



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

JOÃO VIEIRA JÚNIOR

A UNIÃO HOMOAFETIVA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

FORTALEZA

2013

JOÃO VIEIRA JÚNIOR

A UNIÃO HOMOAFETIVA A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC)
apresentado como exigência parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito
pela Universidade Federal do Ceará.

Orientador: Prof. Dr. Glauco Barreira
Magalhães Filho.

FORTALEZA

2013

JOÃO VIEIRA JÚNIOR

A UNIÃO HOMOAFETIVA A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Francisco Régis Frota Araújo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Regnoberto Marques de Melo Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Ao Senhor meu Deus, o Rei Jesus, autor da minha salvação. A Ele seja toda glória, hoje e eternamente.

À minha esposa Helizangella e aos meus filhos: Keven, Quéren e Lídía. Amo vocês.

AGRADECIMENTOS

Ao único que é digno de receber toda honra e glória. Exaltado seja o nome do nosso Senhor Jesus porque por Ele, para Ele e por causa dEle são todas as coisas. Obrigado, meu Deus, porque as suas misericórdias se renovam a cada manhã sobre a vida de Seus filhos, e foram elas que me permitiram chegar até aqui.

À minha esposa Helizangella, pelo incentivo e compreensão nesses cinco anos em que a obrigatoriedade da presença em sala de aula furtou-me do aconchego de quem me faz muito feliz.

Aos meus filhos: Keven Larley, Quéren Smirna e Lídia Sarah por constituírem uma fonte de inspiração permanente para tudo que eu faço na vida.

Ao Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho, meu orientador, que através do exercício da docência legou-me além do saber acadêmico, um exemplo de vida de que muito me orgulha em tê-lo além de mestre, como amigo em quem confio plenamente.

Aos professores participantes da Banca examinadora Francisco Régis Frota Araújo e Regnoberto Marques de Melo Júnior, pelo tempo despendido na leitura deste trabalho e pelas suas valiosas colaborações e sugestões.

"Nossa imaginação moral coletiva mudou das questões de certo e errado para conflitos sobre meus direitos, seus direitos, direitos deles" (R. Albert Mohler Jr).

RESUMO

A união homoafetiva é um tema que apesar de ser objeto de discussão há vários anos, tem alcançado maior notoriedade nos últimos tempos, principalmente, em decorrência de movimentos organizados em prol dos direitos de casais homoafetivos, os quais tem promovido protestos para reivindicarem seus direitos, ocasionando por consequência o aumento do numero de ações no judiciário em busca do reconhecimento da união entre indivíduos do mesmo sexo. O estudo sobre o assunto demonstra-se totalmente viável visto a quantidade de informações sobre o tema, disponibilizadas em artigos, meio eletrônico, livros e constantes debates. O presente trabalho se limita a fazer uma análise crítica da união entre casais homoafetivos na legislação brasileira, fazendo um levantamento sobre a evolução doutrinária sobre o relacionamento entre indivíduos do mesmo sexo, o que ainda é motivação de diversos debates entre juristas e divide a opinião da população.

Palavras-chave: Homossexualidade. União estável. Direito. Constituição. Família.

ABSTRACT

The union of homosexual couples is a theme that despite being the subject of discussion for several years, has achieved greater prominence in recent times, mainly due to organized movements for the rights of homosexual couples, which has sponsored protests to demand their rights, consequently causing an increase in the number of legal actions seeking recognition of marriage between same sex. The study on the subject shows up entirely feasible because the amount of information on the subject, available on articles, electronic books and constant debates. This study is limited to make a critical analysis of the union between homosexual couples in Brazilian law, doing a survey about the doctrinal evolution of the relationship between individuals of the same sex, which is still motivating many debates among jurists and divides the opinion of population.

Keywords: Homosexuality. Stable union. Right. Constitution. Family.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	09
2	A FAMÍLIA.....	12
2.1	Sua importância.....	12
2.2	A composição da família.....	17
2.3	Análise histórica da família brasileira.....	18
2.4	A crise atual da família brasileira.....	19
3	A UNIÃO HOMOAFETIVA.....	23
3.1	Homossexualidade.....	23
3.2	Adolescência e formação de identidade.....	24
3.3	A união homoafetiva no direito brasileiro.....	27
3.4	Princípio da unidade da Constituição Federal.....	32
3.5	Dignidade humana.....	32
3.6	A união homoafetiva como entidade familiar.....	33
4	UNIÃO ESTÁVEL.....	36
4.1	Previsão legal.....	36
4.2	O Supremo Tribunal Federal e a Constituição.....	39
4.3	O STF x Julgamento da ADIn nº 4.277.....	40
5	CONCLUSÃO.....	43
	REFERÊNCIAS.....	44

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem a finalidade de trazer uma pequena contribuição ao desenvolvimento na área do Direito através de uma análise acerca do verdadeiro significado, à luz de uma interpretação constitucional, da união homoafetiva e, a partir daí, contextualizar a legislação vigente, dando ênfase a forte convicção de algumas pesquisas (FACHIN, 1999¹; MENDES et. al, 2008²; RIOS, 2001³; VARELLA, 2000⁴) que investigam o tema.

Faz-se necessário ressaltar que elevado tem sido o número de pessoas do mesmo sexo que tem se unido, levando vida em comum e formando patrimônio conjuntamente. Não raras vezes tais situações chegam ao foro judicial, o que tem causado grandes debates, ante a ausência de diploma legal específico a reger os fatos (DIAS, 2000)⁵.

A união homoafetiva é um tema que apesar de ser objeto de discussão há vários anos, tem nos tempos alcançado maior notoriedade, principalmente em decorrência de movimentos organizados em prol dos direitos de casais homoafetivos, os quais tem promovido protestos para reivindicarem tais direitos, ocasionando por conseqüência o aumento do número de ações no judiciário em busca do reconhecimento da união entre indivíduos do mesmo sexo.

O estudo sobre o assunto demonstra-se totalmente viável visto a quantidade de informações sobre o tema, disponibilizadas em artigos, meio eletrônico, livros e constantes debates.

O presente trabalho se limita a fazer uma análise crítica da união entre casais homoafetivos na legislação brasileira, fazendo um levantamento sobre a evolução doutrinária sobre o relacionamento entre indivíduos do mesmo sexo, o que ainda é motivação de diversos debates entre juristas e divide a opinião da população.

¹ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

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

³ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

⁴ VARELLA, Luiz Salem; VARELLA, Irene Innwinkl Salem, **Companheiros homossexuais perante a previdência social**. São Paulo: Editora CD, 2000.

⁵ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

Observando os comentários relacionados à problemática do tema, se faz necessário questionarmos: Quais são os avanços na legislação brasileira a respeito da união homoafetiva?

O intuito deste trabalho é analisar a atual legislação vigente no que diz respeito a uniões de indivíduos homossexuais, ilustrando a realidade dos fatos, com embasamento tanto em obras da literatura quanto em obras doutrinárias. Pretende-se também levantar uma polêmica bem atual e despertar em todos uma maior reflexão sobre essa temática, com base em recentes mudanças havidas na legislação, dentre elas a que legitimou o reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos.

Nos últimos anos temos testemunhado constantes debates a respeito do reconhecimento civil da união homoafetiva no Brasil, sendo que vários países, outrora conservadores, têm reconhecido o direito dos casais homoafetivos à união civil. Um dos mais recentes deles é a Argentina que algum tempo atrás aprovou a modificação do seu Código Civil, não fazendo distinções ao casamento de pessoas do mesmo sexo ao casamento de pessoas de sexos distintos.

Os que defendem o mesmo ponto de vista no Brasil argumentam que a própria Constituição zela pela promoção da igualdade de direitos e tem como princípio básico “a dignidade da pessoa humana” (CF, art. 1º), além de “promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º). Sendo assim, questionam: por que impedir o reconhecimento da comunhão plena desses cidadãos?

Portanto, diante de tais comentários, este trabalho se propõe a justificar a importância de estimular debates a respeito do tema, propiciando uma discussão pautada na doutrina e legislação vigente.

Como proposta acadêmica, sem dúvida, o presente trabalho será de importante valia, já que a complexidade e importância do assunto tornam o tema recorrente e de interesse para vários profissionais que militam na área do direito.

Para o desenvolvimento do trabalho, adotou-se o estudo descritivo, utilizando-se o método dedutivo, que parte das generalidades para se chegar às premissas menores.

Quanto à abordagem, optou-se por uma análise teórica, ancorada nos seguintes procedimentos: Pesquisa Bibliográfica a partir da revisão de literatura sob a temática abrangendo enciclopédias, coleções, livros, artigos, revistas, jornais e

meios eletrônicos, enquanto a pesquisa documental valeu-se de informações colhidas de trabalhos públicos e privados.

A revisão bibliográfica será feita mediante análise acurada da literatura aplicada, extraindo-se os pontos relevantes ao tema explicitado, com o fim de justificar as ações apresentadas.

2 A FAMÍLIA

De acordo com Bruno (2002)⁶, a origem da família se perde no tempo e no espaço. Uma coisa é certa: tal como existe hoje, a família é o resultado de um processo histórico. Nem sempre ela foi o que é hoje e, com certeza, não será exatamente a mesma em séculos futuros.

Em todas as sociedades humanas encontra-se uma forma qualquer de família. Sua posição, dentro do sistema mais amplo de parentesco, pode oscilar muito, desde um lugar central dominante (sociedade ocidental) até uma situação de reduzida importância (povos ágrafos), que dão maior destaque ao grupo de parentesco, mais amplo do que a unidade representada pelo marido, mulher e filhos (NOGUEIRA, 2001)⁷.

A autora (op. cit) afirma ainda que tipicamente, os estudiosos do assunto falam em três funções básicas da família: biológica, psicológica e social. A função biológica da família se refere, sobretudo, às condições que tornam possível a existência dos seres humanos enquanto seres vivos. É função psicológica da família oferecer aos seus membros um "mundo significativo", que funciona como ponto de referência de todo seu comportamento perante a vida. No ponto de vista social a família exerce funções sociais de grande relevância. A família é o órgão fundamental de ligação entre o indivíduo e as estruturas da sociedade.

