na quinta-feira (5) união estável homoafetiva. G1, Brasília, maio. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/05/oito-propostas-em-discussao-na-camara-regulamentam-uniao-gay.html>>. Acesso em: 09 dez. 2012.

LIMA, Francisco Arnaldo Rodrigues de. O princípio da dignidade da pessoa humana nas constituições do Brasil. Rio Grande, fev. 2012. **Âmbito Jurídico.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11138&revista_caderno=9>. Acesso em: 12 out. 2012.

LIRA, Penélope Aryadne Antony. CHAGAS, Yonete Melo das. A viabilidade do casamento civil entre os pares homoafetivos. **Jus Navigandi,** Teresina, maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21879/a-viabilidade-do-casamento-civil-entre-os-pares-homoafetivos>>. Acesso em: 09 set. 2012.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Paulo César Ribeiro. WERKÄUSER, Stefan. MACCARINI, Lucas. Direito Fundamental à igualdade: Repercussão jurídico-patrimonial da união homossexual. **Âmbito Jurídico,** Rio Grande, abr. 2008. Disponível em:

<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2528&revista_caderno=14>. Acesso em: 31 maio 2012.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A união homoafetiva no direito previdenciário**. São Paulo: LTR, 2008.

MIRANDA, Cíntia Morais de. Consequencias de direito após o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20380>>. Acesso em: 08 dez. 2012.

MOSCHETTA, Sílvia OzelameRigo. **Homoparentalidade: Direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos**. Curitiba: Juruá, 2009.

MELLO, Thais Zanetti de. SANTOS, Liziane dos. União Estável. **Âmbito Jurídico** Rio Grande, abr. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3981>. Acesso em: 06 nov. 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2011

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PINTO, Davi Souza de Paula. União homoafetiva como entidade familiar. **Âmbito Jurídico** Rio Grande, dez. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5370>. Acesso em: 07 nov. 2011.

SILVA, Evellin Costa e. O casamento homoafetivo à luz da constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, nov. 2012, Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22964>>. Acesso em: 08 dez. 2012.

SILVA, Marcos Raimundo das Chagas. **União homossexual: princípios e fundamentos jurídicos**. Rio de Janeiro, 2009. Monografia (Bacharel em Direito) – Centro de Estudos Sociais, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2009.

SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e poder popular. São Paulo. Malheiros, 2000. *apud* ALESSI, Dóris de Cássia. A família homoafetiva e o princípio da dignidade da pessoa humana. Belo Horizonte, ago. 2011. **Ieprev**. Disponível em: <<http://www.ieprev.com.br/conteudo/id/25231/t/a-familia-homoafetiva-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 06 out. 2012.

TAVALERA, Glauber Moreno. **União civil entre pessoas do mesmo sexo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004 *apud* FERREIRA, Aline Carla Campos. **Direito sucessório dos casais homoafetivos**. 2011. 34 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena, 2011.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STF e a união estável homoafetiva. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito

das Famílias. **Jus Navigandi**, Teresina, maio. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19086>>. Acesso em: 08 dez. 2012.

VELOSO, Zeno. **Código Civil comentado**. São Paulo: Malheiros, 1997 *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011.