

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUÍS HENRIQUE ACCIERINI

**ASPECTOS DA UNIÃO HOMOAFETIVA E O DIREITO PÁTRIO:
o reconhecimento como entidade familiar e as novas possibilidades jurídicas**

**CURITIBA
2012**

LUÍS HENRIQUE ACCIERINI

**ASPECTOS DA UNIÃO HOMOAFETIVA E O DIREITO PÁTRIO:
o reconhecimento como entidade familiar e as novas possibilidades jurídicas**

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel.

Prof^a Orientadora:
Dr^a Ana Carla Harmatiuk Matos

**CURITIBA
2012**

LUÍS HENRIQUE ACCIERINI

**ASPECTOS DA UNIÃO HOMOAFETIVA E O DIREITO PÁTRIO:
o reconhecimento como entidade familiar e as novas possibilidades jurídicas**

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADORA: _____

Prof^a. Dr^a. Ana Carla Harmatiuk Matos

Prof^a. Dr^a. Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz

Prof^a Luciana Pedroso Xavier

Curitiba, 11 de dezembro de 2012.

Ao meu avô,
Adolfo Accierini,
que me ensinou meus valores mais caros.
Saudade, vô.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer à Universidade Federal do Paraná. Essa instituição, agora centenária, me ensinou tanto nesses últimos cinco anos, que não há palavras que possam descrever o meu amor por essa Casa. Minha vida não seria a mesma sem a lição dos mestres de qualidade inquestionável que, para além dos ensinamentos jurídicos, me ensinaram valores de vida.

Em especial, nesse momento, gostaria de agradecer ao Professor Doutor Ricardo Marcelo Fonseca, Diretor do Setor de Ciências Jurídicas dessa Universidade, o qual considero um verdadeiro amigo, que se mostrou tão disposto a me auxiliar durante os quase dois anos e meio em que fui Presidente do Conselho de Representantes Discentes, e sem o qual, tenho certeza, nossa Universidade não estaria no nível de excelência que agora se encontra.

Ainda, à Professora Doutora Ana Carla Harmatiuk Matos, orientadora desse trabalho, pela confiança em mim depositada, bem como pelos conselhos durante todo o curso, que, para muito além da vida acadêmica, me ajudaram a traçar o rumo correto em momentos em que, tomado pela escuridão, não conseguia enxergar a luz das decisões corretas. Uma verdadeira amiga. Obrigado por todo o auxílio a mim prestado, em especial nesta monografia.

À minha família, distante fisicamente de mim, mas sempre presente em meu coração.

A José Geraldo, meu pai, que, tão duro em suas convicções, me ensinou a nunca desistir daquilo que considero correto, a batalhar pelos meus sonhos, e a valorizar cada uma das minhas conquistas.

À Catarina, minha querida mãe, a responsável por eu ser esse chorão incondicional, tão sensível, tão frágil, tão humano. Obrigado por tudo.

À minha querida irmã Lígia, com a qual, desde sempre, aprendi a partilhar. Tão diferente de mim, me ensinou que ser irmão é ter um amigo pra vida inteira.

Aos meus avós, tios, primos e amigos de minha cidade natal.

Ao Partido Democrático Universitário e todos os seus membros, pelas amizades, pelos ensinamentos, pelo trabalho duro, pelas lições, pela confiança, pelas convicções inabaláveis, pela beleza de seus membros e pelas melhores festas da minha vida.

Ao Conselho de Representantes Discentes do Curso de Direito da Universidade

Federal do Paraná, o qual tive a honra de presidir por quase dois anos e meio. Pelos amigos que fiz, pelas lições, pela oportunidade de trabalhar pelos estudantes dessa Casa, defendendo tudo aquilo que acredito ser essencial. Pela oportunidade de representar os alunos, cada um deles, exercendo, da melhor forma possível, a liderança a mim confiada.

Aos Personas: Juliana, Jéssica, Fábio, Guilherme, Liebl, Nagao, Nelson, Carol, Shimada, por sempre estarem comigo, pelas risadas, pela compreensão, pelo companheirismo, e por nunca me julgarem pelos meus defeitos. Obrigado pela amizade, amigos. Uma vez persona, sempre persona.

Aos meus amigos de trabalho, Guilherme, Aura, Juliane, Ketlyn, Marcella, Lana, sem os quais meus dias não seriam tão divertidos no gabinete.

À Denise Krüger Pereira, a melhor Desembargadora desse país, pela oportunidade, pela amizade, pela confiança, e à sua incrível família, em especial à Fernanda Krüger, a minha versão feminina de pessoa, pela amizade incondicional.

A Will Porfírio, por nunca permitir que eu desanimasse. Pelos puxões de orelha, pelas risadas, pelos momentos inesquecíveis, pela amizade. Por ser tão importante em minha vida. Por me ajudar a viver da maneira que considero mais correta.

À Ana Sofia, Eduardo Borges, Daniel Tavares, Carol Soares, por tornarem minha vida tão mais alegre com a presença de vocês.

A Daniel Bittencourt, pelos melhores momentos e maiores problemas, sem os quais não poderia ser a pessoa que sou.

Às minhas amigas de sala: Patrícia, Lana, Larissa, Lígia, Amanda, Anaíse, Cami Yoshida, Cami Grosbelli, Isabelle e Bruna. Pela amizade, por me amarem, pelas risadas, pelo apoio, por tornarem a faculdade um lugar tão mais agradável de estar. Por me mostrarem que vocês são o que ganhei de melhor em todo esse período. Por nunca me deixarem.

A Fernando Setembro, pelo apoio na reta final deste trabalho, pelo companheirismo, pelas risadas, pela presença nas minhas noites de insônia, pela amizade.

O amor é que é essencial

O AMOR é que é essencial.

O sexo é só um acidente.

Pode ser igual

Ou diferente.

O homem não é um animal:

É uma carne inteligente,

Embora às vezes doente.

Fernando Pessoa

RESUMO

As relações homoafetivas, por mais que sempre presentes na sociedade (em que pese os diferentes significados e a aceitação de cada momento), já estudadas pela medicina e psicologia, ainda trilham o caminho para que se atinja a igualdade jurídica, em comparação aos relacionamentos entre pessoas da sexualidade majoritária.

Nesse sentido, alguns países, principalmente os da Europa Ocidental, foram vanguardistas em tutelar essas relações e inseri-las no seio de seus ordenamentos jurídicos.

O direito pátrio tem trilhado, vagarosamente, o caminho da tutela e do reconhecimento dessas relações. Há de se analisar, ainda que de forma sucinta, os efeitos do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal das uniões homoafetivas como entidade familiar, seja nas novas possibilidades jurídicas abertas, seja no que se refere ao impacto social da decisão, evidenciando uma necessária pró-atividade do Poder Legislativo, tendo em vista ser quase que exclusivamente a jurisprudência a responsável pelas paradigmáticas conquistas que se tem presenciado.

Palavras-chave: união homoafetiva; igualdade jurídica; entidade familiar; novas possibilidades jurídicas; impacto social; inércia legislativa.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. ALTERAÇÕES DA CONCEPÇÃO SOCIAL DA HOMOSSEXUALIDADE NO TRANSCORRER DO TEMPO.....	13
2.1 SOCIEDADE E HOMOSSEXUALIDADE.....	13
2.2 A HOMOSSEXUALIDADE E OS ESTUDOS MÉDICOS E PSICOLÓGICOS.....	17
2.3 O CONCEITO CLÁSSICO DE FAMÍLIA E O SURGIMENTO DE FORMAS ALTERNATIVAS	21
3. RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E ASPECTOS DO DIREITO ALIENÍGENA: OS PRIMEIROS DIREITOS ASSEGURADOS ÀS RELAÇÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO	25
3.1 EUROPA.....	25
3.2 AMÉRICA DO NORTE	28
3.3 AMÉRICA DO SUL – ALGUNS VIZINHOS BRASILEIROS.....	33
4. O DIREITO PÁTRIO E AS UNIÕES HOMOAFETIVAS.....	35
4.1 O CÓDIGO CIVIL DE 1916, DE 2002 E A CONSTITUIÇÃO DE 1988: TRANSFORMAÇÕES E SILÊNCIO NORMATIVO	35
4.2 UNIÃO HOMOAFETIVA E AS RESPOSTAS JURÍDICAS PÁTRIAS.....	40
5. A BUSCA PELA IGUALDADE FÁTICA E JURÍDICA.....	52
5.1 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL EM CASAMENTO CIVIL	52
5.2 A REPERCUSSÃO SOCIAL DAS RECENTES MODIFICAÇÕES.....	55
5.3 ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL	58
5.4 APONTAMENTOS SOBRE A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O RECONHECIMENTO DE RELAÇÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADE FAMILIAR.....	62
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67
8. NOTÍCIAS CONSULTADAS.....	72
9. JURISPRUDÊNCIA CITADA	74

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho, intitulado de “Aspectos da União Homoafetiva e o Direito Pátrio: o reconhecimento como entidade familiar e as novas possibilidades jurídicas”, visa expor, ainda que de forma superficial, as transformações ocorridas no instituto da família, o qual, tradicionalmente marcado por ser um patriarcal, matrimonializado, transpessoal e heterossexual, se viu diante do “surgimento” de formas alternativas de estabelecimento de laços com características familiares.¹

Pouco a pouco, os pilares mais fundamentais do clássico instituto foram sendo relativizados.

O casamento, até pouco tempo considerado a única forma de constituição familiar, foi relativizado, primeiramente, com a possibilidade do divórcio, instituído pela Lei 6.516/77, e também o foi, assim como a característica da patriarcalidade, pela consagração, pela Constituição de 1988, do reconhecimento de famílias monoparentais.

Ademais, não é difícil encontrar famílias que, mesmo estabelecida entre homem e mulher, dependem financeiramente do labor da matriarca, o que também estremece uma das bases do conceito clássico de família.

Ainda, a transpessoalidade, em que a preocupação maior do indivíduo relaciona-se com a manutenção da entidade familiar, ao contrário da busca pelos anseios e objetivos pessoais, foi gradativamente dando lugar a incessante busca pela realização pessoal, sobretudo, em detrimento de manutenção, pura e simplesmente, do status da família nos moldes tradicionais.

O último pilar que se mantém um pouco mais rígido é o da heterossexualidade. Entretanto, em especial nas últimas décadas, o surgimento de formas alternativas homossexuais de relacionamentos, com intuito de constituição de família, parece ter colocado em “xeque” essa característica.

E é justamente essa transformação que o presente trabalho visa explorar, em especial após diversas conquistas que se deram, sobretudo, na jurisprudência pátria.

Primeiramente, em seu primeiro capítulo, busca o trabalho, apenas a título expositivo, e de forma a facilitar a compreensão de que a homossexualidade sempre

¹ O presente trabalho tratará apenas das uniões homoafetivas, sem, entretanto, entrar em temas como adoção, reprodução humana assistida, dentre outros, de modo a delimitar o termo e procurar sistematizar as transformações “de base” para os diversos efeitos.

esteve presente na história da humanidade, mostrar como algumas das sociedades antigas (em especial aquelas que mais contribuíram para a formação da cultura ocidental) lidavam com a presença da homossexualidade em seu contexto social.

Ademais, esse capítulo também tem o intuito, ainda que de forma breve, mostrar como a Medicina e a Psicologia têm, ao longo do tempo, modificado o entendimento sobre a questão. A mudança de postura dessas ciências parece acompanhar, na verdade, a própria mudança social na concepção da homossexualidade, e é esse o motivo, acima de tudo, que torna essa exposição relevante.

Por fim, o capítulo expôs algumas das transformações sofridas pelo instituto da família, demonstrando, assim, a relevância da exposição e estudo da temática, especialmente após as conquistas dos homossexuais perante os tribunais pátrios.

O segundo capítulo da obra, por outro lado, expõe algumas das primeiras conquistas garantidas aos homossexuais pelo mundo, privilegiando, entretanto, países europeus e americanos, seja por estarem vanguarda na tutela desses direitos, seja pela influência mundial que possuem, sobretudo na cultura mundial. Com essa exposição objetiva-se também demonstrar o contexto mundial para que se facilite a compreensão de como essas inovações foram recebidas em nosso país.

O terceiro e penúltimo capítulo, a essência desse trabalho, demonstra a evolução das respostas jurídicas pátrias, sobretudo as realizadas pelo Poder Judiciário, no intuito de demonstrar como se deu e ainda se dá a tutela dos relacionamentos afetivos homossexuais. A importância desse capítulo, para além da mera exposição das conquistas já obtidas, encontra-se no sentido de demonstrar o árduo caminho percorrido para que, finalmente, as uniões homoafetivas fossem reconhecidas como entidades familiares, bem como apontar caminhos que se acredita ser os próximos passos na efetivação de garantias constitucionais aos parceiros de mesmo sexo.

Por fim, o trabalho tenta trazer alguns dos impactos sociais das transformações que ocorreram na sociedade com o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares.

2. ALTERAÇÕES DA CONCEPÇÃO SOCIAL DA HOMOSSEXUALIDADE NO TRANSCORRER DO TEMPO.

Seção I – Sociedade e a Homossexualidade.

Ab initio, importante que se faça uma breve (e, conseqüentemente, incompleta) demonstração da existência de relacionamentos homoafetivos em sociedades existentes no passado da humanidade. Para ser mais preciso, uma análise rápida da aceitação do afeto homossexual em algumas das sociedades antigas, com o objetivo de demonstrar que, em palavras comumente atribuídas a Goethe, “*a homossexualidade é tão antiga quanto a heterossexualidade*”.²

Cabe ressaltar que se entende essa demonstração apenas como ilustrativa da importância e antiguidade da temática que se aborda, não se desejando realizar uma “introdução histórica”, ou seja, não se pretende realizar uma justificativa para os atuais moldes do direito.³

Nesse sentido, imperioso que se analise as precisas palavras do Professor Ricardo Marcelo Fonseca:

“(…) Ocorre que a grande parte das obras existentes neste campo aderem (consciente ou mesmo inconscientemente) ao prontuário positivista de se fazer história, quer nos tradicionais manuais de história, quer nas apologéticas ‘introduções históricas’ invariavelmente presentes nos manuais das disciplinas dogmáticas. Esta opção teórica (que será desvelada no decorrer do trabalho) inevitavelmente empobrece e às vezes deturpa as discussões da disciplina que desta forma não dispõe de nenhum conteúdo crítico ou questionador, quando estes poderiam ser justamente, por vocação, os seus apanágios.”⁴

Há de se considerar que a homossexualidade sempre existiu no seio das relações sociais, podendo ser encontrada, inclusive, dentre povos selvagens, bem como nas

² Frase atribuída a Goethe.

³ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Direito e História: relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de António Manuel Hespanha*, 1997, Curitiba, 118 f., Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997, p.1-2.

⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Direito e História: relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de António Manuel Hespanha*, 1997, Curitiba, 118 f., Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997, p.1-2.

civilizações mais remotas, como a romana, egípcia, grega e assíria.⁵

Das inúmeras sociedades antigas possíveis de serem analisadas quanto à temática (como a sociedade babilônica e chinesa, conforme ensina Ana Cláudia Bortolozzi Maia e Mariana de Oliveira Farias⁶), limitar-se-á às sociedades grega e romana, por serem justamente as que influenciaram de forma mais direta a construção do pensamento e da cultura ocidental moderna e contemporânea.

Nestas sociedades, as práticas homossexuais eram aceitas, ainda que sem o caráter afetivo e de busca de construção de família, conforme se demonstrará adiante.

Nas palavras de Maria Berenice Dias, utilizando-se dos ensinamentos de Humberto Rodrigues:

“Fazia parte do tecido social na Grécia antiga e era importante também no Império Romano. Com o nome de pederastia⁷, a homossexualidade ocupava um lugar na estrutura social como ritual sagrado.”⁸

Na Grécia antiga, sabe-se que a cultura e o pensamento eram influenciados sobremaneira pelos mitos e culto aos deuses, os quais eram recheados de referências às práticas homossexuais.

Nessa cultura, enquanto a bissexualidade podia ser entendida como presente no contexto social, inserida dentre as práticas sociais, a heterossexualidade, por sua vez, pode até mesmo ser considerada como subsidiária e quase que com objetivo exclusivo de procriação. A homossexualidade, ademais, era considerada extremamente natural, praticada, em suma, em ambientes cultos, de forma que pode se considerar que era

⁵ BRITO, Fernanda de Almeida. *União Afetiva entre Homossexuais e seus Aspectos Jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000, p. 46.