2.1 Sua importância

Felipe (2000)⁸ observa que a família, em geral, é considerada o fundamento básico e universal das sociedades, por se encontrar em todos os agrupamentos humanos, embora variem as estruturas e o funcionamento. A forma de família baseada na comunidade de nome compreende os descendentes de um mesmo ancestral, herdando dele o nome. Se originariamente, a família foi um fenômeno biológico de conservação e produção, transformou-se depois em

⁶ BRUNO, Denise Duarte. **Guarda compartilhada**. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre: Síntese, n. 12, 2002.

⁷ NOGUEIRA, Jacqueline Figueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

⁸ FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, Guarda, Investigação de Paternidade, e Concubinato**. Editora Forense – 2000.

fenômeno social. Sofreu considerável evolução até regulamentar suas bases conjugais conforme as leis contratuais, normas religiosas e morais.

Quanto à autoridade, Grunspum (2008)⁹ afirma que a família pode ser: patriarcal, matriarcal, paternal ou igualitária. Patriarcal tem como figura central o pai, que possui autoridade de chefe sobre a mulher e os filhos. Matriarcal em que a figura central é a mãe, havendo, portanto, predominância da autoridade feminina. Paternal ou igualitária onde a autoridade pode ser mais equilibrada entre os cônjuges, dependendo das situações, ações ou questões particulares.

Historicamente, a família é considerada como uma instituição social encarregada de transformar um organismo biológico em ser humano, segundo o sociólogo norte-americano William Good, a família é a única instituição social formalmente desenvolvida em todas as sociedades históricas. A família desempenha a função mediadora, pois é ela que liga o indivíduo à estrutura social. É a família que fornece ao indivíduo as estruturas básicas que determinarão seu comportamento na sociedade. É, portanto, através da família que a sociedade consegue o desempenho adequado dos seus membros. Como instituição fundamental, portanto, a família é essencial a vida e ao funcionamento da sociedade em geral. Segundo esse mesmo autor na medida que todas as outras instituições sociais dependem da família, ela pode ser considerada a base instrumental mais importante da estrutura social. Por meio do processo de socialização do indivíduo, a família age como adutora ou cabo de transmissão mediante o qual a cultura é mantida viva e comunicada de geração a geração. "Através de todos estes mecanismos, a família constitui um instrumento ou um agente da sociedade mais ampla e, se ela não desempenhar adequadamente este papel, os objetivos da sociedade podem não ser eficazmente atingidos" (MONTEIRO, 1998, p. 17)¹⁰.

Nick (apud. BARRETO, 1997)¹¹ conceitua instituição como "uma estrutura relativamente permanente de padrões, papéis e relações que os indivíduos realizam segundo determinadas formas sancionadas e unificadas, com o objetivo de satisfazer necessidades sociais básicas".

⁹ GRUNSPUM, Huns. **Mediação Familiar. Revista Psicologia Catharsis**. Disponível em <<http://www.revistapsicologia.com.br/>>. Acesso em: 7 Jan, 2013.

¹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil - Direito de família**. 1998.

¹¹ NICK, Sérgio Eduardo. **Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados**. In: BARRETO, Vicente (org). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Figura 1 – Estrutura das Principais Instituições Sociais

Partes da Estrutura	Família	Igreja	Estado	Empresa	Escola
Modelos de atitudes e comportamentos	Afeto Amor Lealdade Respeito	Reverência Lealdade Temor Devoção	Subordinação Cooperação Temor Obediência	Trabalho Economia Cooperação Lealdade	Ensino Aprendizagem Cooperação Respeito
Traços culturais Simbólicos (Símbolos)	Herdados Aliança Brasão Escudo de armas Bens móveis	Cruz Imagens Relicários Altar	Bandeira Selo Emblema Hino	Marca comercial Patente Emblema	Emblema Símbolo da profissão Beca Borla, capelo
Traços culturais Utilitários (Bens imóveis)	Lar Habitação Propriedades	Igreja Catedral Templo	Edifícios públicos Obras públicas	Loja Armazém Fábrica Oficina	Edifícios das Faculdades Campos
Códigos orais ou escritos	Certidão de Casamento Testamento Genealogia	Credo Doutrina Bíblia Hinos	Constituição Tratados Leis Estatutos	Contratos Licença Franquias Estatutos	Lei Orgânica do ensino Regimentos Currículos

Fonte: Própria

O quadro acima representa a estrutura das principais instituições sociais. A própria natureza nos dá exemplos de instituições sociais, tais, como o formigueiro e a colméia. Diferentemente de outros seres vivos, o ser humano por ser dotado de livre arbítrio pode imigrar para outra sociedade.

De acordo com Leite (1997)¹², para os indivíduos viverem em grupos são necessárias regras de ação que controlem e norteiem seus comportamentos; sem elas o grupo se autodestruiria. Como a sociedade não pode viver sem valores, adota um critério de valores organizados num sistema de escala, e assim eles são apresentados a seus membros.

¹² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais; a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Toda ciência, na investigação e demonstração da verdade, utiliza-se de um conjunto de processos que chamamos de método, que são planejados cuidadosamente. No estudo da família, não podemos isolar propositalmente uma família para analisar seu comportamento. Além disso, o sociólogo estuda fenômeno dos quais participa intimamente. Todo sociólogo pertence a uma nação, vive em uma família e aprendeu normas de uma sociedade. Se, ao participar do fenômeno que estuda, torna-se mais apto a penetrar em seu íntimo, corre em contrapartida, o risco de não enxergar os fatos com a necessária objetividade, distorcendo a realidade (GONÇALVES, 2002)¹³.

Geralmente o critério de valores está de acordo com suas ideologias, mitos, crenças, bem como a organização e funcionamento da sociedade que os estabelece. Os valores sociais variam, portanto, no tempo e no espaço.

Para cada estágio da vida humana há certas tarefas evolutivas que devem ser incorporadas aos padrões de experiências e de comportamento do indivíduo. Assim como o indivíduo nasce, cresce, amadurece e envelhece, através de um processo de mudanças sucessivas e de reajustamentos, desde a sua formação até sua velhice, não importa quem ele seja, tem se fomentado a idéia de que a família tem um ciclo vital com características identificáveis e com padrões basicamente universais (MADALENO, 1999)¹⁴.

O autor (op. cit) lembra ainda que o ser humano se desenvolve às custas de sucessivas identificações até adquirir sua própria identidade, o resultado desta mudança de comportamento adulto na sociedade atual é carência de modelos identificatórios inspiradores do amadurecimento. As grandes transformações sociais dos últimos anos também esvaziaram a crença em uma solução propiciada pela sociedade e enfatizaram a individualidade e a subjetividade, levando essas características até as últimas conseqüências.

Santos (2001)¹⁵ lembra que se criou o culto da rapidez e o indivíduo não tem mais tempo para pensar, transformando-se em um mero repetidor de informações não-processadas. Tudo que surge de novo é imediatamente consumido: passamos a formar uma sociedade de "plugados". Ao mesmo tempo, a

¹³ GONÇALVES, Denise Willhelm. **Guarda compartilhada**. Revista Jurídica. Porto Alegre: Nota dez, n. 299, 2002.

¹⁴ MADALENO, Rolf Hanssen. **Direito de família: aspectos polêmicos**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

¹⁵ SANTOS, Lia Justiniano dos. **Guarda compartilhada: modelo recomendado**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n.8, 2001, 2v.

família perdeu suas características tradicionais e se ressentiu dos valores que proporcionavam uma identidade aos seus integrantes.

Onde, pois, estão as causas da violência e da falência da instituição familiar? A resposta é simples, a resposta está na completa ausência da expressão familiar: o respeito aos pais, à valorização da escola, ao crescimento acompanhado das crianças, de modo que elas possam viver cada fase de suas vidas, sem pular etapas. Os vínculos familiares tornaram-se simétricos e fraternizados, observa-se um esvaecimento do passado, da cultura e da tradição, resultando em uma falta de perspectivas para o futuro. Por tudo isso, as famílias correm o risco de se tornarem estímulos de um valor qualquer (AZEVEDO, 1998)¹⁶.

De acordo com Nazareth (1997)¹⁷, ainda recentemente a família era tudo que havia de mais firme; e eis que de repente os solavancos que abalaram até mesmo os alicerces do nosso mundo, também a atingiram. Em todas as bocas surge atualmente uma interrogação que preocupa os espíritos que têm a coragem de replanejar os desmoronamentos da civilização que acontecem diante de nós: a família teria chegado ao fim? Terá chegado o momento em que as estruturas familiares que fizeram a glória dos últimos séculos e foram cantadas pelos poetas, festejadas pelos moralistas, defendidas com argúcia por todos os juristas, entraram em processo de desaparecimento?

A autora (op. cit) completa ainda que, acomodar-se-ão elas ao ímpeto das novas forças que, por natureza são contestatórias e pretendem negar tudo que constitui o patrimônio secular da humanidade da qual nasceram; forças essas que se obstinam com irritante desprezo em rejeitar todos os valores. As transformações que a vida urbana contemporânea impõe à família são insuperáveis ameaças contra ela, ou são fatores de uma renovação criadora? Como se situar frente a essas modificações inevitáveis?

Responder a essas perguntas é tentar descrever o que se passa e o que se passará no decorrer dos próximos anos no seio da família. Torna-se necessário lembrar que não é a primeira vez na história que a família troca de pele. E é necessário, sobretudo, sublinhar uma verdade simples, mas muito esquecida: a

¹⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Retrocesso no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Instituto dos Magistrados do Brasil, In verbis 2(15): 12-13, outubro-novembro de 1998.

¹⁷ NAZARETH, Eliana Riberti. **Direito de família e ciências humanas**. São Paulo: Jurídica Brasileira, Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família, 1997.

família nunca foi estática. Mesmo sob a aparência de fixidez social ela esteve sempre em movimento.

