

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS:
uma análise feita a partir da ADI 4277-DF e REsp.
1183378**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

GUILHERME PEREIRA CONTE

Santa Maria, RS, Brasil

2014

**RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS:
uma análise feita a partir da ADI 4277-DF e REsp.
1183378**

Guilherme Pereira Conte

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito
parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientadora: Profa. Dra. Valéria Ribas do Nascimento

Santa Maria, RS, Brasil

2014

Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação

**RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS:
uma análise feita a partir da ADI 4277-DF e REsp.
1183378**

elaborada por

Guilherme Pereira Conte

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Profa. Dra. Valéria Ribas do Nascimento

(Presidente/Orientadora)

Mestranda Fernanda Mendonça

(Universidade Federal de Santa Maria)

Profa. M.^a Waleska Mendes Cardoso

(Universidade Federal de Santa Maria)

Santa Maria, 03 de dezembro de 2014

AGRADECIMENTOS

A UFSM, corpo docente do departamento do Curso de Direito e professores que contribuíram para minha formação acadêmica e preparo para o mundo jurídico.

A UNIFRA, em seu corpo docente, por contribuir em minha formação acadêmica.

A minha orientadora Valéria Ribas do Nascimento, que muito bem me ajudou corrigindo e direcionando da melhor forma este trabalho.

A minha família, que sempre deu suporte afetivo e moral no decorrer da faculdade.

E a todos os que ajudaram de forma direta ou indireta em minha formação.

EPÍGRAFE

"A decisão cristã de considerar que o mundo é feio e mau fez ao mundo feio e mau."

Friedrich Nietzsche

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo estudar os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, os quais concedem interpretação conforme a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 ao artigo 1.723 do Código Civil brasileiro (Lei 10.406 de 2002). Aqui se verificou que a União Estável entre pessoas do mesmo sexo é uma situação que ocorre cotidianamente na atual sociedade. Alguns países já aceitam em suas legislações, inclusive, o casamento entre dois homens ou duas mulheres, tendo no Brasil uma legislação defasada quanto a esse assunto, uma vez que a letra da lei reconhece a família formada por uma pessoa e seus descendentes, mas omite-se, quanto à possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo, com o fim de constituir uma família. Ao final, a presente pesquisa verificou que o principal reflexo dessa decisão foi à deliberação do Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial. O mesmo concedeu autorização para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com fundamento nas próprias atribuições da casa, ou seja, proferir decisões constitucionalmente aceitas, da mesma forma que Supremo Tribunal Federal estendeu o conceito de União Estável para pessoas do mesmo sexo. Assim, como o Estado deve facilitar a conversão da união em casamento, nada mais lógico que aceitar o casamento entre dois homens ou duas mulheres. Nisso se verifica que as decisões dos Tribunais Superiores foram calcadas nos Princípios Gerais do Direito e na hermenêutica jurídica, aproximando o direito da atual sociedade.

Palavras-Chave: Casamento. Estável. Homoafetivo. Relacionamentos. União.

RESUMEN

Este trabajo tiene el propósito de estudiar los argumentos utilizados por el *Supremo Tribunal Federal*, que otorgaran la interpretación conforme a la *Constituição Federal da República Federativa do Brasil* de 1988 al artículo 1.723 del Código Civil brasileiro (ley 10.406 de 2002). Aquí se constató que la unión estable entre personas del mismo sexo es una situación que sucede a diario en la sociedad actual. Algunos países ya aceptan en sus legislaciones, incluyendo, lo matrimonio entre dos hombres o dos mujeres, teniendo en Brasil una legislación anticuada sobre este asunto, ya que la letra de la ley reconoce la familia formada por una persona y sus descendientes, pero omite la posibilidad del matrimonio entre las personas del mismo sexo, con el fin de formar una familia. Por último, esta investigación encontró que el principal impacto de esta decisión fue la sentencia del Superior Tribunal de Justiça sobre el Recurso Especial. Lo mismo ha concedido la autorización para el matrimonio entre personas del mismo sexo, con base en las atribuciones de la casa, es decir, pronuncian las decisiones constitucionalmente aceptados, en la misma forma que el *Supremo Tribunal Federal* amplió el concepto de Unión Estable para personas del mismo sexo. Entonces, como el Estado debe facilitar la conversión de la unión estable en matrimonio, nada más lógico que aceptar lo matrimonio entre dos hombres e dos mujeres. Por supuesto, se ha comprobado que las decisiones de los Tribunales Superiores fueron justificadas en los principios generales del derecho y en la interpretación jurídica, acercándose el derecho de la sociedad.

Palabras-Clave: Estable. Homoafetivo. Matrimonio. Relacionamientos. Unión.

LISTA DE ABREVIATURAS

§ - Parágrafo

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. – Artigo

REsp. Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| 1 O INSTITUTO DA FAMÍLIA: VÍNCULOS E RELACIONAMENTOS AFETIVOS | 11 |
| 1.1 O que se considera como família na sociedade atual..... | 11 |
| 1.2 Dos conceitos de União Estável e de Casamento..... | 16 |
| 1.2.1 Do Casamento | 16 |
| 1.2.2 Da União Estável | 19 |
| 2 RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS: ANÁLISE FEITA A PARTIR DA ADI 4.277-DF E DO REsp. 1183378-RS..... | 24 |
| 2.1 Questões Jurídicas levantadas pela ADI 4.277 e REsp 1183378-RS | 24 |
| 2.1.1 Dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade, da Vedação de Discriminação Odiosa, da Liberdade e da proteção à Segurança Jurídica | 25 |
| 2.1.2 Reflexos da união estável e do casamento entre pessoas do mesmo sexo | 34 |
| 2.2 Das decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça em relação a matéria tratada..... | 42 |
| CONCLUSÃO | 57 |
| REFERÊNCIAS..... | 60 |

INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento da sociedade, muitas vezes, ocorre um descompasso entre o momento atual e a legislação em vigor, cabendo aos operadores do direito tomar as medidas adequadas para adaptar as normas aos casos concretos. Assim sendo, uma das maiores dificuldades que existem para o sistema jurídico é acompanhar o transcorrer dos pensamentos e atitudes em evolução constante da sociedade é o tempo, onde as normas ficam para trás, e alguns juristas, por vezes, ficam atrelados apenas aos dogmas do ordenamento, cabendo para outros operadores do direito, fazer uma análise com o fim de adequar a norma ao caso concreto.

Consequentemente, debater sobre assuntos jurídicos que imponham grande repercussão pela sua importância e reflexos na sociedade se faz muito importante, ainda mais se os referidos temas, não tem uma regulamentação consolidada. Na mesma linha de pensamento, foi o que ocorreu com a função social da propriedade, a relativização dos contratos pela teoria da imprevisão, entre outros assuntos, que foram largamente debatidos, antes de se ter alguma solução concreta para os mesmos.

Partindo da observação das normas, é possível verificar que os relacionamentos interpessoais geram novas interpretações para a sociedade, que no decorrer de sua evolução motivaram a elaboração das normas para manter uma ordem entre as pessoas. Desse modo, os juristas também tiveram grande importância, pois sempre que emanam novos fatos é necessário dar uma solução ao caso, até que o Legislador elabore a lei regulamentadora.

Os relacionamentos homoafetivos foram amplamente debatidos, tanto na doutrina jurídica, quanto dentro do Judiciário brasileiro, os quais trouxeram respostas à altura da sociedade brasileira. Cita-se como exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF e o Recurso Especial 1183378-RS. Porém, se faz necessário refletir sobre a resposta que o Judiciário atribuiu até o momento, justamente para se verificar a possibilidade de modificação da mesma ou suas condições de aplicabilidade.

Para se chegar a uma conclusão acerca das duas decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, se utilizou do método de abordagem dedutivo, pois se

parte de conceitos e princípios aplicando-os ao caso concreto. Já em relação ao método de procedimento, utilizou-se do método Monográfico, uma vez que foram analisados casos específicos quanto ao tema, fazendo inferências sobre os seus aspectos.

Para se fazer a presente pesquisa, foi necessário verificar alguns conceitos básicos e princípios gerais do direito. No ponto de partida, buscou-se inferir se o conceito de família é acolhido pela atual sociedade, analisando também o que está positivado no atual ordenamento. Após este momento, ainda no primeiro capítulo, são feitas considerações quanto ao casamento e a união estável, bem como, sua aplicabilidade ao caso concreto.

Posteriormente, discorreu-se sobre os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da segurança jurídica e da vedação de discriminação odiosa. Ademais, foram elaboradas considerações sobre os reflexos sociais das duas decisões dos Tribunais Superiores, demonstrando quais direitos os casais homoafetivos alcançaram na prática.

Como já foi dito, o presente trabalho busca verificar a constitucionalidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF e no Recurso Especial nº 1183378-RS, respectivamente; ambas, tratam do relacionamento homoafetivo e a partir de casos concretos. Assim, o uso da hermenêutica em conjunto com alguns dos princípios basilares do direito foi essencial para se dar uma nova interpretação quanto ao conceito de união estável, casamento e estender o conceito de família. Nessas duas ações, foram muito bem explicitados os pontos que compõe o instituto que grande parte da sociedade requer que mude, definindo a unidade familiar também como a união entre duas pessoas do mesmo sexo.

1 O INSTITUTO DA FAMÍLIA: VÍNCULOS E RELACIONAMENTOS AFETIVOS

Neste capítulo serão analisados os relacionamentos afetivos que podem proteger o instituto da família, que seriam o casamento e a união estável. Cabe salientar que estes relacionamentos se diferenciam de um mero namoro, pelo fato que naqueles se tem o intuito de constituir família, ou seja, constituir um status de matrimônio. Logo, um simples relacionamento afetivo entre duas pessoas pode ter variadas formas e propósitos, mas não tem o mesmo valor que uma união estável ou um casamento, pois em um namoro, mesmo que se tenha a publicidade, continuidade e a durabilidade, lhe falta o requisito do intuito de constituir família.

Assim sendo, a união estável se configura no momento em que o casal tem uma vida de casado, ou seja, a *more uxorio*, logo, se diferencia de fato do namoro. No mesmo sentido, o casamento não se confunde com o namoro, pois aquele, além de exigir os quatro requisitos já citados, deve ter a exposição volitiva das partes, devendo ser feita seguindo todas as formalidades exigidas pela lei, logo, o relacionamento afetivo definido como namoro não se enquadra na análise da presente monografia.

1.1 O que se considera como família na sociedade atual

Em uma sociedade, pode-se verificar que cada cidadão advém de uma família, a qual dá sustento - financeiro e psicológico - ao indivíduo. Além disso, verifica-se logicamente que o Estado é composto por pessoas, que por sua vez, são parte de uma família. Por inferência coerente, a família é a base do Estado, seja ele o Brasil, Argentina, Alemanha, enfim, qualquer Estado nacional. Logo, a família merece uma proteção especial, conforme é perpetrada na atual Constituição Federal, uma vez que, além de compor a unidade mínima da sociedade, é a coesão entre os indivíduos, ou seja, é um grupo em que os indivíduos tem laços, inicialmente de sangue (caráter histórico), e mais comumente e muito aceito pela sociedade, ligação afetiva, tendo hoje famílias monoparentais, que até alguns anos atrás era taxado como algo desprezível, que não poderia acontecer. Em outras palavras, aos olhos da lei, do judiciário e da coletividade não existia uma família

monoparental, mas com a evolução de pensamento da sociedade, além de serem aceitas estas formas de família, há também as que são compostas de pais adotivos e inclusive de pais do mesmo sexo. Assim, se pode verifica que

[...] a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária [...], que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, **sem no entanto defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito quanto na sociologia.** Dentro do próprio direito a sua natureza e sua extensão variam, conforme o ramo.¹ (grifo meu)

Desta forma, se pode constatar que a família é um construção social, ou seja, é um conceito criado pela sociedade, onde cada um dos indivíduos que fazem parte da sua família tem um papel determinado. No início, os familiares tinham os papéis de pai - onde era exclusivo papel de homem -, o de mãe – que até algumas décadas atrás era unicamente para mulheres - e por fim, o papel de filho. Mais uma vez, em sua evolução, a sociedade passou a aceitar inclusive filhos que não eram sanguíneos. Em suma, o que se pode verificar é que o conceito de família passou por muitas evoluções, desde a formação tradicional, onde se tinha um homem, uma mulher e seus filhos sanguíneos, sendo aceito hoje famílias monoparentais, filhos adotivos, filhos havidos fora do casamento, e mais recentemente, vê-se nas decisões do Supremos Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça a aceitação de famílias onde as pessoas que detém o poder familiar (antigo *paterfamilias*) são pessoas do mesmo sexo, coisa que não era aceito pela maior parte da sociedade. Assim sendo, a sociedade está numa evolução constante, por vezes sendo necessário que a norma seja atualizada, isto para não ficar parada no tempo, desajustada com o pensamento da coletividade.

Ainda neste tema, se pode afirmar que a sociedade que construiu o sentido de família, a qual sofreu mudanças no decorrer da história. Como finalidade, a família busca o âmago do indivíduo, local onde as pessoas integram valores e sentimentos, ou seja, o local provedor psicológico e financeiro de cada pessoa. Neste sentido, a família é uma formação espontânea da sociedade, que no decorrer de sua evolução, como já visto, passou a ter novos sentidos, pois cada vez mais foi se alargando o seu conceito inicial, já que as antigas consideração não mais cabiam.