⁶ “Além da civilização greco-romana, há registros de práticas homossexuais em civilizações mais antigas. Na Babilônia existia a prostituição homossexual masculina. E na china, durante a dinastia Zhou, o casamento era um fato social que não precisava estar vinculado ao amor. Este, por sua vez, poderia ser vivenciado fora do casamento, inclusive entre pessoas do mesmo sexo. Geralmente, isso ocorria entre homens de classes sociais distintas. O da classe superior assumia postura ativa no relacionamento e o da classe inferior, postura passiva. Não há relatos de relacionamentos homossexuais entre mulheres naquela época.” DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

⁷ Pederastia: prática sexual entre um homem e um rapaz mais jovem (Dicionário Houaiss)

⁸ RODRIGUES, Humberto: O amor entre iguais. São Paulo: Mythos, 2004, p. 36 *apud* DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 33.

quase que reservada aos mais abastados.⁹

Tanto é verdade que cabe lembrar que os Jogos Olímpicos eram exclusivamente masculinos, tanto em termos de atletas como em relação ao público que era autorizado a assistir às competições. Os atletas, todos nus, exibiam seus corpos moldados pela prática de exercícios, numa clara exaltação a beleza do corpo masculino. As mulheres eram impedidas de assistirem as disputas, sob o argumento de *não terem capacidade para apreciar o belo*.¹⁰

Entendiam os gregos que o jovem deveria passar por um relacionamento homossexual, com um homem mais velho, no intuito de romper com laços afetivos e com a identificação do rapaz com sua matriarca, passando, então, a efetivamente integrar a comunidade masculina e preparando-o para a vida pública.¹¹

Ainda, como afirma Anibal Guimarães, a pederastia era como uma base para a iniciação do conhecimento, da filosofia, ou seja, possuía um *caráter eminentemente pedagógico*.¹²

Interessantíssimo como os espartanos entendiam a questão. Estes, extremamente valorizadores da arte militar em detrimento da cultural, entendiam que os relacionamentos afetivos entre os homens, dentro do exército, eram aceitáveis, e, mais que isso, eram considerados desejáveis, sendo, inclusive, incentivados. Fácil compreender o raciocínio realizado: os homens, lutando por suas Cidades-Estados, agora passariam a lutar também pela vida de seu amor, ou seja, a luta seria não só por uma crença política e a defesa de suas terras, mas pela manutenção de seu relacionamento amoroso e da vida daquele que amava, o que, sem dúvida nenhuma, aumentava a disposição e efetividade do exército espartano.

Já na sociedade romana, por mais que se aceitassem as práticas homossexuais como naturais, grande preconceito existia no que se refere ao que assumia a posição passiva da relação, pois demonstraria fraqueza, feminilidade, sujeição e mesmo

⁹ SOUZA, Ivone Coelho de. Homossexualismo, uma instituição reconhecida em duas grandes civilizações, In: *Instituto Interdisciplinar de Direito de Família. – IDEF Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 103.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 34.

¹¹ Expressões utilizadas por DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 35.

¹² GUIMARÃES, Anibal. Sexualidade heterodiscordante no Mundo Antigo in *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. Coordenadora Maria Berenice Dias – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 30.

problemas relacionados ao caráter do sujeito.

Ensina Silvia Morici¹³, que, tendo em vista que o papel passivo era destinado aqueles que estavam fora das estruturas do poder, como os homens jovens, mulheres e mesmo os escravos, parece ser evidente a ligação entre a *masculinidade-poder político e passividade-feminilidade-carência de poder*.¹⁴

Por fim, há de se fazer uma rápida (e deficiente) análise da influência religiosa (sobretudo da Igreja Católica) que alterou o entendimento da sociedade sobre a temática dos relacionamentos homoafetivos.

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

“A Igreja Católica considera as relações de pessoas do mesmo sexo verdadeira perversão, uma aberração da natureza. Isso porque está escrito na Bíblia: com o homem não te deitarás como se fosse mulher, é abominação (Levítico, 18:22). Daí a condenação à homossexualidade. A concepção bíblica busca a preservação do grupo étnico baseada no Gênesis e na história de Adão e Eva: a essência da vida é o homem, a mulher e sua família. A suposta crença de que a Bíblia condena a homossexualidade serve de justificativa para o ódio e a crueldade contra gays e lésbicas, conforme lembra o padre católico-romano Daniel A Helminiak, que, no entanto, é categórico: Para mim, a Bíblia não fornece qualquer base real para a condenação da homossexualidade.”¹⁵

O mito construído acerca de Sodoma e Gomorra, que inclusive deu origem ao termo sodomia, utilizado para se referir ao coito anal, constitui um dos principais argumentos de ordem religiosa para que se entenda pela “demonização” das práticas homossexuais.

Parece-nos que a perseguição realizada, mais do que um combate às práticas sexuais homossexuais, estava ligada a combater o exercício da liberdade, em que um homem optava por “abdicar de seus privilégios como homem, e da sua *honra como cidadão, para se comportar de maneira 'passiva e inferior', própria das mulheres, para obter prazer*.”¹⁶

¹³ MORICI, Silvia. *Homossexualidade: um lugar na história da intolerância, um lugar na clínica*. Porto Alegre: Artmed. 1998, p. 157.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 35.

¹⁵ HELMINIAK, Daniel. *O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade*, São Paulo: Edições GLS, 1998, p. 16 *apud* DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

¹⁶ GUIMARÃES, Anibal. Sexualidade heterodiscordante no Mundo Antigo in *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. Coordenadora Maria Berenice Dias – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 33.

Seção II – A Homossexualidade e os Estudos Médicos e Psicológicos

Entende-se, antes de iniciar as exposições desta seção, ser de importância ímpar o esclarecimento sobre o intuito desta.

Busca-se, na verdade, demonstrar como a própria “ciência” (e aqui se utiliza essa palavra para tratar, ainda de que de forma rasa, de estudos médicos e psicológicos, em especial) reflete valores e concepções presentes na sociedade, sendo, portanto, uma maneira de expor a temática, relacionando-a diretamente com as mudanças sofridas pela humanidade, bem como pela própria Medicina e Psicologia, já que conexas.

O intuito não é trabalhar a ciência de forma positivista e meramente histórico-expositiva, mas trazer alguns elementos da evolução das pesquisas e estudos realizados nestas áreas do saber, no intuito de facilitar a própria compreensão da sociedade, seja as mais antigas, seja a atual.

Sabe-se que, “O método”, diz Ricardo Marcelo Fonseca, “não é ‘puro’, mas é resultado de uma construção onde a presença do sujeito (e de seus múltiplos condicionantes) é uma constante.”¹⁷

Portanto, por mais que se pretenda, mesmo essa exposição breve que se fará não será de todo neutra. Entretanto, ainda assim, importante que se traga mais elementos de estudo da sociedade e mesmo das respostas trazidas por áreas da ciência à homossexualidade.

Assim, neste momento, há de se realizar uma breve exposição de como a ciência (entendida nos moldes brevemente acima expostos) lidou, e ainda lida, com a questão da homossexualidade.

Por orientação sexual, entende-se a *afirmação de uma identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual direciona-se para alguém do mesmo sexo (homossexualidade), sexo oposto (heterossexualidade), ambos os sexos (bissexualidade) ou a ninguém (abstinência sexual)*.¹⁸

O primeiro médico¹⁹ a dedicar-se ao estudo do tema foi Karoly Benkert, sendo,

¹⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Direito e História: relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito* a partir da obra de Antônio Manuel Hespanha, 1997, Curitiba, 118 f., Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997, p.22.

¹⁸ RIOS, Roger Raupp. Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. *Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, n. 6, 1998, p 29.

¹⁹ Ressalte-se aqui que, tendo em vista ser a homossexualidade presente em toda a história da humanidade, há de se

inclusive, a ele atribuída a criação do termo “homossexualidade” no ano de 1869.²⁰ Suas conclusões caminham no sentido de não ser a homossexualidade uma preferência sexual.

Entretanto, a maioria dos médicos que se dedicaram ao tema, após Benkert, trataram a homossexualidade como distúrbio sexual e psicológico, tendo em vista afastar-se da heterossexualidade dominante e “normal”. Tratavam-na, como alguns ainda o fazem, como perversão sexual.²¹

E nesse sentido, vejamos o conceito de homossexualidade de Hélio Gomes, para quem esta se trata de *perversão sexual que leva os indivíduos a sentirem-se atraídos por outros do mesmo sexo, com repulsa absoluta ou relativa para os de sexo oposto.*²²

E, para que não se imagine ser uma opinião isolada e tão antiga quanto a exposta acima, cita-se agora o conceito de homossexualidade trazido por Delton Croce e Delton Croce Júnior, que possuem uma visão “médico-legal”²³:

“configura atração erótica por indivíduos do mesmo sexo. É perversão sexual que atinge os dois sexos; pode ser, portanto, masculino – quando praticado por homens entre si – e feminino – quando por mulher com mulher. Homossexual é o que pratica atos libidinosos com indivíduos do mesmo sexo ou então apenas exhibe fantasias eróticas a respeito, e, do ponto de vista legal, o que perpetrou um ato homossexual devidamente confirmado.”²⁴

Com a condenação dos homossexuais pela cultura imposta pela Igreja Católica, com manifestações mais marcantes durante a Idade Média, por meio da Santa Inquisição, a Medicina, desde então, tentou encontrar justificativas (biológicas, psiquiátricas ou genéticas) para que se chegasse à cura do homossexualismo (importante ressaltar a utilização do sufixo “ismo”, utilizado na nomenclatura de doenças).

E assim, diante dessa busca por respostas médicas e uma “solução” para o “distúrbio”, diversas técnicas foram utilizadas, desde injeções de hormônios, lobotomia, choques elétricos, cirurgias cerebrais, dentre outras.

Vejamos qual era o pensamento dominante há não mais de 60 anos:

acreditar que outros se debruçaram à análise do tema anteriormente, sem deixar registros, no entanto.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.

²¹ GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 67.

²² GOMES, Hélio. *Medicina Legal.* 25ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 412.

²³ BRITO, Fernanda de Almeida. *União Afetiva entre Homossexuais e seus Aspectos Jurídicos.* São Paulo: LTr, 2000, p. 43.

²⁴ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Manual de Medicina Legal.* São Paulo: Ed. Saraiva, 1995, p. 600.

“São muitos, homens, só homens que se beijam uns aos outros, e se devoram, e se desgraçam. É uma legião imensa de viciados que se atira no lôdo da prostituição e se afoga nos charcos de fezes. Eu os quis estudar, conhecer a mentalidade coletiva desses doentes tarados. (...) Rapazes sadios, constituições atléticas, adolescentes que poderiam ser normais, entregam-se às práticas contra a natureza, sem reservas, doidamente, desvairadamente. (...) Perdoai-os; são doentes, não sabem o que fazem. Devemos, pois, estudar o psiquismo dos pederastas, as causas e os efeitos do homossexualismo. Não se pode falar em vício sem lhe ressaltar as conseqüências funestas.”²⁵

Demonstração da concepção reinante até pouco tempo atrás é a “Classificação Internacional de Doenças – CID”, que até o ano de 1993 catalogava o homossexualismo (ressalte-se novamente a utilização do sufixo ismo) na categoria “Desvios e Transtornos Sexuais”, sendo que, então, colocou o homossexualismo no Capítulo dos “Sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais”, tendo deixado de ser considerado um distúrbio apenas em 1995, quando da edição da nota: “*a orientação sexual, por si só, não deve ser considerada um transtorno*”. Neste momento, deixou de ser utilizada a expressão homossexualismo, que deu lugar à expressão homossexualidade (o sufixo “dade” está relacionado ao jeito de ser).

Quanto a este ponto, Fernanda de Almeida Brito expressa que a substituição do sufixo se deu, principalmente, pela conclusão dos cientistas de que os transtornos comumente observados nos homossexuais se dão, usualmente, pela discriminação e preconceito que sofrem no convívio social, e não pela sua condição sexual.²⁶

Uma das maiores buscas atuais da Medicina é justamente pelo “gene da homossexualidade”, que explicaria de forma biológica o comportamento e preferências diferentes desta classe.

Porém, deve-se deixar claro que qualquer busca pela “origem” da homossexualidade deve ser refutada e combatida, pois qualquer que seja a resposta dada pela Medicina, só contribuirá para o aumento do preconceito. Explica-se: caso seja encontrada alguma diferença genética entre homossexuais e heterossexuais, terá se encontrado o “problema” dos homossexuais, e surgirá uma solução biológica, tratando a questão, claramente, como uma doença. Ainda, caso nada se encontre e a resposta seja meramente ambiental e social, se concluirá que os homossexuais “são assim porque

²⁵ JAIME, Jorge. *Homossexualismo Masculino*. 2ª edição, p. 17-18.

²⁶ BRITO, Fernanda de Almeida. *União Afetiva entre Homossexuais e seus Aspectos Jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000, p. 46.

querem”, ou seja, serão ainda mais vítimas de discriminação, julgamento e perseguição, dando mais subsídio para visões preconceituosas, como aquelas pregadas por muitas religiões. Neste ponto, portanto, discorda-se dos pensadores que acreditam que um achado genético contribuiria para a minoração da discriminação, como Maria Berenice Dias.²⁷

Ademais, cabe ressaltar que o próprio Conselho Federal de Psicologia, há mais de 13 (treze) anos, proibiu que a homossexualidade fosse tratada como doença.²⁸

Há de se ressaltar, entretanto, que diante das transformações que vem passando o conceito de família (o que será explorado mais adiante), a Medicina tem prestado, por vezes, contribuições importantes na busca pela igualdade entre homossexuais e heterossexuais.

Neste sentido, importante ressaltar, por exemplo, a Resolução 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina²⁹, que permitiu a utilização das técnicas de reprodução assistida também para homossexuais, bem como a Súmula Normativa 12/2010³⁰, da Agência Nacional de Saúde, que garantiu benefícios aos companheiros homossexuais daqueles que são titulares de planos de saúde.

Assim, conclui-se que a ciência, ao mesmo tempo em que pode contribuir para o fim das desigualdades no tratamento entre heterossexuais e homossexuais, também pode ser utilizada numa busca irracional por soluções e respostas para o “problema da homossexualidade”, o que deve ser rechaçado e combatido.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 50.

²⁸ Resolução que proíbe tratar homossexualidade como doença completa dez anos. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2009-03-24/resolucao-que-proibe-tratar-homossexualidade-como-doenca-completa-dez-anos>. Acesso em 21.11.2012.

²⁹ Resolução 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em 26.07.2012.

³⁰ Súmula Normativa 12/2010 da Agência Nacional de Saúde. Disponível em: http://www.ans.gov.br/texto_lei.php?id=70. Acesso em 26.07.2012.

Seção III – O Conceito Clássico da Família e o Surgimento de Formas Alternativas.

Não são necessárias maiores delongas para que se conclua que o conceito clássico de família encontra-se embasado na patriarcalidade e na heterossexualidade, refletindo os valores historicamente construídos e exaltados pela cultura ocidental cristã. Ademais, como bem ressalta Ana Carla Harmatiuk Matos, a transpessoalidade era característica dessa instituição, sendo sua finalidade voltada para a própria sociedade, e não para os integrantes da família.³¹

Porém, contemporaneamente, diante das transformações ocorridas com a urbanização, com a tecnologia e com a superação de antigos dogmas e estruturas tradicionais, muitas modificações no modelo familiar clássico podem ser notadas.

Inicialmente, há de se considerar a possibilidade do divórcio, o que, por si só, tem o condão de quebrar com aquela velha concepção do casamento eterno e indissolúvel pregada pela Igreja Católica. Ademais, a própria possibilidade legal da união estável, consagrada no Código Civil de 2002, demonstra as transformações na família clássica. Outra mudança pequena, mas que possui um enorme valor no sentido de ser a materialização da superação do clássico e tradicional, é a opção da mulher em não adotar o sobrenome do marido, bem como a possibilidade deste adotar o sobrenome da esposa, conforme disposição do artigo 1.565 do diploma legal em comento.³²

Dessa forma, pode-se presenciar uma profunda modificação no seio das relações familiares, agora marcadas pela busca da efetiva igualdade entre o homem e mulher (apenas se verifica a conquista da igualdade formal) e pelo “surgimento” de verdadeiras formas alternativas de família, como a que ocorre com as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo (aqui chamadas de homoafetivas, utilizando-se de conceito criado por Maria Berenice Dias). Assim, não só questiona-se a característica patriarcal da família clássica, mas também sua característica exclusivamente heterossexual.