Apase (2008)¹⁸ observa que a fragmentação do modelo casal com filhos e a crescente importância do modelo monoparental (onde predominam mulheres sem cônjuge com filhos) responde pela diversificação dos arranjos familiares. A família passa por uma desinstitucionalização (modelos menos hierárquicos e mais democráticos) interna. O fato de que os indivíduos se tornam mais autônomos, menos dependentes do grupo tem gerado grupos domésticos familiares cada vez menos coesos e integrados. A família está enfraquecida e debilitada para cumprir com muitas de suas tradicionais funções sociais, inclusive com a reprodução de seus membros e a sua própria como grupo.

Percebemos que onde há famílias ajustadas, que tenham como base os valores morais e espirituais, há também uma sociedade ajustada e com elevado padrão moral e, onde há famílias perversas, imorais, incrédulas e desordeiras, há também um povo esfacelado, fadado a ruína e à decadência, visto que a família é decisiva para a estruturação da pessoa e da sociedade.

Se analisarmos o sofrimento das pessoas em nossa sociedade, facilmente descobriremos que um percentual enorme destes sofrimentos está ligado a algum tipo de insucesso na vida familiar, quer como filho, quer como esposo, quer como esposa, quer como pais. Estes insucessos vão refletir nas mais variadas dimensões do ser humano: como um ser social, um ser emocional, um ser espiritual.

A começar da família, precisamos de boas referências que sirvam de parâmetros para bons procedimentos, de boas identificações que resultem em comportamentos mais adequados à vida pessoal e coletiva, e de boas influências capazes de moldar caracteres e a conduta de toda sociedade (DINIZ, 2002)¹⁹.

2.2 A composição da família

A composição das famílias também interfere na representatividade dessas expressões relacionadas à questão social, pois em muitas delas é encontrado um número elevado de pessoas que residem numa mesma moradia ou

¹⁸ APASE - Associação de Pais e Mães Separados. **Guarda de Menores**. TJ-SP. Disponível em <<http://www.apasesp.com.br/>>. Acesso em: 27 out. 2012.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

mesmo casos de várias famílias que moram numa única casa. Isso contribui para diminuir a privacidade dos membros, corroborando assim para o crescimento da violência familiar e social, bem como de alguma forma contribuindo para a marginalidade e a violência que atualmente tem causado desequilíbrio na sociedade brasileira (CAMARGO, 1999)²⁰.

O autor (op. cit) afirma ainda que:

A efetivação de políticas sociais não consegue solucionar esses problemas, é necessário a atuação direta nas estruturas familiares que possam contribuir para a redução da vulnerabilidade dessas famílias. A inserção das famílias que se encontram a margem dos centros da cidade é um fator principal do êxodo rural, pelo fato de muitas terem migrado da zona rural para a zona urbana em busca de melhores condições de vida para elas e suas famílias e obtivessem melhores oportunidades, entretanto a falta de empregos dignos e as condições sub humanas a que essas pessoas foram expostas conseqüenciaram na exclusão e na marginalização social tendo em vista a falta de qualificação profissional. Essas pessoas estavam acostumadas a trabalhar na terra, o processo de industrialização incentivou o crescimento da pobreza e as famílias da grande massa proletária foi acumulada em bairros periféricos das grandes cidades.

2.3 Análise histórica da família brasileira

Segundo Pereira (2001)²¹:

Desde o início do período colonial, a sociedade brasileira possui em sua história algumas características: a ênfase na virilidade masculina, a inferioridade da mulher perante o homem e a normalidade no adultério masculino. Como algumas das conseqüências desse quadro, pode-se citar: a procriação fora do matrimônio e a submissão da mulher. Algumas situações se apresentam de diferentes formas na atualidade: o número de pessoas que compõe o círculo familiar, a diversidade de pessoas da família que contribuem para as despesas da família, a representação da autoridade familiar passou a ser exercida também pela mulher, ou ambos os responsáveis pela família passaram a dividir as responsabilidades da mesma, os filhos também desempenham na atualidade papel significativo nas decisões familiares e contribuem para a economia familiar.

Famílias que habitam em bairros periféricos encontram-se expostas a uma diversidade de situações que comprometem a harmonia familiar São exemplos: os assaltos, contato direto com a marginalidade, a falta de condições econômicas para suprir as suas necessidades básicas, o desemprego, a presença de subempregos nos bairros periféricos e a baixa escolaridade.

²⁰ CAMARGO, Joecy Machado de. Op. cit.

²¹ PEREIRA. Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Maria Berenice. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

2.4 A crise atual da família no Brasil

Segundo Motta (2002)²² a maior parte do tempo de nossa vida, nós passamos em grupos. A criança já nasce dentro de um grupo – o grupo familiar – e a partir desse momento, ela irá ampliando suas relações com o mundo, sempre se relacionando em grupos. Mesmo quando estamos sozinhos, nossa referência de valores e normas sociais advém dos grupos que internalizamos no decorrer de nossa vida. A vida em grupo pode ser considerada como o lado "prático" de nossa vida. É assim que sentimos a vida, a vida nos grupos.

Mas esse lado prático da vida é determinado por instância social do conteúdo dos grupos a que pertencemos, ex: grupo de trabalho numa empresa nos permite relação de amizade mais com uns do que com outros.

A sociedade se organiza em diferentes níveis: institucional, organizacional e grupal, num processo de socialização. A socialização não é pura e simples introjeção de normas e valores institucionais, mas um processo de interação entre o sujeito e os grupos que produzem a sua própria subjetividade. A família é um grupo basilar que promove essa interação, e, portanto, uma instância produtora dessa subjetividade (BARRETO, 2003)²³.

No entanto, de acordo com Oliveira (2000)²⁴, ela não está sozinha nesta tarefa. A escola e os meios de comunicação também tem uma grande contribuição. O grupo familiar tem sua função social e é determinado por necessidades sociais. O grupo familiar deve garantir o provimento das crianças, para que elas futuramente exerçam atividades produtivas para a própria sociedade, e deve educá-las, para que elas tenham uma moral e valores compatíveis com a cultura em que vivem. Tanto assim, que a organização familiar muda no decorrer da história do homem. Muda em função das próprias mudanças sociais.

A família tem um caráter conservador, é a partir do processo de sociabilização que ela irá eternizar valores como o da fragilidade feminina e o da superioridade masculina. A mulher tem sempre a função de servir aos homens, isto

²² MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda Compartilhada: novas soluções para novos tempos**. Direito de Família e Ciências Humanas. Cadernos de Estudos Brasileiros. São Paulo: Jurídica Brasileira, n. 3, 2002.

²³ BARRETO, Lucas Hayne Dantas. **Considerações sobre a guarda compartilhada**. Jus Navigandi, Teresina: ano 7, n. 108, 2003.

²⁴ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Guarda, Tutela e Adoção**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

se passa entre a mãe que diz para a irmã servir ao irmão naquilo em que o mesmo necessitar. A mulher é preparada geralmente para o casamento, enquanto o filho homem para seguir uma profissão, seja ela qual for.

Por que a família tem esse caráter conservador? A resposta é simples: as famílias em sua maioria, constituem-se por essência, em legítimas reprodutoras das normas e valores sociais. Isto as faz tornarem-se conservadoras, já que elas estão aí para manterem e não transformarem a sociedade. Na estrutura social, a família tem a função de inserir o indivíduo na sociedade e daí a sua importância (FARIAS, 2004)²⁵.

Mas esta função da família não é dada ao acaso, a família, como a conhecemos hoje, monogâmica, não é o único modelo possível de família. Cada momento histórico, cada formação econômica, cada cultura tem a sua estrutura familiar mais adequada para cumprir a sua função de educar as crianças e a de cuidar de sua sobrevivência. Em todas as sociedades, desde as primitivas, encontramos certas estruturas de parentesco que forma o núcleo familiar. Na sociedade em que vivemos hoje (capitalista) esse núcleo é composto basicamente por pai, mãe e filhos. Essa ideologia de manutenção social irá garantir uma família monogâmica e conservadora (CAMARGO, 1999²⁶).

A família brasileira tem raízes profundas no autoritarismo colonial dos primórdios; na desigualdade social; na exploração ancestral da mulher pelo homem; nas dificuldades da construção econômica do lar e da educação. Esse modelo familiar tradicional de "casa grande e senzala" entrou em crise no momento em que a sociedade colonialista começou a ser ameaçada pela gradativa independência que ainda não está consumada até hoje. Autoridade incontestável do homem, chefe da casa, entrou em choque com a promoção da mulher, embaralhando os papéis masculinos e femininos dentro e fora de casa. O homem, tradicional provedor do sustento doméstico já não consegue cumprir sua destinação, nesses tempos de desemprego estrutural do neoliberalismo. Pode então vir a ser sustentado pela mulher e pelos filhos ou então desaparece de cena como ornamento inútil à

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

²⁶ CAMARGO, Joecy Machado de. **Guarda e Responsabilidade**. Repertório de Doutrina sobre Direito de Família: Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais. São Paulo: 1999.

harmonia do lar. A mulher é então obrigada a assumir a chefia da casa. Ou então ambos desaparecem de cena e surge o menino de rua (GONÇALVES, 2002)²⁷.

Nas palavras de Cury (2005)²⁸, “hoje os filhos já não aprendem a ser gente, graças só a educação familiar. A educação hoje acontece mais na escola, ou na TV e também na própria rua, tumultuando as relações entre pais e filhos”. Os pais temem cada vez mais ter filhos e acabam desencantados com a monotonia da vida a dois. Tudo isso está levando a família tradicional brasileira a se refazer nos seus alicerces e experimentar formas novas de sustentação e educação. Até lares homossexuais são tentados como solução para os problemas que a família enfrenta. A crise de hoje gera automaticamente novos modelos que poderão ser, dentro em breve, descartáveis devido à evolução vertiginosa da sociedade atual.

Atualmente a família brasileira, por conseqüência, vem passando por sensíveis mudanças. O desenvolvimento industrial, a urbanização, as correntes migratórias, as alterações na divisão sexual do trabalho e o surgimento de uma nova moral sexual do trabalho e o “estabelecimento” de uma nova moral seriam responsáveis por essa mudança. Falar na família brasileira, de modo geral é uma tarefa complicada, pois existem estruturas familiares coexistindo dentro de nossa sociedade, com diferentes especialidades. Há família operária, a burguesa, a que mora no campo, a de cidades pequenas e grandes metrópoles e a família indígena, etc. Apesar de toda essa diversidade interna, é possível estabelecer alguns traços predominantes, sobre tudo com relação às famílias vinculadas aos grandes centros urbanos atualmente.

