

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA

CURSO DE DIREITO

SAMUEL SIMÕES VERTUANI

**O RECONHECIMENTO E A CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL
HOMOAFETIVA EM CASAMENTO**

VITÓRIA

2017

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA

CURSO DE DIREITO

SAMUEL SIMÕES VERTUANI

**O RECONHECIMENTO E A CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL
HOMOAFETIVA EM CASAMENTO**

Artigo científico apresentado ao curso de Direito da Faculdade Doctum de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil

Orientador: Prof. Ademir João Costalonga

VITÓRIA

2017

O RECONHECIMENTO E A CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA EM CASAMENTO

Samuel Simões Vertuani¹

Prof. Orientador de Conteúdo e Metodologia: Ademir João Costalonga²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo responder ao seguinte questionamento: Em que medida a Constituição Federal e o posicionamento do STF, podem garantir, segundo a nossa legislação pátria, tratamento igualitário, em defesa das garantias dos homoafetivos, no expoente da União Estável e sua conversão em Casamento? O artigo tende a mostrar, de forma translúcida, a equiparação dos direitos e garantias fundamentais, segundo os princípios constitucionais e o posicionamento dos Tribunais Superiores, das uniões homoafetivas em relação a união estável, bem como, a sua conversão em casamento. Para tanto, tem-se por base as legislações, jurisprudências pacificadas e bibliografias, que tratam sobre o tema, de maneira específica, a fim de revelar a sua influência, no mundo jurídico e na sociedade.

Palavras-chave: União Estável; Casamento; Homoafetividade; Relações Afetivas; Princípios Constitucionais

ABSTRACT

The purpose of this article is to answer the following question: To what extent can the Federal Constitution and the position of the Federal Supreme Court guarantee, according to our national legislation, equal treatment in defense of the guarantees of the homosexual, in the exponent of the Stable Union and its conversion in Marriage? The article tends to show, in a translucent way, the equalization of fundamental rights and guarantees, in accordance with the constitutional principles and the position of the Superior Courts, of homoaffektive unions in relation to stable union, as well as their conversion into marriage. In order to do so, it is based on legislation, pacifying jurisprudence and bibliographies, which treat the subject in a specific way, in order to reveal its influence, in the juridical world and in society.

Keywords: Stable Marriage; Marriage; homosexual relationships; Affective Relationships; Constitutional principles

¹ Acadêmico do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade Doctum, Unidade de Vitória – ES. E-mail: s.simovertuani@gmail.com

² Advogado, Mestre em Constituição e Relações de Direito Privado, pela UNIFLU e Professor Universitário. E-mail: ademircostalonga@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A homoafetividade é um dos temas que tem mais repercussão na atualidade, seja por princípios religiosos, morais, culturais ou ideológicos, consiste no indivíduo, que indo contra sua natureza sexual “biológica”, prefere se relacionar com outros indivíduos do mesmo sexo, partindo do ponto que todo indivíduo, tem direito de escolha e o livre arbítrio que lhe é pregado, tanto pela lei, como pelas vertentes sociais, tal escolha é totalmente de foro íntimo, e na maioria das vezes, influenciada por estímulos externos, salvo os casos de indivíduos que já nascem com essa ideologia de gênero, os chamados transexuais.

De fato, não pode ser ignorado, segundo os princípios culturais, de cada povo, nação e cultura, que uma relação, existe, com intuito de constituir família, e para que seja reconhecida como um fato social perante a sociedade, deveria ser feita unicamente entre dois sexos distintos, nem sempre entre duas pessoas, que são os casos das culturas que permitem a bigamia. Contudo, o relacionamento afetivo de pessoas do mesmo sexo, isso se falarmos do apogeu romano e grego, nas normas da época, homoafetividade era algo normal, sendo as relações com sexo oposto apenas para reprodução e crescimento do ente familiar, ou ainda, com uma moeda de troca, a fim do estabelecimento de relações comerciais.

Atualmente, com a evolução social e o livre arbítrio, empregado a esses conceitos sociais, ou seja, o indivíduo, desde que tenha capacidade de fato ou de direito, nos moldes da legislação pátria, tem o direito guiar seus atos pelas suas próprias ideologias, contudo, respondendo aos excessos. Nessa linha, a união entre pessoas do mesmo sexo, diante das garantias e dos preceitos fundamentais, o indivíduo, ou melhor, o ser social, tem direito à igualdade, a liberdade de opinião, as reservas que lhe garantem a dignidade dentre outros princípios, que por sua vez garantiram, independentemente das suas escolhas, os direitos que lhe forem cabidos, e se deles forem esbulhados, é obrigação do Estado, garantir que retorne a eles, e que tenha a mesma eficácia para com o coletivo.

A intenção do presente artigo, está em conceituar, o Instituto da união estável homoafetiva³ e suas equiparações a uma união estável entre homem e mulher, com base nas normas, princípios e garantias constitucionais que regem, todos os atos jurídicos, presentes nos limites da jurisdição da Constituição Federal Brasileira.

Em seguida, em decorrência do artigo da Constituição Federal que garante a conversão da união estável em casamento, é posto em análise, a conversão da união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento civil, apontando as prerrogativas de direito que esta conversão, com base nos princípios constitucionais, adota para tanto.

Para alcançar o ápice do tema, foi realizado uma análise minuciosa na legislação brasileira, bem como, os posicionamentos doutrinários a respeito do tema, para que fosse sanado a seguinte interrogação: Em que medida a Constituição Federal e o posicionamento do STF, podem garantir, segundo a nossa legislação pátria, tratamento igualitário, em defesa das garantias dos homoafetivos, no expoente da União Estável e sua conversão em Casamento?

A relevância do tema, está ligado a uma ótica social ativa, ou seja, está em plena aplicação na sociedade, uma vez que o tema versa, prioritariamente sobre garantias e princípios fundamentais. Logo, para falarmos em um país com igualdade, dignidade e uma livre manifestação de opiniões, a lei Pátria, deve independentemente de uma omissão Legislativa, em uso das Armas legais que a mesma garante, transpor a eficiência desses direitos, o que atualmente acontece por força e entendimento pacificado do STF, em concomitância com jurisprudências e o entendimento Pacífico do STJ.

A pesquisa metodológica, que foi base para apresentação deste artigo, foi pautada ríspidamente em uma pesquisa teórica-dogmática, uma vez que se consultou e usou como base tanto os princípios constitucionais, como também a posição doutrinária, a fim de buscar um entendimento Pacífico e direto para a mediação do conflito.

³ O termo "homoafetividade", foi inserido no meio Jurídico pela jurista, ex magistrada, advogada e desembargadora aposentada, Maria Berenice Dias, afim de minorar o sentido depreciativo e preconceituoso que se dava aos homossexuais, na constância de uma união afetiva.

Saibamos que o conceito de direito, é baseado na somatória de matérias distintas, que ao se tornarem uníssonas, compõem o que é denominado "direito moderno", no presente artigo, a matéria do direito, isto é a matéria específica, empregada para o embasamento do mesmo, está diretamente relacionado com o direito constitucional, contudo, a existência de resquícios indispensáveis do direito civil.