³¹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. "Novas" entidades familiares. In: Ana Carla Harmatiuk Matos (Org.). A construção dos novos direitos. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008, p. 16-32.

³² Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

Porém, mesmo quando tratamos de relações homoafetivas, usualmente faz-se um juízo de valor claramente ligado a valores patriarcais e heterossexuais. Nesse sentido, precisas são as palavras de Ana Carla Harmatiuk Matos:

O imaginário, fundado no 'mito da complementaridade', com a estrita divisão dos papéis entre homem e mulher, faz-se presente quando se perquiri qual dos parceiros gays é sexualmente ativo, quem lava a roupa, qual se ocupa com o supermercado e quem recebe o maior salário, entre outros. Tais questionamentos, dirigidos à problemática homossexual, da mesma maneira denotam um raciocínio segundo a organização familiar na qual está presente a inferioridade feminina – pois estão relacionados com o papel econômico secundário da mulher e sua especial dedicação ao lar.³³

Para que se tenha uma breve idéia, até 1891, no Brasil, existia apenas uma forma de casamento: o religioso.

A família tradicional possui um evidente perfil patriarcal, extremamente vinculado ao casamento (o que se nota pela resistência, inclusive da Igreja, quando da instituição do casamento civil³⁴ e mesmo do divórcio), bem como uma relação hierarquizada entre os membros.

Esse modelo foi colocado à prova apenas quando da Revolução Industrial, que obrigou muitas mulheres a abandonarem seus lares e sua ocupação de “administradora do lar e responsável pela criação dos filhos”, para que se juntassem à massa trabalhadora das grandes fábricas, de modo a garantir uma renda mínima para que a família pudesse sobreviver.

É nesse momento histórico que, pela primeira vez, a família tradicional vê um de seus principais pilares sendo derrubado.

Desses pilares citados, o último a ser derrotado, ainda que apenas institucionalmente, é o da heterossexualidade. Há pouco tempo, não havia que se falar em família sem que nesse conceito estivesse presente a figura de um homem e de uma mulher, sendo que, quando o Direito era colocado frente a casos em que a realidade superava a criação legislativa, aplicava-se, quando muito, o instituto da sociedade de fato, que equiparava os relacionamentos homoafetivos a meros parceiros de negócios, com

³³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Iguais, mas Diferentes: Efeitos Jurídicos da União entre Pessoas do mesmo Sexo*. 2003, 199 f., Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003, p. 9.

³⁴ Nas palavras do Papa Pio IX: “o casamento civil é um torpe e vil concubinato.” In: LOREA, Roberto, *Cidadania sexual e laicidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 40.

intuitos patrimoniais comuns.

Quanto ao tema, há de se considerar que a busca é pela satisfação sexual e emocional, a qual não se restringe apenas ao casamento.³⁵

Para que não se imagine que os homossexuais estão em número reduzidíssimo no mundo, há de se trazer alguns dados mais elucidativos da quantidade de pessoas que se estima serem de orientação homossexual no planeta.

Por mais que os dados nacionais sejam quase inexistentes, pautados quase que exclusivamente nas pesquisas realizadas para o Censo, há de serem expostos nesse momento.

O último Censo realizado em nosso país, no ano de 2010, identificou mais de 60 mil casais homossexuais em nosso país.³⁶

Lembremos aqui, a princípio, que muitos, por vergonha ou mesmo medo de sofrerem algum tipo de preconceito, escondem conviver com outra pessoa do mesmo sexo, o que torna a pesquisa muito questionável. O número é, muito provavelmente, muito maior.

Pesquisa realizada pela Datafolha, no ano de 2002, entretanto, revelou que mais de 14% dos homens e 5% das mulheres admitem já ter tido relações homossexuais.³⁷

Quanto aos números mundiais, segundo Luiz MOTT, os homossexuais seriam mais de 10% da população mundial.³⁸

Diante, portanto, da superação da norma pela realidade, ficou evidente o *surgimento de novas famílias, que floresceram vinculadas pelo afeto*.³⁹

É nesse exato momento que o Direito se perguntou o que fazer diante da realidade que agora inundava os tribunais com demandas por igualdade, exigindo o reconhecimento de direitos por anos negados às famílias que não se encaixavam no modelo codificado.

³⁵ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 07.

³⁶ Resultados do Censo do ano de 2010. IBGE. Disponível em <http://www.censo2010.ibge.gov.br/resultados>. Acesso em 28.09.2012.

³⁷ Relatório Folha da sexualidade brasileira, em caderno Mais, Folha de S. Paulo, 10 de janeiro de 1998, p. 4-11. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Iguais, mas Diferentes: Efeitos Jurídicos da União entre Pessoas do mesmo Sexo*. 2003, 199 f., Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003, p. 46.

³⁸ Dados presentes no artigo Orgulho Gay e consciência homossexual, publicado no caderno Opinião da Folha de S. Paulo, p. A-3, 28 de junho de 2000. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Iguais, mas Diferentes: Efeitos Jurídicos da União entre Pessoas do mesmo Sexo*. 2003, 199 f., Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003, p. 46.

³⁹ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 105.

Ainda, importantíssimo considerar que “A família”, conforme ensina Ana Maria Gonçalves Louzada, “é muito mais do que reunião de pessoas com o mesmo sangue. Família é encontro, afeto, companheirismo, é dividir para somar.”⁴⁰

Ainda, importante trazer as palavras de Viviane Girardi, que considera que, após as grandes transformações sociais, atualmente a família encontra-se muito mais fundada na “solidariedade e ajuda mútua dos seus membros do que no império da lei.”⁴¹

Surgiram, então, diversas decisões conflitantes, o que levou à insegurança jurídica, vez que, de acordo com critérios de interpretação pessoal do juiz, bem como utilização ou não de analogias, sem suporte legal expresse (ressalte-se, que, em que pese à existência dos princípios constitucionais, que já seriam capaz de assegurar os direitos pretendidos pelos homossexuais, bem como inexistência de qualquer vedação legal, não há legislação específica sobre o tema, bem como, nas normas existentes, não há referência expressa aos relacionamentos homoafetivos), as decisões eram essencialmente marcadas, ao menos aparentemente, por refletirem a opinião do próprio julgador.

Os militantes pela igualdade jurídica e fática para os relacionamentos homoafetivos não presenciaram a enorme quantidade de decisões contraditórias de forma inerte. Por anos, a busca foi pela aprovação de projetos de lei e uniformização e inovação na jurisprudência.

Nas palavras de Maria Berenice Dias, “o fato de inexistir legislação que contemple as uniões de pessoas do mesmo sexo não impediu a busca de tutela jurídica”.⁴²

⁴⁰ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do conceito de família. In: DIAS, Maria Berenice. *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 271.

⁴¹ GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 24.

⁴² DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 126.

3. RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E ASPECTOS DO DIREITO ALIENÍGENA: OS PRIMEIROS DIREITOS ASSEGURADOS ÀS RELAÇÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO.

Sabe-se que a luta pela conquista de direitos aos homossexuais não se trata de algo local, mas sim de uma verdadeira batalha a nível mundial. E é justamente nesse sentido que se entende ser também importante, antes de adentrarmos no foco deste trabalho, o qual é o direito pátrio, demonstrarmos, ainda que brevemente, como se deu a conquista dos primeiros direitos relacionados às uniões homossexuais em alguns outros países, bem como uma pequena exposição da situação atual.

O objetivo principal desse capítulo, portanto, é demonstrar em que locais se consolidaram as primeiras conquistas dos homossexuais no mundo no que se refere às uniões com seus parceiros, realizando, apenas a título ilustrativo, uma divisão territorial na exposição da temática, a qual, importante salientar, não abarca a totalidade dos territórios.

Ressalta-se, desde já, que apenas se analisará, superficialmente, algumas conquistas presentes em países europeus e da América do Norte e do Sul. Os dois primeiros, por serem os de maior relevância em nível de influência mundial e por se tratarem de pioneiros no tema. O último, por se tratar de países vizinhos ao Brasil, o que demonstrará o contexto vivido em terras sul-americanas.

Seção I – Europa

Ainda no primeiro capítulo deste trabalho, tentou-se, ainda que em linhas gerais, demonstrar como civilizações como a grega e a romana já eram marcadas pela homossexualidade e como tratavam o tema de forma natural, ainda que não se falasse na constituição de verdadeiras famílias homoafetivas.

Há de se imaginar, portanto, que essa influência direta, bem como esses pilares construídos há centenas e mais centenas de anos, caminharam no sentido de tornar a Europa um local com decisões pioneiras e concepções muito mais avançadas e inovadoras no que tange ao reconhecimento de direitos aos casais homossexuais.

Passemos agora, então, a uma análise de vários países que se demonstraram na vanguarda da tutela desses direitos.

Iniciar-se-á pelo país que primeiro realizou o registro e reconhecimento das uniões civis homossexuais: a Dinamarca.⁴³

Conforme se sabe, no ano de 1968, no país da Dinamarca, houve, pelo Partido dos Socialistas Populares, a apresentação de um projeto de lei, que visava o reconhecimento das relações homossexuais. Entretanto, não se logrou êxito na sua aprovação, que carecia de mais apoio da ala mais conservadora do Parlamento.⁴⁴

Em 1973, a questão voltou à tona neste país, tendo em vista que a comissão para reforma do matrimônio entendia ser de especial importância a discussão sobre a possibilidade de estender o instituto do casamento a duas pessoas do mesmo sexo. A proposta, novamente, não foi aprovada, em especial por questões relacionadas ao conservadorismo e do tradicionalismo relacionado ao instituto do casamento, bem como pelo temor das conseqüências que tal ampliação teria no reconhecimento do matrimônio dinamarquês.

Diante do insucesso das tentativas até então, no ano de 1988, os partidos Socialistas (Socialista Popular e a Esquerda Radical) buscavam uma alternativa que colocasse, finalmente, fim à divisão que até então impedia a aprovação dos projetos. Foi criada, então, a idéia de *partnerskab*, que também possui a denotação de companheirismo e mesmo de associação, tendo em vista que o termo advém do inglês *partner*.⁴⁵

Não sem resistência, em junho de 1989, a proposta foi aprovada⁴⁶, prevendo, entretanto, restrições quanto à possibilidade de adoção, bem como de reprodução assistida.⁴⁷

Após a aprovação, os primeiros parceiros homossexuais no mundo a terem

⁴³ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 58.

⁴⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Iguais, mas Diferentes: Efeitos Jurídicos da União entre Pessoas do mesmo Sexo*. 2003, 199 f., Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003, p. 94.

⁴⁵ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Iguais, mas Diferentes: Efeitos Jurídicos da União entre Pessoas do mesmo Sexo*. 2003, 199 f., Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003, p. 95.

⁴⁶ CHAVES, Mariana. As uniões homoafetivas no direito comparado In: *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. Coordenação Maria Berenice Dias – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 50.

⁴⁷ The Danish Registered Partnership Act. Disponível em <http://users.cybercity.dk/~dko12530/s2.htm> Acesso em 13.11.2012.

formalizado sua união homoafetiva foram Axel e Eigil Axxil, seguidos por mais de dois mil casais entre os anos de 1989 e 1996.⁴⁸

Apenas para que se tenha noção da ampla aceitação e sucesso do instituto criado, além das milhares de oficializações, há de se ressaltar que no ano de 1997, a Igreja Evangélico-Luterana concedeu aos homossexuais o direito de realização de rito religioso para a consagração da união.⁴⁹

Outro dado importante que pode ser trazido é de que de 1o de janeiro de 2009 a 1o de janeiro de 2002 mais de 3.000 parcerias foram oficializadas, sendo cerca de 900 dissolvidas nesse período.⁵⁰

O avanço é inegável também na Noruega⁵¹, a qual adotou o modelo criado pelos dinamarqueses, ainda no ano de 1993, também com grande sucesso e repercussão mundial, seguida, no ano de 1994, pela Groelândia, bem como pela Suécia (1995) e pela Islândia (1996), esta com um modelo já diferente dos demais países até então (registro da *stadhfest samvist*).⁵²

Já na Holanda, no ano de 1997, foi aprovada uma lei um pouco diferente, que reconhecia uma parceria entre casais heterossexuais e homossexuais que não desejassem celebrar matrimônio.⁵³ Os registros, que já estavam sendo praticados desde 1991, ganharam caráter oficial quando a lei sobre a união homossexual foi aprovada. Entretanto, importante que aqui se ressalte que, de forma totalmente inovadora, esse país, no ano de 2001, aprovou uma legislação que tutelou a união homoafetiva, quanto ao instituto do matrimônio, sem criar qualquer distinção quanto ao matrimônio heterossexual, ou seja, não foi criado um instituto diverso para as pessoas de mesmo sexo. Conclui-se, destarte, que a Holanda foi o primeiro país a efetivamente estender o instituto do matrimônio aos homossexuais. Ademais, e não menos importante, permitiu, após três

⁴⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Iguais, mas Diferentes: Efeitos Jurídicos da União entre Pessoas do mesmo Sexo*. 2003, 199 f., Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003, p. 96.

⁴⁹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Iguais, mas Diferentes: Efeitos Jurídicos da União entre Pessoas do mesmo Sexo*. 2003, 199 f., Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003, p. 96.

⁵⁰ CHAVES, Mariana. As uniões homoafetivas no direito comparado In: *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. Coordenação Maria Berenice Dias – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 51.

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 58.

⁵² CHAVES, Mariana. As uniões homoafetivas no direito comparado In: *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. Coordenação Maria Berenice Dias – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 99.

⁵³ CHAVES, Mariana. As uniões homoafetivas no direito comparado In: *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. Coordenação Maria Berenice Dias – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 58.

anos de convivência, a adoção pelos casais homoafetivos.⁵⁴

Para que se traga uma conquista mais recente, apenas a título ilustrativo, o Reino Unido, um dos locais que contavam com maior resistência à união homossexual⁵⁵, no ano de 2004, aprovou o *Civil Partnership Act*, regulando a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo, com efeitos muito semelhantes ao instituto do casamento. Entretanto, há de se ressaltar que não houve equiparação⁵⁶ entre os institutos.⁵⁷

Assim, ainda que possível que se explorasse diversos outros países europeus e suas peculiares legislações em relação aos homossexuais (como a Finlândia, a Alemanha, a Inglaterra, a Espanha e Portugal, por exemplo), em especial aqueles que recentemente tem conferido mais direitos aos homossexuais, em virtude, sobretudo, da União Européia, bem como possível a análise da evolução das legislações acima citadas,, apenas desejou-se demonstrar, nessa breve seção, como o continente europeu foi pioneiro em conceder direitos aos casais homoafetivos, bem como demonstrar como o legislador europeu encontra-se décadas a frente do nacional quando o tema é união homoafetiva.

Em constraste, há de se trazer também aqui as contribuições norte-americana quanto ao tema, em especial por se tratar, então, de avanços, não necessariamente, positivados do assunto.

Seção II – América do Norte

A princípio, há de se considerar de suma importância a explanação das dificuldades encontradas pelo direito baseado na “common law” quando no enfrentamento da questão. Quanto a este tema, cabe citar as palavras de Ana Carla Harmatiuk Matos:

⁵⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Iguais, mas Diferentes: Efeitos Jurídicos da União entre Pessoas do mesmo Sexo*. 2003, 199 f., Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003, p. 100-102.

⁵⁵ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Iguais, mas Diferentes: Efeitos Jurídicos da União entre Pessoas do mesmo Sexo*. 2003, 199 f., Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003, p. 104.

⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 59.

⁵⁷ CHAVES, Mariana. As uniões homoafetivas no direito comparado In: *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. Coordenação Maria Berenice Dias – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 61.

“Destarte, apesar da idéia tão corrente de que a “common law”vem a ser um direito consuetudinário, em verdade este sistema centra-se na necessidade de precedente jurisprudencial. Se o modelo brasileiro encontra empecilho nos limites da fonte exclusiva da lei, um sistema como o adotado pelos Estados Unidos tem dificuldade em sua evolução quando não há um precedente para novos assuntos que demandam respostas jurídicas – nas quais se deve utilizar a técnica da distinção.