- Existe uma tendência à nuclearização, o tamanho médio da família brasileira vem diminuindo.
- É possível observar uma diminuição de casamentos religiosos, e um aumento de uniões apenas civis. Também ocorre um aumento das uniões livres.
- Cresceu o número de mulheres chefes de famílias, sobretudo solteiras, gerando novas unidades em geral menores.
- Também cresceu as famílias chefiadas por mulheres em idades mais avançadas, já com filhos superiores a 15 anos.
- Os chefes de famílias tendem a ser ligeiramente mais velhos do que as mulheres (homens entre 30 e 45 anos e mulheres entre 25 e 45 anos).
- Ocorreu um aumento da participação feminina na força de trabalho, da década de 70 para cá, sobretudo mulheres casadas e com filhos pequenos.
- Em termos de relação produtiva, através de toda a família, cresceu a renda familiar, pois todos participam da mesma.

²⁷ GONÇALVES, Denise Willhelm. Op. cit.

²⁸ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários Jurídicos e Sociais. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

- Quanto mais elevada a renda familiar, maior o número de chefes que se responsabilizam por ela, nas famílias economicamente mais pobres, os filhos participam e contribuem para a renda familiar (GONÇALVES, 2002, p. 44)²⁹.

O que deve sobrar dessa crise permanente é que a família continua a ser o crisol onde seres humanos, homens e mulheres, buscam sua maneira de se afirmarem no mundo. Para o ser humano, a família é e sempre será a matriz de experiências de viver coletivo onde o amor, a paixão, sexo e amizade, geração e educação são essenciais para todos, mas onde a burocratização será sempre o primeiro passo para a crise e novas buscas.

²⁹ GONÇALVES, Denise Willhelm. Op. cit.

3 A UNIÃO HOMOAFETIVA

Segundo Brandão (2002, p. 15)³⁰ o termo “homossexual” foi utilizado pela primeira vez em 1869, pelo médico húngaro Karoly Benkert, que aplicou o referido termo em uma carta enviada ao Ministério da Justiça da Alemanha do Norte, em defesa de homens homossexuais que estavam sendo perseguidos por questões políticas. A palavra é formada pela raiz da palavra grega “homo”, que significa “semelhante” ou “igual”, e pela palavra “sexual” da palavra latina “sexus” que vem a ser “sexo”, na qual se pode concluir que “homossexual” seja “sexualidade semelhante”.

3.1 Homossexualidade

Na visão de Cristiano Chaves Farias (2003)³¹:

Deste modo, com espeque nos primordiais e inafastáveis valores constitucionais e tendo em mira que é objetivo fundamental da República construir uma sociedade solidária, justa e igualitária, visando a promoção do bem estar de todos, indistintivamente, sem preconceitos, não se pode negar a possibilidade de alimentos nas uniões homoafetivas, sempre que um dos parceiros deles necessitar, como forma de manter sua integridade, tal como ocorre em qualquer outra união familiar.

De acordo com Dropa (2008, p. 201)³²: A questão envolvendo união de pessoas de mesmo sexo não é propriamente de moralidade, tampouco deve ser decidida por grupos religiosos. Trata-se de uma questão de justiça social e direitos sociais à qual o Estado, a parte legítima para confrontá-la, deve resolver em nomes dos cidadãos.

Como ressalta Débora Brandão (2002)³³, “inexiste dúvida que o Estado e a sociedade não podem adotar qualquer postura discriminatória ou restritiva à liberdade que os homossexuais têm de se unirem, formando uma entidade quase-familiar, mas há elemento de discriminação razoável para não conceber tal união no contexto do Direito de Família”.

³⁰ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais – aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

³¹ FARIAS, Cristiano Chaves. **Os alimentos nas uniões homoafetivas: uma questão de respeito a constituição**. In: Jus Podium. Disponível em: <<http://www.juspodium.com.br>> Acesso em: 10 jan 2013.

³² DROPA, Romualdo Flávio. **Uniões Homoafetivas, Dignidade Humana e os Direitos Fundamentais**. In: FACHIN, Zulmar (coord.). **Direitos fundamentais e cidadania**, 2008.

³³ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Op. cit.**

Por fim declara Romualdo Flávio Dropa (2008, p. 205)³⁴: ainda que, por pura omissão legal de nosso ordenamento jurídico, que não deslumbra as uniões homossexuais como entidades familiares baseadas em afeto, configurando-se assim sob o *status* de “novas estruturas familiares”, nada justifica que os operadores do Direito continuem a fechar os olhos para este tipo de união.

Apesar das referências ao comportamento homossexual remeterem aos primórdios da humanidade, a Grécia Antiga, como local e período, tornou-se marco principal de discussões acadêmicas históricas acerca deste padrão (BREMNER, 1995)³⁵.

A ênfase naquela época não era a quem o indivíduo sentia-se atraído sexualmente (se homem ou mulher), como ocorre atualmente, mas à valorização da beleza e do autocontrole – refletido na escolha de locais e momentos apropriados à emissão de determinados padrões sexuais (FOUCAULT, 1994)³⁶.

Atualmente, segundo LeVay (1996)³⁷, o principal critério utilizado para definir o indivíduo homossexual é sentir-se predominantemente atraído por pessoas do mesmo sexo, independente de questões de gênero envolvidas. Assim, fatores como idade, adoção de condutas socialmente tidas como masculinas ou femininas, prática sexual e outros critérios teriam perdido a ênfase perante a atratividade sexual.

3.2 Adolescência e formação de identidade

A adolescência é o que designamos a fase situada entre doze e dezoito anos. A adolescência também é marcada pelas mudanças físicas, hormonais e emocionais. Um rápido crescimento (altura, peso, mudança nas proporções e na forma do corpo, e a maturação sexual). Nesta fase da vida o adolescente está deixando a parte infantil de sua existência, é a separação dos pais que irá acontecer aos poucos, podemos dizer que é uma iniciação à fase adulta a qual ele se depara

³⁴ DROPA, Romualdo Flávio. Op. cit.

³⁵ BREMMER, J. **Pederastia grega e homossexualismo moderno**. In: J. Bremmer (Org), De Safo a Sade: Momentos da história da sexualidade. (p. 11-26) São Paulo: Papirus, 1995.

³⁶ FOUCAULT, M.. **História da sexualidade 2: O uso dos prazeres**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1994.

³⁷ LEVAY, S. **Queer science: The use and abuse of research into homosexuality**. Massachussets: Massachussets Institute of Tecnology Press, 1996.

com uma diversidade de conflitos. A família tem uma função estruturante das relações entre os indivíduos e de elaboração das experiências vividas.

Vitiello (1994)³⁸ define adolescência como: uma fase de transição, durante a qual se perde a criança e se pode adquirir um adulto. É neste período que a maturidade biológica e sexual é atingida, se define a identidade sexual e, potencialmente, é onde se define o espaço social de homem ou mulher.

De acordo com Aberastury (1981)³⁹:

Literalmente, adolescência (latim, adolescência, ad: a, para a + olescere: forma incoativa de olere, crescer) significa a condição ou o processo de crescimento. O termo se aplica especificamente ao período da vida compreendido entre a puberdade e a maturação orgânica do corpo, cuja idade ocorre aproximadamente dos 13 aos 21 anos. Este período é caracterizado por mudanças significativas de crescimento e de mudanças ocorridas em seu corpo, as quais impõem ao adolescente um novo papel frente ao mundo exterior. Estas mudanças são marcantes na vida da criança, uma vez que, queira ou não a mesma, vê-se obrigada a entrar no mundo dos adultos. Pode-se dizer que a primeira entrada é através do crescimento e, posteriormente através de suas capacidades e de seus afetos.

O adolescente muitas vezes espelha-se no convívio dos pais, isto é, na relação destes para buscar o seu parceiro ideal. A idade se torna um poderoso agente de união entre adolescentes, estes passam mais tempo com amigos do que com a família. A busca pela identidade está associada ao início da adolescência, onde são comuns que grupos se identifiquem com seus comportamentos, modelos que possam passar as mesmas idéias, podendo assim ter uma “base segura” a partir da qual podem vivenciar sua liberdade, é fundamental mencionar também o papel dos meios de comunicação, as redes sociais, a televisão e a publicidade no sentido de criar referências de identidade para os adolescentes.

A nova identidade surge quando o adolescente é capaz de aceitar simultaneamente, as mudanças flutuantes, isto é, seus aspectos de criança e o enfrentamento do desconhecido. Essas flutuações de identidade são experimentadas pelos mesmos como um enfrentamento brusco, nas notáveis variações produzidas em poucas horas pelo uso de diferentes vestimentas, estas mais chamativas, no processo doloroso de separação do meio familiar, assim como

³⁸ VITIELLO, N. **Manifestações da sexualidade nas diversas fases da vida. Reprodução e Sexualidade.** Ceich, 1994.

³⁹ ABERASTURY, Arminda. O adolescente e a liberdade. In: ABERASTURY, Arminda & KNOBEL, Maurício. **Adolescência normal: Um enfoque psicanalítico.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1981.

também as mudanças bruscas de seu corpo que o obrigam ao desprendimento de seu corpo infantil (ABERASTURY, 1981)⁴⁰.

Pode ser considerada uma fase difícil e conflituosa por ser ainda uma fase de escolhas, a sua busca de autonomia diferenciando as idéias sociais, familiares, de seu grupo (amigos, colegas, “tribos”) seja em torno da música, outras atividades culturais, esportivas ou outras formas de expressão nos espaços públicos e na sociedade como um todo. Esses conflitos também se estabelecem quando estes jovens querem se “libertar” de seus pais e os pais por sua vez não querem perder o controle de seus filhos, fase da rebeldia e insatisfações.