Por conta disso, o presente artigo foi dividido em uma ordem específica, no primeiro capítulo, denominado Os Conceitos de União Estável e Casamento, serão abordados como é conceituado e estruturado a união estável e o casamento, no segundo denominado "A união homoafetiva", serão abordados como foi vivenciada a evolução constitucional da União homoafetiva e a sua repercussão no Código Civil brasileiro, No terceiro capítulo, denominado "A União Estável Homoafetiva e as Garantias Legais", onde será abordado a resolução 175/2013 do CNJ, a ADPF 132/2011 e a ADI 4277/2009, em cumulação com a homoafetividade em relação ao artigo primeiro e quinto da Constituição e a conquista das garantias constitucionais e os seus reflexos no mundo jurídico.

1 DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO

A relação íntima entre as pessoas, sejam ligados por laços matrimoniais ou não, sempre foi motivo de uma busca constante pelo homem, dessa busca incessante, surgiu a necessidade de criar laços, que marcassem o meio social, e que mostrasse, perante a sociedade, a união desses indivíduos, nascendo assim os laços matrimoniais, que se apresentam, com todas as diversidades possíveis, em diversas culturas ao redor do mundo.

No contexto histórico, a única união reconhecida legalmente, era a firmada perante uma autoridade religiosa, que ostentava o poder de reconhecer a união como o matrimônio, e desta nascia o casamento e seus efeitos perante o social.

Com a evolução do direito de família, passou-se a registrar tal união, não bastando só uma união religiosa, bem como, passa a ter efeitos perante a sociedade e perante o mundo jurídico, no nosso ordenamento, até anos atrás, o concubinato, que por certa

parte se tornou o instituto que conhecemos por união estável, era duramente criticado, e os frutos desta união não eram reconhecidos.

Entretanto, com a evolução constitucional, o concubinato se dividiu grosseiramente falando, em concubinato por adultério e o concubinato por alguma causa de impedimento ou proibição, por algum motivo alheio a vontade dos companheiros. Por fim, na Constituição Federal de 1988, esta “união impedida”, tomou a nomenclatura de união estável, que por sua vez, se tornou bem defendido pelo Estado, podendo ser convertida em casamento, segundo art. 226, §3º da Constituição Federal, regrada pelo rol extensivo do Código Civil, nos artigos 1.723 a 1.727.

1.1 A ESTRUTURAÇÃO E OS CONCEITOS DE UNIÃO ESTÁVEL

O Código Civil de 2002, trouxe o conceito de união estável, as regras para sua configuração e suas prerrogativas, sendo traduzida de maneira simples em uma **UNIÃO PÚBLICA, CONTINUA E DURADOURA**, desde que estabelecida com o **INTUITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA**.

Logo, antes da disposição de união estável, todo vínculo, mesmo que união de fato, que não fosse reconhecido pelo laço matrimonial, era tido como concubinato, contudo, a união estável, segundo Silvio de Salvo Venosa, não faz parte de um negócio jurídico, diferentemente do casamento, que além de ser um negócio jurídico, repercute ainda como um fato social (VENOSA, 2013, pág.40), senão vejamos:

Ainda que exista um contrato de convivência, nem por isso a união estável se torna um negócio jurídico, mediante esse fato jurídico estampado no pacto. Por outro lado, como vimos, o casamento é um fato social e um negócio jurídico. Fato jurídico é qualquer acontecimento que gera consequências jurídicas. A união estável é um fato do homem que, gerando efeitos jurídicos, torna-se um fato jurídico. (2013, p. 40)

Porém, como a proteção da União estável, nos moldes do Art. 226, §3º da Constituição Federal, a união estável, passa a ser reconhecida, como um fato social.

O conceito clássico de união estável, presente no Art. 1.723, do Código civil, se traduz em uma *união pública, contínua e duradoura*, desde que sobre a prerrogativa de *constituir família*, Pablo Stolze, ao tratar do conceito acrescenta:

Nesse contexto, feitas tais considerações e salientadas importantes diferenças, podemos conceituar *a união estável como uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família.* (2012, p. 371).

A união estável, no Código Civil de 2002, é omissa em não existir uma padronização para sua concessão, alguns doutrinadores apontam que uma padronização do regime de união estável, o transformaria em uma espécie de casamento, uma vez que o ponto chave da união estável, é a *relação independentemente de assinatura ou não de documento específico*. Evidentemente que existe, atualmente, documentos que podem ser assinados e preenchidos em cartório, validando assim a união estável.

Um dos maiores pontos controvertidos da união estável em relação ao casamento, que merece destaque, é justamente a falta ou a dificuldade de comprovação de uma união estável, por uma omissão legislativa, ou preceito dogmático do instituto jurídico em questão.

Na seara do reconhecimento da união estável, segundo Carlos Roberto Gonçalves, para configuração da união estável é preciso observar, requisitos que tem uma ordem subjetiva e objetiva (GONÇALVES, 2014, pág. 528), como se expõe:

Vários são, portanto, os requisitos ou pressupostos para a configuração da união estável, desdobrando-se em subjetivos e objetivos. Podem ser apontados como de ordem *subjetiva* os seguintes: a) convivência *more uxorio*; b) *affectio maritalis*: ânimo ou objetivo de constituir família. E, como de *ordem objetiva*: a) diversidade de sexos; b) notoriedade; c) estabilidade ou duração prolongada; d) continuidade; e) inexistência de impedimentos matrimoniais; e f) relação monogâmica. (2014, p. 528)

Sendo assim, no uso das prerrogativas do Direito Civil, bem como o entendimento acima exposto por Carlos Roberto Gonçalves, para que seja configurado a união estável, deve ser constatado, primeiramente, segundo o artigo 1.723 do Código Civil, uma **CONVIVÊNCIA PÚBLICA**, que por sua vez se traduz na ideia de um ato social,

ou seja, uma convivência equiparada a marido e esposa, e que traduza essa ideia perante terceiros.

É notável que a convivência pública, está diretamente ligada, a ideia de constituir família, seja no conceito epistemológico ou no conceito social, uma vez que se observarmos a questão dos conceitos subjetivos, teremos a presença primeiramente da Convivência “*more uxorio*”, que é justamente essa ideia de uma convivência semelhante a uma convivência marital, derivando por consequência, o “*Affectio maritalis*”, que por vez se traduz basicamente em “afeição conjugal”.

Para responder de maneira mais simples, seria o animus da relação, ou seja, nos pressupostos subjetivos, adotados pela doutrina e pelo Código Civil, vão além da ideia de uma convivência semelhante a matrimonial, seria também a incidência dessa afeição conjugal, que se resumiria no objetivo de constituir família, entretanto, é necessário fazer a distinção entre a união estável e a ideologia de concubinato, na nossa atualidade, o concubinato se traduz em uma ideologia de amante, e a união estável traduza a ideia de uma relação equiparada a matrimonial, (o antigo concubinato), tem os mesmos laços jurídicos e os mesmos efeitos de uma relação matrimonial comum, e por diversas vezes, são exemplos clássicos desta União, o indivíduo que se separou de fato, mas não há registro de divórcio.

Outro ponto importante vai além da questão da “convivência”, abrangendo somente o termo “pública”, que está ligado a ideia de que tal relacionamento é translúcido, mediante a vista da sociedade, ou seja, de certa forma a sociedade enxerga aqueles indivíduos, como pessoas com um vínculo matrimonial, se colocarmos de grosso modo.