Curioso é observar que apesar das características de valorizarem-se a continuidade histórica – sem processos de renovação pelo Direito Romano ou pela Codificação, como no Direito Francês -, de ter estrutura diversa de nosso Direito, de sobrepor as questões processuais e empíricas, entre outros, as questões referentes às uniões homossexuais nos Estados Unidos passam, não obstante os posicionamentos contrários, por transformações as quais não se fundamentam tão-só na jurisprudência, havendo significativas legislações – da mesma forma que, entre nós, o debate jurídico sobre o assunto não se reduz ao aspecto legislado, merecendo destaque a jurisprudência.”⁵⁸

Assim, após a ressalva da importância também da legislação, mesmo em se tratando de *common law*, na análise da temática, imperioso que se destaque aqui, também, que a exposição será feita de maneira superficial, em primeiro lugar, pelo objetivo central do trabalho não ser explorar as peculiaridades do direito estrangeiro em seus detalhes, bem como devido a enorme quantidade de diferenças entre cada estado dos Estados Unidos da América, por exemplo, em que cada um deles possui poder de regulação sobre temas como este.

Difícil trazer uma análise desta questão nesse país como um todo, sendo que, portanto, este trabalho se limitará a trazer a posição de alguns estados, com o intuito de ilustrar a diversidade de posições existentes dentro de um mesmo território.

Para que se entenda melhor a importância da questão e da decisão, basta citarmos que até 1961 a homossexualidade era considerada crime em todos os estados americanos.⁵⁹

Começaremos com o estado do Havaí, por ser dotado de peculiaridades na história do reconhecimento das uniões homoafetivas.

No ano de 1990, três casais *gays* dirigiram-se ao departamento responsável pelas licenças para a realização de casamentos no estado, o qual negou o pedido dos casais,

⁵⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Iguais, mas Diferentes: Efeitos Jurídicos da União entre Pessoas do mesmo Sexo*. 2003, 199 f., Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003, p. 116-117.

⁵⁹ Suprema Corte dos Estados Unidos libera Sodomia. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2706200301.htm>. Acesso em 14.11.2012.

justificando ser a diversidade de sexo requisito para a celebração do matrimônio. Com a negativa, os casais procuraram o Poder Judiciário na tentativa de conseguirem oficializar suas uniões. A Suprema Corte do Havaí entendeu que a negativa consistia em violação à Constituição Estadual, enviando, então, o caso para uma corte inferior, tendo o Estado se justificado com base em interesse de procriação e moralidade pública, o que, obviamente, se demonstram justificativas fracas e incabíveis, sendo declarada a inconstitucionalidade da negativa em comento.⁶⁰

Em contrapartida, a “*Defense of Marriage Act*” foi criada, ainda no governo do presidente Clinton, estabelecendo que nenhum estado seria obrigado a reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo⁶¹. Nesse mesmo caminho, em 1997, o estado do Havaí não reconheceu o matrimônio homossexual, porém entendeu por uma solução que concede direitos e benefícios para os parceiros de mesmo sexo, adotada por meio da *Reciprocal Beneficiaries Act*.⁶²

Em outro caminho, há de se citar a situação do Estado do Texas. Para que se tenha noção do conservadorismo deste estado, até o ano de 2003 ainda estava em vigor lei que criminalizava a prática de sexo oral ou anal entre pessoas do mesmo sexo, mesmo que em ambientes privados e em relações consensuais.⁶³ Este quadro só foi modificado no ano citado por meio de decisão da Suprema Corte norte-americana.

Assim, a situação nos Estados Unidos, neste momento, é de diferentes possibilidades em cada estado.

Até o início de novembro, os estados de Connecticut, Iowa, Washington DC, Vermont, New Hampshire, Nova York e Massachusetts, eram os únicos que admitiam o casamento de homossexuais, além dos estados que criaram mecanismos diversos para regulamentar as uniões entre pessoas do mesmo sexo.⁶⁴

⁶⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Iguais, mas Diferentes: Efeitos Jurídicos da União entre Pessoas do mesmo Sexo*. 2003, 199 f., Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003, p. 120.

⁶¹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Iguais, mas Diferentes: Efeitos Jurídicos da União entre Pessoas do mesmo Sexo*. 2003, 199 f., Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003, p. 120.

⁶² CHAVES, Mariana. As uniões homoafetivas no direito comparado In: *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. Coordenação Maria Berenice Dias – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 53.

⁶³ Suprema Corte dos Estados Unidos libera Sodomia. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2706200301.htm>. Acesso em 14.11.2012.

⁶⁴ Casamento Gay pode gerar US\$ 166 milhões a três estados americanos. Disponível em <http://oglobo.globo.com/economia/casamento-gay-pode-gerar-us-166-milhoes-tres-estados-americanos-6716134>. Acesso em 14.11.2012.

Quanto ao tema, vejamos o que relata Maria Berenice Dias:

“Dos cinquenta Estados norte-americanos, dez conferem direitos às uniões homoafetivas. Seis Estados admitem o casamento de casais homossexuais. A união civil entre pessoas do mesmo sexo foi aprovada em Nova Jersey (2007) e em Illinois (2011). No Havaí (1997), foi instituída a figura dos ‘beneficiários recíprocos’, em 2009 foi instituída uma figura parecida, denominada de ‘acordos recíprocos’ no Colorado. Parcerias domésticas entre pessoas do mesmo sexo são reconhecidas na Califórnia (1999), Maine (2004), Washington (2007), Oregon (2008), Nevada (2009) e Wisconsin (2009). Em 2011 foi assinada a lei das uniões civis em Delaware, em vigor a partir de janeiro de 2012.”⁶⁵

Na última eleição presidencial realizada nos Estados Unidos, no dia 06 de novembro de 2012, alguns estados norte-americanos aproveitaram para realizar referendos a nível estadual, como em relação ao casamento gay e em relação à legalização do consumo recreativo de maconha.

No que nos interessa, os Estados de Maine, Maryland e Washington aprovaram nessa data o casamento entre pessoas do mesmo sexo, juntando-se à lista dos estados supracitados.

Como se pode notar facilmente, os estados americanos estão longe de chegar a um entendimento único no que se refere à questão.

Constata-se, destarte, que as convicções políticas, decorrentes, pode-se imaginar, de influências ainda do regime escravista há tanto já abolido⁶⁶, bem como de influências de formação cultural e histórica, podem ser decisivos na determinação das leis estaduais.

A questão possui tanta relevância na eleição norte-americana, por exemplo, para presidente da república, que os candidatos são freqüentemente questionados sobre questões como estas, sendo suas posições de fundamental importância para os eleitores no momento de tomarem suas decisões entre partido democrata e republicano.⁶⁷

Em que pese às diferenças entre os estados e as diversas posições tomadas sobre o tema por cada um deles, os Estados Unidos asseguram asilo político às pessoas

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 60.

⁶⁶ No Facebook, mapa compara EUA escravista com resultados eleitorais. Disponível em <http://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2012/noticia/2012/11/no-facebook-mapa-compara-eua-escravista-com-resultados-eleitorais.html>. Acesso em 14.11.2012.

⁶⁷ Disponível em <http://noticias.uol.com.br/album/2012/11/05/conheca-a-posicao-de-obama-e-romney-sobre-temas-polemicos.htm?abrefoto=3> Acesso em 14.11.2012.

que se sintam discriminadas em seus países de origem por sua orientação sexual.⁶⁸

Quanto ao México, um país marcado por raízes ainda mais conservadoras que as estadunidenses, o casamento gay é reconhecido em todos os estados do país, porém só são realizados na Capital, Cidade do México.⁶⁹ Ressalte-se aqui que o casamento foi aprovado pela Suprema Corte, e contava com a desaprovação e resistência do Governo Federal e da Igreja Católica.

Por fim, há de se tecer breves comentários quanto ao Canadá.

O Canadá, no ano de 2005, tornou-se o quarto país do mundo a permitir casamentos entre pessoas do mesmo sexo, juntando-se, à época, aos países da Bélgica, Holanda e Espanha.⁷⁰ Algumas províncias já haviam aprovado o casamento homossexual desde 2003. Ademais, reconheceu-se, inclusive, o direito à adoção por casais homossexuais.⁷¹

O mais interessante desta conquista, no que diz respeito ao Canadá, é que, no mesmo momento em que se discutia a possibilidade de legalização dos casamentos homossexuais, seu poderoso vizinho sulista discutia, ainda sob o governo do Presidente George W. Bush, a possibilidade de emenda constitucional que definiria o casamento como uma instituição heterossexual.

Não restam dúvidas, destarte, que mesmo países tão próximos e de colonização tão semelhante, como os Estados Unidos e o Canadá, desenvolveram suas próprias convicções sobre a temática, mesmo considerando que vários estados estadunidenses também se encontram na vanguarda de direitos aos homossexuais.

Como se sabe, o Canadá é um país mundialmente conhecido como acolhedor aos imigrantes, vez que o povoamento do país ainda é uma questão importante em algumas regiões.

Este fato, obviamente, contribuiu para que o Canadá tivesse uma política muito

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 63.

⁶⁹ Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/778419-corte-declara-casamento-gay-constitucional-na-cidade-do-mexico.shtml> Acesso em 14.11.2012.

⁷⁰ Disponível em http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/story/2005/07/050720_gaycanadafn.shtml Acesso em 14.11.2012.

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 61-62.

mais receptiva aos homossexuais, por exemplo, do que seu vizinho ao sul, reconhecidamente um dos países que mais sofrem com a imigração ilegal e um dos que mais o combate.

Questões como estas, além de outras históricas e mesmo de desenvolvimento individual de cada país, podem explicar as diferentes convicções sobre o tema, havendo de se concluir, entretanto, pela maior evolução das respostas jurídicas que concedem direitos aos homossexuais.

Seção III – América do Sul – Alguns Vizinhos Brasileiros

Passemos agora à análise de alguns países da América do Sul, a fim de contextualizar o cenário deste local para que, após, possamos ingressar num estado mais detalhado da situação em nível nacional.

Começar-se-á com a República Oriental do Uruguai, na qual, no ano de 2008, entrou em vigor lei de regulamentação da união livre ou concubinato entre pessoas do mesmo sexo.⁷²

Dessa forma, o Uruguai foi o primeiro país da América Latina a regulamentar as uniões homoafetivas em caráter nacional⁷³, no ano de 2008, após a ratificação, pelo presidente, da chamada lei da união concubinária.⁷⁴

No Equador, com a nova Constituição de 2008, as uniões civis homossexuais foram aprovadas, enquanto que, por outro lado, a adoção por esses casais foi expressamente vetada.

Em 2009, na Colômbia, o Tribunal Constitucional concluiu que, quanto aos casais do mesmo sexo, a eles devem ser garantidos os mesmo direitos que aos casais heterossexuais não casados.⁷⁵

⁷² CHAVES, Mariana. As uniões homoafetivas no direito comparado In: *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. Coordenação Maria Berenice Dias – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 63.

⁷³ CHAVES, Mariana. As uniões homoafetivas no direito comparado In: *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. Coordenação Maria Berenice Dias – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 63.

⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 59.

⁷⁵ CHAVES, Mariana. As uniões homoafetivas no direito comparado In: *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*.

A Argentina, por sua vez, no ano de 2010, autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo em seu território⁷⁶, tornado-se, então, o décimo país do mundo a caminhar nesse sentido, depois de Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, África do Sul, Noruega, Suécia, Portugal e Islândia.⁷⁷

Após a brevíssima exposição sobre esses países vizinhos ao Brasil, necessário que se lembre, entretanto, que diversos países no mundo ainda permanecem considerando as práticas homossexuais como ilegais, sendo que em alguns, inclusive, a pena para os que praticam atos sexuais com pessoas do mesmo sexo é a pena de morte.⁷⁸

Coordenação Maria Berenice Dias – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 50.

⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 62.

⁷⁷ Disponível em <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/07/senado-da-argentina-aprova-o-casamento-gay.html>. Acesso em 14.11.2012.

⁷⁸ Países que aplicam pena de morte à prática homoafetiva – Irã, Mauritânia, Nigéria, Arábia Saudita, Sudão, Iêmen, Emirados Árabes Unidos (OTTOSSON, Daniel. *Homofobia do Estado: uma pesquisa mundial sobre legislações que proíbem relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo.*) Disponível em: <ilga.org/historic/Statehomophobia/Homofobia_do_Estado_ILGA_2008.pdf>. Acesso em 22.11.2012.

4. O DIREITO PÁTRIO E AS UNIÕES HOMOAFETIVAS.

Seção I – Código Civil de 1916, de 2002 e a Constituição de 1988: Transformações e Silêncio Normativo.

Nesse primeiro momento, o objetivo é realizar uma breve demonstração de como a temática era abordada (ou se sequer era abordada) no Código Civil de 1916 e quais foram as transformações (se é que ocorreram) para o Código Civil que entrou em vigor no ano de 2003, bem como as modificações trazidas com a Constituição Federal de 1988.

O Código Civil de 1916 (o qual seguiu o modelo do Código Civil Francês de 1804⁷⁹) era um instrumento normativo essencialmente machista, conservador, que valorizava, sobretudo, o conceito clássico de família já exposto (ainda que de forma sucinta) neste trabalho, pautado em bases patriarcais, matrimoniais e heterossexuais. Na verdade, este Código tutelou os interesses e valores da classe dominante à época de sua elaboração, sendo a família uma forma de garantia de patrimônio e mesmo do nome.⁸⁰

Quanto ao tema, Orlando Gomes faz importantes considerações:

O Código Civil é obra de homens da classe média, que o elaboraram nesse estado de espírito, isto é, na preocupação de dar ao país um sistema de normas de Direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção.

Mas esse propósito encontrava obstáculos na estrutura agrária do país e não recebia estímulos de uma organização industrial a que se somasse o ímpeto libertário da burguesia mercantil.

A classe média, que o preparou por seus juristas, embora forcejasse por lhe imprimir um cunho liberal e progressista, estava aos interesses dos fazendeiros, que, embora coincidentes imediatamente com os da burguesia, não toleravam certas ousadias. Numerosas e concludentes são as provas de que o pensamento dominante na elaboração do Código Civil sofreu a influência desse desajustamento interno entre os interesses da classe dominante.⁸¹

Alguns artigos deste diploma legal são emblemáticos em demonstrar, de forma bastante clara, essas raízes. Como exemplos, os artigos 183, X⁸² (que versa sobre o

⁷⁹ FACHIN, Luis Edson. *Direito de Família: Elementos Críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*, 2003, p. 61-62.

⁸⁰ GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 27.

⁸¹ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.30.

⁸² Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209):

X. O raptor com a raptada, enquanto esta não se ache fora do seu poder em lugar seguro.

impedimento de casamento entre raptor e raptada); o artigo 219, IV⁸³ (que estabelece como erro essencial quanto ao casamento o defloramento da mulher, ignorado pelo marido); o artigo 233 (que expressamente coloca o marido como chefe da sociedade conjugal e estabelece como seu dever sustentar a família, conforme o inciso IV⁸⁴); o artigo 240, *caput*⁸⁵ (que dispõe ser dever da mulher velar pela direção material e moral da família); o artigo 280⁸⁶ (que prevê o pagamento de dote à mulher); dentre outros.

Reinava então, mais do que a tutela de qualquer interesse pessoal do membro da família, uma tentativa de proteger uma “decência aparente da família”, e, com isso, “instituíam a 'mentira jurídica'.”⁸⁷

O Código Civil de 1916 fundava-se em três grandes institutos: família, propriedade e contrato⁸⁸, ignorando, então, uma série de questões presentes na realidade da sociedade brasileira. Há de se considerar, neste ponto, que a transpessoalidade é característica marcante deste diploma legal, vez que, conforme conclui Luiz Edson Fachin, o foco do legislador não eram as relações pessoais, mas sim as próprias instituições.⁸⁹

Inexistia, então, qualquer referência à união estável (que só teria previsão jurídica com a Constituição Federal de 1988) bem como, até então, ao divórcio (o qual só veio a ser permitido em 1977, com a Lei 6.516/77).

Só era reconhecido e tutelado o casamento civil, entre homem e mulher, livres de impedimentos, na mais pura exaltação dos valores clássicos da família tradicional.

Com essa legislação, destarte, sequer se imaginava qualquer forma de possibilidade de reconhecimento jurídico de relações entre homossexuais, os quais viviam à margem de qualquer garantia e proteção, num grande silêncio legislativo, que denotava

⁸³ Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

IV. O defloramento da mulher, ignorado pelo marido.

⁸⁴ Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251).