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito de Família.** 8.ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 17.

Deste modo, a construção social do conceito de família se "organiza através de regras culturalmente elaboradas que formam modelos de comportamento."² Enfim, se pode dizer que a família "dispõe de estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função (...) sem, entretanto, necessariamente estarem ligados biologicamente"³, ou seja, o conceito de família mudou no decorrer do tempo, passando a preferir as relações afetivas, uma vez que a relação biológica não é mais uma primazia para se caracterizar a relação de parentesco.

De tal modo, podemos inferir que uma família é formada por pessoa(s) que detém o poder familiar, o antigo *paterfamilias*, e seus descendentes, que, por sua vez, podem ter laços sanguíneos ou afetivos, em outras palavras

basta a comunidade formada pelo pai e/ou a mãe e um filho biológico ou sociológico para que haja uma família, não havendo qualquer necessidade de os pais serem casados ou conviventes, ou seja, a família não é oriunda do casamento, da união estável ou dos laços sanguíneos, mas também da **comunidade de afeto entre pai e/ou mãe e filho**.⁴ (grifo meu)

Todos os conceitos trazidos aqui fazem inferência à família. Ressalta-se que esta não se diferencia por quem detém o poder familiar, sem distinção entre casais heteroafetivos ou homoafetivos, visando trazer como objeto principal da família, os laços afetivos. Em nenhum momento, distingue-se as famílias formadas por parceiros de sexos diferentes ou iguais. Assim, por inferência lógica, conceitual e sociológica, o conceito de família cabe aos homossexuais que assim desejem formar uma família, pois além dos conceitos aqui trazidos, o ordenamento jurídico brasileiro deve ser interpretado com o fim de assegurar uma sociedade, conforme o preâmbulo de nossa Carta Magna, "fraterna, pluralista e sem preconceitos"⁵, isto em razão do Princípio da Unidade da Constituição, que é definido como um princípio de decisão, o qual

² MADALENO, Rolf. **Direito de Família em Pauta**. 1. ed. Porto Alegre: Editora e Livraria Do Advogado. 2004. p. 18.

³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma análise psicanalítica**. 4. ed. Belo Horizonte: Forense. 2012. p. 16.

⁴ WALTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as Filiações Biológicas e Socioafetivas**. São Paulo: RT, 2003. p.64.

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (preâmbulo). Brasília: Senado Federal 1988.

dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as lerem e compreenderem, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correta do direito e da justiça⁶

Assim sendo, não é possível que a Carta Magna seja interpretada de forma que proporcione algum tipo de exclusão sem precedentes na própria Constituição Federal ou em lei especial que autorize.

Na sequência, ainda se pode verificar que a definição trazida por dicionários à palavra família designa "**conjunto de pessoas que possuem grau de parentesco entre si** e vivem na mesma casa formando um lar"⁷. Ou seja, se tem como definição básica de família um grupo de pessoas que convivem, que habitam o mesmo local, isso demonstra a formação de laços entre essas pessoas, uma ligação afetiva entre elas, que denota o status de familiar, de pessoa muito próxima. Porém, na atualidade, com as interações humanas cada vez mais dinâmicas, podemos conceituar a família como "pessoas do mesmo sangue **ou não**, ligadas entre si por casamento, filiação, ou mesmo adoção, **que vivem ou não em comum**"⁸(grifo meu); esta definição é melhor empregada na atualidade pelo fato de ser mais abrangente com as relações interpessoais, pois abarca o fato de poder existir famílias que convivem juntas ou não, que tem laços sanguíneos ou não, abrangendo também, de forma indireta, as famílias monoparentais ou até mesmo as famílias homoafetivas, pois em nenhum momento excluí estas possibilidades, nem mesmo fecha o conceito afirmando a necessidade de pessoas de sexos diferentes.

Logo, estes conceitos acabam por definir mais por completo o que se entende por família na atualidade, ou seja, um conjunto de indivíduos que tem uma ligação entre si, tendo uma ou duas pessoas que figuram como os detentores do poder familiar, tendo ou não crianças sob sua supervisão, com o fim de introduzir os valores morais e sociais para estas, bem como proporcionar a socialização da criança.

Por fim, se pode inferir que o instituto da família é a partícula mínima do Estado, pois é a unidade principal deste, uma vez que a sociedade que o compõe se

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina. 1993. p. 192.

⁷ SIGNIFICADO de Família. **Significados.com.br**. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/familia/>> Acesso em: 13 ago. 2014.

⁸ DICIONÁRIO de Português Online. **OUL: MICHAELIS**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=fam%EDlia>> Acesso em 13 ago. 2014.

subdivide em várias famílias, sendo elas os principais centros que instituem os valores sociais, tendo a base do pensamento da sociedade e, conseqüentemente, a base do agir da mesma, que se reflete na forma de governo, movimentos sociais, na política, ou seja, em todos os seguimentos do Estado. Em razão disso, a proteção especial do Estado para com este instituto é tão essencial, o qual tem diversas formas. Conseqüentemente, a lei não traz uma definição fechada para o mesmo, pois a composição de uma família passa pelas modificações de pensamento que a sociedade sofre no decorrer do tempo.

Com as palavras do juiz Roberto Arriada Lorea, se verifica que

Através da Lei nº 11.340, de 2006, tem-se uma nova regulamentação legislativa da família, juridicamente compreendida como a “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; independentemente de orientação sexual” (art. 5º, inciso II, e parágrafo único).

A nova definição legal da família brasileira se harmoniza com o conceito de casamento “entre cônjuges” do art. 1.511, do Código Civil, não apenas deixando de fazer qualquer alusão à oposição de sexos, mas explicitando que a homossexualidade não é condição para o casamento. Derruba-se, enfim, a última barreira – meramente formal – para a democratização do acesso ao casamento no Brasil. Trata-se de uma conquista republicana a ser festejada, cuja magnitude remete a outros episódios históricos, como a normatização do casamento religioso para pessoas não-católicas em 1863, a instituição do casamento civil em 1890, e a aprovação do divórcio em 1977.⁹

Logo, se verifica a evolução histórica do instituto da família, bem como da aceitação que o judiciário e o legislativo vieram incorporando em suas atribuições, cujos argumentos foram calcados na realidade fática da sociedade, ou seja, tanto as decisões jurídicas quanto as leis que foram editadas foram sensíveis ao ponto de agregar dentro do ordenamento e da jurisprudência estas ânsias da sociedade, onde cada vez mais se tem novas formas de família, forçando com que o judiciário, bem como as outras esferas de poder do Estado, se atualizem regularmente em suas atribuições.

⁹ LOREA, Roberto Arriada. **A nova definição legal de família brasileira**. Espaço Vital. Disponível em:

<<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCMQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.buscalegis.ufsc.br%2Frevistas%2Ffiles%2Fjournals%2F%2Farticles%2F33962%2Fsubmission%2Freview%2F33962-44752-1-RV.doc&ei=JRNvVJytNYmUNvHUg7qF&usg=AFQjCNH3N5qQpboCR4aDvPSpfxEUreha1w&bvm=bv.78677474.d.eXY&cad=rja>> Acesso em: 18 set. 2014.

1.2 Dos conceitos de União Estável e de Casamento

Como se pode verificar anteriormente, a família é um instituto que merece proteção especial do Estado, ditame consagrado no *caput* do artigo 226 da atual Constituição Federal. E para isto, o Estado criou alguns mecanismos para exercer esta proteção, sendo eles a União Estável e o Casamento. No curso do presente trabalho é possível verificar que estes conceitos acabam por definir o que é família. Isto é muito bem verificado na análise da lei, pois esta não faz um conceito fechado para a União Estável e para o Casamento, deixando que a sociedade o defina, tendo a lei estabelecido apenas alguns parâmetros essenciais para que restem configurados.

1.2.1 Do Casamento

Desde a revolução francesa, em 1789, foi definido o casamento como um contrato, o que se justifica por ser necessário a expressão volitiva dos nubentes para a sua formação. Porém, esta concepção é incompleta, uma vez que o casamento tem como objeto evidenciar uma situação entre dois indivíduos que demonstram publicamente a sua convivência, além do afeto entre si e o intuito de formar uma família. Logo, o que mais pode dar os contornos do casamento é que esta é uma instituição social, que tem regras pré-estabelecidas pelo Estado, isto para melhor o proteger, uma vez que seu cerne é a provação de uma família, ou seja, o casamento tem função probatória, constitutiva da junção entre duas pessoas com a finalidade de criar uma família. Em conformidade, podemos inferir que o casamento é um contrato peculiar,

sui generis, constituído pela recíproca declaração dos contratantes, de estabelecerem a sociedade conjugal, base das relações de direito de família. Em suma, o casamento é um contrato que se constitui pelo consentimento livre dos esposos, os quais, por efeito de sua vontade, estabelecem uma sociedade conjugal que, além de determinar o estado civil das pessoas, dá origem as relações de família, **reguladas, nos pontos essenciais, por normas de ordem pública.**¹⁰ (grifo meu)

¹⁰ ESPÍNOLA, Eduardo. **A Família no Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Saraiva. 2001. p. 48-50.

Após estes comentários, se pode verificar que o casamento, conforme grandes juristas, tais como Clóvis Beviláqua, Pontes de Miranda, entre outros, é um contrato especial de direito de família, uma vez que o núcleo para sua formação é o consentimento das partes, que, por sua vez, tem como fim a formação de uma família regulamentada e protegida pelas atribuições do Estado. Para se ter esta proteção estatal, se definiu que para a formação de uma família, deve-se ter um ato solene, os nubentes devem ser desimpedidos e se exige uma idade mínima, a qual pode ser suprida pela autorização dos pais. Por fim, cabe salientar que o casamento tem como base a "igualdade de direitos e deveres dos cônjuges"¹¹, ou seja, neste contrato *sui generis*, o princípio constitucional da igualdade incide diretamente.

Ainda neste ponto, o casamento tem como pré-requisitos, que os nubentes tenham idade mínima, devem ter capacidade para os atos da vida civil, que não sejam parentes até o terceiro grau, não é possível casarem adotante com adotado, entre outros quesitos elencados nos artigos 1.521 e seguintes do Código Civil.

Com isso, se pode verificar que o casamento tem alguns requisitos básicos determinados em lei, porém, o que não se vê é uma definição para casamento, apenas a necessidade de alcançar certas condições. Assim,

O que peculiariza o casamento é o fato de depender sua constituição de ato jurídico complexo, ou seja, de manifestações e declarações de vontade sucessivas (*consensus facit matrimonium*), além da oficialidade de que é revestido, pois sua eficácia depende de atos estatais (habilitação, celebração, registro público). As demais entidades familiares são constituídas livremente, como fatos sociais aos quais o direito empresta consequências jurídicas. Por isso que a prova destas, diferentemente do casamento, localiza-se nos fatos e não em atos.¹²

Com esta passagem, o autor conclui que além do casamento ter requisitos documentais exigidos pelo Estado, também traz que sua importância se dá em razão, também, da cultura religiosa que a sociedade tem enraizada, por isso que por vezes o casamento é tratado como se fosse hierarquicamente superior as outras formas de constituir família.

Na sequência, vemos que o casamento é um direito fundamental de qualquer pessoa, vez que é a partir dele que se pode formar a entidade mínima compositora do Estado. Sabendo que os direitos fundamentais são uma "[...]

¹¹ BRASIL. **Código Civil** (lei 10.406/2002). Art. 1.511. Brasília: Senado Federal 2002.

¹² LOBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 100.

incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo.”¹³, o Estado deve fazer o possível para que não se tenha empecilhos para a celebração do casamento, razão pela qual o Código Civil, em seu artigo 1.512 estabelece que o casamento é civil, ou seja, mesmo que o casamento religioso seja aceito e convertido em casamento civil, se verifica o distanciamento cada vez maior que o Estado tem dado às religiões, não permitindo que estas interferiram nas leis.

Mesmo que este *sui generis* contrato seja uma criação religiosa, este tomou tamanha proporção que faz parte do convívio de cada cidadão, sendo necessário que sua regulamentação seja feita por um ente imparcial, por isso este distanciamento entre o Estado e o credo. Além disso, para proteger o instituto da família, o referido artigo traz que “A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei”¹⁴, ou seja, para não desestimular a maior parte da população, a qual vive a baixo da linha de pobreza, o legislador, prudentemente, estabeleceu esta norma para que o casamento não fosse desestimulado.

Outro ponto fulcral de se analisar, é a função social do casamento. Função social quer dizer o sentido que deve ter o resultado final de uma ação, logo, sabemos que o resultado final esperado para o casamento é proporcionar o bem estar da família, atendendo a dignidade da pessoa humana, outro princípio basilar da sociedade brasileira, o qual está estabelecido na Carta Magna do Brasil. Logo, para que a família seja a base da sociedade, como reza a Constituição Federal, esta deve ser protegida pelo Estado com este contrato de direito de família, que por sua vez, tem os limites definidos por normas de ordem pública, somente assim a função social do casamento pode ser alcançada, a qual é propiciar o contentamento social dos indivíduos da sociedade, criando para os mesmos uma determinada ordem, que posteriormente irá refletir na sociedade, a partir das ações de cada pessoa.

Em sequência, devemos nos atentar para o que é dito no Código Civil em relação ao casamento. O mesmo é definido nos artigos 1.511 a 1.590, onde se pode aferir que não se tem uma definição fechada de casamento, porém, a lei traz a sua

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina. 1998. p. 347.