Outro critério importante, estão nas expressões contínua e duradoura, diante dos requisitos objetivos, a questão da continuidade na união estável, remete exclusivamente para uma união contínua, ou seja, sem nada que a interrompeu ou a que causa instabilidade, já a ideia de duradoura é algo que perdure, ou algo que não se equivale a um relacionamento amoroso comum, como por exemplo namoro, sem ser marcado por inúmeras rupturas.

Alguns autores, defendem que para ser configurada a união estável, de acordo com o Artigo 226 da Constituição Federal, que para defesa do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher, ou seja, trata-se de diversidade de sexo, como expõe Carlos Roberto Gonçalves, vejamos:

Por se tratar de modo de constituição de família que se assemelha ao casamento, apenas com a diferença de não exigir a formalidade da celebração, entendia-se, até recentemente, que a união estável só poderia decorrer de relacionamento entre pessoas de sexo diferente. A doutrina considerava da essência do casamento a heterossexualidade e classificava na categoria de ato inexistente a união entre pessoas do mesmo sexo. (2014, p. 530)

Porém, esses fatos serão alvos de posicionamentos posteriores. Entre os últimos requisitos objetivos, cabe ressaltar que para união estável, valem os impedimentos matrimoniais, salvo se o indivíduo for casado, separado de fato e constituir União afetiva com outrem, as outras causas de impedimentos matrimoniais são causas também de impedimento da configuração de união estável segundo dispõe o artigo 1.723, §1º C/C artigo 1521, VI, ambos do Código Civil, e por fim em relação à união estável monogâmica, prega-se, de acordo com as disposições doutrinárias de alguns autores, que a união estável deve ser efetivada unicamente entre homem e mulher, segundo art. 226, § 3º da Constituição Federal C/C art. 1723 do Código Civil, ou homoafetivos como relatado acima, contudo, a um fato isolado que por si só, reconheceu a união estável entre três pessoas.

1.2 CASAMENTO

Desde os tempos mais remotos, seja por sentimentos, por meros acordos políticos, encargos financeiros, fins de procriação ou manter a paz, existe a relação matrimonial, para o direito brasileiro, se formos tratar o casamento na forma da lei, diante do Código Civil, segundo o Art. 1.511, o ato do casamento, estabelece uma comunhão entre os nubentes, com base em certos princípios que irão por sua vez refletir o ato de ambos no seio social.

Como existem vários significados, mesmo que ligados a prática do casamento, bem como ideologias jurídicas sobre o assunto, é relativamente complicado, segundo a

ideologia de Carlos Roberto Gonçalves, traçar um conceito específico, como se formaliza:

Impossível ser original, diante de tantas definições, antigas e modernas. Por essa razão, entendemos desnecessário formular qualquer outra, preferindo aderir, por sua concisão e precisão, à apresentada por JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, que considera casamento “o negócio jurídico de Direito de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial. Esta é uma relação personalíssima e permanente, que traduz ampla e duradoura comunhão de vida”. Esclarece o saudoso mestre paranaense que o casamento é negócio jurídico bilateral e que não utilizou a expressão “contrato” pela circunstância de que, no Brasil, a palavra “contrato” tem, de regra, aplicação restrita aos negócios patrimoniais e, dentre eles, aos negócios jurídicos bilaterais de direito das obrigações. (GONÇALVES, 2014, p. 41)

Antes de trazer os conceitos sobre a natureza jurídica do casamento, deve se observar primeiramente seu sentido religioso e seu contexto jurídico de maneiras distintas, uma vez que as religiões, por influência cultural, podem trazer consigo, causas de impedimento ou de suspensão do casamento.

Seguindo nessa linha, observa-se o que Pablo Stolze, ensina sobre a liberdade da cerimônia religiosa, afim de chancelar a união dos nubentes, contudo, destaca o posicionamento de Maria Berenice Dias (STOLZE, 2012, pág. 110 e 111), justamente ligado a possíveis causas de impedimentos e suspensões por conta de questões culturais contrários aos nossos dispositivos legais, no qual expôs:

Assim, respeitado o constitucional direito à liberdade de consciência e crença (art. 5.º, VI), os noivos poderão chancelar a sua união afetiva perante a religião que escolheram para guiar as suas vidas, produzindo-se, então, após o necessário registro, todos os efeitos civis pretendidos. No entanto, lembra MARIA BERENICE DIAS: “... claro que não se podem aceitar tais efeitos se a religião, por exemplo, admite a poligamia e celebra múltiplos casamentos de uma mesma pessoa. Fora essas excepcionalidades, nada impede que os casamentos de qualquer crença ou religião sejam levados ao registro civil”. (2012, p. 110 e 111)

Em relação a Natureza jurídica do casamento, Silvio de Salvo Venosa, expõe que existe uma severa divergência entre o lado canônico e o lado contratualista, uma vez que se observada a questão sacramental, o casamento é “perpetuo e indissolúvel”, porém, na concepção contratualista, existe a previsão de rompimento do contrato e a sua devida extinção, tornando-se assim um negócio jurídico bilateral (VENOSA, 2013, pág. 25 e 26), vejamos:

Para o Direito Canônico, o casamento é um sacramento e também um contrato natural, decorrente da natureza humana. Os direitos e deveres que dele derivam estão fixados na natureza e não podem ser alterados nem pelas partes nem pela autoridade, sendo perpétuo e indissolúvel. Quando surgiu o casamento de Direito Civil, as opiniões sustentaram o caráter contratualista dessa relação. Continuam vivas as opiniões que ora propendem pelo contrato ora afirmam que o casamento é uma instituição. (...). A união do homem e da mulher preexiste à noção jurídica. O casamento amolda-se à noção de negócio jurídico bilateral, na teoria geral dos atos jurídicos. Possui as características de um acordo de vontades que busca efeitos jurídicos. Desse modo, por extensão, o conceito de negócio jurídico bilateral de direito de família é uma especificação do conceito contrato. (2013, p. 25 e 26)

Esplanada essas coisas, observa-se que o casamento, para ter capacidade de gerar a relação jurídica, segundo o Direito Civil brasileiro, deve seguir as normas legais contidas no rol do artigo 1.511 ao artigo 1.582 do Código Civil brasileiro.

Nessa linha, observaremos de maneira concisa que o casamento, estabelece uma comunhão entre os nubentes, como já dito anteriormente, tendo como seu alicerce a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, logo, nascido essas obrigações, estarão literalmente atreladas ao casamento, seja como ato/contrato social ou como ato/negócio jurídico.

Observaremos ainda, que o casamento, tem a sua celebração gratuita, e para a celebração do mesmo, as partes nubentes devem ter capacidade, para o mesmo. Os regimes matrimoniais dessa relação se dividem, principalmente, em:

- *Comunhão universal* – todos os bens dos nubentes se comunicam;
- *Comunhão Parcial* – os bens adquiridos a partir da constância do laço matrimonial se comunicam;
- *Separação total* – não há comunicação de bens.

Ressalvando que se não houver a transcrição do regime, via de regra será de comunhão parcial, já as causas de impedimento da relação matrimonial, traduzem a ideia de que não podem casar, ou seja, estão completamente impedidos de celebrar qualquer ato relacionado ao matrimônio, já as causas suspensivas do casamento, se traduzem na ideia de que não devem casar, ou seja, pode ser que sanado a causa suspensiva, portanto, observando as causas de impedimento e suspensão estão positivadas dos artigos 1.521 ao 1.524 do Código Civil Brasileiro.