Compete-lhe:

IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277

⁸⁵ Art. 240 - A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

⁸⁶ Art. 280. O dote pode compreender, no todo, ou em parte, os bens presentes e futuros da mulher.

Parágrafo único. Os bens futuros, porém, só se consideram compreendidos no dote, quando, adquiridos por título gratuito, assim for declarado em cláusula expressa do pacto antenupcial.

⁸⁷ FACHIN, Luis Edson. *Direito de Família: Elementos Críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*, 2003, p. 51-52.

⁸⁸ DALL'ALBA, Felipe Camilo. *Os três pilares do Código Civil de 1916: a família, a propriedade e o contrato*. Disponível em: http://www.tex.pro.br/wwwroot/02de2004/ostrespilares_felipecamilo.htm#_Toc82321499 Acesso em 03 de novembro de 2012.

⁸⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 121.

certo desprezo pelas formas alternativas de convivência.

O clássico sistema jurídico civil não só deixava de tutelar as relações existentes sem a presença do matrimônio, mas também delegada um aspecto quase que ilícito e imoral a tais uniões.⁹⁰

Após, com a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez pode se afirmar que o conceito de família, ou melhor, de entidade familiar, foi ampliado por um instrumento normativo nacional. Por mais que alguns pilares principais da família clássica já estivessem estremecidos com o reconhecimento de filhos adulterinos (Lei 883/49) e com a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial (Lei 4.121/62), além da já citada possibilidade de divórcio, este foi o primeiro momento em que a legislação bradou em reconhecer uma pluralidade de formações possíveis, como a união estável, bem como as famílias monoparentais.

O artigo 226, em especial, demonstra a evolução ocorrida, em especial em seus parágrafos 3º e 4º:

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

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

Vê-se, então, que a Carta Magna passou a reconhecer a existência de uniões estáveis, o que viria a ser melhor trabalhado pela Lei 9.278/96, bem como passou a entender também como entidade familiar a comunidade de qualquer dos pais e seus descendentes, o que já representou um avanço sem precedentes, como citado acima.

Quanto ao tema, a Professora Doutora Ana Carla Harmatiuk Matos realizou importantes considerações:

“Do ponto de vista legislativo, o advento da Constituição de 1988 inaugura uma diferenciada análise jurídica das famílias brasileiras. Uma outra concepção de família tomou corpo no ordenamento. O casamento não é mais a base única dessa entidade, questionando-se a idéia da família restritamente matrimonial. Isto se constata por não mais dever a formalidade ser o foco predominante, mas sim o afeto recíproco entre os membros que a compõem, redimensionando-se a valorização jurídica das famílias extramatrimoniais. As atenções devem voltar-se ao importante papel da família para o bem-estar e o desenvolvimento da

⁹⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 11.

sociabilidade de seus membros.”⁹¹

Ainda, quanto ao surgimento de uma nova concepção de análise jurídica das famílias brasileiras, a mesma doutrinadora destaca, em outra obra, que “o que se observa é que a realidade fática ultrapassou (e muito) as convenções e os modelos pré-estabelecidos de família tradicional, em que se preza pela idéia de complementaridade de sexos.”⁹²

Assim, pela primeira vez, a legislação pátria parece ter fugido, ainda que timidamente, dos modelos mais tradicionais e pautados nos moldes clássicos.

E assim, pois a pessoa humana parece-nos ter sido a escolha fundamental no legislador no momento da eleição da tutela da nova Constituição. Sobre o tema:

(...) a pessoa, que Constituição eleva a valor de vértice do ordenamento, não é mais o sujeito de direito codificado, formalista e abstrato, apreciável somente em termos patrimoniais e mais propriamente econômico-produtivos, mas sim o sujeito histórico-real, considerado na multiplicidade de suas explicações e manifestações ativas, como também em suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, condições econômicas, posições sociais e, enquanto tal, devendo ser considerado como portador de valores essenciais (dignidade, segurança, igualdade, liberdade) e fundamentais instâncias de promoção e desenvolvimento da pessoa (saúde, trabalho, educação).⁹³

Note-se agora que se ousou dizer que a fuga foi tímida em especial pelo uso, quando discorrendo sobre a união estável, das palavras “entre o homem e a mulher”.

Nesse momento, por mais que o passo dado possa ser considerado de importância ímpar, em especial no tocante a ampliação da noção jurídica de entidade familiar e o reconhecimento da união estável, os homossexuais, numa leitura literal da legislação, foram deixados, novamente, à margem desta.

Sem reconhecimento jurídico expresso, permaneceram os homossexuais a terem seus direitos renegados, sendo a realidade muito mais rica e complexa do que a legislação parecia considerar.

Entretanto, os princípios consagrados pela Constituição Federal, em especial o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade, bem como o da igualdade, numa leitura

⁹¹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Aspectos Jurídicos das Famílias Homossexual, Simultânea e Recompota In *Revista do Instituto dos Advogados*, número 39, Novembro de 2010, p.256.

⁹² MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Iguais, mas Diferentes: Efeitos Jurídicos da União entre Pessoas do mesmo Sexo*. 2003, 199 f., Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003, p. 26.

⁹³ NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades Familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Org.), et al. *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro; Renovar, 2002, p.295.

sistemática, podem (e sempre puderam) ser utilizados para assegurar direitos aos homossexuais. O problema, entretanto, era (é) o positivismo que se encontra presente em nossos Tribunais pátrios, os quais, em inexistindo norma expressa de consagração de determinado direito, parecem se esquecer dos princípios constitucionais, bem como se afastam da necessária leitura sistemática, fazendo que, então, garantias essenciais continuassem (continuem) a ser negados aos parceiros homossexuais.

Com a notícia de um novo Código Civil a entrar em vigor, as expectativas dos casais homoafetivos pela conquista de novos direitos e igualdade jurídica e material com relação aos heterossexuais aumentaram.

Entretanto, o Novo Código Civil, datado de 2002 (entrou em vigência no início de 2003), não trouxe qualquer evolução expressa no que diz respeito à positivação de garantias aos homossexuais.

No mesmo caminho seguido pela Constituição Federal, o Código Civil expressamente elencou o “homem e a mulher” como aqueles que poderiam celebrar o casamento civil. Vejamos o que dispõe o artigo 1.514 e 1565 deste diploma legal:

*Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que **o homem e a mulher** manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. (grifou-se)*

*Art. 1.565. Pelo casamento, **homem e mulher** assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. (grifou-se)*

Ainda, a união estável, já regulada pela Constituição Federal como instituição expressamente reservada ao homem e a mulher como casal, foi regulado neste exato mesmo sentido pelo Código Civil de 2002. Vejamos novamente:

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

Mais uma vez, há de se concluir, assim como no caso da Carta Magna, que

houve, numa leitura literal⁹⁴ do texto normativo, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, deixando de haver possibilidade de casamento civil, bem como de reconhecimento das uniões estáveis entre os homossexuais.

Porém, a realidade fática era muito mais avançada e complexa do que o silêncio (entendido aqui como um silêncio no que se refere a tratar a questão de forma expressa, conforme já se considerou acima, tendo em vista à existência de princípios aptos a tutelar os anseios dos parceiros homoafetivos) e descaso do legislador em regular e positivizar direitos às situações já existentes no seio da comunidade.

Há, entretanto, de se considerar a tendente repersonalização do Direito Civil, com enfoque, sobretudo, nos direitos de personalidade. Não nos parece razoável que o texto constitucional e infraconstitucional seja interpretado de forma a excluir parcela da população, sobretudo em vista dos princípios maiores consagrados no texto constitucional, que privilegiam a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Diante do evidente choque entre realidade e silêncio normativo (expresso, não se considerando os princípios constitucionais consagrados e mesmo a possível e recomendada leitura sistêmica), há de se tecer alguns comentários sobre as soluções jurídicas pátrias encontradas.

Seção II – União Homoafetiva e as Respostas Jurídicas pátrias.

Conforme brevemente já se expôs, diante da ausência de qualquer reconhecimento jurídico expresso que tutelasse as existentes uniões homoafetivas pátrias, por muitas vezes o Poder Judiciário foi colocado na posição de decidir mesmo sem lei específica, na relevante função de verificar preceitos fundamentais.

Quanto aos que entendiam ser possível realizar uma leitura que não se pautasse exclusivamente na literalidade da norma, Maria Berenice Dias faz importante consideração:

“Limita-se a lei a reger as relações heterossexuais. Mas o silêncio constitucional e

⁹⁴ Quanto a este artigo, Maria Berenice Dias aduz que “Ainda que o dispositivo regule a união estável heterossexual, não há proibição para a união entre dois homens ou duas mulheres ser identificada também como entidade familiar.” (DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 127).

a omissão da legislação infraconstitucional não podem impedir que se extraiam efeitos jurídicos das uniões de pessoas do mesmo sexo. Apesar da ausência de regulamentação expressa à união e ao casamento homoafetivo, o juiz tem que atender à determinação do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁹⁵ e do art. 126 do CPC⁹⁶ e fazer uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito. É necessário que o exercício de interpretação atente também ao art. 5º da mesma lei introdutória⁹⁷, que consagra o princípio da sociabilidade e impõe ao juiz que atente à pacificação social, ou seja, ao fim social e ao objetivo de alcançar o bem comum.”⁹⁸

Uma primeira alternativa encontrada pelos julgadores e amplamente utilizada, até pouquíssimo tempo, era encarar as uniões homoafetivas como sociedades de fato.

Nesse sentido, Ana Carla Harmatiuk Matos aduz que, com a equiparação às sociedades de fato, deixou a família homossexual de ser encarada apenas como relação fática, vez que adentrou, finalmente, no âmbito do Direito.⁹⁹

Mesmo que se possa considerar quase que uma aberração a comparação realizada entre o instituto das sociedades com a família homossexual, obviamente fundada no afeto, e não no mero interesse econômico, há de se entender que se tratou de esforço do julgador no sentido de, diante do silêncio legislativo (expresso), tutelar, ainda que de forma tímida e, muitas vezes, claramente injusta, as uniões entre homossexuais e lhe atribuir efeitos jurídicos.

Utilizava-se, para realizar tal atribuição, analogia à Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe que “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”¹⁰⁰

A primeira decisão a reconhecer efeitos jurídicos à união entre pessoas do mesmo sexo¹⁰¹, emanada pelo Superior Tribunal de Justiça, fundamentou quase que

⁹⁵ LINDB, Art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

⁹⁶ Código de Processo Civil, Art. 126: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

⁹⁷ LINDB, Art. 5º: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 128-129.

⁹⁹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 71.

¹⁰⁰ Supremo Tribunal Federal. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acesso em 22.11.2012.

¹⁰¹ Superior Tribunal de Justiça, 4a Turma, Resp n. 148897/MG. Relator Ministro Ruy Rosado Aguiar. 10.2.1998. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=148897&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11>.

exclusivamente no plano da sociedade de fato, fazendo breves referências a questões relacionadas ao direito de família.¹⁰²

Obviamente que se tratou de enorme conquista para os homossexuais, vez que pela primeira vez tiveram reconhecimento jurídico e tutela de direitos em relação a sua formação familiar, mesmo que ainda encarada no âmbito do direito obrigacional.

Entretanto, havia completa e total desconsideração ao elemento mais importante das relações familiares: o afeto. Não há de se aceitar que quando duas pessoas se unem, afetivamente, com intuito de construção de vida conjunta e estabelecimento de laços familiares, aplicar-se-á não Direito de Família, mas Direito Obrigacional, tratando os partícipes como sócios, como algo criado meramente para fins econômicos.

Ana Carla Harmatiuk Matos, ao abordar o tema, considera:

“Um aspecto negativo da forma de solução jurídica por intermédio da sociedade de fato está na questão de se ocultar o caráter afetivo, aspecto central da relação, sendo esse fator considerado irrelevante. A tutela dos interesses dos parceiros, num viés de inserção tão forçada, está dentro de um contexto que esconde a realidade vivificada.”¹⁰³

Vejamos o que a recentíssima jurisprudência entendia sobre o tema:

Ação declaratória. Parceria civil. Relacionamento homossexual. Inexistência de união estável. 1. A união estável para ser reconhecida como entidade familiar, exige a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, inclusive com a possibilidade de sua conversão em casamento, o que não ocorre na espécie. 2. Havendo a relação homossexual, caracterizada com o propósito de constituir uma vida em comum, deve ser reconhecida como uma parceria civil. 3. Cuidando-se de união homossexual e que constitui parceria civil, é possível partilhar o proveito econômico obtido pelo esforço comum do par. 4. Tendo as partes adquirido bens imóveis com o esforço comum delas, bem como bens móveis e possuindo aplicações financeiras, cabível sua divisão igualitária, o que deverá ser objeto de apuração em liquidação de sentença. 5. A sub-rogação de bens constitui exceção à regra da comunicabilidade e, para ser acolhida, deverá estar cabalmente comprovada nos autos. Recurso provido em parte, por maioria. (TJRS, EI 70037917184, 4º G. Cív., Rel. Des. Sérgio Fernando Silva de Vasconcellos Chaves, j. 10/09/2010)¹⁰⁴

¹⁰² MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 73.

¹⁰³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 75.

¹⁰⁴ (TJRS, EI 70037917184, 4º G. Cív., Rel. Des. Sérgio Fernando Silva de Vasconcellos Chaves, j. 10/09/2010) Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70037917184&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=. Acesso em 15.08.2012.

Note-se que, a decisão acima exposta, é clara ao afirmar a inexistência de união estável entre parceiros homossexuais, e apenas reconhece a existência de uma “parceria civil”, vez que, no entendimento do julgador, apenas homem e mulher poderiam constituir união estável nos moldes da lei. Resta evidente, neste caso, a pura aplicação da norma legal, sem qualquer contextualização desta diante dos princípios constitucionais. Ressalte-se que a decisão foi proferida no ano de 2010, o que demonstra que, ainda recentemente, esta era uma medida presente nos Tribunais pátrios.

Novamente, agora datada do ano de 2009, uma decisão que entende não se aplicar união estável aos casais homossexuais, limitando-se a considerar como mera união de fato:

Conflito Negativo de Competência - Ação declaratória de união estável que na realidade deveria ser de união de fato, pois trata de união de pessoas do mesmo sexo, o que não é acolhido pela legislação pátria - Juízo suscitado que declinou de sua competência determinando livre distribuição a uma das Varas Cíveis da Capital tendo sido contemplado o Juízo da 19ª Vara Cível, que alegando deve ser aplicado ao caso o art. 9º da Lei nº 9.278/96, propôs o presente conflito negativo de competência - Inadmissibilidade - O art. 226, § 3º da Constituição Federal dispõe que a união estável é somente reconhecida entre homem e mulher, que não é o caso dos autos, que deverá ser processado como união de fato e não em vara especializada de família e sucessões mais sim em Vara Cível. (TJSP, Confl. Comp. 1798690700, C. Esp., Rel. Des. Eduardo Gouvêa, j. 05/10/2009).¹⁰⁵

Resta claro, portanto, a completa desconsideração do amor que unia as pessoas nas uniões homossexuais, para muito além de mero propósito de construção de vida e patrimônio comum. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de caso semelhante aos acima apresentados, chegou a afirmar que havia a *inexistência de discussão acerca de direitos oriundos do direito de família*.¹⁰⁶

Nesse sentido, aduz Fernanda de Almeida Brito:

“(…) é perfeitamente possível que se reconheça uma sociedade de fato entre homossexuais, sendo tal questão puramente de direito obrigacional. Não se cuida estabelecer a existência de uma família entre estes parceiros, pois, como defendemos, não há família. Os aspectos íntimos da convivência homossexual

¹⁰⁵ (TJSP, Confl. Comp. 1798690700, C. Esp., Rel. Des. Eduardo Gouvêa, j. 05/10/2009) Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=DEAF8A42D1D58F8387602956DB74A7B6>. Acesso em 15.08.2012.

¹⁰⁶ (STJ, REsp 323.370/RS, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, j. 14/12/2004). Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200100568359&dt_publicacao=14/03/2005. Acesso em 15.08.2012.

entre estes parceiros é matéria estranha que não precisa ser abordada, sendo essencial, entretanto, a prova de que houve colaboração, com dinheiro ou trabalho de um na formação do patrimônio do outro.”¹⁰⁷

Entretanto, por mais que agora já estivéssemos diante do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, ainda que no âmbito do direito obrigacional, muitos problemas se colocavam diante do legislador que, diante da mera possibilidade de equiparação das uniões entre homossexuais às sociedades de fato, bem como diante de princípios constitucionais como a igualdade e a dignidade da pessoa humana, se viam obrigados a decidir, ou pela mera improcedência de pedidos (previdenciários, alimentos, dentre outros), tendo em vista a ausência de previsão legal, ou de buscar na analogia e na leitura sistemática a solução para essas e outras questões.