¹⁴ BRASIL. **Código Civil** (Lei 10.406/2002). Art. 1.512, parágrafo único. Brasília: Senado Federal 2002.

finalidade, qual seja, a constituição de vínculo conjugal entre duas pessoas, ou seja, desenvolver uma família.

Em sequência, os artigos 1.514 e 1.565 rezam que o homem e a mulher devem expor sua vontade perante a autoridade e que assumem uma condição de consortes, companheiros e responsáveis pelas obrigações da família, mas

não significa que esteja limitando o casamento a heterossexualidade. Simplesmente o que está afirmando é que tanto o homem como a mulher assumem tal condição, e não que necessariamente de estar casados com pessoas do sexo oposto. Tanto é assim que vem aumentando o número de países que admitem o casamento entre pessoas independentemente do sexo do par.¹⁵

Logo, como será visto na decisão do Superior Tribunal de Justiça, em nenhum momento o Código Civil exige sexos diferentes para que o casamento ocorra, apenas demonstra que tanto homens quanto mulheres devem seguir as mesmas diretrizes para que o casamento tenha os efeitos desejados, que seria a formação de uma família. Ou seja, não interessa o sexo dos nubentes, mas sim que se comprometam a seguir, principalmente, com a monogamia, respeito recíproco, contribuir para a evolução do casal e de seus dependentes e a troca de afeto.

1.2.2 Da União Estável

No que se refere a união estável se nota que a mesma somente foi aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro no final da década de setenta, a partir de estatutos, método não muito eficaz utilizados na vigência do Código Civil de 1916, porém estas medidas foram utilizadas porque o mesmo já não estava em acordo com a sociedade, tendo a necessidade de um novo código. Porém, estes estatutos, por vezes, regulamentavam situações iguais de formas diferentes, forçando o judiciário a ter decisões calcadas mais nos princípios gerais do direito¹⁶. Neste assunto, se teve a edição de duas súmulas por parte do Supremo Tribunal Federal, quais sejam, as súmulas 380 e 382, que em suas apreciações faziam uma

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: RT. 2007. p. 144.

¹⁶ MAFRA, Tereza C. M. *et al.*. **A LICC e o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 14-15.

comparação entre o concubinato e as sociedades de fato, "cuja dissolução levava à partilha do patrimônio, que se presumia adquirido com o esforço comum"¹⁷.

Vale lembrar que neste período o concubinato era taxado como algo desprezível, pois a origem deste vocábulo deriva de *concupinatus*, que significa basicamente coito com alguém. Como no período romano significava a união entre pessoas para satisfazer o prazer, a sociedade da época em que foi feito o Código Civil de 1916, que era basicamente católica, entendiam que o concubinato seria algo totalmente imoral, mesmo que esta união se caracterizasse por duas pessoas que eram impedidas de casar que se relacionavam.

Aqui se verifica especificamente a influência da igreja católica que não aceitava a acepção da palavra, além de entenderem que estas relações eram contra o instituto do casamento, uma vez que elas poderiam ocorrer em meio a um. Inclusive, na atualidade, a união estável pode se configurar mesmo que um dos nubentes, ou ambos, sejam casados, sendo este um ponto que os religiosos entendem como negativos contra a união estável.

Após este período, com o advento da atual Constituição Federal, o concubinato passou a ser denominado juridicamente como União Estável, dogmaticamente deixando de ter o sentido pejorativo antes dado, uma vez que se reconhecia a união entre duas pessoas que vivem em conjunto, de forma contínua, com durabilidade, demonstrando afetividade e com o intuito de constituir família, ou seja, com *more uxório*. Assim sendo, a União Estável tem quase o mesmo status de um casamento, pois o mesmo tem como fim formar uma família, que, por sua vez, deve ser protegida, e com este reconhecimento por parte do Estado com relação a união estável, se tem um instrumento a mais para proteger o instituto da família.

Como já foi dito, uma forma que o Estado encontrou de providenciar a proteção da família além do casamento, foi através da União Estável, que se parece muito com o casamento, tendo como requisitos o intuito e a legítima constituição de família, isto se dá pelo fato de o namoro e o noivado não serem necessariamente uma comprovação de formação de família, além de que, este requisito deve ser a vontade das duas pessoas do relacionamento. Outro requisito é a convivência *more uxorie*, que do latim significa a convivência como marido. No mesmo sentido, Gonçalves, afirma que é

¹⁷ LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. ed. 4. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 169.

[...] a mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e a soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gestos de carinho, enfim, a somatória de componentes materiais e espirituais que alicerçam as relações afetivas inerentes a entidade familiar [...].¹⁸

Neste sentido, a união estável tem o mesmo status que o casamento, pois em ambos os casos se tem a finalidade de formar uma família, sendo que esta pode ser inclusive de uma única pessoa. Porém, isto ocorre quando se tem o intuito de proteção do patrimônio de família, que pode ser constituído por uma pessoa que vive sozinha, após divorciar-se ou mesmo de terminar a união estável. Neste sentido o ministro Gilson Dipp, demonstrou que “o conceito de entidade familiar agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que é separada e vive sozinha”¹⁹, ou seja, se tem várias formas de famílias²⁰, e todas devem ser protegidas do mesmo modo, logo, a união estável, heteroaferiva ou homoafetiva, devem ter a mesma proteção, tendo em vista que são famílias, que por sua vez, são a partícula mínima do Estado, e, como já foi explorado, deve ter total proteção estatal.

Dentre outros, um requisito que veio do instituto do casamento é a notoriedade, ou seja, um relacionamento público, sendo este definido como a percepção irrestrita das pessoas da sociedade, que devem ver as duas pessoas como se casados fossem. Além destes, se tem a necessidade de o relacionamento ser contínuo, duradouro e estável. Isto significa dizer que o relacionamento dessas pessoas deve ter um prolongamento no tempo, mesmo que este tempo não seja definido dogmaticamente em lei.

Ainda nestes termos, não pode se ter interrupções que se estendam demasiadamente no tempo; vale salientar que para cada caso será feita uma análise pelo poder judiciário, que emitirá sua decisão. E por fim, os últimos requisitos que se exigem aqui é que os nubentes não sejam impedidos de casamento, salvo a exceção do Código Civil, que deixa explícito que “as pessoas casadas podem

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito de Família**. 8.ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 612.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial deu provimento para impenhorabilidade de bem de família**. Recurso Especial nº 205.170/SP. Claudete Moreli. Relator: Ministro Gilson Dipp. 07 fev. 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900171195&dt_publicacao=07-02-2000&cod_tipo_documento=3&formato=PDF> Acesso em: 21 out. 2014.

²⁰ Vale ressaltar que o ministro Gilson Dipp demonstra em sua argumentação que entidade familiar também pode ser de uma pessoa que era casada, ou seja, que agora é solteira, separada, viúva, entre outras, mas ainda tem uma família, tal como filhos ou ainda nos casos das relações familiares em linha reta, com os pais, os filhos ou outros parentes. Logo, totalmente válida a constatação do ministro, no sentido de proteger a família composta por uma única pessoa.

constituir união estável se estiverem separadas de fato de seus cônjuges²¹; sendo resguardado os direitos das pessoas que de fato constituírem uma união estável com uma pessoa casada.

Numa análise mais específica, se pode verificar que a união estável tem alguns quesitos para que reste configurada. Dentre eles, que o casal tenha uma relação afetiva com durabilidade, pública e contínua, porém a legislação não definiu nenhum destes termos, pois este assunto é um dos que mais sofre alterações com o pensamento da sociedade, não sendo possível codificar tal assunto, pois estaria se limitando a sociedade. Porém esta nunca para com sua evolução, e com isso, a norma estaria constantemente em descompasso com os indivíduos, sendo necessário que de tempos em tempos se atualizasse a norma. Logo, o legislador achou melhor não defini-la, para que se possa aplicar o conceito da melhor forma possível quando a norma não estiver mais na mesma linha da sociedade.

Partindo-se do raciocínio jurídico básico se pode depreender que a união estável deve ter uma interpretação, no que couber, igual ao do casamento uma vez que a Constituição Federal não coloca nenhuma das duas hierarquicamente acima da outra, ou seja, ambos tem o mesmo status marital, pois nos artigos que definem quais os impedimentos para o casamento, artigos 1.521 e 1.522, bem como no que concerne a invalidade do casamento, artigos 1.548 ao 1.564, não se tem nada quanto a necessidade de sexos opostos dos nubentes

Prontamente, por não terem hierarquia²² não é possível fazer grandes diferenciações entre estes dois conceitos, já que nos dois casos o que se diferencia é que no casamento se tem uma exigência formal, que seria o contrato cerimonial para sua instituição, já para que se configure a união estável pode se fazer uma análise do caso concreto para verificar os requisitos, não tendo reivindicações maiores para que se possa configurar esta relação marital.

Logo, se pode depreender, desde já, que não era possível que pessoas de sexos iguais se juntassem em matrimônio por simples motivo cultural, calcado na religião, que até hoje não aceita que pessoas sejam homossexuais, ou seja, uma forma de pensar extremamente preconceituosa, que nada tem calcado no axioma

²¹ BRASIL. **Código Civil** (lei 10.406/2002). Art. 1.723, §1º. Brasília: Senado Federal 2002.

²² Em verdade Casamento está acima da União Estável, mas somente no Código Civil, já na Constituição Federal, estes dois institutos são considerados da mesma forma, tendo diferença apenas que naquele se exige um contrato, e este é possível se configurar apenas se verificando o caso concreto.

atual da sociedade, além de se ter justificativas nada lógicas, pois justificam seus argumentos livros históricos que não se aplicam ao conjunto de indivíduos atual.

Assim sendo, grande parte da sociedade entende que as uniões homoafetivas podem constituir uma família, pois não diferem em nada das uniões heteroafetivas. Devendo ter os mesmos direitos e deveres, já que a Constituição Federal não permite que existam formas de diferenciação preconceituosas, pois estas acabam por prejudicar uma parcela da sociedade.

2 RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS: ANÁLISE FEITA A PARTIR DA ADI 4.277-DF E DO REsp. 1183378-RS

Após as definições feitas até o momento, onde se foi determinando o que é Casamento e União Estável, onde finalmente se chega ao entendimento derradeiro que tanto este quanto aquele conceito se confunde com o sentido de Família. Assim sendo, já é sabido que o instituto da família deve ser protegido pelo Estado, seja qual for esta forma familiar.

Com isso, no presente capítulo serão ponderadas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, que consolidaram um direito básico para uma parcela da sociedade, sendo estes juízos calcados nos princípios basilares de direito e com o atual ordenamento jurídico, bem como o sentido que estes conceitos e princípios tem no ordenamento.

Isto posto, a finalidade que se tem é de proporcionar maior segurança para a sociedade, além de fazer valer o objetivo de nossa Constituição, instituído em seu preâmbulo, que é proporcionar uma sociedade com igualdade, justiça, assegurar o exercício dos direitos sociais, uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.²³

2.1 Questões Jurídicas levantadas pela ADI 4.277 e REsp 1183378-RS

Outro ponto pertinente neste momento é o que se entende por Princípios. Quem melhor define este termo é Sergio Da cunha. Em sua obra traz mais de 10 definições para princípio, tendo a mais pertinente como aquela que determina princípio em algo que

"[...] não significa o que está em primeiro lugar, mas aquilo que é colocado em primeiro lugar, que se toma como devendo estar em primeiro lugar, que merece estar em primeiro lugar. A distinção é importante, porque à base do termo está, como se vê, um referência valorativa.

[...] Nela se contém, ou dela é possível se desdobrarem as demais, que têm o princípio como causa ou como fundamento, seja das coisas materiais (nelas compreendidas os conjuntos, organismos ou sistemas), seja da ação

²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (preâmbulo). Brasília: Senado Federal 1988.

humana (nela compreendidos o fazer e o agir, a ciência, a arte, as instituições)"²⁴

Como se pode verificar, princípio é um conceito que se justifica em si mesmo, pois este tem um valor que o faz vir em primeiro lugar, pois sua origem, *principium*, é a junção de *primo* (primeiro) e *et capere* (pegar, tomar), sendo assim, se pode depreender que princípio é uma norma que vem primeiro, que da sentido para o ordenamento, em suma, estabelece um dever ser para o ordenamento, que ao final pode servir, inclusive para interpretar outras normas.

2.1.1 Dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade, da Vedação de Discriminação Odiosa, da Liberdade e da proteção à Segurança Jurídica

Nas ações a serem analisadas no presente trabalho, se verificou a grande importância de alguns princípios. Dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este o mais importante, uma vez que dá origem aos demais princípios do direito, assim sendo, se verifica que a dignidade da pessoa humana é definida como uma

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos"²⁵

Prontamente, se infere que a dignidade da pessoa humana é um princípio basilar do direito, pois este objetiva colocar as relações humanas mais próximas da justiça e da igualdade, logo, este princípio serve como a base de todas as relações geridas pelo direito, uma vez que é um valor intrínseco ao ser humano, um conceito que lhe garanta o respeito, as condições mínimas de existência e sua integridade.

²⁴ CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 15-17.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9.ed. Porto Alegre: 2012.

Tal princípio tem tamanha importância para Estado Democrático de Direito brasileiro que em sua Constituição Federal está estabelecido como um de seus fundamentos (artigo 1º, III, CF), ou seja, além de ser um princípio basilar do direito, é também um conceito que faz parte do Estado brasileiro, como consequência disso, nada que o Brasil efetive pode ir de encontro com este princípio, pois estaria contra si mesmo.