O procedimento para habilitação, bem como para a celebração do casamento, deve seguir os moldes do Código Civil a contar do artigo 1.525 ao artigo 1.542 do dispositivo legal, as provas desta união civil, são as certidões do registro, que serão emitidas com a entrega da certidão de nascimento e a troca pela certidão de casamento das partes.

Segundo as hipóteses do artigo 1.548 ao 1.564 do Código Civil, os atos podem ser anulados, caso contraído em uma das causas de invalidade do mesmo, ressalvando que para a união ter eficácia entre as partes, artigo 1.565 ao 1.570 do Código Civil, são deveres dos mesmos a fidelidade recíproca, uma vida em comum no domicílio conjugal, assistência mútua entre os nubentes, bem como, o respeito e consideração e a educação, sustento e guarda dos filhos, quando houver.

Por fim, temos a dissolução da Sociedade e do Vínculo Conjugal, que está positivado no artigo 1.571 ao 1.582 do Código Civil 2002, frisando que a única forma de dissolução da sociedade conjugal, está positivado no artigo 1.571 do dispositivo acima citado, sendo essa dissolução da sociedade conjugal ou pela morte de um dos nubentes, ou pela nulidade ou anulação do casamento, ou pela separação judicial ou ainda pelo divórcio.

Vale observar ainda e o artigo 1.573 do Código Civil, no seu rol taxativo, as hipóteses que caracterizam a impossibilidade de uma vida em comunhão entre as partes, que são motivos como adultério, injúria grave, se visse a ser vítima tentativa de morte pelo nubente, abandono voluntário do lar, conduta desonrosa ou uma condenação por crime infamante. Logo, todo procedimento que o laço matrimonial, está devidamente positivado nas linhas do Código Civil brasileiro, desde o procedimento de habilitação até a dissolução da Sociedade conjugal.

2 DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Em meados de uma quinta-feira, dia 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF), concedeu por unanimidade o reconhecimento da união estável entre casais, ou melhor, pessoas do mesmo sexo, os reconhecendo como entidade familiar. Gran-

des doutrinadores do direito contemporâneo, defendem a união estável entre homossexuais, com fulcro no artigo 5º da Constituição, que versa por sua vez, sobre os princípios e garantias fundamentais, entre eles, o da igualdade, “sendo todos iguais perante a lei”.

É importante frisar que a união estável entre pessoas do mesmo sexo, veio ganhando espaço com a evolução social, pelo fato de que pessoas do mesmo sexo em um relacionamento afetivo, despertavam na grande temor e desconforto no meio social, é importante salientar que a união nesse sentido ainda causa pré-conceito, entre algumas pessoas do meio social, porém, a conquista da União homoafetiva, ou melhor dizendo, a união estável por pessoas do mesmo sexo, abriu portas para garantias constitucionais que antes não eram gozadas, e tinham seu grau de dificuldade para alcançá-las, e as vezes o fazia, passando a passos largos do direito sucessório, exemplo clássico, disso com a morte de um dos companheiros, o companheiro sobrevivente não conseguia gozar dos bens adquiridos, na constância do relacionamento, entretanto, com a decisão unânime do STF, que concedeu o tal reconhecimento, trouxe também as garantias sucessórias das quais tinham direito.

2.1 UNIÃO HOMOAFETIVA E A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL

Com a evolução da sociedade moderna, as leis que a regem e a modificam também sofrem variações, para se adequarem a nova sociedade em desenvolvimento, exemplo clássico disso é o posicionamento do STF que concedeu por unanimidade o reconhecimento da união estável homoafetiva, entretanto, antes de adentrarmos ao mérito da constitucionalização da União homoafetiva, devemos relembrar os preceitos basilares da Constituição Federal, principalmente contidos no artigo 1º e 5º da Constituição Federal.

Sobre a ótica constitucional e segundo o artigo 1º, III da Constituição Federal, “a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, constitui-se em estado democrático de direito e tem como fundamento, a dignidade da pessoa humana”, nesta mesma linha, dispõe o artigo 5º da Constituição Federal, “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza garantindo ao brasileiro ou estrangeiro a liberdade a

inviolabilidade do direito à vida à igualdade à segurança e à propriedade”, logo, se extrai desses princípios, primeiramente do conceito de dignidade da pessoa humana, que por sua vez, é um conceito extremamente amplo, logo, é complicado traçar um conceito padrão, contudo, via de regra entende-se, como dignidade da pessoa humana, aquilo que é precioso e necessário para manter a dignidade ou a honra, a subsistência e o mínimo para sobrevivência.

Já o conceito de igualdade pregado no artigo 5º da Constituição remete à ideia que Independente de distinção, todos são iguais perante a justiça, sendo detentores de direitos e deveres, portanto, estes dois princípios constitucionais são a base principal do reconhecimento da união estável.

Ou seja, a união estável entre homoafetivos, nasceu da necessidade de positivação, seja para fins legais, para fins Morais ou éticos, pois havia uma omissão legislativa, no contexto social dos homoafetivos, em relação ao reconhecimento da União homoafetiva, principalmente pela força do artigo 226 parágrafo 3º da Constituição Federal, na qual unicamente reconhecer a união estável entre homem e mulher, como entidade familiar, relatando ainda que esse reconhecimento, era para efeito da proteção do Estado, sobre essa omissão legislativa expõe Maria Berenice Dias:

[...]

A garantia da justiça é o dever maior do Estado, que tem o compromisso de assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, dogma que se apresenta nos princípios da liberdade e da igualdade. O fato de não haver previsão legal específica para determinada situação não significa inexistência de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem pode impedir que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática. A falta de previsão própria nos regramentos legislativos não mais justifica negar a prestação jurisdicional e nem serve de motivo para deixar de reconhecer a existência de direito merecedor da tutela jurídica. O silêncio do legislador deve ser suprido pelo juiz, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Clara, a determinação da Lei de Introdução ao Código Civil. Na omissão legal, deve o juiz se socorrer da analogia, costumes e princípios gerais de direito. [...] (2010, p.13.)

Diante dos fatos, se levantou o maior dos questionamentos, até aonde a analogia aplicada ao caso, sobre a proteção do Estado e a omissão legislativa, vai interferir nos demais direitos e garantias fundamentais, uma vez que com a transformação em

União Estável homoafetiva, traria entre outros, garantias até hoje questionáveis, como a partilha de bens ou adoção de menores.

Nesta linha, Maria Berenice Dias, no artigo denominado “Família Homoafetiva”, destaca, o amparo legal, no princípio fundamental da isonomia, que tem por primazia a “proibição das injustiças” e a efetivação de uma liberdade expressiva, não para impor opiniões e sim manifesta-las de maneira igualitária.

O direito à homoafetividade, além de estar amparado pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, também se alberga sob o teto da liberdade de expressão. Como garantia do exercício da liberdade individual, cabe ser incluído entre os direitos de personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica. (DIAS, 2010, p. 05)

Destacando novamente que a configuração da união estável, deve haver a presença de convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, tendo tais princípios norteadores, segundo o artigo 5º da nossa Constituição Pátria, deve ser reconhecida a igualdade entre os cidadãos o que dá aos homoafetivos, as garantias necessárias, para em analogia, garantir a União Estável. Partindo desta Garantia, observa-se o que propõe José Carlos Teixeira Giorgi:

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso 3º, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades. (2002, p. 244)

Logo, deve ser entendido que nada exime as classes de serem tratadas com respeito e igualdade, e que se faz presente, não é nada mais nada menos que uma omissão maciça da legislação pátria, que com a evolução populacional, fechou seus olhos, por motivos religiosos ou conservadores, a ideia da homoafetividade.