Diante dessa situação, no ano de 2004, foi proposta pela Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, juntamente com a Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3300, a qual objetivava a declaração da inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.278/96¹⁰⁸, o qual, ao regular o §3º do artigo 226 da Constituição Federal¹⁰⁹, reconheceu, novamente, como única forma de constituição de união estável aquela formada por homem e mulher, por ferir os princípios constitucionais, como a igualdade.

Porém, esta norma, ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, já se encontrava revogada pelo Código Civil de 2002, o qual, em seu artigo 1.723¹¹⁰, reproduziu as disposições do artigo em discussão.

Tendo em vista a revogação do artigo supracitado, o qual era o alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade em comento, entendeu o Relator (Ministro Celso de Mello) pela necessidade de arquivamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, extinguindo o processo, então, sem julgamento de mérito.¹¹¹

¹⁰⁷ BRITO, Fernanda de Almeida. União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos. São Paulo: LTr, 2000, p. 53.

¹⁰⁸ Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

¹⁰⁹ § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹¹⁰ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

¹¹¹ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3300. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3300.NUME.%29&bas>

Não se limitou a extinguir o processo, no entanto. O Relator, então, mesmo diante de insuperável limitação formal, discorreu sobre a relevância do tema.

Importante salientar trecho presente na ementa do voto em comentário:

“Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.”¹¹²

Assim, traçou importantes considerações e, inclusive, deixou claro seu entendimento pelo cabimento da propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Em outro trecho não menos importante, afirma que as concepções sobre amor e mesmo sobre o casamento têm sofrido modificações, havendo várias possibilidades de concretização de trocas, sejam afetivas ou sexuais.¹¹³

É nesse contexto que devemos entender a apresentação, pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, no ano de 2008, perante o Supremo Tribunal Federal.

Importante, antes de se adentrar em especificidades desta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que se explique, ainda que de forma sucinta, o conceito desta ação e mesmo os legitimados para propô-la.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é um

[e=baseMonocraticas](#). Acesso em 22.11.2012.

¹¹² MELLO, Celso de. ADI 3300 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 03/02/2006, publicado em DJ 09/02/2006 PP-00006 RTJ VOL-00200-01 PP-00271 RDDP n. 37, 2006, p. 174-176 RCJ v. 20, n. 128, 2006, p. 53-60 RSJADV jul., 2007, p. 44-46.

¹¹³ “As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais.” Trecho presente na ementa da ADI 3300 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 03/02/2006, publicado em DJ 09/02/2006 PP-00006 RTJ VOL-00200-01 PP-00271 RDDP n. 37, 2006, p. 174-176 RCJ v. 20, n. 128, 2006, p. 53-60 RSJADV jul., 2007, p. 44-46.

mecanismo instituído Constitucionalmente – artigo 102, §1º¹¹⁴ - que tem como objetivo evitar, ou mesmo reparar, lesões causadas a preceitos fundamentais por atos do Poder Público. A decisão de uma ação dessa natureza possui efeitos *erga omnes*.

Os legitimados para oferecer a ação (os mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade) estão elencados na Constituição Federal em seu artigo 103, incisos I a IX.¹¹⁵

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, julgada juntamente com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, as quais agora se passará a abordar, trouxe o pedido ao Supremo Tribunal Federal de declaração de que o regime jurídico da união estável se aplicasse também às relações homoafetivas.

Quando abordou, ainda na introdução de seus fundamentos jurídicos, a questão da equiparação às sociedades de fato anteriormente apresentada, aduziu:

“(…) a situação que melhor se equipara à da união afetiva não é, por certo, a sociedade de fato, em que duas ou mais pessoas empreendem esforços para fins comuns, geralmente de natureza econômica. A analogia adequada, como se constata singelamente, é a da união estável, situação em que duas pessoas compartilham um projeto de vida comum, baseado no afeto. Chega-se aqui ao conceito-chave no equacionamento do tema: é sobretudo a afetividade, não a sexualidade ou o interesse econômico, que singulariza as relações homoafetivas e que merece a tutela do Direito.”¹¹⁶

Dentre os motivos que levaram o Governador do Estado do Rio de Janeiro a buscar a solução do Supremo Tribunal Federal, há de se destacar, o que é mencionado na própria petição, que muitos servidores do estado citado encontravam-se em uniões homoafetivas estáveis (de fato), o que fez com o que a Administração do Estado fosse colocada diante de problemas como licenças por motivo de doença de pessoa da família ou acompanhamento de cônjuge, assim como assuntos previdenciários e de assistência

¹¹⁴ § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

¹¹⁵ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹¹⁶ Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, p. 6.

social.¹¹⁷

Nas razões da Argüição, sustentou-se o descumprimento dos seguintes preceitos fundamentais: princípio da igualdade; direito à liberdade, do qual decorre a autonomia privada; princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da segurança jurídica.

Ainda, importante que se cite trecho da fundamentação, em que se questiona qual seria o bem jurídico protegido pela ausência de reconhecimento das relações homoafetivas como uniões estáveis:

“Ocorre, porém, que o não reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo não promove nenhum bem jurídico que mereça proteção em um ambiente republicano. Ao contrário, atende apenas a determinadas concepções particulares, que podem até ser majoritárias, mas que não se impõem como juridicamente vinculantes em uma sociedade democrática e pluralista, regida por uma Constituição que condena toda e qualquer forma de preconceito. Esta seria uma forma de perfeccionismo ou autoritarismo moral, próprio dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica, tendo a pretensão de moldar indivíduos adequados. Em suma, o que se perde em liberdade não reverte em favor de qualquer outro princípio constitucionalmente protegido.”¹¹⁸

A principal dificuldade enfrentada pela Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental apresentada era o artigo 226, §3º da Constituição Federal, que expressamente protegeu a união estável entre homem e mulher, nestes termos.

Entretanto, diante dos preceitos fundamentais elencados acima, sustentou a ADPF (Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental) que o objetivo do legislador foi apenas o de eliminar o preconceito existente em relação às companheiras, e não, invertendo-se o claro objetivo constitucional, utilizá-lo para a promoção de uma nova diferenciação, um novo preconceito normativo.

Há de se falar também da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4.277, esta protocolada, por sua vez, pela Procuradoria Geral da Republica, que possuía como objetivo o reconhecimento, como entidade familiar, de uniões entre parceiros homossexuais (desde que atingidos os requisitos para a constituição da união estável entre homem e mulher).

A Argüição (ADPF) 132, então, foi recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e, por unanimidade de votos, decidiu-se pelo seu julgamento em conjunto com a ADI (Ação Direta de

¹¹⁷ Petição Inicial da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, p. 7.

¹¹⁸ Petição Inicial da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, p. 24-25.

Inconstitucionalidade) 4.277.

Quando do julgamento, apenas a título ilustrativo, ainda quando do relatório realizado pelo Ministro Relator Ayres Britto, este chegou a aduzir:

“Consigno, ademais, que, em razão da complexidade do tema e da sua incomum relevância, deferi os pedidos de ingresso na causa a nada menos que 14 amici curiae. A sua maioria, em substanciosas e candentes defesas, a perfilhar a tese do autor. Assentando, dentre outros ponderáveis argumentos, que a discriminação gera o ódio. Ódio que se materializa em violência física, psicológica e moral contra os que preferem a homoafetividade como forma de contato corporal, ou mesmo acasalamento.”¹¹⁹

Como brevemente já se expôs acima, o maior obstáculo a concretização dos objetivos, tanto da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 132, quanto da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 4.277, era a interpretação literal usualmente aplicada ao artigo 226, §3º da Constituição Federal, bem como ao artigo 1.723 do Código Civil.

Ainda no início do seu voto, o Excelentíssimo Ministro Ayres Britto trouxe a questão não só para a mera análise legal, mas considerou, como dificuldade da apreciação da questão, também fatores sociais de preconceito e minorias sexuais.

Nesse sentido, importante que se ressalte mais um trecho do voto do Relator:

“Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.”¹²⁰

O que se observou, então, tanto no voto do Excelentíssimo Ministro Relator, quando dos demais membros do Supremo Tribunal Federal, foi a leitura Constitucional do artigo 1.723 do Código Civil, numa interpretação sistêmica e principiológica, que fugiu da mera literalidade desse único dispositivo legal.

Em passagem emblemática de seu voto, afirmou o Relator que “Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só

¹¹⁹ BRITTO, Ayres. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, p. 16.

¹²⁰ BRITTO, Ayres. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, p.04

podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.”¹²¹

Essa frase demonstra, como se tentou expor acima, que não se pautou meramente em fatores jurídicos quando analisou a questão, consciente de que o Direito está intimamente ligado com o convívio social, com os desafios da vida em sociedade. Certo de que a decisão se baseou também em fatores evidentemente jurídicos, a fundamentação revela uma preocupação social e uma leitura sistêmica da legislação infraconstitucional.

Mais a frente de seu voto, aduz o Relator:

“Salvo se a nossa Constituição lavrasse no campo da explícita proibição (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da sexuada imaginação das pessoas (o que também seria tão empiricamente ineficaz quanto ingênuo até, pra não dizer ridículo). Despautério a que não se permitiu a nossa Lei das Leis. Por conseqüência, homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir).”¹²²

Nesse momento, importante analisar a consideração realizada pelo Excelentíssimo Senhor Ministro, de que inexistente qualquer proibição explícita em nossa Constituição Federal.

Mais que isso. Além de inexistir proibição expressa, a existência de princípios constitucionais tutelavam as pretensões aduzidas, podendo-se afirmar, inclusive, que a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário só se deu, ao menos aparentemente, pela leitura superficial e isolada de um artigo, quase que o retirando do contexto ao qual pertence.

E, ao final de seu memorável voto, concluiu o Relator;

“No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união

¹²¹ BRITTO, Ayres. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, p. 638.

¹²² BRITTO, Ayres. Voto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, p.18.

estável heteroafetiva.”¹²³

Nota-se, então, uma perspectiva totalmente vinculada à transformação social, ao respeito aos princípios constitucionais, que foram sobrepostos à discriminação ocasionada pela leitura quase que cega e cruel do artigo, que o retirava do seio constitucional do respeito, da igualdade, da liberdade e da proteção à dignidade da pessoa humana.

O Excelentíssimo Ministro Luiz Fux, em seu voto, fez importante consideração sobre o fato de não se tratar a homossexualidade de opção sexual, mas de condição sexual, desvinculada de qualquer tentativa de enquadramento como patologia. Vejamos trecho do voto:

“A segunda premissa importante é a de que a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual. Já é de curso corrente na comunidade científica a percepção – também relatada pelos diversos amici curiae – de que a homossexualidade não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas uma característica da personalidade do indivíduo. Sendo assim, não parece razoável imaginar que, mesmo no seio de uma sociedade ainda encharcada de preconceitos, tantas pessoas escolhessem voluntariamente um modo de vida descompassado das concepções morais da maior parte da coletividade, sujeitando-se, sponte propria, à discriminação e, por vezes, ao ódio e à violência.”¹²⁴

Os dez votos proferidos então, seguindo, todos eles, o raciocínio já exarado acima, reconheceram a igualdade das uniões estáveis homoafetivas às heteroafetivas, com todas as implicações sociais e jurídicas dessa decisão.¹²⁵

Há de se fazer breve consideração da importância desta decisão para a comunidade LGBT¹²⁶ (lésbicas, gays, bissexuais e travestis) de nosso país. Não só para esta comunidade, é claro, mas, sobretudo, a ela.

Pela primeira vez, as relações homossexuais foram declaradas e reconhecidas como entidades familiares. Saiu-se daquele marasmo e analogia (esta, que quase por si só atenta contra os princípios de qualquer relação que busque a formação familiar) com a

¹²³ BRITTO, Ayres. Voto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, p.

¹²⁴ FUX, Luiz. Voto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, p.667.

¹²⁵ Há de se considerar, entretanto, as opiniões dos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, os quais entenderam pela impossibilidade de enquadramento das uniões homossexuais nas espécies de família dispostas no texto constitucional. Porém, reconheceram as uniões homoafetivas como um novo tipo de entidade familiar.

¹²⁶ Expressão consagrada, por mais que a sigla esteja em constante modificação, no sentido de enquadrar a maior quantidade possível de manifestações da sexualidade em si.

sociedade de fato, para então se entender que, independente da sexualidade, esses casais buscam a felicidade, o amor, a comunhão de vidas, o esforço conjunto, a sexualidade plena, e, sobretudo, a efetivação de seus sonhos ao lado daquela que lhe parece ser a pessoa ideal.

Após análise dos contornos gerais do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal das uniões estáveis homossexuais, há de se iniciar uma breve análise dos efeitos práticos (sociais e jurídicos) desta decisão em nosso país.

5. A BUSCA PELA IGUALDADE FÁTICA E JURÍDICA.

Seção I – A Possibilidade Jurídica de Conversão da União Estável Homossexual em Casamento Civil.

Após o exposto reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união estável homoafetiva como entidade familiar, em igualdade de condições com a união estável heterossexual, novos caminhos e possibilidades emergiram diante dessa conquista.

E assim, pois, de acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 226, §3º, é *reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.*¹²⁷ (grifou-se)

Tendo em vista o reconhecimento acima citado, há se de entender que também a conversão da união estável homoafetiva em casamento é possível, e, mais que isso, deve ser facilitada e estimulada pela lei.

Em que pese alguns entendimentos pela “proibição implícita” que teria sido dada pela Constituição Federal, o posicionamento que tem prevalecido, após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277, é o da evidente possibilidade jurídica da conversão, pela leitura sistêmica dada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, o qual entende que, havendo dúvida sobre a interpretação que deve ser dada a algum dispositivo legal, deve prevalecer aquela que garante e assegura direitos, e não aquela que, em total confronto com os princípios mais sagrados da Constituição, limitaria o texto no sentido de excluir, limitar e retirar de determinada pessoa, ou grupo de pessoas, direitos essenciais.

A jurisprudência pátria, ainda muito divergente, tem, em sua maioria, entendido pela possibilidade jurídica da conversão. Várias são as decisões que podem ilustrar esse quadro.¹²⁸

Nota-se, então, mais uma enorme vitória da comunidade homossexual. O reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo Supremo

127 § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

128 (SP, AC 000050-38.2011.8.26.0326, Rel. Corregedor Geral da Justiça José Renato Nalini, p. 27/08/2012).; (SC, Proc. nº indisponível, Registro Civil de Pessoas Naturais do Subdistrito da Capital, j. 11/07/2012) (TJRJ, AC 0007252-35.21012.8.19.0000, 8ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Felipe Francisco, j. 17/04/2012)

Tribunal Federal abriu a possibilidade de conversão da união estável para casamento civil.

Há de se considerar, entretanto, que ainda se está diante de uma via estritamente judicial, sendo que os parceiros homossexuais que desejam estar unidos pelo vínculo matrimonial necessitam, a princípio, estabelecer união estável para, após, recorrer a via judicial para requerer a conversão em casamento.

Vê-se, então, a inexplicável dificuldade colocada diante dos direitos desses parceiros, que, em tratamento totalmente dispare àquele dispensado aos parceiros heterossexuais, viam-se impossibilitados de, sem recorrer ao Poder Judiciário, contrair matrimônio.

Após várias decisões proferidas em primeira instância, negando a possibilidade, bem como decisões em sentido contrário, as quais, além da inevitável insegurança jurídica, entendiam de forma diversa os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132 e ADI 4.277), a controvérsia, como já era de se esperar, chegou ao Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial número 1.183.378/RS, 4ª Turma, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.¹²⁹

O caso versava sobre a possibilidade de habilitação de duas mulheres gaúchas para o casamento civil. Juntas há cerca de 5 (cinco) anos, ingressaram na Justiça com o pedido, o qual foi negado tanto em primeira como em segunda instância.

Em decisão histórica, o Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos (4 votos a 1, já que o Ministro Raul Araújo mudou seu voto inicialmente proferido sob o argumento de que a constitucionalidade da questão deveria ser enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal) entendeu pela possibilidade de habilitação de pessoas do mesmo sexo para o casamento civil.