Assim sendo, no momento em que se tem no ordenamento jurídico brasileiro uma lei que vai contra este princípio, esta deve ser retirada tão logo seja possível. Nisso se enquadra o artigo 1.723 do Código Civil brasileiro, porque este exige que a União Estável deve ser formada por uma dualidade de sexos, porém isto rompe com os fundamentos do Estado Brasileiro, pois está se privando que duas pessoas formem uma família, instituto que, como já foi esclarecido, apenas exige duas pessoas como detentoras do poder familiar. Outro ponto que erroneamente é exigido que o casal detenham a qualidade de chefes de família, sendo este entendido como a qualidade de direcionar um ser humano em formação, geralmente uma criança, a qual, segundo este antiquado entendimento, deve ser gerada pelo próprio casal.

Na sequência, se pode ver que a dignidade da pessoa humana está intimamente relacionada com o imperativo categórico de Kant, onde o mesmo afirma que

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.²⁶

Logo, a dignidade tratada pelo autor, mostra que esta é uma condição intrínseca ao homem, assim sendo, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana está relacionado com os princípios de direito, bem como tem íntima relação com a metafísica dos costumes. Assim, se verifica que este princípio é a condição intrínseca do indivíduo ter sua individualidade como ser humano protegida pelo Estado, porém, o que está posto no referido artigo do Código Civil não tem relação com os objetivos da Lei Maior do Estado, pois não permite que as pessoas constituam matrimônio, que formem uma família reconhecida e protegida pelo

²⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de QUINTELA, Paulo. Lisboa: Edições 70. 2007. p. 77.

Estado, ou seja, se a lei que rege as inter-relações civis não permite que a família homossexual seja constituída, esta lei está cerceando uma qualidade intrínseca ao ser humano de constituir uma família, por isso que esta norma não está em acordo com o princípio da dignidade humana. Conseqüentemente, esta norma está contra o Estado Democrático de Direito brasileiro, pois, como já foi visto, a dignidade da pessoa humana faz parte dos fundamentos do Estado.

Com uma interpretação conforme a constituição é possível remediar esta lei inoficiosa, cuja discriminação se faz em relação a parte da população brasileira, isto sem uma justificativa racional. Como foi dito, ocorreu a 'interpretação conforme a Constituição', no julgamento da referida ADI, o que proporcionou uma evolução necessária, culminando com a dignidade da pessoa humana sendo aplicada às famílias homoafetivas.

Enfim, a dignidade da pessoa humana não pode ser negligenciada em razão de raça, cor, credo, opção sexual, ou qualquer outra forma de diferenciação, ou seja, qualquer coisa que proporcione uma discriminação negativa entre os seres humanos não pode prosperar, visto que o Brasil é signatário de pactos internacionais (Pacto de San José da Costa Rica, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, entre outros) que visam extinguir tais diferenciações, além de também ir contra outro princípio basilar do direito, o princípio da Isonomia.

O princípio da Igualdade, referido acima, basicamente se traduz como

[...] a inexistência de desvios ou incongruências sob determinado ponto de vista, entre dois ou mais elementos comparados, sejam objetos, indivíduos, ideias, conceitos ou quaisquer coisas que permitam seja feita uma comparação.

[...] Juridicamente, a igualdade é uma norma que impõe tratar todos da mesma maneira os que estejam na mesma situação de igualdade e desigualmente os que se encontrem em situações diferente.²⁷

Neste sentido, o Estado deve garantir o tratamento igualitário perante a lei, sem distinções de raça, credo, etnia, sexo, conforme preceitua o artigo 5º da Constituição Federal, principal marco dos direitos fundamentais na Carta Magna. Vale ressaltar que a igualdade perante a lei consiste num tratamento igualitário por parte do Estado em relação a todos os indivíduos da sociedade, em outras palavras, este tratamento igual deve ocorrer na aplicação da lei, bem como no momento de se

²⁷ D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. **Breve Análise do Princípio da Isonomia**. 1. ed. Instituto Processus. 2012. Disponível em: <http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf> Acesso em: 17 out. 2014.

fazer a norma, além de que os atos praticados pelo Estado e seus agentes também devem seguir este princípio.

Neste sentido, os três poderes devem praticar seus atos de forma que tratem os cidadãos de forma igualitária, fazendo apenas distinções razoáveis, ou seja, justificáveis, o que, por vezes, seria tratar de forma desigual pessoas em condições fáticas diferentes. Para melhor visualizar o princípio da Igualdade, se verifica que,

[...] de acordo com a compreensão relacionada a atos, os necessitados e os não-necessitados são tratados não de forma desigual, mas igual, já que a vantagem da assistência judiciária gratuita é recusada a ambos da mesma forma. Pode-se dizer, na esteira de uma terminologia bastante difundida, que ambos foram tratados de forma *juridicamente* igual. Já segundo a compreensão relacionada a consequências, necessitados e não necessitados não são tratados de forma igual, mas desigual, já que a não-garantia da assistência judiciária gratuita impede o necessitado, mas não o não-necessitado, 'de se utilizar de uma via judicial prevista pela lei, apenas porque não dispõe dos meios necessário para tanto'²⁸

Logo, se verifica que na aplicação da Isonomia deve ser observada a condição fática, isto para que seja possível aplicar adequadamente o brocardo, "tratar igualmente os desiguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desiguam"²⁹, em suma, é necessário que se analise o caso concreto para se aplicar o princípio da Igualdade, de forma que seja possível alcançá-lo, e fazendo a discriminação positiva dos desiguais, ou seja, colocando em par de igualdade os indivíduos que estiverem em desvantagem.

Prontamente, o princípio da Igualdade, que está entranhado na Carta Magna do Brasil, é ferido no momento em que o Estado não tem alguma forma de regulamentar o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, pois, vai contra o pluralismo defendido pela atual Constituição Federal, já que este serve de justificativa para que haja, na democracia brasileira, uma convivência respeitosa entre os desiguais, ou seja, com a aceitação do casamento e da união estável entre pessoas do mesmo sexo, a sociedade brasileira estará dando mais um passo "a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 416.

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

cultural³⁰. Logo, sem a regulamentação do casamento e da união estável entre homossexuais, se teria uma legislação que acarretaria numa freada do desenvolvimento da sociedade, pois estaremos tratando de forma desigual as pessoas, sem uma justificativa aceitável.

Isto posto, no momento que o Estado toma medidas que não obtenham o resultado pretendido pelo princípio da Igualdade, é possível que se cometa alguma discriminação negativa, a qual significa

[...] ser associado a um destino embasado numa característica que não se escolhe, mas que os outros no-la devolvem como uma espécie de estigma. A discriminação negativa é a instrumentalização da alteridade, constituída em favor da exclusão. (p. 14)³¹

Em outras palavras, no momento em que ocorra uma discriminação negativa, se estaria cometendo um preconceito, o qual deve ser combatido pelo Estado Brasileiro, uma vez que extirpar tais atos constitui uma de suas bases, pois faz parte dos fundamentos elencado no artigo 3º, inciso IV, *in verbis*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
[...]
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.³²

A partir disto que surgiu o Princípio da Proibição de Discriminação Odiosa, cuja definição visa não permitir diferenciações entre as pessoas sem argumentos contidos no ordenamento, ou seja, questões físicas, psicológicas, entre outras, podem justificar uma diferenciação. A título de exemplo, nos esportes, geralmente os homens não participam junto com as mulheres, pelo fato de que grande parte dos homens são fisicamente mais fortes, ou ainda, a vedação de menores de 18 anos participarem da vida civil, uma vez que não tem o total discernimento para tais atos, ou seja,

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF que deu interpretação conforme a constituição ao artigo 1.723 do Código Civil**. 2011. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ac%C3%B3rd%C3%A3o%281%29.pdf>> Acesso em: 15 mai. 2014.

³¹ CASTEL, Robert. **Discriminação Negativa**. apud SELATINI, Rafael. **De Robert Castel A Discriminação Negativa – Cidadãos ou Autóctonos?**. Vozes. v. 25. n. 3 (set/dez), 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v25n3/11.pdf>> Acesso em 23 out. 2014.

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal 1988.

o sexo das pessoas, **salvo expressa disposição constitucional em contrário**, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional [...] é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de 'promover o bem de todos' (grifo meu)³³

Neste sentido, se verifica que para haver uma diferenciação entre os indivíduos, esta deve ter uma justificativa juridicamente aceita. Em outras palavras, a discriminação de pessoas não pode ser calcada em justificativas quaisquer, pois assim, até mesmo preconceitos poderiam ser utilizados para explicar tais diferenciações. Assim sendo, como a definição da palavra preconceito é “Opinião ou sentimento desfavorável, concebido antecipadamente ou independente de experiência ou **razão**” (grifo meu)³⁴, prontamente se denota que a discriminação positiva é aceita, pois, como já foi dito, projeta no plano dos fatos a isonomia entre os indivíduos, uma vez que difere as pessoas em pretextos que tem alguma justificativa plausível e aceito pelo ordenamento jurídico.

Em continuidade a presente pesquisa, constata-se que o princípio da Liberdade é outro muito bem aplicado ao caso concreto por parte do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Isto se dá, pois sua definição “consiste unicamente em que, ao afirmar ou negar, realizar ou enviar o que o entendimento nos prescreve, agimos de modo a sentir que, em nenhum momento, qualquer força exterior nos constrange”³⁵. Assim sendo, a definição de liberdade demonstra que o agir do ser humano não pode ser limitado, permitindo que este pratique suas ações de forma que convenham com as suas necessidades, desde que não sejam contrárias às leis e que não prejudiquem outrem.

Neste mesmo sentido, podemos afirmar que o Princípio da Liberdade é um dos mais importantes princípios, que, pela primeira vez foi determinado dogmaticamente pela revolução francesa, o qual elencou em sua carta legislativa.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF que deu interpretação conforme a constituição ao artigo 1.723 do Código Civil**. 2011. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ac%C3%B3rd%C3%A3o%281%29.pdf>> Acesso em: 15 mai. 2014.

³⁴ DICIONÁRIO de Português Online. **OUL: MICHAELIS**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=preconceito>> Acesso em: 14 ago. 2014.

³⁵ DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução de GALVÃO, Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes. 2001. p. 29-30.

Conforme a as palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que traz *in verbis* a carta legislativa dos revolucionários:

[...] liberdade em geral (arts. 1º, 2º e 4º), a segurança (art. 2º), a liberdade de locomoção (art. 7º), a liberdade de opinião (art. 10), a liberdade de expressão (art. 11) e a propriedade (liberdade de usar e dispor dos bens) (art. 2º e 17). E seus corolários: a presunção de inocência (art. 9º), a legalidade criminal (art. 8º), a legalidade processual (art. 7º). Afora, a liberdade de resistir à opressão (art. 2º), que já se aproxima dos direitos do cidadão.³⁶

Com isso, verifica-se que este princípio deu origem a muitos dos princípios dos cidadãos, sendo ele procedente especialmente do direito à liberdade no sentido de poder escolher. Assim sendo, ter “a autonomia privada em sua dimensão existencial manifesta-se na possibilidade de orientar-se sexualmente e em todos os desdobramentos decorrentes de tal orientação”³⁷.

Isto posto, o princípio da liberdade visa, também, manter um mínimo de direitos, logo, não seria possível que o legislador editasse uma norma que vá contra um direito fundamental do cidadão, pois,

[...] existe *um núcleo essencial* dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos em que o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos restringidos.³⁸

Ou seja, em relação ao Princípio da Liberdade, este resta ofendido no momento que uma parcela da população não tem como exercer juridicamente uma liberdade natural ao ser humano, qual seja, conectar-se matrimonialmente com outrem.

Como este princípio pode se definir como tudo o que não é proibido é permitido, conceito este que decorre principalmente das explanações de Kelsen, quando trata do preenchimento das lacunas do direito, vemos que o fato de não haver uma norma regulamentadora para o matrimônio dos homossexuais, cabe ao

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 41.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF que deu interpretação conforme a constituição ao artigo 1.723 do Código Civil**. 2011. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ac%C3%B3rd%C3%A3o%281%29.pdf>> Acesso em: 15 mai. 2014.

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina. 1998. p. 418.

judiciário regulamentar esta situação. A teoria do grande jurista supracitado foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro tão fortemente que está no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657 de 1942), totalmente transcrito aqui: "Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."³⁹.

Desta forma, o fato de não existir uma lei que regulamente estes casos, força uma decisão do judiciário, isto para ser possível proteger estas famílias que tem como pais duas pessoas do mesmo sexo.

No que concerne ao Princípio da Segurança Jurídica, se pode dizer que se caracteriza por dar garantia aos cidadãos das relações juridicamente determinadas, ou seja, por este princípio as limitações e garantias que o Estado deve seguir e determinar não podem ser contrários a lei, pois, segundo a teoria contratualista de Rousseau, os homens deram parte de sua soberania para se ter um Estado que irá gerir todas as relações e trazer proteção. Nas palavras de Rousseau, se verifica que a segurança almejada por todos será alcançada no momento em que "Cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo"⁴⁰.