O que não deve ser visto como preceito ao preconceito, o que se observa na fala de Roger Raupp Rios:

Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno 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), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. (1998, p. 34.)

Por fim, e de se observar, existe tanto na doutrina, como principalmente nas decisões parlamentares, duas correntes distintas, a primeira e principal, defende a concessão da união Homoafetiva, sobre a prerrogativa de avanço e evolução tanto social, como das Garantias Constitucionais, sedo resguardada a sociedade, direitos igualitários tanto nas ideologias de gênero, como nas demais diversidades, ora culturais, religiosas, entre outras, outra corrente, mais conservadora, defende o disposto em Constituição, guardando assim o conceito de família e união estável que se resguarda nas linhas da Constituição Federal e tendo como base a conservação do estado, como prediz esse fragmento da fala de Silvio Venosa:

A Constituição, assim como o art. 1723 do Código Civil, também se refere expressamente à diversidade de sexos, à união do homem e da mulher. Como no casamento, a união do homem e da mulher tem, entre outras finalidades, a geração de prole, sua educação e assistência. Desse modo, afasta-se de plano qualquer ideia que permita considerar a união de pessoas do mesmo sexo como união estável nos termos da lei. O relacionamento homossexual, modernamente denominado homoafetivo, por mais estável e duradouro que seja, não receberá a proteção constitucional e, conseqüentemente, não se amolda aos direitos de índole familiar criados pelo legislador ordinário. (2005, p. 42).

Surgindo assim, o um conflito entre as normas da própria constituição federal, em decorrência da garantia constitucional do Artigo 5 da Constituição Federal, bem como pela redação imutável do artigo 226 da mesma Constituição, dentre os quais deverá ser analisado com rigor, para que não seja ferido nenhum princípio constitucional, nem garantias fundamentais, contudo, sabemos que atualmente, existe o devido reconhecimento da União estável entre pessoas do mesmo sexo.

2.2 UNIÃO HOMOAFETIVA E O CÓDIGO CIVIL

Ao se tratar de união estável no código civil, vemos uma imensa semelhança ao caso da união estável e a Constituição Federal, que foi abordado no tópico anterior, segundo o artigo 1.723 do Código Civil, é reconhecida como entidade familiar a união estável, entre o homem e a mulher. Observa-se neste conceito, independentemente

se há o reconhecimento pelo STF, da União estável entre pessoas do mesmo sexo, não há prévia determinação legal para que alterasse o dispositivo em questão, ou criasse a tipificação necessária, sendo assim comprovada a lacuna deixada pelo legislador, partindo-se assim dá ideia, da união de pessoas apenas por sexos divergentes ou uma união heterossexual.

Segundo Pablo Stolze, tal raciocínio seria decerta forma injusta, pois consagrariam determinadas entidades familiares e proibiria outras, neste contexto, vejamos:

(...). Tal linha de raciocínio — a par de injusta — seria até mesmo pretensiosa, pois partiria da falsa premissa de que o legislador deteria o místico poder de prever todas as multifárias formas de família que pululam em uma sociedade, a fim de consagrar determinadas entidades e proibir outras, também merecedoras de tutela, *pela simples ausência de menção expressa*.

Com propriedade, a respeito desse tema, prelecionam CRISTIANO CHAVES e NELSON ROSENVALD:

“Efetivamente, a união entre pessoas homossexuais poderá estar acobertada pelas mesmas características de uma entidade heterossexual, fundada, basicamente, no afeto e na solidariedade. Sem dúvida, não é a diversidade de sexos que garantirá a caracterização de um modelo familiar, pois a afetividade poderá estar presente mesmo nas relações homoafetivas”. (2012, p. 110 e 111)

Logo, por se assemelhar muito a questão Constitucional, ou deveras estarem ligadas pelo condão jurídico das garantias fundamentais, independentemente, se houver disposição escrita, nos rol dos Artigos, 1.723 a 1.726, do Código Civil, que verse sobre a união estável entre pessoas do mesmo sexo, por respaldo legal aos princípios constitucionais e com a força do entendimento pacífico e unânime do STF, deverá ser reconhecida a união, mesmo que haja uma questão legislativa a ser aplicada, recaindo sobre a determinada união, todos os efeitos e obrigações de uma união estável “comum”.

Vale ressaltar que, a figura do companheiro ou companheira, não era tão ativa no polo passivo, se falarmos de direitos sucessórios, contudo, na seara da homoafetividade, atualmente, segundo as regras do Código Civil, o companheiro, que tenha laços matrimoniais garantidos, ou que comprove união estável, terá, por consequência desta comprovação, os direitos aos reflexos sucessórios e previdenciários, se dele era dependente e auxiliou na conquista do patrimônio, ou ainda, na conveniência do regime de comunhão de bens adotado pelos companheiros.

3 A UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E AS GARANTIAS LEGAIS

Ao tratarmos de união estável homoafetiva e suas garantias Constitucionais, nós observaremos, a dificuldade do jurista, ou melhor, do operador do direito, para mediar conflitos, observando que atualmente, a questão da do relacionamento homoafetivo, deve ser observado numa questão social e jurisprudencial, ou seja, nós temos a influência marcante da sociedade, na efetivação de uma decisão.

Atualmente, a legislação brasileira, não tomou o cuidado de positivar a União homoafetiva, contudo, é de se observar que as decisões que foram geradas a partir de posicionamentos específicos, ou melhor, de julgadores que observando os princípios e Garantias Fundamentais, vem trazendo o subsídio necessário, mesmo que inicialmente, com imensa resistência social, outro empurrão jurisprudencial, necessário a categoria foi a decisão do Supremo Tribunal Federal na Adi 4.277.

Pelos critérios da sociedade, observaremos que o “aparentemente” correto, de acordo com o que a religião e a moral social, vinha sendo pregando até certo tempo, era que o relacionamento correto seria entre pessoas biologicamente de sexos opostos, logo, o termo biologicamente, é aplicado por conta dos indivíduos denominados por “transsexuais”, que optaram pela mudança de sexo, sendo preconceituosamente taxados por esta escolha.

Nesta linha é que pode ser palpável, a dificuldade do julgador de prestar um parecer imparcial, pautado nos Princípios da Igualdade e Dignidade, conforme estabelece a Constituição Federal, nesta linha ressalva Silvio de Salvo Venosa:

Quando o jurista se volta para a problemática dos direitos relativos a conviventes do mesmo sexo deve, primeiramente, se despojar de preconceitos, impostos por uma moral cristã de muitos séculos. A tarefa nem sempre será fácil, em razão de profundas raízes históricas e sociais. Temos acentuado quando nos questionam se sou contra ou a favor de direitos amplos para essas pessoas, que como um cientista social, e o jurista o é, não se deve ser contra ou a favor.

[...]