De acordo com Aberastury (1981)⁴¹, o adolescente sente uma grande necessidade de ser respeitado na sua busca de identidade, de ideologia, de amor, de trabalho. Para fazer estas conquistas é preciso que o mesmo adquira liberdade. O adolescente vê essa liberdade dada pela família sobre o prisma de dois caminhos: dar uma liberdade sem limites que significa o mesmo que abandonar o filho, esta liberdade é entendida pelo mesmo como uma rejeição ou dar uma liberdade com limites, que impõe cuidados, cautela, observação, contato afetivo permanente, diálogo, para ir seguindo passo a passo à evolução das necessidades e das transformações no filho.

De acordo com Knobel (1981)⁴², a identidade faz parte de um continuum que é o processo evolutivo e não a capacidade que tem o adolescente para conseguir uma identidade determinada. É certo que o caminho da adolescência é entrar no mundo do adulto, no entanto a identidade é uma característica de cada momento evolutivo.

Os critérios de escolhas entre eles (pais e filhos) serão diferentes: gostos, ideias e comportamentos, isto é, as diferentes características entre eles podem gerar um conflito. Época de oportunidades e de correr riscos, contato com o amor, trabalho e sociedade, através de seus relacionamentos afetivos (amigos, família e relacionamentos íntimos).

⁴⁰ Op. cit.

⁴¹ Op. cit.

⁴² KNOBEL, Maurício. A síndrome da adolescência normal. In: ABERASTURY, Arminda & KNOBEL, Maurício. **Adolescência normal: Um enfoque psicanalítico**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1981.

Segundo Vygotsky (apud PALANGANA, 2001)⁴³, o indivíduo se constrói a partir do meio social no qual esta inserido. Interagindo com os demais, o indivíduo participa ativamente tanto na construção e na transformação do ambiente social, como também na de si mesmo. Isso equivale dizer que as funções complexas do comportamento humano são elaboradas conforme são utilizadas, a depender do conteúdo adjetivo sobre o qual incidem e das interações a partir das quais se constroem. Entende-se, portanto, que a natureza humana é, desde o início, essencialmente social, na medida em que ela se origina e se desenvolve na e pela atividade prática dos homens.

Nesta fase, é onde ocorre a construção da personalidade a partir da identificação com grupos de pessoas que possuem os mesmo gostos, atitudes, classe social, cultura, entre outros fatores. As amizades irão se estabelecer e se consolidar através da identificação e da confiança, item importante para se tornar um jovem seguro que busca suas necessidades e escolhas.

O grupo de amigos é uma fonte de afeto, simpatia, entendimento e orientação moral; um lugar de experimentação e um ambiente para conquistar autonomia e independência dos pais. É um lugar para formar relacionamentos íntimos que servem de “ensaio” para a intimidade adulta. Com o início da puberdade, a maioria dos rapazes e moças heterossexuais começa a pensar em pessoas do outro sexo e a interagir com elas. Tipicamente, abandonam os grupos mistos ou encontros grupais e passam a ter relacionamentos afetivos que, diferentemente das amizades com o sexo oposto, eles descrevem como uma paixão envolvente e um sentimento de compromisso. As relações afetivas tendem a tornarem-se mais intensas e mais íntimas no decorrer da adolescência (KNOBEL, 1981)⁴⁴.

3.3 A união homoafetiva no direito brasileiro

Na legislação de Direito de Família no Brasil, não se encontra nenhum conceito da instituição “família”. No entanto, através de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, das normas infraconstitucionais e dos princípios gerais de Direito, infere-se que família seja uma organização de

⁴³ PALANGANA, I. C. A concepção de Lev Semynovich Vygotsky. In: _____. **Desenvolvimento e Aprendizagem em Piaget e Vygotsky: A relevância social**. São Paulo: Summus, 2001.

⁴⁴ KNOBEL, Maurício. A síndrome da adolescência normal. In: ABERASTURY, Arminda & KNOBEL, Maurício. **Adolescência normal: Um enfoque psicanalítico**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1981.

peessoas com finalidade de ajudar-se mutuamente, através de laços sanguíneos ou não, com sentimentos de afeto, carinho e respeito (MENEZES, 2007)⁴⁵.

Para Maria Berenice Dias (2000)⁴⁶, ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual. Albergando a liberdade da livre orientação sexual.

Além de não definir claramente o que seja família, o legislador brasileiro também não disciplinou especificamente acerca da união homoafetiva. E, o que é ainda mais grave: no Código Civil há, como pressuposto essencial para a existência do casamento, a diferença de sexos (SILVA, 2002)⁴⁷.

Em relação à sexualidade de cada indivíduo, sexualidade esta que é um direito do primeiro grupo/geração, Maria Berenice Dias (2000)⁴⁸ explica:

Ao serem visualizados os direitos de forma desdobrada em gerações, é de se reconhecer que a sexualidade é um direito do primeiro grupo, do mesmo modo que a liberdade e a igualdade, pois compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário, independentemente da tendência sexual. Trata-se assim de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, sendo, como todos os direitos de primeira geração, inalienável e imprescritível. É um direito natural, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza.

Os ditos elementos essenciais ao casamento, no Brasil, são: diferença de sexos, celebração nas formas da lei e consentimento válido. Inexistentes são os casamentos que se realizem sem um desses três elementos, ou seja: se um casal homossexual conseguir de alguma forma realizar seu casamento, esse será tido por inexistente, em virtude de não atender a um dos pressupostos do instituto: a diferença de sexos (LISBOA, 2004)⁴⁹.

Conforme Maria Berenice Dias (2000)⁵⁰ trata como hipossuficientes os homossexuais, que são, por reflexo preconceituoso, socialmente e juridicamente

⁴⁵ MENEZES, R. N. B. de. A União Estável entre Homossexuais e suas conseqüências jurídicas do Direito Brasileiro. Fortaleza: UFC, 2007. (Tese de Graduação)

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. União Homossexual: O Preconceito e a Justiça. Porto Alegre: Livraria Advogado, 2000.

⁴⁷ SILVA, S. M. da. O Princípio Constitucional da Igualdade e a Discriminação Homossexual: ações e omissões do Poder Público no Brasil. Fortaleza: UFC, 2002. (Tese de Mestrado)

⁴⁸ Op. cit.

⁴⁹ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões. Vol. 5, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁵⁰ Op. cit.

hipossuficientes. Dias (2000)⁵¹, insere no direito de terceira geração o direito à sexualidade. Assim explica:

Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração. Esta compreende os direitos decorrentes da natureza humana, mas não tomados individualmente, porém genericamente, solidariamente, a fim de realizar toda a humanidade, integralmente, abrangendo todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana. Entre eles não se pode deixar de incluir e enxergar a presença do direito de todo ser humano de exigir o respeito ao livre exercício da sexualidade. É um humano direito de todos e de cada um que deve ser garantido a cada indivíduo por todos os indivíduos, solidariamente. É um direito de solidariedade, sem cuja implementação a condição humana não se realiza, não se integraliza.

Esse pressuposto consiste numa inconstitucionalidade, pelo fato de ser uma ofensa aos princípios fundamentais do Direito Brasileiro, conforme previsão no artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

De modo que, para a Constituição da República Federativa do Brasil/1988 reconhecer que as relações homoafetivas podem causar laços afetivos, estes deverão ser solucionados pelo Direito de Família, conforme Maria Berenice Dias (2000)⁵² :

[...] em verdade, configuram uma categoria social que não pode mais ser discriminada ou marginalizada pelo preconceito, mas deve ser cuidada pelos conceitos científicos do Direito. Sob pena de o Direito falhar como Ciência e, o que é pior, como Justiça.

A existência do pressuposto acima referendado acende uma fagulha de desrespeito aos princípios constitucionais da dignidade e da liberdade das pessoas. Sugerindo uma desigualdade em razão da orientação sexual, desigualdade essa que não se justificaria nem encontraria respaldo em nenhum princípio ou norma do ordenamento brasileiro. Além do mais, onde fica o respeito à liberdade das pessoas, que é um princípio do Direito de Família?

Para Paulo Luiz Netto Lobo (2004)⁵³:

Com efeito, a norma do paragrafo 3º do art. 226 da Constituição não contém determinação de qualquer espécie. Não impõe requisito para que se considere existente União Estável ou que subordine sua validade ou eficácia à conversão em casamento. Configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem se casar, se quiserem, a exemplo da

⁵¹ Op. cit.

⁵² Op. cit.

⁵³ LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas. In: Família e Cidadania. O Novo Código Civil e a Vacatio Legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2004.

dispensa da Solenidade de celebração. Em face dos companheiros, apresenta-se como norma de indução. Contudo, para os que desejarem permanecer em União Estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio de igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. Não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser concebida a união estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra.

A negação da constituição da família homoafetiva, pelo fato de ser um casal homossexual a pleitear esse direito, tem gerado inúmeros descontentamentos em decisões reiteradas nas quais se diz que esse tipo de união, no máximo, é uma “Sociedade de fato.” Considera-se, assim, que a ligação entre duas pessoas do mesmo sexo pode ser tutelada através de um instituto de direito comercial, apenas para resguardar o patrimônio comum amealhado (GIORGIS, 2002)⁵⁴.

Maria Berenice Dias (2000)⁵⁵, afirma:

Não assegurar qualquer garantia e nem outorgar quaisquer direitos às uniões homoeróticas infringe o princípio da igualdade e revela a discriminação sexual. A omissão configura violação aos direitos humanos, pois afronta o direito ao livre exercício da sexualidade, liberdade fundamental do ser humano que não admite restrições de quaisquer ordens.

Restam, portanto, ignorados, todos os sentimentos envolvidos naquela relação. Diz-se, assim, que o que importa juridicamente é o patrimônio, então basta que se proteja a ele. É alegando isso que vários pedidos de reconhecimento de união homoafetiva não chegam a tramitar nas Varas de Família, porque são remetidos às Varas Cíveis comuns, para serem tratados como “sociedades de fato” (CUNHA, 1999)⁵⁶.

Segundo Graciela Leães Álvares da Cunha e José Alberto Marques Moreira (1999)⁵⁷:

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

Quando se quer descaracterizar e tirar a legitimidade do pedido de reconhecimento de união homoafetiva, o argumento utilizado é que a finalidade do

⁵⁴ GIORGIS, José Carlos Teixeira. A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica In Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família do Instituto Brasileiro de Direito de Família. – IBDFAM. Belo Horizonte: 2002.