Porém, não basta que o Estado receba dos indivíduos sua soberania, ele deve proporcionar os meios possíveis para que esta seja efetivada. No âmbito do poder judiciário, cabe e este dizer a lei, sem mudar suas convicções repentinamente, ou seja,

O princípio da segurança jurídica ou da estabilidade das relações jurídicas impede a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas, mesmo que tenha ocorrido alguma inconformidade com o texto legal durante sua constituição. Muitas vezes o desfazimento do ato ou da situação jurídica por ele criada pode ser mais prejudicial do que sua manutenção, especialmente quanto a repercussões na ordem social. Por isso, não há razão para invalidar ato que tenha atingido sua finalidade, sem causar dano algum, seja ao interesse público, seja a direitos de terceiros [...].⁴¹

Em razão disso, o Estado não pode editar lei que seja contra sua ordem fundamental, qual seja, proporcionar a dignidade da pessoa humana, a liberdade de

³⁹ BRASIL. **Decreto Lei Nº 4.657**. Brasília: Senado Federal 1942.

⁴⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de SILVA, Rolando Roque da. e-Books Brasil. 2001. p. 25-26.

⁴¹ JUSBRASIL. **Princípio Gerais do Direito: Segurança Jurídica**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/309653/seguranca-juridica>> Acesso em: 25 out. 2014.

escolha dos indivíduos e não discriminar de forma negativa a sociedade. Logo, se pode afirmar que o Princípio da Segurança Jurídica se aplica

[...] (1) relativamente a *actos normativos* – proibição de normas retroativas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a *actos jurisdicionais* – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a *actos da administração* – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.⁴²

Logo, o que se procurava efetivar se impetrando Ação Direta de Inconstitucionalidade em análise era proporcionar garantia sobre o tema, pois, com a “atual incerteza quanto ao reconhecimento da união homoafetiva e suas consequências jurídicas acarreta insegurança jurídica tanto para os partícipes da relação homoafetiva, quanto para a própria sociedade”⁴³. Assim, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não poderiam deixar esta situação sem uma solução, pois a população depende da prestação jurisdicional, isto para que sejam regulamentadas as situações controversas demandadas no poder judiciário.

Cabe aqui, para corroborar, alegar que em razão do princípio do Juiz Natural, não é possível que se deixe de conceder uma decisão quanto a uma lide, devendo o juiz, em nome do Estado, dar a solução para o caso concreto. Assim sendo, por este princípio, bem como do princípio da segurança jurídica, os tribunais superiores, acertadamente, colocaram um fim ao caso dos homossexuais que decidem casar.

Logo, se verifica que todos os princípio consagrados na Carta Magna brasileira explanados aqui, foram lesados pelos atos comissivos e omissivos do Estado, no que diz respeito a suas atribuições, quais sejam, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Assim, tem-se aqui os argumentos fundamentais que justificam a existência das duas ações constitucionais de controle concentrado. Neste sentido,

ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou **prejuízo a um ser humano**, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento digno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, inclui-se a orientação sexual),

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina. 1998. p. 250.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF que deu interpretação conforme a constituição ao artigo 1.723 do Código Civil**. 2011. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ac%C3%B3rd%C3%A3o%281%29.pdf>> Acesso em: 15 mai. 2014.

como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana⁴⁴ (grifo meu)

Por fim, conclui-se que é dever do Estado manter a segurança jurídica das relações interpessoais, pois esta é uma de suas principais funções, esta é a razão para que o Estado fosse criado. Em outras palavras, cabe ao Estado manter a ordem e a segurança, em todas as suas atribuições estatais, ou seja, deve sustentar a efetivação dos princípios supracitados dentro do judiciário, legislativo e executivo.

Com estas decisões se põe um fim a instabilidade jurídica quanto aos relacionamentos homoafetivos, o que deu garantia para a população em geral e para as pessoas que tem um relacionamento deste tipo, pois, com seus reflexos, alguns direitos podem ser devidamente alcançados, tais como direito a alimentos, direito de adoção, direito de colocar como dependente financeiro na previdência social, a participar na partilha de bens no momento em que ocorrer a morte de seu companheiro, e não mais participar da partilha de bens somente em caso de testamento.

2.1.2 Reflexos da união estável e do casamento entre pessoas do mesmo sexo

Na continuação da presente pesquisa, se faz um questionamento, que seria responder porque a necessidade de proteção por parte do Estado para a família. Como já foi visto anteriormente, uma parte desta proteção se dá em razão da família ser uma das células compositoras do Estado, tendo por fim, os seres humanos como partículas mínimas e finais do Estado. Neste sentido, outras necessidades fazem com que este ente com personalidade jurídica, que administra toda a coisa pública e regulamenta as relações entre os indivíduos, dê maior atenção para este instituto.

Esta precaução maior se deve em razão que a família pode gerar diversas relações diferentes, estando neste domínio desde relações afetivas, até mesmo as relações comerciais, ou seja, envolve o direito das sucessões, direito à afetividade até mesmo o direito das obrigações e o direito comercial. Logo, com a consolidação de um entendimento que permita constituir uma família homossexual, já que a

⁴⁴ RIOS, Roger Raupp. Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade. **Revista CEJ - Conselho de Justiça Federal, Brasília**, V. 2, nº 6. Set./Dez. 1998.

mesma estará diante de algumas situações que uma família tradicional também está. Logo, nesta parte do estudo, serão abordados alguns dos direitos que estas famílias não tradicionais conseguiram alcançar após as decisões proferidas por nossos tribunais superiores (STF e STJ).

Conforme se verifica na atual legislação brasileira, vemos que pessoas que instituíram matrimônio ou que convivem juntas e de fato constituem o *more uxorio*, podem vir a ter alguns direitos. No caso de duas pessoas casarem, ou constituírem uma união estável, é possível que ambos instituem um bem de família, o qual está consolidado na lei 8.009 de 1990 - possuindo oito artigos - bem como nos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil. Com estas normas, a entidade familiar ou os cônjuges podem destinar parte de seu patrimônio para instituir o bem de família, devendo ser feito por meio de testamento ou escritura pública. Porém, não pode ultrapassar a terça parte de seu patrimônio total.

A finalidade a que deve este bem é para a habitação da família. Ainda, o bem da família pode ser algum valor imobiliário, o qual não pode ser utilizado para outras coisas se não o sustento da família e a composição de sua residência, ou seja, é possível que uma família invista dinheiro em ações, e, com os rendimentos destes, fará seu sustento, inclusive, a partir dele, poderá pagar o aluguel do imóvel que utilizam para morar.

Vale ressaltar que os bens que estiverem dentro da casa também são parte do bem de família, porém, deve ser feita uma distinção entre os bens de necessidade, tais como móveis, talheres, camas, roupas, entre outros, dos bens acima da necessidade, tais como, quadros, esculturas, carros luxuosos, entre outras coisas que não fazem parte do bem de família.

Logo, se os filhos ou dependentes dos cônjuges, ou ainda estes, contraírem alguma dívida, desde que tenha instituído o bem de família de forma que não seja para fraldar os credores, este bem não pode ser penhorada para saldar a dívida. Com isto, se verifica que esta lei tem

cunho humanitário, protegendo o imóvel da família e garantindo àqueles que passam por dificuldades financeiras uma vida digna, sem privação de sua moradia. E de outra forma não poderia ser, pois o Estado tem o dever de dar amparo e proteção à família, vez que ela é a base da sociedade por determinação Constitucional.⁴⁵

⁴⁵ LEMOS, Helio Chin da Silva. **A Impenhorabilidade do Bem de Família**. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/helio-chin-da-silva-lemos.pdf>> Acesso em: 06 out. 2014.

Logo, com a ADI 4.427 e com o REsp. 1183378 se consolidou um direito que deveria ser concedido a todos os cidadãos, coisa que, antes destas decisões, não era permitido para uma parcela da sociedade, pois os homossexuais não poderiam constituir família, ficando desprovidos de uma garantia fundamental, tudo em razão de uma ideologia discriminatória propagada pela crença mais popular, onde o casamento só pode ser constituído por pessoas de sexos diferentes.

Por fim, a única exceção a impenhorabilidade do bem de família, são:

a) crédito de trabalhadores (empregados domésticos e trabalhadores, em geral, que prestam serviços na residência, instituída em bem de família); b) crédito para construção ou aquisição do imóvel; c) crédito de alimentos; d) créditos tributários, contribuições e obrigações *propter rem* (é passível de execução, assim, o bem de família, em razão de débitos derivados de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições, sobre esse imóvel incidentes, bem como despesas geradas por esse imóvel, tais as de condomínio e as de construção de muro divisório); e) crédito hipotecário (quando o imóvel é oferecido em garantia); f) aquisição criminosa (do bem de família); g) crédito de fiança locatícia (quando o proprietário do bem é fiador, em contrato de locação, dando o imóvel em garantia, criando-se, com isso, verdadeiro direito real).⁴⁶

Assim, podemos constatar que este direito não é absoluto, ou seja, tem suas limitações em lei, que visam garantir o bom uso deste direito, pois com estas limitações, é possível forçar que este instituto não seja desvirtuado, já que, em suma, não permite utilizá-lo para lesar outrem.

Outro tabu que se quebra com as decisões dos Tribunais Superiores é no quesito adoção, pois por muito anos em nossa sociedade, casais homoafetivos não puderam adotar, pois não eram considerados uma família. Isto se dá pelo fato das pessoas não pensarem na vinculação familiar que uma pessoa adulta tem com uma criança, a qual pode se desdobrar em quatro elementos:

1) vínculo biológico, dado pela concepção e origem genética; 2) o parentesco, vínculo que une dois indivíduos em relação a uma genealogia, determinando o seu pertencimento a um grupo, 3) a filiação, reconhecimento jurídico desse pertencimento de acordo com as leis sócias do grupo a que pertence; 4) a parentalidade, o exercício da função parental, implicando cuidados com alimentação, vestuário, educação, saúde etc., que tecem no cotidiano em torno do parentesco.⁴⁷

⁴⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família**. 3. ed. São Paulo: RT, 1996. p. 75.

⁴⁷ ZAMBRANO, Elizabeth *et al.* **O Direito a Homoparentalidade – Cartilha sobre as Famílias Constituídas por Pais Homossexuais**. Porto Alegre: Instituto de Acesso à Justiça. 2006. p. 19.

Comparando os elementos acima trazidos com a atual forma de entendimento sobre família, se pode verificar que o vínculo biológico não tem tanta importância. Porém, a parentalidade tem uma grande estimativa, ou seja, exercer a função de pai ou mãe, aquela pessoa que cuida, alimenta, ensina, direciona uma criança, é mais importante que a mera concepção.

Desta forma, não se tem nada que impeça um casal homoafetivo de adotar, pois estes casais tem totais condições de exercer estas funções, onde o reconhecimento jurídico que se tem com Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF e com o REsp. 1183378 permite que estas relações sejam adequadamente protegidas pelo Estado, já que se tem o respaldo do judiciário. Logo, isto proporcionou que estes casais tivessem uma segurança jurídica, já que antigamente tinham que entrar nas filas de adoção sozinhos, pois nunca conseguiam adotar em conjunto, em razão do preconceito exacerbado que a sociedade tinha, diferente de hoje, bem como, não serem os melhores candidatos pois eram estavam requerendo a adoção sozinhos, o que ainda sofre um pouco de preconceito.

Ainda nesta temática, cabe analisarmos o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, cuja perspectiva é de

[...] abordar com absoluta prioridade as questões relacionadas aos menores, a fim de garantir proteção aos direitos fundamentais a eles inerentes. De acordo com este princípio prevalecerá sempre o interesse da criança e do adolescente, valor fundamental a ser preservado, sobre quaisquer outros interesses.⁴⁸

Assim sendo, se interpretava erroneamente este princípio no momento em que não permitiam que um casal homoafetivo adotasse, uma vez que se verifica o grande número de crianças e adolescentes que ficam até os 18 anos de idade sem serem adotados, e que são obrigados a sair destes locais para o mundo, sem nunca terem sido acolhidos por uma família.

Além disso, na maior parte dos locais que ficam estas crianças e adolescentes para adoção, não se tem recursos suficientes e nem funcionários qualificados e suficientes, o que ocasiona às crianças e adolescentes ali instaladas a necessidade de crescer e se desenvolver sem todos os cuidados necessários para o melhor enfrentamento da vida adulta.

⁴⁸ PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das Pessoas e das Famílias: Doutrina e Jurisprudência.** São Paulo: Saraiva. 2008. p. 16.

Logo, com estas decisões que consolidaram o entendimento de família, se tem maior segurança jurídica para estes casais, proporcionando este direito tanto para os homossexuais, que tem uma grande vontade e capacidade de serem pais ou mães, quanto para as crianças e adolescentes que agora tem mais uma opção para conseguirem ingressar em uma família que lhes proporcionem afeto e todos os cuidados necessários para seu desenvolvimento.

Outro ponto muito importante que estas decisões deixam consolidado é no direito a alimentos, pois, conforme o que diz a lei de alimentos e o Código Civil, bem como na Constituição Federal, este é um dos principais direitos do ser humano, pois, como o próprio nome diz, este provê a existência do indivíduo. Em outras palavras, o alimento é algo de extrema necessidade para a sobrevivência de qualquer pessoa, por isso que é um direito tão cogente para qualquer um, já que qualquer ser humano precisa se alimentar diariamente.