Assim, ao analisar a amplitude de direitos dessas pessoas, muito antes de se definir por uma solução jurídica, entram em jogo princípios éticos, morais, religiosos, comportamentais, regionais etc. (2013, p. 448)

Logo, para que o apontamento jurisprudencial, seja imparcial, segundo aponta autor acima citado, o magistrado, no desempenhar de suas funções, deve responder tal questionamento, em completo acomodamento aos preceitos Constitucionais, em relação ao que trazemos na evolução constante que é o direito de família brasileiro, observando que atualmente, o conceito religioso de família, que era baseado num casamento religioso, ou dentro dos mínimos padrões sociais, entre homem e mulher, passou a ter inúmeras concepções, cabendo ao jurista, se atentar ao conceito de família, e sua respectiva proteção, que atualmente está exposta no Art. 226 da Constituição Federal e seguintes. Nesta linha, Venosa expõe ainda:

O jurista, o magistrado e o operador do Direito em geral devem dar uma resposta adequada à sociedade que os rodeia, resposta essa que seja aceita e absorvida por essa mesma sociedade no momento atual. Para isso, ponderam-se os valores vigentes e a transformação cada vez mais dinâmica deles em tomo das famílias contemporâneas.

Toda questão sócio-jurídica deve ser assim avaliada. E quando a sociedade brasileira, na sua considerável maioria, aceitar amplos direitos aos conviventes homoafetivos, a jurisprudência dará sua resposta definitiva, como já enceta os passos iniciais, e o legislador a seguirá. (2013, p. 448)

Sendo assim, se aplica uma nova forma de entendimento doutrinário, tendo como base, Princípios Constitucionais, que por haver tal omissão, tende a afastar uma aplicação de uma lei positivada, inadequada e omissa, para que seja aplicada, uma interpretação que vai além do que está exposto na literalidade da Lei.

Contudo, esse além, não deve se tornar contrária ao que se encontra positivado ou até mesmo causar severa mácula, uma vez que, partindo de um ponto de vista jurídico, todo princípio jurídico ou toda norma legal, estaria de certa forma translúcida, a novos entendimentos, não havendo sequer, necessidade de esperar até ser vigorada uma lei, para que a transponha ou expresse determinado direito, sendo unicamente, da preocupação do operador do direito, ajustar o seu entendimento de determinado princípio, para que, não sendo obscura ou desleal a lei, servir de fundamento para determinar o direito, outrora não positivado.

Porém, como traz e apela Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, seria de bons préstimos, que o legislador, mesmo que de maneira superficial, trata-se sobre o tema, afim de sanar, não só a necessidade de positividade de uma prerrogativa legal, mais sim para trazer a eficácia de normas legais e princípios Constitucionais, observemos:

Em nível legislativo, o já mencionado Projeto de Lei n. 1.151, de 1995, apresentado pela então Deputada Marta Suplicy com o propósito de disciplinar “a união civil entre pessoas do mesmo sexo” arrasta-se há mais de 15 anos e, se, no início, traduziu um grande avanço, [...], acentuadamente tímido na tutela dessas parcerias de afeto e de vida, uma vez que, sem encarar esse núcleo como uma efetiva entidade familiar, cuidou, em linhas gerais, apenas de disciplinar o registro da constituição e extinção da união civil, [...] É preciso, mais do que nunca, independentemente da filosofia de vida de cada um, do seu credo religioso ou das suas opções pessoais, que os parlamentares brasileiros deem esse importante passo no reconhecimento da diferença, *efetivamente legislando a respeito do tema*, uma vez que, em assim agindo, toda a sociedade brasileira passará a ser mais democrática, justa e verdadeiramente igualitária. (2012, p. 430)

Entretanto, enquanto não há uma positivação legal, a respeito do tema, está sendo aplicado, de acordo com o que é conveniente os princípios norteadores na Constituição e do Código Civil brasileiro, na esperança, que atualmente está se tornando a única saída real, que seria em construir um raciocínio mudando estes princípios ao caso concreto.

Seguindo esta ideologia, comenta Silvio Venosa, bem como, usa por complemento, a citação de Maria Berenice dias:

Destarte, enquanto não houver aceitação social majoritária dessas uniões, que se traduza em possibilidade legislativa, as repercussões serão majoritariamente patrimoniais, por analogia à sociedades de fato. Crescem, porém, julgados e movimentos em favor do reconhecimento legal de relações afetivas duradouras entre pessoas do mesmo sexo. No dizer de Maria Berenice Dias:
"simplesmente encobrir a realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento das relações que, mais do que sociedades de fato, constituem sociedades de afeto, o mesmo liame que enlaça os parceiros heterossexuais. Necessário é encarar a realidade, pois descabe estigmatizar quem exerce orientação sexual diferente" (2000: 8 7). (VENOSA, 2013, p. 453)

Atualmente, dois dos avanços mais significativos do direito brasileiro, em relação a questão dos direitos da união estável entre homoafetivos, podemos encontrar no posicionamento do Instituto Nacional de Seguro Social, o INSS, que se tratando de uma autarquia de cunho Federal, responsável pelo os planos de custeio e da distribuição dos benefícios previdenciários, atualmente, reconheceu o companheiro homoafetivo, como dependente do segurado e vinculado.

Outro ganho que merece ser ressaltado é o estabelecido na Lei Maria da Penha, que no transcreve da lei, traz em si, a positivação nas relações homoafetivas, observando por sua vez, que a opção sexual de cada um, não deve ser mera desculpa para que se negue de alguém prerrogativa de direito, evidentemente que há a existência de diversos outros ganhos, em correlação a união homoafetiva, contudo, tais descritos foram os pioneiros ao equiparar a união homoafetiva a uma união entre heterossexuais.

3.1 A RESOLUÇÃO 175/2013 DO CNJ, A ADPF 132/2011 DO STF E A ADI 4277/2009

Quando falamos em evolução Constitucional, doutrinaria, dogmática, ideológica, entre outros, a respeito dos direitos aos laços afetivos entre os homoafetivos, deve ser lembrado, os três maiores atos, que resguardaram exemplarmente, tais direitos, se for escalonado, em uma ordem cronológica, temos primeiramente, a **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL DE Nº 4277 DE 2 DE JULHO DE 2009**, que se tornou posteriormente a Ação Direta de Inconstitucionalidade - **ADI 4277/09**, posteriormente a **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL DE Nº 132 DE 5 DE MAIO DE 2011**, ou **ADPF 132/2011** e por último temos a **RESOLUÇÃO DO CNJ DE NÚMERO 175 DE MEADOS DE 14 DE MAIO DE 2013**, entre quais, se destacam entre as maiores conquistas da classe LGBT, sendo os três atos jurídicos, explanado como uns dos maiores remédios jurídicos, e exemplos a serem seguidos em relação aos direitos e garantias fundamentais dos homoafetivos e demais minorias.

Seria praticamente impossível, em um sub tópico, tratar meticulosamente destes três feitos jurídicos, com as devidas explicações e marcações dos atos e garantias resguardados, uma vez que **ADI 4277/2009**, possui aproximadamente 323 laudas, a **ADPF 132/2011**, possui 274 laudas e a **RESOLUÇÃO DO CNJ 175/2013**, apenas a contagem de duas laudas, Isto é páginas que foram dados a publicidade, tendo um somatório de aproximadamente 599 laudas, se faz necessário, entretanto, resumir em poucas linhas objetivo de cada uma.