⁵⁵ Op. cit.

⁵⁶ CUNHA, Graciela Leães Álvares da; MOREIRA, José Alberto Marques. Os Efeitos Jurídicos da União Homossexual. Porto Alegre: Data Certa, 1999.

⁵⁷ Op. cit.

casamento é a procriação, o que não tem como se dar nessas uniões. Fala-se ainda que não é “natural” o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, buscando muitas vezes na Religião a motivação para a proibição jurídica, o que é um contrasenso, sendo o Brasil um país laico.

Entende Oliveira (2003)⁵⁸:

Que as pessoas de mesmo sexo que passam a ter uma vida em comum, cumprindo espontaneamente os deveres de coabitação, e de assistência mútua, um convívio estável caracterizado pelo mútuo respeito e no amor, e com objetivo de constituir uma união de convivência atípica, que embora não possa ser conjugal, gera direitos e obrigações e não deve permanecer à margem da lei e marcada pelo estigma do preconceito e nem considerada como estranha e inusitada à sociedade.

O argumento do “natural” é em verdade, um artifício retórico. A ciência caminha atualmente no sentido de que não existe gene da heterossexualidade e da homossexualidade e, portanto, não há determinação da natureza para orientação sexual “x” ou “y”. Por parte da natureza, não há o que explique que algumas pessoas sejam heterossexuais e outras, homossexuais.

Para Paulo Luiz Netto Lobo (2004)⁵⁹:

Cada entidade familiar submete-se a estatuto jurídico próprio, em virtude dos requisitos de constituição e seus efeitos específicos, não estando uma equiparada ou condicionada aos requisitos da outra. Quando a legislação infraconstitucional não cuida de determinada entidade familiar, ela é regida pelos princípios e regras constitucionais, pelas regras e princípios gerais do direito de família aplicáveis e pela contemplação de suas especificidades. Não pode haver, portanto, regras únicas, segundo modelos únicos ou preferenciais. O que as unifica é a função de locus de afetividade e tutela da realização da personalidade das pessoas que as integram; em outras palavras, o lugar dos afeto e, da formação social onde se pode nascer, amadurecer e desenvolver valores da pessoa.

Maria Berenice Dias (2000)⁶⁰ explica que:

Ambos são vínculos que têm sua origem no afeto, havendo identidade de propósitos, qual seja, a concretização do ideal de felicidade de cada um. A lacuna legal é de ser colmatada por meio da legislação que regulamenta os relacionamentos interpessoais com idênticas características, isto é, com os institutos que regulam as relações familiares, sem que se tenha por afrontada a norma constitucional que tutela as relações das pessoas de sexos opostos.

Paulo Luiz Netto Lobo (2004)⁶¹, explica que é desnecessário equiparar a união homoafetiva à união estável, pois, “os argumentos que têm sido utilizados no

⁵⁸ OLIVEIRA, Euclides. União Estável: Concubinato ao Casamento: Antes e Depois do Novo Código Civil. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

⁵⁹ Op. cit.

⁶⁰ Op. cit.

⁶¹ Op. cit.

sentido da equiparação são dispensáveis, uma vez que as uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria”.

3.4 Princípio da unidade da Constituição

Levando em consideração o princípio da unidade constitucional, as normas ali presentes não devem ser interpretadas de maneira isolada, mas, sim de modo integrado, representado pela constituição.

Ressalta Manoel Jorge e Silva Neto (2008)⁶²:

Ora, se a constituição está localizada no ponto mais alto, elevado do ordenamento jurídico, nada mais lógico, curial mesmo, que deve ser interpretada com preservação de sua unidade de sentido, impedindo-se a descoberta de supostas antinomias. É o princípio da unidade da constituição, vertido na atitude do intérprete tendente a analisar as normas constitucionais com postura de preservação de seu caráter unitário, repugnando qualquer probabilidade de se aduzirem idéias contraditórias.

Para Barroso (2008, p. 136)⁶³ “a Constituição, em si, em sua dimensão interna, constitui um sistema. Essa idéia de unidade interna da Lei Fundamental cunha um princípio específico, derivado da interpretação sistemática, que é o princípio da unidade da Constituição. A Constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente. Mesmo as regras que regem situações específicas, particulares, devem ser interpretadas de forma que não se choquem com o plano geral da Carta”.

3.5 Dignidade humana

Até chegarmos à atual noção de dignidade humana, um longo caminho foi percorrido através dos tempos, com contribuições filosóficas desde a Antigüidade clássica, passando pelos Estóicos, depois por Cícero e difusão da cultura grega em Roma, pela Escolástica medieval de São Tomás de Aquino e, na Idade Moderna, pelas idéias de Pico de Mirandolla, Francisco de Vitória e Samuel Püfendorf, firmando-se com o Idealismo de Kant.

⁶² SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Conforme ensinamento de Canotilho (2000, p. 381)⁶⁴:

Direitos humanos de segunda dimensão, ou seja, os direitos sociais, econômicos e culturais, surgiram a partir das reivindicações operárias do Século XIX, decorrência da crise social produzida pela conjugação da prevalência das idéias do liberalismo radical, com as mudanças no sistema de produção proporcionadas pela Revolução Industrial. Caracterizam-se como direito de o particular obter, por meio do Estado, prestações de saúde, educação e segurança social.

No mesmo sentido, porém, posicionando-se na atualidade e à nossa Nação, cabe a citação de Ingo Sarlet (*apud*. OLIVEIRA & SALETI, 2009)⁶⁵: “A dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito instituído no Brasil em 1988 (art. 1º, III, da Constituição), partindo daí o sistema de reconhecimento, de proteção e de efetivação dos direitos humanos, ao que se obriga o Estado por todos os seus Poderes”.

O princípio de justiça social encontra-se inserido na Carta Magna, com o objetivo de garantir uma vida digna a todos os homens, com a satisfação das necessidades vitais básicas, indicadas pelo próprio texto da Constituição, conforme seu art. 7º, IV: “moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

3.6 A união homoafetiva como entidade familiar

Na lição de Trindade (1997)⁶⁶: “A preocupação do ordenamento é com a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social”.

Além disso, nas lições de Luiz Edson Fachin (1999)⁶⁷, na esfera constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana, agasalhado pelos princípios da igualdade substancial, da solidariedade e da liberdade, é admissível edificar o alicerce inabalável e democrático “para a construção do

⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Op. cit.

⁶⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Fabris Editora, 1997, 1v.

⁶⁷ Op. cit.

direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana”.

Dispõe o citado artigo: “art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Conforme Luiz Edson Fachin (1999)⁶⁸: “No domínio juscivilístico não estão tão-só as regras tradicionalmente aplicáveis às relações de Direito Civil. Chamadas à colação estão as normas constitucionais e nelas encartados os princípios constitucionais, vinculantes e de caráter normativo. O acervo, entretanto, aí não acaba. Respeito aos direitos fundamentais, ao princípio da igualdade, ao direito de constituir família e de protegê-la, entre outros, são garantias desse rol”.

Conforme Paulo Luiz Netto Lobo (2004)⁶⁹, neste caso, a teoria da norma geral exclusiva não é aplicada. Mesmo que os parágrafos 3º e 4º mencionem tipos determinados de entidades familiares, para dar-lhes certas conseqüências jurídicas, isto não quer dizer que houve um restabelecimento da cláusula de exclusão, como se pudesse visualizar no art. 226 caput a expressão “a família, constituída pelo casamento, pela união estável entre o homem e a mulher ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. “A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos”.

E continua afirmando que (LOBO, 2004)⁷⁰:

“Nada justifica o estabelecimento da distinção de sexos como condição para a identificação da união estável. Dita desigualdade, arbitrária e aleatória, estabelece exigência nitidamente discriminatória. Frente à abertura conceitual levada a efeito pelo próprio legislador constituinte, nem o matrimônio nem a diferenciação dos sexos ou a capacidade procriativa servem de elemento identificador da família. Por conseqüência, de todo descabida a ressalva feita no sentido de só ver como entidade familiar a união estável entre pessoas de sexos opostos.

Maria Berenice Dias (2000)⁷¹ acrescenta novo argumento, através de interpretação do § 4º do art. 226, corroborando ainda mais o entendimento

⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Livraria e Ed. Renovar Ltda, 1999

⁶⁹ Op. cit.

⁷⁰ Op. cit.

que as uniões homoafetivas, com a utilização da analogia e da “tábua axiológica” trazida pela Constituição Federal de 1988 devem ser equiparadas às uniões estáveis e consideradas entidades familiares.

⁷¹ Op. cit.

4 UNIÃO ESTÁVEL

A Constituição Federal de 1988 introduziu no ordenamento jurídico novas formas de família, sendo uma delas a união estável entre o homem e a mulher.

Reza o artigo 226 da Constituição⁷² pátria:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 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.

4.1 Previsão legal

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, outras leis a sucederam, tais como as Leis nºs 8.971/94, 9.278/96, e a Lei nºs 10.406/02 (Código Civil de 2002).

As referidas leis trataram dos direitos e deveres dos conviventes, bem como o direito a alimentos e sucessão. Neste trabalho, será tratado especificamente acerca do direito sucessório do convivente. A importância em discutir tal assunto é a de que apesar da união estável ter conseguido aumentar seu status perante a lei, tal instituto não foi equiparado ao casamento.

Tanto que no art. 1.723 (CC) e seguintes tratam sobre tal instituto. O que ocorreu, na realidade foi um reconhecimento por parte do legislador sobre a União Estável e não uma equiparação desta ao casamento. Porém, muitos se equivocam. Para sanar tal equívoco mister se faz a definição do conceito das duas instituições.

De acordo com Giusti e Cellino (2004, p. 133)⁷³:

Casamento é o contrato de Direito de Família que tem por finalidade promover a união entre homem e mulher, de conformidade com a lei, a fim de que possam regular suas relações sexuais, cuidar da prole comum e presta-se mútua assistência.

Tem, assim, como fins a formação da família, a instituição da sociedade conjugal, a realização da comunhão espiritual, a geração e criação de filhos, a satisfação de interesses sexuais e econômicos.