Em razão disso que

Talvez se possa afirmar que o primeiro direito fundamental do ser humano é o de sobreviver. Para realizá-lo, o indivíduo precisa de meios materiais, tais os alimentos, o vestuário, abrigo etc. Na organização social vigente entre nós, a pessoa obtém os bens materiais de que necessita através de seu trabalho ou da renda de seus capitais. Todavia, pode ocorrer que não tenha recursos, nem elementos para prover, por intermédio de sua atividade, à própria subsistência. Daí o mister de outros o proverem de meios indispensáveis para manter-se.⁴⁹

O que se constata é que o direito a alimentos é muito interligado com o direito da dignidade humana, que, por sua vez, é totalmente aplicado ao direito de família. Assim sendo, no momento que um dos antigos cônjuges não tem condições de se auto prover, pois em sua antiga relação dependia inteiramente do outro, pois dependeu financeiramente do casamento ou da união estável e, em razão desta união, não consegue se inserir no mercado de trabalho, não se atualizou em seus estudos, entre outras possibilidades, e fica em um estado de necessidade, o qual não consegue gerir coisas básicas da existência humana, fica a cargo do antigo cônjuge prover suas necessidades básicas.

Esta obrigação de alimentos também decorre em razão do Princípio da Solidariedade Familiar, cuja definição demonstra que “Cooperação (**material** ou imaterial), afeto e respeito compõe a estrutura da solidariedade na família,

⁴⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva: 2004. p. 373.

propiciando relações positivas e saudáveis entre seus membros”⁵⁰ (grifo meu). Por sua vez, o princípio da Solidariedade Familiar harmoniza o direito e o dever entre os cônjuges no que se refere a prestação de alimentos.

Sem as decisões analisadas pelo presente trabalho, o caso dos casais homoafetivos ficava sem regulamentação, e assim, muitos juízes poderiam cometer alguma injustiça com um dos cônjuges, pois não teria como justificar o porquê uma pessoa que não é da família dela deve prestar alimentos, uma vez que este é um dever da família e do Estado.

Logo, uma pessoa que, na visão anterior, não tem uma ligação direta com outra pessoa não é devedor de alimentos, isto se dá em razão que ambas não tinham parentesco, logo, o judiciário não poderia obrigar o antigo cônjuge em prover essas necessidades básicas, pois nem mesmo o judiciário tinha uma regulamentação para este assunto, o que deixava muitos magistrados inseguros para decidir neste sentido.

Logo, com as acertadas decisões, fica garantido o direito dos alimentos para o antigo cônjuge que necessitar, e, conseqüentemente, mais eficaz a dignidade da pessoa humana. Por fim, se pode verificar que nas famílias homoafetivas pode se ter algum dependente, logo, se a tentativa de constituir uma família não for exitosa, e o casal tiver algum filho, é possível que o cônjuge que ficar com a guarda da criança possa pedir alimentos para contribuir na criação da criança ou adolescente.

Assim, outro ponto que a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF e do REsp. 1183378 deram regulamentação, foi para os casos de separação, no que se refere ao regime de bens, pois, além de muitas vezes ter que prover alimentos para o outro cônjuge, é possível que ambos tenham criado um patrimônio juntos.

Em razão disto, onde ambos tenham rendimentos que foram investidos na vida de casal, nada mais justo que estes casais, como qualquer outro, tivessem aplicados a seus relacionamentos o que a legislação tem aplicado para os casais heteroafetivos, pois os regimes de bens regulamentados pelo Código Civil, são formas que o legislador instituiu para que as pessoas formassem o seu patrimônio, bem como para proteger o mesmo. Logo, além de resguardar o patrimônio da família, o que é de suma importância, já que a partir deste que a família tem como proporcionar melhores condições de sobrevivência, aplicar o regime de bens aos

⁵⁰ PENA JUNIOR., Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 14.

casais homoafetivos se garante mais um direito fundamental para esta parcela da população.

Neste sentido, o que as referidas decisões perpetraram foi produzir condições para que esta parcela da sociedade tenha condições de serem abarcadas pela legislação brasileira, pois antes das referidas decisões que regulamentaram o assunto, existiam diversos juízos proferidos pelo poder judiciário, que eram diferentes, proporcionando a insegurança jurídica. Em razão disso que a maioria não ingressava no judiciário, bem como por causa do preconceito social, onde se entendia que o núcleo familiar somente poderia ser constituído por um homem e uma mulher, com descendentes.

Além disso, conforme o regime de bens escolhido pelo casal, no momento em que um destes falece, o outro pode vir a participar da partilha. Conforme o regime da comunhão de bens, entende-se que o cônjuge sobrevivente participou da construção do patrimônio, assim, antes da partilha separa-se a meação, que se refere aos bens comuns do casal.

Nos outros regimes, o cônjuge participa na partilha em concorrência com os outros herdeiros legítimos, quais sejam, os descendentes ou ascendentes. Conforme o artigo 1.829 do Código Civil, o cônjuge está na terceira classe de herdeiros legítimos, logo, este irá participar da partilha com uma das classes. Em primeira análise, será feita a partilha entre o cônjuge e os descendentes; já em segunda análise, ocorre a sucessão dos bens entre o cônjuge sobrevivente em concorrência com os ascendentes. Caso não se tenha nenhuma destas classes, o cônjuge irá herdar por inteiro os bens.

Antes das decisões, o cônjuge não teria como participar, fora no caso do *de cujus* ter feito testamento onde deixaria a parte disponível para seu cônjuge, ou seja, antes das acertadas decisões, no caso de casais homoafetivos, este poderia receber no máximo metade do patrimônio, pois, após estas três classes ainda podem entrar para a sucessão dos bens, os colaterais, (irmãos, tios, sobrinhos) que concorreriam a metade do patrimônio construído pelo casal. Logo, este é outro ponto que a ADI 4.277-DF e o REsp. 1183378 pacificaram e trouxeram arcabouços para que os homossexuais possam participar da partilha de bens de seus antigos parceiros.

Por fim, outro ponto que deixa pacificado são nos direitos previdenciário, no que se refere a pessoa que trabalha e deixa dependentes. Neste ponto, conforme

as exigências da previdência social, somente quem era cônjuge ou companheiro que poderia ter sua situação presumida, porém, como não era aceita, somente em 2005, com a decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp. 238715-RS, que consolidou o entendimento. Assim, vale analisar o mesmo, a seguir:

PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA. - Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento. - A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. - **O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.** - Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta.

(STJ - REsp: 238715 RS 1999/0104282-8, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 07/03/2006, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 02/10/2006 p. 263RDTJRJ vol. 73 p. 105RIOBTP vol. 209 p. 162RNDJ vol. 87 p. 95)⁵¹ (grifo meu)

Com isso, podemos inferir que antes mesmo das derradeiras decisões dos Tribunais Superiores, o judiciário já tinha algumas decisões que aceitavam conceder alguns direitos para os cônjuges ou companheiros homoafetivos. Logo, com esta decisão preferido no REsp. 238715-RS, mais as decisões proferidas na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF e no outro Recurso Especial 1183378-RS, se tem uma consolidação dos direitos mínimos do ser humano, que constituem principalmente a efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa humana, além de direitos fundamentais.

Por fim, vale citar que atualmente se tem uma proposta de fazer um estatuto da família, encabeçado pelo Projeto de Lei nº 6.583 de 2013, onde este define em seu artigo 2º que, *in verbis*:

Art. 2º - Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo formado a partir da união entre um **homem e uma mulher**, por meio de

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial que decidiu que companheiro(a) homossexual de segurado(a) terá direito a pensão por morte e auxílio-reclusão.** Recurso Especial nº238715/RS. R.P.C. e Outros. Ministro Humberto Gomes de Barros. 07 mar. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199901042828&dt_publicacao=02/10/2006> Acesso em: 18 out. 2014.

casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.⁵²

Com isto vemos a importância de estudar o tema, uma vez que, mesmo com as decisões proferidas nos Tribunais Superiores não se tem uma unanimidade quanto a definição de família por parte do poder legislativo, isto se dá principalmente pelo grande número de Deputados Federais que tem suas convicções ligadas a religião. Conforme a manchete do jornal “O Globo”, “Bancada Evangélica cresce 14% e deve prejudicar causas LGBT”⁵³, a bancada evangélica aumentou para 80 deputados, entre eles, foi reeleito o deputado Anderson Ferreira, justamente o político que propôs o referido projeto de lei que vai contra os fundamentos da República Federativa do Brasil, quais sejam, os elencados nos artigos 1º ao 4º da Constituição Federal. Além disso, conforme o artigo 19, inciso I da Carta Magna brasileira, as convicções desta bancada religiosa não poderiam influenciar as leis, pois o Estado deve ser Laico, pois estes deputados não conseguem distinguir entre suas convicções e a realidade da sociedade.

Porém este projeto de lei não passará desta forma, uma vez que vai contra a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece como núcleo familiar aqueles compostos em razão do afeto, palavra que em nenhum momento é articulada no texto deste projeto. Logo, nada mais justo que este projeto de lei sofra mais mudanças, pois caso esta venha a passar por todo o legislativo da forma original, irá sofrer uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, pois ela vai contra os princípios fundamentais do Estado Democrático Brasileiro, não tendo possibilidade de criar efeitos em nossa sociedade, pois esta já está num ponto de evolução que não tolera mais tais formas de discriminação que ocorriam em nossa legislação.

2.2 Das decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça em relação a matéria tratada

⁵² BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.583**. Brasília: Senado Federal. 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013> Acesso em: 29 out. 2014.

⁵³ BACELAR, C. CARVALHO, C. **Bancada Evangélica Cresce 14% e deve prejudicar causas LGBT**. O Globo. São Paulo. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/bancada-evangelica-cresce-14-deve-prejudicar-causas-lgbt-14178049>> Acesso em: 08 out. 2014.

Com estas análises foi possível averiguar todos os conceitos envolvidos nas decisões do Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. Neste momento, serão analisadas mais especificamente as decisões dos Tribunais, procurando constatar, junto com o que já foi construído, se as decisões foram satisfatórias e se o ordenamento jurídico atual aceita estas constatações, bem como, se elas são aplicáveis aos casos concretos.

Pelo que se depreende da Constituição Federal, em seu artigo 102, inciso I, alínea 'a', *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – Processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Cabe ao STF, na proteção da Constituição Federal, julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade, pois, além da Carta Magna assim instituir, os ministros são os mais qualificados para tanto.

Além deste artigo, se tem a lei 9.868, de 1999, a qual regulamenta as ações descritas no artigo acima transcrito. Neste sentido, o próprio *site* do Supremo Tribunal Federal traz sua definição, que consiste numa

(ADI) Ação que tem por finalidade declarar que uma lei ou parte dela é inconstitucional, ou seja, contraria a Constituição Federal. A ADI é um dos instrumentos daquilo que os juristas chamam de “controle concentrado de constitucionalidade das leis”. Em outras palavras, é a contestação direta da própria norma em tese. [...] ⁵⁴

Com isso se pode verificar que a referida ação é uma forma de controle que o judiciário pode exercer, posterior a publicação da lei ou do ato normativo, onde o mesmo vai de encontro ao ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, esta é a forma de retirar do ordenamento jurídico as leis que são contra a Carta Magna brasileira, da mesma forma, também os atos normativos que não estiverem em acordo com a Constituição Federal podem sofrer esta forma de controle.

Conforme a ementa a seguir,

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. (Glossário Jurídico). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=124>> Acesso em: 15 mai. 2014.

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

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

fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. **4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”.** A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. **Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo.** Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. **5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO.** Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. **6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES.** Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

(STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341)⁵⁵ (grifo meu)

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF que deu interpretação conforme a constituição ao artigo 1.723 do Código Civil.** 2011. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ac%C3%B3rd%C3%A3o%281%29.pdf>> Acesso em: 15 mai. 2014.

O Supremo Tribunal Federal no que recebeu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 132 fez seu juízo de admissibilidade, recebendo-a como Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.277, pois

'(...) Assim sendo, demonstrada a impossibilidade de se conhecer da presente ação como ADPF, pela existência de outro meio eficaz, sendo evidente o perfeito encaixe de seus elementos ao molde de pressupostos da ação direta de inconstitucionalidade e, ainda, demonstrando-se patente a relevância e a seriedade da situação trazida aos autos, referente a conflito surgido entre dois Estados da federação, resolvo a presente questão de ordem propondo o aproveitamento do feito como ação direta de inconstitucionalidade, a ela aplicando, desde logo, o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99' (ADPF-QO 72, Min. Relatora Ellen Gracie)'.⁵⁶

'Porém, em pedido subsidiário, a Procuradoria-Geral da República requer o conhecimento da presente ADPF, como ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil.

Assim sendo, e com base na jurisprudência desta Corte (ADPF-QO nº 72, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2.12.2005), conheço da ação como ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é o art. 1.723 do Código Civil." (ADPF 178, Min. Gilmar Mendes, no exercício da Presidência).⁵⁶

O que foi possível constatar é que isto somente é possível em razão da lei acima mencionada, a qual dispõe sobre o processo e julgamento da ADI e da ADC, de onde o ministro justificou sua decisão de conversão da ação, além disso, a parte autora fez o pedido neste sentido, logo, foi acertada a decisão do ministro relator Ayres Britto, que justifica corretamente o aproveitamento da ADPF em ADI, além de que seria um dogmatismo exacerbado indeferir uma ação de suma importância em razão de um formalismo desnecessário, uma vez que trata de um tema de tão necessária discussão.