Seguindo por certo uma ordem cronológica citada anteriormente, primeiramente veremos, **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL DE NÚMERO 4277 DE 2009**, foi interposta com o objetivo de regulamentar a união entre pessoas do mesmo sexo, tendo como fundamento, observando que no período da interposição da mesma, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, estava no período onde o preconceito superabundava os limites, surgindo assim a necessidade, diante de uma omissão Legislativa, de uma padronização do que seria a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Diante dos fatos, para melhor ilustração, é ressaltado o posicionamento de Luís Roberto Barroso, no artigo jurídico: *“Diferentes Mais Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil”*, apensado ao pedido, ou melhor ao processo, como Documento III, que trata justamente, da questão da necessidade de positivação da matéria, dentre o artigo destaca-se, a ideia específica e translúcida, de que até aquele período, era extremamente miserável, os volumes de jurisprudências e posicionamentos, que seriam a favor de uma união estável entre homoafetivos, porém, por se tratar exclusivamente de fatos de foro íntimo e pessoal, ou seja, concernentes à vida privada e íntima do indivíduo, logo, sendo a obrigação estatal de garantir o respeito e a proteção das mesmas garantias de atitudes preconceituosas e discriminatórias.

Seguindo assim, temos posteriormente, outro pedido de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, agora com o número 132 de 2011, tendo como relator o ministro Ayres Britto, encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, contudo, com o pedido de ser julgado em conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 de 2009 – ADI 4277/09.

Por se trata do mesmo pedido, da ADI 4277/09, ou seja, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, e os seus reflexos no Direito Civil, contudo, apresentando agora, dados do direito comparado, é importante ressaltar, seguindo uma linha de pedidos, o interesse principal tanto da ADI 4277/2009, como ADPF 132/2011, era garantir aos companheiros, ligados por uma união estável homoafetiva, segundo os Princípios Constitucionais da Igualdade, Liberdade, Dignidade da Pessoa Humana,

Segurança Jurídica e Razoabilidade ou Proporcionalidade, todos os direitos e garantias, que outrora os mesmos não possuíam, por conta de uma união, que fugia as ideologias sócio religiosas da época.

Por fim, a decisão, por votação unanimidade, foram julgadas como procedente as ações, bem como, consideradas, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, autorizando que os ministros envolvidos no julgamento, possam decidir de maneira monocrática, sobre a questão.

Já o papel da Resolução 175/2013, do CNJ, traduziu enfim, o resultado, do julgamento da ADPF 132/2011 C/C ADI 4277/2009, que reconheceu a união entre homoafetivos, como uma união semelhante a quaisquer outras, bem como, com o julgamento do RESP 1.183.378, oriundo do Rio Grande do Sul, que tratava, exclusivamente de uma ação, para conseguir o direito a celebração matrimonial entre homoafetivos, foi positivado, pela citada Resolução, a vedação da negativa de autoridades, de realizar a celebração de casamento civil, ou a conversão de uma união homoafetiva em casamento, de acordo com o Artigo 1º, da mesma resolução.

3.2 A HOMOAFETIVIDADE E O ARTIGO 1 C/C 5 DA CONSTITUIÇÃO

No decorrer dos capítulos, que formam o corpo deste artigo jurídico, incansáveis vezes, vimos presentes, as garantias fundamentais, que estão incorporadas em nossa Constituição Federal. Para que possamos abordar temas que tratam de desigualdade social ou atos preconceituosos, usamos como base o artigo 1º C/C o artigo 5º da Constituição, que tratam justamente sobre os preceitos fundamentais da Constituição ,bem como, os princípios norteadores da mesmo, dentre os quais se destacam o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, os princípios do direito à Vida dos quais são invioláveis, a Liberdade, o princípio da segurança, da proporcionalidade, entre outros, que estão acompanhados a estes, seja por um caráter formal da Lei ou princípio ideológicos.

O Ministro Ayres Britto na ADPF 132/2011, traz a ideia de princípios e garantias, fazendo alusão, que na seara do combate as práticas preconceituosas da sociedade,

em desfavor de uma minoria, as garantias fundamentais os princípios, são a única ponte que pondera, entre as garantias dos homoafetivos e os direitos distantes a eles, uma vez que, tais preceitos fundamentais de igualdade ou de segurança jurídica, não estão sendo garantidos de uma maneira eficaz, ferindo inclusive o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a vendo todos os requisitos de uma união estável, as garantias e os princípios fundamentais, acima citados, garantem o imediato reconhecimento, segundo a fala do mesmo como se expõe:

Não havendo outra questão preliminar remanescente, passo ao voto que me cabe proferir quanto ao mérito da causa. E, desde logo, verbalizo que **merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.** (BRASÍLIA, 2011, p. 22)

Segundo Pedro Lenza, “*nos termos do art.5º, § 1º, as normas definidoras de direito e garantias fundamentais tem aplicação imediata*”, (2012, pg. 963), logo, quando se trata de uma garantia constitucional, sua invocação, estará sempre condicionada, a privação de determinado direito garantido, nesta linha, a invocação de tais garantias, tende a suprir essa necessidade, seja por conta de uma omissão legislativa, ou por submissão de um direito, que fere qualquer uma de suas garantias.

É, importante lembrar que existe uma tênue diferença entre Direitos, Garantias Fundamentais e Princípios Constitucionais, contudo, ligadas entre si, afim de resguardar qualquer cidadão da macula ou repressão ilegal a direito constitucionalmente positivado.

Logo, a equiparação das uniões homoafetivas a uma união estável, ou a conversão dessa em casamento, seria, com fulcro no que foi transposto acima, seria o resultado, das efetivações desses Direitos, Garantias e Princípios ao caso concreto.

3.3 A CONQUISTA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E OS SEUS REFLEXOS NO MUNDO JURÍDICO

Como citado anteriormente, em relação as decisões pacificadas sobre o tema, houve uma equiparação entre os direitos dos companheiros, em relação a de um casal heterossexual. Com a efetivação das garantias e princípios constitucionais, norteadores do direito brasileiro, é concedido, aos homoafetivos, o reconhecimento de sua união, bem como os reflexos nos direitos e garantias sucessórios e previdenciários.

Muito se falou, principalmente no meio legislativo, em debates relacionados a leis que beneficiariam a classe homoafetiva, segundo o artigo 226 da Constituição, especificamente em seu §3º, onde a constituição seria clara, ao traduzir a ideia que a família por ser a base da sociedade teria a proteção do Estado de maneira especial, para tanto, seria reconhecida a união entre homem e mulher, como entidade familiar, devendo o estado por sua vez, convertê-la em casamento, ou seja, retratando a literalidade da lei.

Outro ponto que merece destaque, seria a fala que para a proteção do Estado, ou seja, crescimento, manutenção, ganho de força, seria reconhecida como entidade familiar unicamente aquela formada entre homem e mulher, tinha ido da ideia aqui com a união destes, iriam ser gerados novos indivíduos, que perpetuariam o poder estatal, sendo que uma união homoafetiva, não reproduziria, por conta de fatores biológicos.