Dentre os argumentos, importante ressaltar alguns deles: inexistência de qualquer vedação legal expressa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo; que o casamento deve ser uma instituição plural, pois também assim são as famílias; o direito a ser diferente; que o casamento, se melhor forma de proteção da família pelo Estado, não há de ser negado a nenhuma formação familiar que por ele optar; que, enquanto o Poder

¹²⁹ (STJ, REsp 1.183.378 - RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011).

Legislativo não assume sua participação no processo de defesa dos vulneráveis, não pode também o Poder Judiciário permanecer inerte, o que representaria, na verdade, “aceitação tácita de um Estado que somente é democrático formalmente”¹³⁰; dentre outros.

Tal decisão, embora sem caráter vinculante, representa uma vitória (mais uma) para aqueles que, por muito tempo, têm sido considerados cidadãos de “segunda classe”, que necessitam, para cada conquista já assegurada para os cidadãos da orientação sexual dominante, recorrer, sobretudo ao Poder Judiciário, para terem esses mesmos direitos garantidos.

A busca é, sobretudo, pela igualdade, pela justa e necessária aplicação equânime do direito e garantias básicas asseguradas pela legislação.

Como se demonstrou, ainda que de forma extremamente sucinta, é a evolução do Direito pátrio no reconhecimento que efetiva a tutela das formações familiares homoafetivas, com aplicação dos princípios constitucionais mais caros, garantindo a todos a liberdade e a igualdade tão necessárias na construção de uma sociedade justa, equânime, moral, dinâmica e plural.

Não se encontra qualquer fundamento jurídico que seja capaz de justificar a exclusão dos homossexuais do acesso ao casamento¹³¹, ainda mais diante da consagração, pelo Supremo Tribunal Federal, da aplicação dos princípios constitucionais para reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares.

No entendimento de Maria Berenice Dias:

“Apesar da resistência da justiça, depois da manifestação do Supremo Tribunal Federal, conferindo à união estável homoafetiva os mesmos e iguais direitos das uniões heteroafetivas, o grande debate que se seguiu ao julgamento foi a possibilidade ou não do casamento. Isso porque, ainda que identificada como entidade familiar em tudo igual à união estável, não houve expressa referência à possibilidade de casar.

No entanto, atendidos os requisitos legais para a configuração da união estável, não há como impedir a conversão em casamento, sob pena de desrespeitar o

¹³⁰ Frase presente na ementa do voto em comento.

¹³¹ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. A constitucionalidade do casamento homossexual. São Paulo: LTr, 2008, p. 143.

efeito vinculante do decidido pela Corte Suprema. Sob esse fundamento começaram a pipocar decisões em todo o país.¹³²

Assim, tendo em vista a existência de decisões com entendimentos conflitantes, como já se ressaltou anteriormente, há de se prevalecer o entendimento pela inexistência de qualquer impedimento legal para a exclusão dos homossexuais do instituto do casamento. Ademais, após a decisão do Supremo Tribunal Federal em reconhecer as relações homossexuais como entidade familiar, tendo em vista a existência de preceitos fundamentais a embasarem essa conclusão, não há dúvidas de que qualquer entendimento que divirja dessa decisão não estará contemplando o verdadeiro espírito do legislador, não merecendo, portanto, prosperar.

Seção II– A Repercussão Social das Recentes Modificações.

Após as grandes modificações estabelecidas no seio da sociedade brasileira por meio do papel ativo de transformação assumido pelo Poder Judiciário nacional, há de se entender que a mera análise jurídica da questão não se mostra suficiente para a análise do impacto social ocorrido com as transformações.

Sabe-se que, por mais que avanços significativos estejam ocorrendo (mais uma vez, ressalte-se a total inércia e descaso do Poder Legislativo), a sociedade, em sua maioria, ainda é marcada por preconceitos absurdos e inaceitáveis.

Dentre eles, parece-nos que ainda é aceito e tolerado, como se natural fosse, o preconceito aos homossexuais. Enquanto que já se pode considerar uma grande melhora no que se diz respeito, por exemplo, ao preconceito às mulheres no mercado de trabalho, bem como o preconceito às pessoas de pele negra, como se nota, nesse último caso, até mesmo pela criminalização do racismo (crime inafiançável, inclusive), a discriminação aos homossexuais é constante, e é realizada, inclusive, em novelas, programas humorísticos, que criam um estereótipo de gay, e a ele as piadas não têm fim e limites.

Por mais que haja, pouco a pouco, uma inserção dos homossexuais em novelas,

¹³² DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 138-139.

filmes e séries, o que acaba por fazer com que as pessoas vejam de forma mais natural a questão, as piadas e estereótipos estimulam a aceitação do preconceito como algo natural, engraçado, e parecem estimular também um comportamento agressivo e inaceitável, inclusive nas crianças.

Milhares são os casos de meninos e meninas que, na escola, sofrem *bullying* dos colegas pelo simples fato de terem trejeitos afeminados ou masculinos, ou, quando mais velhos, por sua sexualidade. Não são raros os casos de depressão, agressões físicas e verbais, comportamentos que os expõe a situações vexatórias, e, inclusive, casos de suicídio de jovens homossexuais.^{133 134}

Reflexo do preconceito ainda reinante em nossa sociedade, o IBOPE, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, realizou pesquisa quanto a esta, a qual revelou que 55% dos brasileiros eram contrários ao reconhecimento da união estável homoafetiva.¹³⁵

Quanto à pesquisa realizada, importante ressaltar as palavras de Laure Castelnuau, diretora executiva de marketing e novos negócios do IBOPE Inteligência:

*Os dados apresentados pela pesquisa mostram que, de uma maneira geral, o brasileiro não tem restrições em lidar com homossexuais no seu dia a dia, tais como profissionais ou amigos que se assumam homossexuais, mas ainda se mostra resistente a medidas que possam denotar algum tipo de apoio da sociedade a essa questão, como o caso da institucionalização da união estável ou o direito à adoção de crianças.*¹³⁶

Interessante também que os resultados da pesquisa revelam que os contrários ao reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva são, em sua maioria, pessoas de grau de escolaridade mais baixa. Essa constatação é importantíssima, pois revela que a questão também está relacionada à falta de informações e conhecimentos sobre o tema.

¹³³ Disponível em <http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/suicidios-recentes-ressaltam-pessoas-sobre-adolescentes-gays> Acesso em 03.11.2012

¹³⁴ Disponível em <http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI226806-17770,00-JOVENS+HOMOSSEXUAIS+TEM+MAIS+TENDENCIA+AO+SUICIDIO+DIZ+ESTUDO.html> Acesso em 03.11.2012

¹³⁵ Disponível em <http://www.bemparana.com.br/politicaemdebate/index.php/2011/07/28/casamento-gay-divide-brasileiros-diz-ibope/> Acesso em 03.11.2012

¹³⁶ Disponível em <http://www.bemparana.com.br/politicaemdebate/index.php/2011/07/28/casamento-gay-divide-brasileiros-diz-ibope/> Acesso em 03.11.2012.

E, nesse sentido:

“Se meninos e meninas fossem ensinados na infância a respeitar aqueles poucos em seu meio que são homossexuais, o resultado poderia ser benéfico não apenas para esses poucos homossexuais, que do contrário seriam voluntários compulsórios na difícil tarefa da coesão social. Poderia também ser benéfico para inculcar nos rapazes um respeito pelas mulheres que leva ao namoro responsável e ao casamento bem sucedido, e a um respeito pelo outro que leva à estabilidade numa sociedade pluralista.”¹³⁷

A solução para o preconceito que ainda encontra-se arraigado na sociedade (e aqui está a se falar, mais especificamente, da sociedade brasileira), depende, por um lado, da atividade do legislador para tentar colocar fim às desigualdades ainda existentes, bem como punir de forma mais severa a prática de atos homofóbicos. Por outro lado, a solução preventiva da questão encontra-se na educação, em políticas públicas que garantam a maior escolarização da população.

Atualmente, pode se perceber que estamos diante de uma situação de insegurança jurídica, tendo em vista a diversidade de entendimentos e decisões divergentes¹³⁸ proferidas após a decisão do Supremo Tribunal Federal em reconhecer a união estável homossexual.

Há de se ressaltar, entretanto, que as decisões que têm negado direitos aos parceiros homossexuais caminham no sentido contrário ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual entendeu pela leitura sistêmica da lei, uma leitura principiológica, que respeita, sobretudo, o princípio norteador de todo o nosso sistema jurídico: a dignidade da pessoa humana.

Restringir-se à leitura literal da lei faz, novamente, aquilo que o Supremo Tribunal Federal já condenou quando do julgamento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 132 e da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 4277: parece tratar os homossexuais como cidadãos de segunda categoria, os quais não possuiriam os mesmos direitos dos parceiros heteroafetivos, mesmo diante da inexistência de qualquer

¹³⁷ SULLIVAN, Andrew. *Praticamente normal: uma discussão sobre o homossexualismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 100. *Apud* MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Iguais, mas Diferentes: Efeitos Jurídicos da União entre Pessoas do mesmo Sexo*. Curitiba, 2003, p. 34-35.

¹³⁸ Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1099673-casamento-de-homossexuais-divide-os-tribunais-brasileiros.shtml> Acesso em 05.11.2012.

norma vigente que sustente essa diferenciação (pelo contrário, há o constitucional princípio da igualdade).

Dessa forma, por mais que se pudesse imaginar a desnecessidade de um pronunciamento específico do Supremo Tribunal Federal sobre a questão da possibilidade dos parceiros homossexuais se casarem, pois parece ser lógica a conclusão advinda da decisão já proferida, a realidade dos tribunais espalhados pelo país revelou que, enquanto não houver uma alteração legislativa ou um pronunciamento da nossa mais alta Corte, a divergência e insegurança permanecerão a assombrar os parceiros homoafetivos, que parecem depender da sorte, de concepções pessoais e do humor de magistrados para que consigam efetivar seus direitos.

Seção III – Estatuto da Diversidade Sexual

Encaminhando-se para o final da exposição das ideias deste trabalho, considera-se de suma importância tecer algumas considerações sobre o Estatuto da Diversidade Sexual.

Este documento, elaborado por diversas Comissões da Diversidade Sexual das Seccionais e Subseções da Ordem dos Advogados do Brasil¹³⁹, trata-se de um projeto que visa suprir carências legislativas em relação a vários temas que envolvem os homossexuais, como na área de direito sucessório, previdenciários, a questão da criminalização da homofobia, dentre outras áreas.

Tal projeto, encaminhado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, considera a si mesmo como:

“o mais arrojado projeto legislativo apresentado neste século, quer pela sua abrangência, quer pelo seu significado de retirar da invisibilidade jurídica, do descaso social e da intransigência de muitos, pessoas que precisam ter garantido o direito de viver, de amar e de ser feliz, seja qual for a sua orientação sexual ou

¹³⁹ O Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual foi elaborado a muitas mãos. Contou com a efetiva participação das mais de 60 Comissões da Diversidade Sexual das Seccionais e Subseções da OAB. (Disponível em <http://www.direitohomoafetivo.com.br/ver-noticia.php?noticia=344#t> Acesso em 06.11.2012).

identidade de gênero.”¹⁴⁰

Tendo em vista a aparente inércia do legislador, que se cala diante das modificações nas concepções clássicas de família e nas inúmeras problemáticas sociais que esta mudança causa, e que, por óbvio, exigem manifestações do Poder Legislativo, esse documento, além de novas propostas, agrega projetos de lei já em trâmite, no sentido de criar, como o próprio nome já sugere, um grande documento de efetivação dos direitos e garantias a uma parcela da população – os homossexuais.

Nesse sentido, importante destacar algumas palavras presentes na exposição de motivos do documento:

“É chegada a hora de acabar com a invisibilidade jurídica de segmento da população, que é alvo de perversa discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero. Impõe-se verdadeira mudança de paradigma a toda sociedade. Todos precisam aprender a conviver com a diferença. Não só no mundo público, mas nos mais diversos segmentos da iniciativa privada. A postura omissiva, que acabava por cancelar o assédio social e moral na escola, no ambiente de trabalho, não mais tem espaço. Do mesmo modo é preciso dar um basta à homofobia, criminalizando que se arvora o direito de desprezar, ferir e matar.”¹⁴¹

O Estatuto, que conta com 109 artigos distribuídos 18 sessões, ainda encontra-se longe de ser aprovado, mas representa uma grande esperança para todos aqueles que lutam e acreditam por mudanças legislativas significativas que venham a proteger uma camada da população legislativamente (não só) vulnerável: os homossexuais.

As conquistas que já se obteve, e não foram poucas, ressalte-se, foram quase que exclusivamente diante do Poder Judiciário, por meio da provocação de juízes e tribunais quanto à aplicabilidade de garantias e direitos às relações homoafetivas e mesmo aos homossexuais como indivíduos.

Busca-se agora, portanto, um reconhecimento expresso da lei quanto aos direitos dessa parcela da população, a qual não é pequena, cabe ressaltar, que, durante décadas,

¹⁴⁰ Disponível em <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads/5.1.%20Apresenta%E7%E3o.pdf> . Acesso em 06.11.2012.

¹⁴¹ Disponível em <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads/5.2.%20Exposi%E7%E3o%20de%20motivos.pdf> Acesso em 06.11.2012.

tem sido propositalmente deixada de lado nas construções legislativas de nosso Estado.

Não se parece buscar, como defendem alguns conservadores e religiosos, uma proteção exacerbada a um grupo que é minoria dentro da sociedade. Busca-se um tratamento equânime, e, também, quando necessário, o tratamento de desiguais de forma desigual, de forma a efetivar o princípio da igualdade, consagrado em nossa Constituição Federal.

Lembremos, aqui, das palavras de Rui Barbosa, quando escreveu discurso para parabenizar os formandos da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco em 1920:

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.”¹⁴²

A tentativa, nesse momento, é o de mobilização da sociedade quanto ao tema e ao Estatuto, para que a aprovação se dê o mais brevemente possível. Quanto a isso, além de listas físicas que são estrategicamente passadas em locais para assinatura da comunidade que apóia a causa, há a possibilidade de assinatura de petição online de apoio à aprovação do Estatuto da Diversidade Sexual.¹⁴³

A aprovação significaria, enfim, a positivação de questões importantíssimas para esta comunidade (há de se ressaltar aqui, conforme já se fez anteriormente, que se considera, no âmbito do dever-ser, desnecessária a criação de leis específicas, tendo em vista que os princípios constitucionais, por si só, já seriam o bastante para a plena efetivação das garantias aos homossexuais. Entretanto, tendo em vista a realidade do que ocorre nos tribunais nacionais, em que, muitas vezes, se realiza a leitura de dispositivos isolados, ignorando qualquer contexto em que estejam inseridos, negando direitos à parcela da sociedade, há de se considerar necessária a positivação de direitos aos homossexuais.). Mais uma vez, ressalta-se, não se trata de privilégio legislativo. Os cidadãos heterossexuais já possuem garantias análogas há muito tempo, e, muitas vezes,

¹⁴² BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. Martin Claret: São Paulo, 2003, p.19.

¹⁴³ Disponível em <http://www.peticaopublica.com.br/PeticaoVer.aspx?pi=EDS> Acesso em 09.11.2012.

sequer de dão conta das dificuldades criadas aos homossexuais pelo simples silêncio da lei, pela inércia do Poder Legislativo, bem como pela leitura literal de dispositivos por magistrados pelo país, tirando-os, ao menos aparentemente, de todo o sistema jurídico pátrio e interpretando-os isoladamente.

Ademais, a criminalização da homofobia, presente no Estatuto em comento, parece ser fundamental no sentido de combate à violência e discriminação inaceitáveis que ocorrem diariamente em nosso país motivados por intolerância à diversidade sexual. Cabe lembrar da importância, em sentido análogo, que representou a criação da Lei Maria da Penha.¹⁴⁴ Não há de se aceitar tais práticas discriminatórias e violentas, em especial em um Estado Democrático de Direito. Trata-se de obrigação do Poder Legislativo, e não só do Judiciário, como temos presenciado, combater todas as formas de violência e desigualdades em nosso país.¹⁴⁵

Não se fala aqui exclusivamente em punição, mas, no mesmo sentido imaginado pela Lei 11.340/06, principalmente em reabilitação do agressor/ofensor. Assim como já se citou em outro momento neste trabalho, a educação é o caminho essencial na solução de todos os tipos de preconceitos.