A próxima questão enfrentada pelos ministros diz respeito a discriminação das pessoas em razão do sexo, onde o ministro relator começa sua argumentação favorável ao pedido da parte autora demonstrando que a homossexualidade somente foi tratada em dicionários de língua portuguesa após o livro de Maria Berenice Dias que trata sobre o assunto. Nisso, o ministro traz, em nota de rodapé, definições de homossexualismo, todas retiradas do dicionário Aurélio, e culmina na justificativa que esta palavra é designada para

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF que deu interpretação conforme a constituição ao artigo 1.723 do Código Civil**. 2011. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ac%C3%B3rd%C3%A3o%281%29.pdf>> Acesso em: 15 mai. 2014.

[...] uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro⁵⁷

Conclui-se que a união das pessoas não pode ser condicionada ao sexo delas, ou ainda a sua orientação sexual. Ainda nesta temática, é trazido no acórdão que o sexo somente pode ser empregado como forma de diferenciação quando o objetivo do Estado é proporcionar a equiparação do homem e da mulher, isto se justifica nos momentos em que a mulher fica em desvantagem (artigo 3º, IV; artigo 5º, XLVIII; artigo 7º, XXX; artigo 201, §7º, II). Ou seja,

o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).⁵⁸

Logo, a diferenciação dos casais homossexuais dos heterossexuais não pode ser aceita, uma vez que o sexo dos seres humanos não pode ser utilizado como caráter diferenciador, nisto se enquadra a sua orientação sexual, que, mais à frente, o ministro relata que as diferenças em razão da sexualidade dos indivíduos não promove a “igualdade civil-moral”⁵⁹, a qual seria a aceitação do pluralismo e do fraternalismo na sociedade brasileira, o que é fundamento da mesma, sendo também um de seus objetivos alcançar um Estado que promova em todos os sentidos essa universalidade de direitos fundamentais.

Em seguida, os ministros analisam a liberdade de se constituir uma família. Nisso, é possível constatar que a Carta Magna não se vincula a nenhuma posição intransigente quanto a formação do núcleo familiar, deixando um conceito aberto, o que já foi verificado anteriormente. Em sintonia com estes preceitos, o Código Civil também deixa o conceito aberto, logo, por não se ter uma formula exata de família, para se chegar o mais próximo possível de um conceito, é necessário

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF que deu interpretação conforme a constituição ao artigo 1.723 do Código Civil**. 2011. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ac%C3%B3rd%C3%A3o%281%29.pdf>> Acesso em: 15 mai. 2014.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Idem*.

utilizar alguns princípios, tais como a dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, estes já analisados, bem como o princípio da afetividade.

O princípio da afetividade afirma que a família é um centro de companheirismo e afetividade, onde os membros devem ter a capacidade de dar e receber amor, nestes termos, é possível averiguar que

“[...] a família não é nem a celebração do casamento, nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que coloca sob o manto da juridicidade, é a identificação de um vínculo afetivo a unir pessoas, gerando comprometimento mútuo, solidariedade, identidade de projetos de vida e propósitos comuns. Enfim, a busca pela felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida.”⁶⁰

Ou seja, a condição essencial para que se tenha uma família formada é a demonstração de afeto, sem exigência quanto ao sexo dos nubentes. Com isto, é possível perceber as influências tradicionais que a sociedade ainda sofre, principalmente em razão do pensamento religioso, que não aceita o relacionamento de homossexuais, e justificam que estes relacionamentos não tem validade já que a finalidade é o casamento, que por sua vez, é a procriação, logo, acreditam que vai contra preceitos básicos do casamento. Mas, como já foi visto, o casamento tem por finalidade proteger a família, seja ela qual for, logo, o pensamento religioso não cabe ao conceito.

Assim sendo, vemos que este pensamento também não cabe mais a sociedade atual, pois estes relacionamentos são aceitos com naturalidade pela maioria da sociedade, em razão disto, e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da afetividade, nada se tem contra os relacionamentos afetivos de homossexuais, logo, nada se tem contra a sua união, sendo ela configurada como união estável ou como casamento.

Nesta temática, se verifica que a dualidade sexual que era exigida no ordenamento, conforme foi visto no primeiro capítulo, tinha como finalidade abarcar os direitos também para as mulheres, pois estas eram muito negligenciadas nos casamentos e nas Uniões Estáveis. Além disso, se destaca que a Constituição Federal pondera sobre união estável como uma relação de entidades familiares,

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **Novos tempos, novos termos**. n. 24. Belo Horizonte: *Boletim* IBDFAM. 2004 *apud* PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das Pessoas e das Famílias**: Doutrina e Jurisprudência. p. 11. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 5.

terminologia esta que se identifica com a família, pois este termo é mais amplo, já que abarca todas as possibilidades de formação de famílias. Assim sendo, não se vê nada na Carta Magna que vá de encontro a famílias homoafetivas, isto se dá pelo fato da lei maior do Brasil não impor hierarquia entre as várias formatações de família. Para melhor sustentar estes argumentos, os ministros trazem o §2º do artigo 5º da Constituição Federal, o qual demonstra que os direitos e garantias não podem ser negligenciados, mesmo que estes não estejam expressos na Carta Magna, logo, todos os casais que se baseiam no afeto devem ter proteção do Estado, pois é um direito fundamental dos seres humanos.

Em seguida, são tratados os votos divergentes, onde o principal ministro contra é Ricardo Lewandowski, que faz um levantamento das definições de família no decorrer das constituições que o Brasil teve, desde a constituição de 1937 até a de 1967, bem como a emenda de 1969. Nisto o ministro demonstra que a atual Constituição não vincula a família ao casamento, o que foi inovado, e levanta que somente é aceitável as outras formas de família que a constituição expressamente considera, “a saber: a constituída pelo casamento, a configurada pela união estável e, ainda, a que se denomina monoparental”⁶¹. Ainda nesta temática, o ministro traz os argumentos de seus colegas, onde decidiram outras lides apresentadas ao Supremo Tribunal Federal, porém, Lewandowski mesmo contextualizando que eram casos diferentes, é possível verificar que os argumentos dos outros processos não cabem perfeitamente ao caso analisado.

Continuando com seu voto, o ministro Lewandowski afirma que não seria prudente estender o conceito de união estável, uma vez que o constituinte originário não aceitava isto, porém, o que se verifica na discussão dos constituintes é que suas justificativas para não aceitar a união estável entre os casais homoafetivos foi em detrimento de conceitos totalmente cunhados em crenças religiosas, o que não pode ser aceito, assim se pode verificar na passagem a seguir:

“O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: - Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF que deu interpretação conforme a constituição ao artigo 1.723 do Código Civil**. 2011. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ac%C3%B3rd%C3%A3o%281%29.pdf>> Acesso em: 15 mai. 2014.

Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gaysés do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no showástico, nas revistas e jornais.

O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no § °: 'Para efeito de 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'. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: - Isso é coação moral irresistível.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Concedo a palavra ao relator.

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: - A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.

O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): - Sr. Presidente, estou de acordo.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas).⁶² (grifo meu)

Como se pode ver, a grafia original do texto constitucional foi feita por uma pessoa que tem forte inclinação com uma crença que todos sabem que não aceitam outras formas de família que não sejam constituídas, principalmente, pelo casamento. Assim sendo, estes argumentos não valem para justificar a não aceitação de sua modificação, pois, mesmo que a vontade do constituinte originário fosse proibir que pessoas de sexos iguais constituíssem matrimônio, isto não é a vontade da sociedade atual, sendo possível modificar o sentido do texto, isto a partir dos princípios gerais do direito, onde devem ser empregados numa hermenêutica que vise proporcionar a dignidade da pessoa humana, a igualdade de direitos, a liberdade sexual das pessoas, coibir discriminações odiosas bem como a segurança jurídica. Ainda nesta temática, conforme os tratados internacionais que o Brasil assina, não é possível que se deixe de aplicar algum direito fundamental aos indivíduos, logo, se o texto constitucional veda algum destes direitos, este deixa de ter tal sentido, para ter um novo sentido, proporcionando direitos fundamentais.

Por fim, se verifica que a decisão do Supremo Tribunal Federal deu procedência a ação, uma vez que interpretou o artigo 1.723 do Código Civil conforme a Constituição. Para tanto, os ministros justificaram que em todo o

⁶² DIÁRIO da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento "B"), p. 209 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF que deu interpretação conforme a constituição ao artigo 1.723 do Código Civil**. 2011. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ac%C3%B3rd%C3%A3o%281%29.pdf>> Acesso em: 15 mai. 2014

ordenamento brasileiro se objetiva erradicar qualquer tipo de preconceito e discriminação, fora nos casos de discriminação positiva, pois esta se justifica no momento em que se tem por função equilibrar as relações interpessoais, como se pode constatar nas leis que permitem presídios diferentes para homens e mulheres, leis especiais para a proteção das crianças, dos consumidores, entre outras.

Neste sentido,

[...] “preconceito” foi grafado pela nossa Constituição com o sentido prosaico ou dicionarizado que ele porta; ou seja, **preconceito é um conceito prévio**. Uma formulação conceitual antecipada ou engendrada pela mente humana fechada em si mesma e por isso carente de apoio na realidade. Logo, **juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela**. E imposto a ela, realidade, a ferro e fogo de u’a mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo. Espécie de trave no olho da razão e até do sentimento, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada.⁶³

Ou seja, a própria Constituição justifica o uso da ‘interpretação conforme’, logo, não é possível que uma norma brasileira tenha este tipo de diferenciação, pois a Carta Magna promove uma influência no ordenamento no sentido de promover a fraternidade de toda a sociedade. Por isso, como já foi levantado, cabe perfeitamente a ‘interpretação conforme’ a constituição para o artigo 1.723 do Código Civil, já que este não está de acordo com o Direito Brasileiro, pois vai contra o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade e igualdade, promovendo a discriminação odiosa.

Com esta decisão, além da ser possível constituir união estável, se estenderam alguns direitos para os casais homoafetivos, dentre eles direitos previdenciários, participar na partilha de bens, conseguir ingressar numa adoção como um casal, entre outros que são conferidos a pessoas que mantêm uma relação afetivo com o intuito de constituir família. A outra decisão que contribuiu para se alcançar tais direitos foi o REsp. 1183378-RS, decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como se sabe, o Recurso Especial é um meio processual recursal que serve para ir contra decisões proferidas nos Tribunais de Justiça Estaduais ou ainda

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF que deu interpretação conforme a constituição ao artigo 1.723 do Código Civil**. 2011. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ac%C3%B3rd%C3%A3o%281%29.pdf>> Acesso em: 15 mai. 2014.

para tentar reformar as decisões dos Tribunais Regionais Federais. Está estipulado em linhas gerais no artigo 105, inciso III da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III – Julgar, em recurso especial, as causas decididas, em última ou única instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.⁶⁴

Conforme foi referido acima, o Recurso Especial é o meio recursal para ir contra decisão Estadual, uma vez que esta decisão seja contrária a lei de âmbito federal, ou ainda, quando o julgamento determinar correto ato governamental que seja contrário a lei federal.

Logo, é notado que Recurso Especial em análise, provêm do Estado do Rio Grande do Sul, onde se teve uma decisão que vai contra a decisão do Supremo Tribunal Federal, uma vez que as decisões anteriores não conferiram o direito a um casal homoafetivo de casarem.

Como se pode depreender da ementa do REsp. 1183378-RS

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA AQUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPALMENTE CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. 2. **O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n.132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.** 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento,

⁶⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (preâmbulo). Brasília: Senado Federal 1988.

baseada na adoção de um explícito *poliformismo familiar* em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. **4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.** 5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. **6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.** 7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea comum ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. **8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.** 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita

deum Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. **11. Recurso especial provido.**

(STJ - REsp: 1183378 RS 2010/0036663-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2012)⁶⁵ (grifo meu)

No primeiro momento os ministros do Superior Tribunal de Justiça discorreram sobre as mudanças sociais, onde se verificou uma evolução no pensamento das pessoas; para tanto, foi cito, inclusive, antigos ministros do Supremo Tribunal Federal. Neste primeiro ponto, concluiu que o Direito deve seguir um caminho entre a moralidade a sua ausência, culminando com as reflexões feitas pelo ministro Marco Aurélio, na ADI 4.277, além de constatar que o Direito somente pode chegar a decisões racionais se usar a moralidade na medida certa, uma vez que o direito já cometeu barbaridades quando esteve totalmente imergido na moral religiosa, bem como quando esteve longe da moral filosófica, onde se justificou as atrocidades perpetuadas pelos nazistas.

Após este momento, passa a análise das decisões anteriores ao Recurso Especial, onde se argumenta no mesmo sentido que o Supremo Tribunal Federal, que o núcleo familiar é constituído por entidade familiar, pois este abarca todas as formas de família. Nesta conjuntura, o ministro Salomão destaca o contexto da Constituição Federal no que se refere entidade familiar, onde a mesma não traz a palavra 'homem' nem mesmo a palavra 'mulher'. No mesmo sentido, o ministro analisa a decisão de segundo grau, a qual não concedeu permissão para pessoas do mesmo sexo casarem.