Entretanto, o posicionamento, já pacificado dos tribunais pelo reconhecimento e posteriormente conversão da união estável homoafetiva em casamento, destacou Maria Berenice Dias, no artigo intitulado “ Um Sonho Convertido em Casamento”:

[...]o grande questionamento que surgiu foi sobre a possibilidade ou não de os homossexuais casarem. Para os conservadores de plantão, teriam sido assegurados aos homossexuais os direitos da união estável, o que não lhes garante acesso ao casamento. Mas juízes sem medo de preconceitos fizeram um silogismo singelo: se a Constituição Federal determina que seja facilitada a conversão da união estável em casamento, e o Supremo Tribunal determinou que não fosse feita qualquer distinção entre uniões hétero e homoafetivas, não tiveram dúvida em cumprir a recomendação constitucional, obedecer a decisão da Corte Suprema e assegurar o direito à felicidade a quem há muito havia constituído uma família e desejava casar. (DIAS, 11, p. 01)

Deste passo, foi assegurado aos companheiros, diversas equiparações legais, as que mais se destacaram foram justamente, os direitos a sucessão civil, contudo, deve ser ressaltado, que por haver uma omissão legislativa diante de tal estimativa de direito,

está se restou prejudicada em alguns aspectos, já na seara previdenciária, as garantias foram equiparadas, inclusive, a pensão em caso de morte do companheiro de acordo com o artigo 16, inciso I, da Lei 8.2013/91, entretanto, o campo da adoção, em relação a uma união ou casamento entre pessoas do mesmo sexo, tem sido motivo de incessantes debates, contudo, já há existência de pareceres e decisões animadoras ao tema, no sentido de reconhecer a adoção por um casal de homoafetivos.

CONCLUSÃO

A união estável entre pessoas do mesmo sexo, até pouco tempo, por motivo de relevante clamor social, tem sido alvo de debates e acalorados discursos, seja nas casas legislativas, sejam os tribunais superiores ou no próprio “Popular” brasileiro, contudo, deve se observar que a Constituição Federal Brasileira, A Carta Magna, a norma superior do Brasil, tem como função principal, resguardar os princípios e garantias fundamentais elencados nela.

O reconhecimento da União homoafetiva, foi um passo preciso, uma vez que determinada classe social, independentemente se minoria ou maioria, carecia da efetivação de direitos, dentre os quais lhe foram tomados, simplesmente pela sua ideologia, ou seja, desrespeitando o livre arbítrio pregado pelo próprio meio social, o reconhecimento da união estável, e posteriormente a sua conversão em casamento, foi a efetivação de direitos constitucionais retraídos, no seio social.

Com a efetivação dessas garantias e direitos, foi possibilitado, a figura do homoafetivo, a equiparação de direitos importantes, entre eles as garantias sucessórias, os direitos e garantias previdenciárias e atualmente tem sido motivo de discussão, a adoção por homoafetivos.

Observando por uma ótica, mas positivista, mesmo que haja o reconhecimento ou entendimento pacificado pelo STF, existe uma omissão Legislativa, demasiadamente severa, essa omissão pode causar, a curto prazo, o cerceamento de direitos, por conta de uma resistência encontrada, no posicionamento de alguns magistrados brasileiros. Contudo, os ganhos que tal minoria abraçou, já se mostram um grande passo, na

efetivação de direitos e garantias constitucionais fundamentais, se destacando entre elas os princípios da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, o princípio da liberdade de expressão, o princípio da isonomia dentre outros.

Por fim, mesmo que seja um assunto que causa extrema as divergências, inclusive entre os doutrinadores, que por sua vez por conceitos religiosos ou ideológicos, se mostram receosos em relação a uma união legal de pessoas do mesmo sexo, vem rompendo barreiras, se tornando inegável, conceder direitos e garantias a determinado grupo social, e não conceder o mesmo a outrem, por simples descontentamento em relação ao seu ponto de vista, pois em um estado democrático de direito, onde um dos princípios constitucionais expõe de maneira translúcida que "todos são iguais perante a lei", esbulhar, a garantia fundamental ou princípio constitucional que seja, seria uma afronta a própria lei Pátria, logo, independentemente de ideologia cultural, deve ser observado com convicção e clareza, a efetivação e os interesses públicos sobre os meros interesses particulares, observando, entretanto, o bom senso e a moral ligados a este.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*: Lei 10.406 de 2002, promulgada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 12 de julho de 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 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. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Nº 4.277 - DF. Autor: Procuradoria Geral da República. Relator Ministro Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 30 de março de 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 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. Autor: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 14 de abril de 2017.

BRASIL, Resolução do CNJ de Nº 175 de 14 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n175-14-05-2013-presidencia.pdf>. Acesso em 14 de abril de 2017

DIAS, Maria Berenice. A Homofobia e a Omissão do Legislador. *Maria Berenice Dias*. Porto Alegre, p. 01- 02, outubro de 2012. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_604\)para_a_constituicao_ser_chamada_de_cidadada.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_604)para_a_constituicao_ser_chamada_de_cidadada.pdf)>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.

DIAS, Maria Berenice. A Igualdade Desigual. *Maria Berenice Dias*. Porto Alegre, p. 01 - 21, setembro de 2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_646\)32__a_igualdade_desigual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_646)32__a_igualdade_desigual.pdf)>. Acesso em: 22 de setembro de 2017.

DIAS, Maria Berenice. Família Homoafetiva. *Maria Berenice Dias*. Porto Alegre, p. 01 - 21, setembro de 2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_647\)28__familia_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_647)28__familia_homoafetiva.pdf)>. Acesso em: 20 de setembro de 2017.

DIAS, Maria Berenice. Liberdade de Orientação Sexual na Sociedade Atual. *Maria Berenice Dias*. Porto Alegre, p. 01 - 21, setembro de 2010. Disponível em:

<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_632\)53__liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_632)53__liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf)>. Acesso em: 10 de setembro de 2017.

DIAS, Maria Berenice. Para a Constituição ser Chamada de Cidadã. *Maria Berenice Dias*. Porto Alegre, p. 01- 02, novembro de 2014. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_604\)para_a_constituicao_ser_chamada_de_cidadada.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_604)para_a_constituicao_ser_chamada_de_cidadada.pdf)>. Acesso em: 16 de outubro de 2017.

DIAS, Maria Berenice. Uma questão de Justiça. *Maria Berenice Dias*. Porto Alegre, p. 01 - 02, agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_662\)29__uma_questao_de_justica.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_662)29__uma_questao_de_justica.pdf)>. Acesso em: 03 de julho de 2017.

DIAS, Maria Berenice. Uma questão de Justiça. *Maria Berenice Dias*. Porto Alegre, p. 01 - 02, agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_662\)29__uma_questao_de_justica.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_662)29__uma_questao_de_justica.pdf)>. Acesso em: 03 de julho de 2017.

DIAS, Maria Berenice. Um Sonho Convertido em Casamento. *Maria Berenice Dias*. Porto Alegre, p. 01, setembro de 2011. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_618\)um_sonho_convertido_em_casamento.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_618)um_sonho_convertido_em_casamento.pdf)>. Acesso em: 14 de outubro de 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: Direito De Família — As Famílias em Perspectiva Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Volume 6, 687p. Disponível em: <<http://docs14.minhateca.com.br/614945095,BR,0,0,Direito-Civil-VI---Familia---Pablo-Stolze.pdf>>. Acesso em: 22 de agosto de 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito De Família*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Volume 6, 627p. Disponível em: <<https://download.e-libros.top/download/b2968dbce75e00ddb076dbd8812dbe1e>>. Acesso em: 15 de setembro de 2017.

GIORGIS, José C. T. A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica. *In Revista da AJURIS*, nº 88 – Tomo 1. Porto Alegre, p. 244, dezembro de 2002.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1312p.

RIOS, Roger R. Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade. *Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. Brasília, nº 6. p. 34, dezembro 1998.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos de Família*. 13ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013. Volume 6, 525p.