Estabelece, ainda, o art. 1.511 que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges.

O contrato de casamento requer sexos diferentes, manifestação da vontade dos cônjuges em contrai-lo e a celebração por autoridade competente.

⁷² BRASIL, Constituição da República Federativa: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Marica Cristina dos Santos Windt. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁷³ GIUSTI, Miriam Petri de Jesus. CELLINO, Rogério Ribeiro. **Sumário de Direito Civil**. 2 ed. São Paulo: Rideel, 2004, pg.133

Considera-se realizado o casamento no momento em que o homem e a mulher manifestam sua vontade de estabelecer o vínculo e a autoridade competente os declara casados.

Na ausência de atendimento, a qualquer desses requisitos, o casamento será considerado inexistente.

Para Marcos Colares (2001)⁷⁴:

O casamento ingressa na história da humanidade como processo de socialização. Historicamente tem-se tentado naturalizar o casamento; tal qual a propriedade privada.

Venosa (2003, p. 39)⁷⁵ aduz que: "Inúmeras são as definições de casamento, instituto que permite divagações históricas, políticas e sociológicas. Não há, por conseqüência, uniformidade nas legislações e na doutrina."

Já Rizzardo (2004, p. 17)⁷⁶ afirma que: De uma forma ou outra, sempre existiu o casamento, desde os primórdios da vida humana.

Para Rodrigues (2002, p. 19)⁷⁷:

(...) casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.

Conforme Beviláqua (apud COLARES, 2001)⁷⁸, vê-se na definição de casamento o contexto de legitimação estatal das relações carnais e implicitamente firmando suas conseqüências na órbita patrimoniais, como se denota abaixo:

Casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.

No Brasil de hoje, a conceituação de casamento ainda congrega querelas acerca da contratualidade ou não do instituto – que considero relevantes do ponto de vista teórico, mas na prática, totalmente inócuas – mas não comporta mais a indissolubilidade e não atribui possibilidade de diferenciação entre os cônjuges e entre as formas de filiação. Sem dúvida avanços na conceituação da instituição matrimonial.

Já no que concerne a união estável, Pereira (2004)⁷⁹ descreve que:

O delineamento do conceito de união estável deve ser feito buscando os elementos caracterizadores de um 'núcleo familiar'. É preciso saber se daquela relação nasceu uma entidade familiar.

⁷⁴ COLARES, Marcos. Casamento e "casamentos". **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br>>. Acesso em: 07 jan. 2012.

⁷⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 39

⁷⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pg17

⁷⁷ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito das sucessões**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19

⁷⁸ Ob cit

⁷⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 3 ed. Belo Horizonte: Delrey: 2004. p. 257-276

Os ingredientes são aqueles já demarcados principalmente pela jurisprudência e doutrina pós-constituição de 1988: durabilidade, estabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole, relação de dependência econômica.

Entretanto, se faltar um desses elementos, não significa que esteja descaracterizada a união estável. É o conjunto de determinados elementos que ajuda a objetivar e a formatar o conceito de família.

O essencial é que se tenha formado com aquela relação afetiva e amorosa uma família, repita-se.

Os elementos intrínsecos e extrínsecos, objetivos e subjetivos, em cada caso concreto, são os que nos ajudarão a responder se ali está caracterizada, ou não, uma união estável.

Venosa (2003, p. 452)⁸⁰ ensina que:

[...] a união estável, denominada na doutrina como concubinato puro, passa a ter perfeita compreensão como aquela união livre entre o homem e a mulher que pode converter-se em casamento. Essa transformação em casamento não prescinde e depende, [...] dos procedimentos preliminares e do processo de habilitação regular. Logo, é muito importante que se faça um trabalho a fim de distinguir de um modo mais aprofundado tais institutos.

É que, além de se estatuir com precisão a diferença, ficará mais fácil definir os direitos sucessórios tanto dos cônjuges quanto dos companheiros. A partir desta definição é que se poderá estipular a natureza jurídica do direito sucessório entre ambos.

Após a promulgação da Lei 8.971/94, houve a regulamentação aos alimentos e à sucessão dos companheiros.

Rodrigues (2002, p. 117-118)⁸¹ preconiza que:

Em matéria de sucessão, a Lei n. 8.971/94 – com os complementos da Lei n. 9.278/96 – equiparou, praticamente, a união estável e o casamento. Ao companheiro sobrevivente foram conferidos direitos hereditários similares, equivalentes aos do cônjuge supérstite. Aliás, sob alguns aspectos, o protagonista de união estável apareceu, inclusive, mais favorecido.

Com o Código Civil de 2002 a matéria passou a ser regulada pelo referido instituto, todavia, com muita discussão doutrinária.

Leite (2003, p. 56)⁸² escreve:

O que aquela Lei (9.278/96) protegeu unicamente foi a união estável. Nesse sentido, ainda, a conclusão correta de Venosa, 'se o falecido era casado, pouco importando se separado de fato (logo, impedido de casar) não haverá direito hereditário para o convivente sobrevivente, porque nesse aspecto, ao menos, a lei foi clara'.

O (a) companheiro (a) nos casos de concubinato terá apenas direito à partilha dos bens adquiridos na constância do concubinato e desde que comprove a aquisição dos mesmos em decorrência do esforço comum.

⁸⁰ Ob cit: p.452

⁸¹ Ob cit:117-118.

⁸² LEITE, Eduardo de Oliveira. Do direito das sucessões. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo código civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 21v, p.56

Diniz (2003, p. 115-116)⁸³ explica que:

(...) a ligação concubinária impura, não estabelece qualquer direito hereditário entre os concubinos, embora nossos tribunais não deixem de ser sensíveis a determinadas situações, admitindo, pela morte do amante, a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum, a título de liquidação de uma sociedade de fato, mas na dependência de ser devidamente prova da existência da conjunção de trabalho e economias para a constituição de um patrimônio comum.

Fica claro, portanto, a importância de se delimitar a diferença entre esses dois institutos, pois assim poder-se-á definir com precisão quais os direitos sucessórios dos concubinários ante ao casamento, bem como quais os meios pelos quais os conviventes devem buscar a fim de fazer valer o seu direito.

4.2 O Supremo Tribunal Federal e a Constituição

Segundo a Constituição do Brasil, incumbe ao Supremo Tribunal Federal (STF) o dever de “guardião da Constituição”, ou seja, de permanente protetor da letra constitucional, sendo-lhe atribuída a responsabilidade de zelar pela supremacia do texto constitucional ante as demais normas existentes em nosso ordenamento jurídico, evitando assim, a ocorrência de decisões judiciais e/ou atos administrativos que com base em outras legislações possam ir de encontro à Constituição Federal (CF).

E neste desiderato de exercer a função de guardião do texto constitucional, cabe à Suprema Corte, além da tarefa de cuidar para que não haja violação à Constituição, estar outrossim, permanentemente atenta para que no exercício de sua atividade em proteger a Lei Maior brasileira, não venha a invadir a seara de competência dos demais poderes, ao ponto de tornar-se violadora do espírito intangível que permeia e sustenta o Estado democrático de direito – a independência dos poderes.

A questão propiciadora de uma incontestável preocupação existente em grande parte da sociedade é o inegável ativismo judicial que tem caracterizado o perfil da Corte Suprema nos dias hodiernos, que dentre outras conseqüências tem permitido que um Tribunal eleito por uma pessoa só, faça as vezes do Congresso Nacional (eleito por mais de 130 milhões de brasileiros), sob a alegação de que

⁸³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. pg.115 – 116.

além de Poder Judiciário, é também Poder Legislativo, sempre que considerar que o Legislativo deixou de cumprir as suas missões.

Uma democracia em que a tripartição de poderes não se faça notória, deixando de caber ao Legislativo legislar, ao Executivo executar e ao Judiciário julgar, corre o risco de se tornar ditadura, se o Judiciário, dilacerando a Constituição, em vez de protegê-la, se atribua poder de invadir as funções de outro.

4.3 O STF x Julgamento da ADI nº 4.277

Em maio de 2011, o STF foi favorável à equiparação da união homossexual à união estável (entidade familiar). Todavia, o texto constitucional constante do art. 226, parágrafo 3º, já fazia referência à união estável, estabelecendo que a mencionada união se refere àquela existente entre homem e mulher, e portanto inadmitindo qualquer possibilidade da união homossexual a ela equiparar-se.

No julgamento da ADI 4.277, a Suprema Corte entendeu que o reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões estáveis representa a superação dos costumes e convenções sociais que, por muito tempo, embalaram o Direito Civil, notadamente o direito de família. Para o STF a união de pessoas com o fim de procriação, auxílio mútuo e compartilhamento de destino é fato da natureza, podendo ser encontrado mesmo em outras espécies. Sustentado na lição de Maria Berenice Dias (Manual de direito das famílias, 2010, p.28), afirma que a família é uma construção cultural, pois no passado, as famílias formavam-se para fins exclusivos de procriação, considerada a necessidade do maior número possível de pessoas para trabalhar em campos rurais.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, em 5 de maio de 2011, que a união entre dois homens ou duas mulheres de natureza afetiva gozará do mesmo “status” da união estável entre um homem e uma mulher, a qual, pela Constituição, artigo 256, parágrafo 3º, é considerada entidade familiar.

Apesar de nossos constituintes não terem elevado a união homossexual a tal nível, nada obstante o direito privado dar-lhes garantias próprias de uma união de fato, a Suprema Corte outorgou-se o direito de substituir o Congresso Nacional e a Constituinte, legislando sobre a matéria e acrescentando ao texto da Lei maior que

também a união “estável” entre um homem e um homem ou uma mulher e uma mulher conformam entidade familiar.

Apesar de ser matéria já julgada pelo Supremo Tribunal Federal, inúmeros juristas têm tecido considerações de natureza jurídico-constitucional discordando de tal interpretação. Um ponto polêmico diz respeito à previsão constitucional que reconhece, para efeito da proteção do Estado, “a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar” (artigo 226, parágrafo 3.º). Este era um dos principais desafios do STF. E a superação se deu com a interpretação sistemática da Constituição, com o entendimento de que ali há um conjunto harmônico de normas. Esse conjunto instituiu um Estado que, fundado na dignidade da pessoa, tem como objetivo constituir uma sociedade livre, com a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Podemos dizer que três importantes argumentos fundamentaram a decisão. Primeiro, o princípio da igualdade impede que as pessoas sejam discriminadas em razão da orientação sexual. A Constituição aceita a diversidade e reconhece o direito do indivíduo de construir, livremente, sua identidade.