Na referida decisão de segundo grau, se justificou que

[...] o casamento entre pessoas do mesmo sexo não ser expressamente vedado pelos artigos 1.521 e 1.523 do CC, não significa que esteja permitido, ou que sua existência possa ser "integrada" pelo Juiz, porquanto estreme de qualquer dúvida que a própria substância do conceito de casamento traz ínsita a idéia, milenar, da união entre um homem e uma mulher.⁶⁶

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial deu provimento para que casal homossexual case**. Recurso Especial nº 1183378-RS. K.R.O. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 01 fev. 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/Registros_Publicos/Jurisprudencia_registros/S_TJ-%20REsp%201183378-casamento%20homoafetivo.pdf> Acesso em: 07 ago. 2014.

⁶⁶ *Idem.*

De pronto se nota que a decisão proferida em segundo grau de jurisdição não é correspondente com o atual ordenamento, pois suas justificativas não estão dentro do direito, mas sim com argumentos fracos e nada racionais, pois apenas aponta que o casamento entre homem e a mulher é algo milenar, e que não pode ser modificado, assim, nega qualquer tipo de evolução social.

Após este momento, o ministro Luis Felipe Salomão faz um resgate histórico, onde demonstra a evolução do sentido de família e casamento, o qual era definido pelas religiões e depois passou a ser regido pelas regras do Estado. Toda esta argumentação corrobora com a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. Ainda na mesma temática, o ministro explana que

[...] a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana.

Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade.

Assim,

Se casamento fosse o mesmo atualmente, como o foi nos últimos dois mil anos, seria possível casar-se aos doze anos de idade, com uma pessoa desconhecida, por via de um casamento "arranjado"; o marido ainda poderia vislumbrar a própria esposa como propriedade e dispor dela à vontade; ou uma pessoa poderia ser condenada à prisão por ter se casado com uma pessoa de raça diferente. E, obviamente, seria impossível obter um divórcio, apenas para citar alguns exemplos. (CHAVES, Marianna. Homoafetividade e direito. Curitiba: Juruá, 2011, p. 199)⁶⁷

Nisto se verifica toda a construção histórica que o ministro relator traz em sua justificativa, que demonstra perfeitamente que não aceitar o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria o mesmo que parar a evolução natural da sociedade, que está em constante evolução, logo, é necessário que os juristas acompanhem estas evoluções.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial deu provimento para que casal homossexual case**. Recurso Especial nº 1183378-RS. K.R.O. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 01 fev. 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/Registros_Publicos/Jurisprudencia_registros/S_TJ-%20REsp%201183378-casamento%20homoafetivo.pdf> Acesso em: 07 ago. 2014.

Por fim, com os argumentos até agora trazidos, bem como a Constituição Federal em seu artigo 226, parágrafo 3º, o ministro demonstra que é dever do Estado facilitar a conversão da união estável em casamento, pois não se tem hierarquia entre estas duas formas de constituir família, ou seja, o casamento de pessoas do mesmo sexo é algo totalmente aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro, sem restrições, uma vez que os conceitos que estas leis apresentam devem acompanhar o que a sociedade atual entende, que seria estender o entendimento de entidade familiar.

Assim sendo, as duas decisões foram totalmente constitucionais, pois tem justificativa dentro da Carta Magna brasileira, bem como não vai contra nenhum dos conceitos e fundamentos da República Federativa do Brasil. Neste sentido, as duas decisões aqui analisadas são inovadoras pelo fato de fazerem uma hermenêutica, que deu novo sentido para os conceitos de União Estável, Casamento e Família, sentido este que proporciona principalmente a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e a segurança jurídica.

CONCLUSÃO

Na presente pesquisa foram analisadas a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277-DF e do Recurso Especial n. 1183378-RS, onde se inferiu que ambas as decisões foram corretamente justificadas, pois levaram em consideração conceitos básicos de direito material e processual, tanto no âmbito civil quanto no campo constitucional. A decisão proferida pelo STJ foi muito bem calcada na decisão do STF, pois ambas tratam de assuntos muito próximos, quais sejam, os relacionamentos homoafetivos. Isto é facilmente constatado, pois em diversas vezes o ministro relator do referido REsp., utilizou-se de passagens da ADI 4.277. Além disso, também fez um resgate histórico, onde demonstrou a evolução do pensamento da sociedade e da lei brasileira com relação aos conceitos de direito de família.

Já, com relação a decisão do Supremo Tribunal Federal, o ministro relator calçou sua decisão nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminação odiosa, da liberdade e da segurança jurídica. Foi demonstrado que em todos os sentidos a Carta Magna repudia qualquer forma de preconceito, e que um dos fundamentos do Estado brasileiro é proporcionar meios para que a sociedade esteja cada vez mais próximo da fraternidade, igualdade e livre de preconceitos. Outro ponto levantado nesta decisão é o conceito de entidade familiar, que a partir da atual Constituição Federal é possível depreender que é um conceito aberto, que serve para abarcar as mais diversas formas de família, logo, as famílias homoafetivas são totalmente protegidas pelo Estado brasileiro.

Dentre as questões levantadas pelas duas decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, deu-se destaque ao princípio da dignidade humana, o qual se traduz em proporcionar o mínimo para que os indivíduos possam chegar a felicidade. Além disso, outro princípio que foi ressaltado com as decisões em análise, foi a liberdade em se constituir diferentes tipos de família protegidas pelo Estado.

Com as decisões exaradas pelos Tribunais Superiores, a família homoafetiva está em par de igualdade com as famílias constituídas por casais heteroafetivos, pois alcançou a segurança jurídica, uma vez que seus direitos foram reconhecidos, pois além da preservação da liberdade sexual, podem participar da partilha de bens, provar sua dependência na previdência social, adotar, ou seja, tem

todos os direitos reconhecidos. Nesse sentido, as duas decisões consagraram no Judiciário, o princípio da vedação da discriminação odiosa, pois forçam as próximas decisões no sentido de aceitar as famílias homoafetivas.

Para se chegar a estas decisões, foi necessário analisar alguns conceitos. O primeiro foi o de família, que se confunde diretamente com a união estável e o casamento, pois em ambos, se tem o intuito de constituir uma família, tendo como diferença, o fato de que a união estável se configura no momento em que duas pessoas passam a viver juntas, com um relacionamento afetivo público e duradouro, já o casamento, além destas necessidades, se tem uma formalidade a ser alcançada, que seria o contrato, formalidade essencial para que se reste configurado.

Após as análises trazidas até aqui, podemos verificar que o conceito de família foi corretamente majorado, uma vez que se interpretou o código civil conforme a Constituição, reconhecendo como entidade familiar as compostas por pais do mesmo sexo. Na própria Constituição Federal verifica-se a disposição de aceitar a convolação da união estável em casamento, bem como o reconhecimento do casamento religioso em casamento civil, tendo uma diferenciação quanto ao sexo dos nubentes, quesito antagônico a própria Carta Magna do país.

Em conformidade com esta ideia,

Pluralizou-se o conceito de família, que não mais se identifica pela celebração do matrimônio. Não há como afirmar que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, ao mencionar a união estável formada entre um homem e uma mulher, reconheceu somente esta convivência como digna da proteção do Estado. O que existe é uma simples recomendação em transformá-la em casamento. Exigir a diferenciação de sexos do casal para haver a proteção do Estado é fazer distinção odiosa, postura nitidamente discriminatória que contraria o princípio da igualdade, ignorando a existência da vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo.⁶⁸

Finalmente, verificou-se que a sociedade estava evolutivamente em descompasso com a norma jurídica, no que se refere a União Estável e ao Casamento, uma vez que não se tinha uma regulamentação para os casos de homossexuais que desejassem contrair matrimônio e, conseqüentemente, constituir uma família. Nesse sentido, a família deve ser amplamente protegida pelo Estado, pois é o núcleo básico da sociedade.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva e seus direitos**. Maria Berenice Dias: "O afeto deve ser visto como uma realidade digna de tutela.

Logo, as decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, para a ADI n. 4.277-DF, e pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp. n. 1183378-RS, são totalmente constitucionais, ou seja, são cabíveis ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que elas estão conforme os princípios gerais do direito, além de que estas decisões estão atualizando as normas referente ao casamento, união estável e família, deixando tais conceitos mais próximos ao mundo dos fatos, pois a sociedade já aceita que uma família seja composta por um casal homossexual, inclusive com as obrigações de criar e educar filhos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. p. 416. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família**. 3. ed. São Paulo: RT, 1996.

BACELAR, C. CARVALHO, C. **Bancada Evangélica Cresce 14% e deve prejudicar causas LGBT**. O Globo. São Paulo. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/bancada-evangelica-cresce-14-deve-prejudicar-causas-lgbt-14178049>> Acesso em: 08 out. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. 1988.

_____. **Projeto de Lei nº 6.583**. Brasília: Senado Federal. 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013> Acesso em: 29 nov. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial deu provimento para impenhorabilidade de bem de família**. Recurso Especial nº 205.170/SP. Claudete Moreli. Relator: Ministro Gilson Dipp. 07 fev. 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900171195&dt_publicacao=07-02-2000&cod_tipo_documento=3&formato=PDF> Acesso em: 21 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial deu provimento para que casal homossexual case**. Recurso Especial nº 1183378-RS. K.R.O. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 01 fev. 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/Registros_Publicos/Jurisprudencia_registros/STJ-%20REsp%201183378-casamento%20homoafetivo.pdf> Acesso em: 07 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial que decidiu que companheiro(a) homossexual de segurado(a) terá direito a pensão por morte e auxílio-reclusão**. Recurso Especial nº 238715/RS. R.P.C. e Outros. Ministro Humberto Gomes de Barros. 07 mar. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199901042828&dt_publicacao=02/10/2006> Acesso em: 18 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. (Glossário Jurídico). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=124>> Acesso em: 15 mai. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF que deu interpretação conforme a constituição para o artigo 1.723 do Código Civil**. 2011. Disponível em:

<<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ac%C3%B3rd%C3%A3o%281%29.pdf>>
> Acesso em: 15 mai. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina. 1998.

_____. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina. 1993.

CASTEL, Robert. **Discriminação Negativa**. *apud* SELATINI, Rafael. **De Robert Castel A Discriminação Negativa – Cidadãos ou Autóctonos**. Vozes. v. 25. n. 3 (set/dez), 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v25n3/11.pdf>> Acesso em 23 out. 2014.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann *et al.* WELTER, Belmiro Pedro. MADALENO, Rolf Hanssen (Org.). **Direitos Fundamentais de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução de GALVÃO, Maria Ermantina. p. 29-30. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva e seus direitos**. Maria Berenice Dias: "O afeto deve ser visto como uma realidade digna de tutela". Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/45_-_a_fam%EDia_homoafetiva_e_seus_direitos.pdf> Acesso em: 11 jun. 2014.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: RT. 2007.

DICIONÁRIO de Português Online. **OUL: MICHAELIS**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=fam%EDia>> Acesso em 13 ago.2014.

DICIONÁRIO de Português Online. **OUL: MICHAELIS**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=preconceito>> Acesso em: 14 ago. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

_____. **Norma Constitucional e Seus Efeitos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

ESPÍNOLA, Eduardo. **A Família no Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Saraiva. 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: direito de família**. 8.ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

IHEERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. 7. ed. Tradução de J. Cretela Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

JUSBRASIL. **Princípio Gerais do Direito: Segurança Jurídica**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/309653/seguranca-juridica>> Acesso em: 25 out. 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de QUINTELA, Paulo. Lisboa: Edições 70. 2007.

LEMOS, Helio Chin da Silva. **A Impenhorabilidade do Bem de Família**. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/helio-chin-da-silva-lemos.pdf>> Acesso em: 06 out. 2014.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOREA, Roberto Arriada. **A nova definição legal de família brasileira**. Espaço Vital. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCMQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.buscalegis.ufsc.br%2Frevistas%2Ffiles%2Fjournals%2F%2Farticles%2F33962%2Fsubmission%2Fpreview%2F33962-44752-1-RV.doc&ei=JRNvVJytNYmUNvHUg7gF&usq=AFQjCNH3N5qQpboCR4aDvPSpfxEUreha1w&bvm=bv.78677474,d.eXY&cad=rja>> Acesso em: 18 set. 2014.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família em pauta**. 1. ed. Porto Alegre: Editora e Livraria Do Advogado. 2004.

MAFRA, Tereza C. M. VIEIRA, Mônica Silveira. COSTA, Mônica A. M. F. e. MILAGRES, Marcelo de O. **A LICC e o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional: Volume Único**. 8. ed. São Paulo: Método. 2013.

PAULA, Felipe de. **A (de)Limitação dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

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

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma análise psicanalítica**. 4. ed. Belo Horizonte: Forense. 2012.

RIOS, Roger Raupp. Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade. **Revista CEJ - Conselho de Justiça Federal, Brasília**, V. 2, nº 6. Set./Dez. 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva: 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

SIGNIFICADO de Família. **Significados.com.br**. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/familia/>> Acesso em: 13 ago. 2014.

SIQUEIRA, Holgonsi Soares Gonçalves; CANELLO, Júlio; PENNA, Luciana Rodrigues; PEREZ, Reginaldo Teixeira (Org.). **STF e Ideologias: Entre as influências da Ordem Liberal-Democrática e os Desafios da Globalização**. Santa Maria: Editora UFSM. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Atlas. 2006

WALTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as Filiações Biológicas e Socioafetivas**. São Paulo: RT, 2003.

ZAMBRANO, Elizabeth *et al.* **O Direito a Homoparentalidade – Cartilha sobre as Famílias Constituídas por Pais Homossexuais**. Porto Alegre: Instituto de Acesso à Justiça. 2006.