O Poder Legislativo, que depende de apoio popular para eventuais reeleições, parece temer os resultados da positivação dos direitos aos homossexuais. Prefere, ao menos aparentemente, sob o pretexto da representação de eleitores, agir em desconformidade à Constituição Federal e deixar camada da população, já injustiçada e carente de proteção específica, à margem da lei.

A aprovação do Estatuto, destarte, seria uma revolução na proteção de uma minoria que, cidadãos como todos os outros, merece ser tutelada e protegida, tanto pelo Executivo, quanto pelo Judiciário e pelo Legislativo.

¹⁴⁴ Lei 11.340/06.

¹⁴⁵ Análise mais aprofundada sobre o Estatuto da Diversidade Sexual e da criminalização da homofobia fogem ao objeto central da análise desse trabalho.

Seção IV – Apontamentos sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal: reconhecimento de relações homoafetivas como entidade familiar.

Realizar-se-ão alguns apontamentos sobre a paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 (aqui, com a ressalva de que esta última foi recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade).

Esses apontamentos, na verdade, serão realizados com o intuito primário de ressaltar a importância da decisão proferida, a qual causou impacto social enorme, seja pelo reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares, seja pelos efeitos jurídicos e práticos, entre outros, para os casais do mesmo sexo, que, após a emblemática decisão da Corte Superior, podem “oficializar” suas relações como uniões estáveis.

Inicialmente, ressalta-se que os pressupostos para o reconhecimento da união estável homossexual são exatamente os mesmos das uniões estáveis convencionais, ou seja, aqueles regulados pelo artigo 1.723 do Código Civil, reiteradamente citado no decorrer deste trabalho.

Assim, há a necessidade da convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Não há que se falar, portanto, numa forma diferente de união estável, ou de separar o instituto em uniões estáveis heterossexuais e homossexuais (quando se realizou isso durante esse trabalho o intuito era meramente ilustrativo e explicativo, para que se compreendesse do que se estava tratando em cada momento).

Assim, inexistente um privilégio legislativo aos homossexuais, os quais, no momento, passaram a dispor de um direito já garantido há décadas aos parceiros de sexo opostos.

Note-se que na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, de forma respeitosa à Constituição Federal e aos seus princípios, deixou-se claro que em inexistindo disposição constitucional expressa em sentido contrário, bem como não existindo qualquer disposição implícita, o sexo da pessoa não pode ser utilizado como fator de desigualação jurídica.

Nesse sentido é a afirmação acima realizada de que não se trata de privilégio algum concedido aos homossexuais.

Ademais, há de se considerar que tudo aquilo que não está expressamente vetado pela legislação está, em tese, permitido. E inexistente qualquer tipo de limitação ao reconhecimento das uniões homoafetivas na legislação pátria, ressalta-se.

A decisão pauta-se, sobretudo, na dignidade da pessoa humana. E é justamente por isso que se afirma que a liberdade sexual, o direito à preferência sexual, nos termos da decisão, é tutelado por este princípio, não havendo dúvidas de que uma decisão em outro sentido colidira frontalmente com os objetivos constitucionais.

Houve o reconhecimento, há de se dizer, do próprio direito à felicidade. Assim como no trecho do voto do Ministro Relator citado em outro momento deste trabalho, há de se concluir que os homossexuais só podem ser felizes exercendo sua homossexualidade afetiva, assim como os heterossexuais só o podem heterossexualmente.

Ademais, a decisão em comento, ainda, entendeu pela não limitação do conceito de família. A Constituição Federal consagra e estimula a formação familiar, sem colocar qualquer óbice para a sua constituição. Não parece fazer sentido limitar a formação de famílias, justamente um instituto consagrado e protegido pela Constituição, a qual não a descreveu no sentido de que sua formação só fosse possível nos moldes mais tradicionais. Pelo contrário, consagrou como entidade familiar a família monoparental, bem como as uniões estáveis, o que revela o verdadeiro espírito do legislador.

Outra questão considerada pelos Ministros da Suprema Corte é a inexistência de prejuízo a outrem pela concessão de direitos aos homossexuais. Não há qualquer direito ou interesse legítimo de outra pessoa que seja atacado simplesmente pelo reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares.

Os contrários a esse reconhecimento, em sua maioria, o são por motivos religiosos. Não caberia a um Estado laico decidir com base em premissas religiosas.

Há de se considerar, entretanto, as opiniões dos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, os quais entenderam pela impossibilidade de enquadramento das uniões homossexuais nas espécies de família dispostas no texto constitucional. Porém, reconheceram as uniões homoafetivas como um novo tipo de entidade familiar, não entendendo pela exclusão de qualquer direito a essas relações.

Outra questão presente no voto, em sua ementa, inclusive, é a interpretação conforme à Constituição do artigo 1723 do Código Civil, de forma a não se realizar uma leitura preconceituosa e discriminatória.

A decisão, há de se ressaltar, foi de importância ímpar na vida de milhões de pessoas em nosso país. Os homossexuais passaram a ter suas parcerias afetivas tratadas como família, diferentemente do que, costumeiramente, ocorria anteriormente, como a equiparação a institutos como as sociedades de fato.

Registrem-se as palavras do Ministro Relator em seu voto:

“Mas é preciso aduzir, já agora em espaço da cognição jurídica propriamente dita, que a vedação de preconceito em razão da compostura masculina ou então feminina das pessoas também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual.”¹⁴⁶

O que se viu, em verdade, foi a superação do preconceito pela justiça, tratando de forma equânime as pessoas, independentemente de sua orientação sexual.

¹⁴⁶ BRITTO, Ayres. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, p. 33.

6. CONCLUSÕES FINAIS

O presente trabalho, uma perspectiva geral da homossexualidade e das relações homoafetivas e o tratamento dispensado pelo direito a elas, procurou demonstrar o panorama das respostas jurídicas dadas aos relacionamentos homossexuais em nosso país.

Desde a ausência de qualquer reconhecimento, passando pelo reconhecimento como meras sociedades de fato, chegando agora à possibilidade de formação de uniões estáveis, nos mesmos moldes das formadas por pessoas de sexo diferentes, bem como em conversão para casamentos e mesmo o casamento direto.

A homossexualidade, presente em todos os momentos da história da humanidade, deixou de ser considerada como distúrbio, doença ou mesmo perversão. Trata-se de, como o próprio sufixo sugere, uma maneira de ser, apenas um das possibilidades de sexualidade.

O Supremo Tribunal Federal, com o julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.277, reconheceu como entidade familiar os relacionamentos homoafetivos.

A possibilidade de conversão da união estável homoafetiva para casamento, bem como o casamento direto entre pessoas do mesmo sexo, são uma realidade, inserida no contexto social de nosso país.

Entretanto, conforme se demonstrou durante o trabalho, o silêncio legislativo sobre questões essenciais ainda é causador de enormes dificuldades aos homossexuais, bem como é um dos responsáveis por uma série de injustiças presentes em nossa sociedade no que diz respeito aos homossexuais.

Assim, o que se pretendeu demonstrar nesse trabalho, além das respostas jurídicas, foram as novas possibilidades abertas após a paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal em reconhecer as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

E quando se fala em possibilidades jurídicas, também se está tentando incluir as

necessárias criações legislativas sobre a temática, não só em relação às uniões afetivas, mas em todas as outras áreas que demandam intervenções e regulações para a efetivação dos direitos aos homossexuais.

Este trabalho, de perspectivas gerais, possibilita a divulgação das conquistas já obtidas pelos homossexuais no que se refere ao reconhecimento jurídico de seus relacionamentos, em especial após a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal. Ademais, é necessário que se demonstre como a omissão do Poder Legislativo tem trazido efeitos negativos a esses cidadãos, que, ressalte-se, são tão cidadãos como quaisquer outros.

A importância da questão, para além de jurídica, é social. Não se trata de mera aplicação do Direito e criação legislativa. Trata-se de igualdade. Trata-se de justiça.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agência Nacional de Saúde. **Súmula Normativa 12/2010**. Disponível em: http://www.ans.gov.br/texto_lei.php?id=70. Acesso em 26.07.2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Martin Claret: São Paulo, 2003.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Ed. RT, 2002.

BRITO, Fernanda de Almeida. **União Afetiva entre Homossexuais e seus Aspectos Jurídicos**. São Paulo: LTr, 2000.

BRITTO, Ayres. **Supremo Tribunal Federal**. Voto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 14.08.2011.

CHAVES, Mariana. *As uniões homoafetivas no direito comparado* In: **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. Coordenação Maria Berenice Dias – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1957/2010**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm . Acesso em 26.07.2012.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995.

DALL'ALBA, Felipe Camilo. **Os três pilares do Código Civil de 1916: a família, a propriedade e o contrato.** Disponível em: http://www.tex.pro.br/wwwroot/02de2004/ostrespilares_felipecamilo.htm#_Toc82321499
Acesso em 03 de novembro de 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo.** Coordenadora Maria Berenice Dias – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça.** 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Estatuto da Diversidade Sexual. **Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual.** Disponível em <http://www.direitohomoafetivo.com.br/ver-noticia.php?noticia=344#>
Acesso em 06.11.2012.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: Elementos Críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro,** 2003.

_____. **Elementos críticos de direito de família.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre: Fabris, 1992.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Direito e História: relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de António Manuel Hespanha,** 1997, Curitiba, 118 f., Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997.

GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 25ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.30.

GUIMARÃES, Anibal. *Sexualidade heterodiscordante no Mundo Antigo* in **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. Coordenadora Maria Berenice Dias – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HELMINIAK, Daniel. **O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade**. São Paulo: Edições GLS, 1998.

Instituto Brasileiro de Geografia Estatística. **Resultado do Censo do Ano de 2010**. Disponível em <http://www.censo2010.ibge.gov.br/resultados>. Acesso em 28.09.2012.

JAIME, Jorge. **Homossexualismo Masculino**. 2ª edição.

LOREA, Roberto, **Cidadania sexual e laicidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Evolução do conceito de família*. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Aspectos Jurídicos das Famílias Homossexual, Simultânea e Recompоста*. In **Revista do Instituto dos Advogados**, número 39, Novembro de 2010.

_____. **Iguais, mas Diferentes: Efeitos Jurídicos da União entre Pessoas do mesmo Sexo**. 2003, 199 f., Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003.

_____ *"Novas" entidades familiares*. In: Ana Carla Harmatiuk Matos (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.

_____ **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: LTr, 2008.

MORICI, Silvia. **Homossexualidade: um lugar na história da intolerância, um lugar na clínica**. Porto Alegre: Artmed. 1998.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *Entidades Familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada*. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Org.), et al. **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro; Renovar, 2002.

OTTOSSON, Daniel. **Homofobia do Estado: uma pesquisa mundial sobre legislações que proíbem relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo**. Disponível em: http://ilga.org/historic/Statehomophobia/Homofobia_do_Estado_ILGA_2008.pdf. Acesso em 22.11.2012.

TAVARES, Lúcia Lea Guimarães. **Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2598238>. Acesso em 15.08.2011.

RIOS, Roger Raupp. *Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade*. **Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n. 6, 1998.

RODRIGUES, Humberto: **O amor entre iguais**. São Paulo: Mythos, 2004

SOUZA, Ivone Coelho de. *Homossexualismo, uma instituição reconhecida em duas grandes civilizações*. In: **Instituto Interdisciplinar de Direito de Família. – IDEF Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas**. Curitiba: Juruá, 2001.

SULLIVAN, Andrew. **Praticamente normal: uma discussão sobre o homossexualismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

The Danish Registered Partnership Act. Disponível em <http://users.cybercity.dk/~dco12530/s2.htm>. Acesso em 13.11.2012.

8. NOTÍCIAS CONSULTADAS

BBC BRASIL. *Senado do Canadá aprova casamento gay em todo o país*. Disponível em http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/story/2005/07/050720_gaycanadafn.shtml
Acesso em 14.11.2012.

BEM PARANÁ. *Casamento gay divide brasileiros, diz IBOPE*. Disponível em <http://www.bemparana.com.br/politicaemdebate/index.php/2011/07/28/casamento-gay-divide-brasileiros-diz-ibope/> Acesso em 03.11.2012

Conselho Federal de Psicologia. **Resolução que proíbe tratar a homossexualidade como doença completa 10 anos**. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2009-03-24/resolucao-que-proibe-tratar-homossexualidade-como-doenca-completa-dez-anos>. Acesso em 21.11.2012.

FOLHA DE S. PAULO. Artigo *Orgulho Gay e consciência homossexual*, publicado no caderno Opinião da Folha de S. Paulo, p. A-3, 28 de junho de 2000. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Iguais, mas Diferentes: Efeitos Jurídicos da União entre Pessoas do mesmo Sexo**. 2003, 199 f., Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003.

_____. *Casamento de Homossexuais divide os Tribunais brasileiros*. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1099673-casamento-de-homossexuais-divide-os-tribunais-brasileiros.shtml> Acesso em 05.11.2012.

_____. *Corte declara Casamento Gay Constitucional na Cidade do México*. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/778419-corte-declara-casamento-gay-constitucional-na-cidade-do-mexico.shtml> Acesso em 14.11.2012.

_____. *Relatório Folha da sexualidade brasileira*, em caderno Mais, Folha de S. Paulo, 10 de janeiro de 1998, p. 4-11. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Iguais, mas Diferentes:**

Efeitos Jurídicos da União entre Pessoas do mesmo Sexo. 2003, 199 f., Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003.

_____. *Suprema Corte dos Estados Unidos libera Sodomia.* Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2706200301.htm>. Acesso em 14.11.2012.

G1. *No Facebook, mapa compara EUA escravista com resultados eleitorais.* Disponível em <http://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2012/noticia/2012/11/no-facebook-mapa-compara-eua-escravista-com-resultados-eleitorais.html> . Acesso em 14.11.2012.

_____. *Senado da Argentina aprova o casamento gay.* Disponível em <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/07/senado-da-argentina-aprova-o-casamento-gay.html> . Acesso em 14.11.2012

O GLOBO. *Casamento Gay pode gerar US\$ 166 milhões a três estados americanos.* Disponível em <http://oglobo.globo.com/economia/casamento-gay-pode-gerar-us-166-milhoes-tres-estados-americanos-6716134>. Acesso em 14.11.2012.

REVISTA GALILEU. *Jovens Homossexuais têm mais tendência ao suicídio.* Disponível em <http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI226806-17770,00-JOVENS+HOMOSSEXUAIS+TEM+MAIS+TENDENCIA+AO+SUICIDIO+DIZ+ESTUDO.html> Acesso em 03.11.2012

UOL. *Conheça a posição de Obama e Romney sobre temas polêmicos.* Disponível em <http://noticias.uol.com.br/album/2012/11/05/conheca-a-posicao-de-obama-e-romney-sobre-temas-polemicos.htm?abrefoto=3> Acesso em 14.11.2012.

VEJA. *Suicídios recentes ressaltam pressões sobre adolescentes gays.* Disponível em <http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/suicidios-recentes-ressaltam-pressoes-sobre-adolescentes-gays> Acesso em 03.11.2012

9. JURISPRUDÊNCIA CITADA

(SP, AC 0000050-38.2011.8.26.0326, Rel. Corregedor Geral da Justiça José Renato Nalini, p. 27/08/2012)

(STJ, 4a Turma, Resp n. 148897/MG. Relator Ministro Ruy Rosado Aguiar. 10.2.1998.)

(STJ, REsp 323.370/RS, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, j. 14/12/2004).

(STJ, REsp 1.183.378 - RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011).

(Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3300. (3300 DF , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 03/02/2006, Data de Publicação: DJ 09/02/2006 PP-00006 RTJ VOL-00200-01 PP-00271 RDDP n. 37, 2006, p. 174-176 RCJ v. 20, n. 128, 2006, p. 53-60 RSJADV jul., 2007, p. 44-46)).

(Supremo Tribunal Federal. (ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001))

(TJRJ, AC 0007252-35.21012.8.19.0000, 8ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Felipe Francisco, j. 17/04/2012)

(TJRS, EI 70037917184, 4º G. Cív., Rel. Des. Sérgio Fernando Silva de Vasconcellos Chaves, j. 10/09/2010)

(TJSP, Confl. Comp. 1798690700, C. Esp. , Rel. Des. Eduardo Gouvêa, j. 05/10/2009)