Segundo: a Constituição garante o direito à intimidade, ou seja, relacionamentos afetivos mantidos por qualquer pessoa não dizem respeito a mais ninguém. Há direitos e obrigações que decorrem da união estável. Mas não importa se ela é formada pela afetividade heterossexual ou homossexual.

Em terceiro lugar, a Constituição deve ser interpretada como conjunto harmônico de normas: ela não é a somatória daquilo que está literalmente previsto em cada uma das partes isoladas. Assim, o fato de a Constituição não prever, explicitamente, a entidade familiar homoafetiva não significa que ela proibiu a união entre pessoas do mesmo sexo e sua proteção pelo Estado. Ao contrário, os direitos fundamentais previstos na Constituição – como a igualdade e a intimidade – impõem o reconhecimento da união homoafetiva, mesmo sem previsão constitucional explícita.

Por outro lado, a decisão do Superior Tribunal Federal em autorizar a união estável para casais do mesmo sexo não conta com o respaldo da maioria da população brasileira, embora a questão ainda divida a sociedade.

Ademais, não há como negar que o tema é polêmico, pois envolve questões jurídicas, políticas, religiosas, etc.. Todavia, fica claro que nem tudo é relativo como é pregado hodiernamente nesse mundo relativista em que vivemos; existe sim uma verdade absoluta sobre determinados assuntos.

No que tange a questão da aprovação da união estável entre pessoas do mesmo sexo, ocorrida no dia 05/05/2011, evidencia-se na leitura de profissionais e estudiosos do assunto que a decisão proferida está em desacordo com a nossa Carta Magna, mais especificamente no seu artigo 226, §3º. Diz o § 3º do artigo 226 da CF/88: *“Art. 226, § 3º, CF. 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”*.

Assim, ancorados na Constituição, reconhecem apenas a união estável entre o homem e a mulher, indo assim, de encontro a tudo que os Ministros falaram nos seus respectivos votos. Os já mencionados profissionais e estudiosos são categóricos ao afirmarem que a Constituição Federal não deixa brechas para outras interpretações, ela é bem clara no que diz respeito à união estável.

Outrossim, o nosso Código Civil , argumentam ainda, também é muito claro e objetivo quando se trata da união estável. Vejamos o que diz o artigo 1.723 deste Código: *“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”*.

Desta forma, tentam demonstrar que o nosso ordenamento jurídico vigente não reconhece a união estável entre pessoas do mesmo sexo, tendo sido a decisão proferida, data vênia, um tanto quanto equivocada por parte dos Ilustres Ministros do Supremo.

5 CONCLUSÃO

Pelo que se pode observar na nossa legislação vigente a efetivação da parceria civil homoafetiva ainda tem um longo caminho pela frente, haja vista ser objeto de acirradas discussões e discordâncias nesta seara, onde não são poucos os argumentos dos que entendem que a união homossexual não constitui uma família por não ter sido a vontade do constituinte ao promulgar a Constituição de 5 de outubro de 1988.

O consenso entre as duas linhas antagônicas de pensamento, a princípio, afeiçoa-se como um projeto utópico, pois pontos vitais que permeiam o conceito de família na sua acepção mais genuína e, portanto, insusceptíveis de intersecção, sepultam desde já, qualquer intenção de nivelar a um mesmo patamar, o status da família constituída entre homem e mulher àquela união formada entre duas pessoas do mesmo sexo. Semelhantemente aos diversos obstáculos surgidos diante da lei do divórcio e da questão do filho concebido fora do casamento, por exemplo, que motivaram a ocorrência de inúmeros debates, é inconteste que ainda hoje, apesar das mudanças ocorridas em nosso ordenamento jurídico, as referidas temáticas constituem um dissenso na sociedade, cuja essência é conservadora.

Também é verdade que, aos poucos, essas lutas foram gradativamente alcançando algumas conquistas, uma vez que hoje em dia, já não é motivo de assombro saber que uma mulher é divorciada, que uma criança foi gerada por uma produção independente ou que um casal não é casado. Contudo, no que concerne a família, podemos vislumbrar que ela está caminhando para uma transformação em sua estrutura basilar, e a menos que se envide esforços no sentido de refrear a imposição de idéias que tem subvertido o senso comum, a sociedade será obrigada a conviver com um padrão de família que, definitivamente, terá se afastado do padrão para qual originalmente ela foi criada.

REFERÊNCIAS

- ABERASTURY, Arminda. O adolescente e a liberdade. *In*: ABERASTURY, Arminda & KNOBEL, Maurício. **Adolescência normal: Um enfoque psicanalítico**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1981.
- APASE - Associação de Pais e Mães Separados. **Guarda de Menores**. TJ-SP. Disponível em <<http://www.apasesp.com.br/>>. Acesso em: 27 out. 2012.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Retrocesso no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Instituto dos Magistrados do Brasil, 1998.
- BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Considerações sobre a guarda compartilhada. **Jus Navigandi**, Teresina: ano 7, n.108, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais – aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Marica Cristina dos Santos Windt. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BREMMER, J. Pederastia grega e homossexualismo moderno. *In*: BREMMER J. (Org), **De Safo a Sade: Momentos da história da sexualidade**. São Paulo: Papirus, 1995, p. 11-26.
- BRUNO, Denise Duarte. **Guarda compartilhada**. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre: Síntese, n. 12, 2002.
- CAMARGO, Joecy Machado de. **Guarda e Responsabilidade**. Repertório de Doutrina sobre Direito de Família: Aspectos Constitucionais, Civis e Processuais. São Paulo: 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- COLARES, Marcos. Casamento e "casamentos". **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br>>. Acesso em: 07 jan. 2012.
- CUNHA, Graciela Leães Álvares da; MOREIRA, José Alberto Marques. **Os Efeitos Jurídicos da União Homossexual**. Porto Alegre: Data Certa, 1999.
- CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários Jurídicos e Sociais. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 5v.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DROPA, Romualdo Flávio. Uniões Homoafetivas, Dignidade Humana e os Direitos Fundamentais. *In*: FACHIN, Zulmar (coord.). **Direitos fundamentais e cidadania**. [S.l.]: [s.n.], 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Livraria e Ed. Renovar Ltda, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____. Os alimentos nas uniões homoafetivas: uma questão de respeito a constituição. *In*: **Jus Podium**. Disponível em: <<http://www.juspodium.com.br>> Acesso em: 10 jan. 2013.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, Guarda, Investigação de Paternidade, e Concubinato**. [S.l.]:Forense, 2000.

FOUCAULT, M.. **História da sexualidade 2: O uso dos prazeres**. Rio de Janeiro: Graal, 1994.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica. *In* **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família do Instituto Brasileiro de Direito de Família**. – IBDFAM. Belo Horizonte: [s.n.], 2002.

GIUSTI, Miriam Petri de Jesus.CELLINO, Rogério Ribeiro. **Sumário de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2004, pg.133

GONÇALVES, Denise Willhelm. **Guarda compartilhada**. Revista Jurídica. Porto Alegre: Notadez, n. 299, set. 2002.

GRUNSPUM, Huns. **Mediação Familiar. Revista Psicologia Catharsis**. Disponível em <<http://www.revistapsicologia.com.br/>>. Acesso em: 7 Jan, 2013.

KNOBEL, Maurício. A síndrome da adolescência normal. *In*: ABERASTURY, Arminda & KNOBEL, Maurício. **Adolescência normal: Um enfoque psicanalítico**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1981.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais; a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Do direito das sucessões. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo código civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 21v.

LEVAY, S. **Queer science: The use and abuse of research into homosexuality**. Massachussets: Massachussets Institute of Tecnology Press, 1996.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 5v.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas. *In*: Família e Cidadania. O novo Código civil e a vacatio legis. **Anais do III Congresso brasileiro de direito de família**. [S.l.]: [s.n.], 2004.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Direito de família: aspectos polêmicos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

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

MENEZES, R. N. B. de. **A União Estável entre Homossexuais e suas consequências jurídicas do Direito Brasileiro**. Fortaleza: UFC, 2007. (Tese de Graduação)

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil - Direito de família**. [S.l.]: [s.n.], 1998.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda Compartilhada: novas soluções para novos tempos**. Direito de Família e Ciências Humanas. Cadernos de Estudos Brasileiros. São Paulo: Jurídica Brasileira, n. 3, 2002.

NAZARETH, Eliana Riberti. **Direito de família e ciências humanas**. São Paulo: Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família, 1997.

NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. *In*: BARRETO, Vicente (org). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

NOGUEIRA, Jacqueline Figueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Guarda, Tutela e Adoção**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

OLIVEIRA, Euclides. **União Estável: Concubinato ao Casamento: Antes e Depois do Novo Código Civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

PALANGANA, I. C. A concepção de Lev Semynovich Vygotsky. *In*: _____. **Desenvolvimento e Aprendizagem em Piaget e Vygotsky: A relevância social**. São Paulo: Summus, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Maria Berenice. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte. Del Rey. 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. *In*: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Delrey, 2004.

SANTOS, Lia Justiniano dos. **Guarda compartilhada: modelo recomendado.** Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: [s.n.], n.8, 2001, 2v.

SILVA, S. M. da. **O Princípio constitucional da Igualdade e a discriminação homossexual: ações e omissões do poder público no Brasil.** Fortaleza: UFC, 2002. (Tese de Mestrado)

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004,.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** Porto Alegre: Fabris Editora, 1997, 1v.

VARELLA, Luiz Salem; VARELLA, Irene Innwinkl Salem. **Companheiros homossexuais perante a previdência social.** São Paulo: editora CD, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VITIELLO, N. **Manifestações da sexualidade nas diversas fases da vida. Reprodução e Sexualidade.** [S.l.]: Ceich, 1994.