

UNIÃO HOMOAFETIVA: DO PATRIARCALISMO À LEGALIZAÇÃO

Fernanda Lourenço

Gustavo Schaper

Julie Novaes

Marina Itaborahy

Victória Oliveira

RESUMO

Pretende-se nesse artigo analisar a legalização das uniões homoafetivas no território brasileiro, abordando desde a evolução do conceito de família, até as posições adotadas pelo judiciário acerca do assunto, visando a entender as dificuldades do reconhecimento prerrogativas fundamentais que os casais homossexuais enfrentam, pois até mesmo dentro do judiciário, o qual é o poder que deve assegurar que os princípios fundamentais, constitucionalmente positivados, sejam respeitados e exercidos por qualquer cidadão brasileiro, demonstra algumas posições desfavoráveis em relação ao tema. Para desenvolver esse estudo, foi feita uma pesquisa bibliográfica e documental, consultando livros, revistas, artigos e jurisprudências, além da realização de entrevistas, com o fim de reforçar as informações pesquisadas.

PALAVRAS CHAVE: UNIÃO HOMOAFETIVA. LEGALIZAÇÃO. PATRIARCALISMO.

INTRODUÇÃO

A situação dos homossexuais no país é marcada por diversas supressões a prerrogativas fundamentais, como o fato de, anteriormente à legalização do casamento civil e da união estável homoafetivas, não lhes serem assegurado o direito de constituir família. Analisando o posicionamento da sociedade brasileira em relação aos direitos dos homossexuais, percebe-se que, por mais que tenha havido um avanço no pensamento de muitos, uma parcela considerável da sociedade ainda não aceita que o Direito reconheça as necessidades daquele grupo e as legalize, de forma que busque garantir a todos o que possa chegar mais próximo de um sentimento de igualdade entre os cidadãos de um país.

O objetivo do estudo é analisar a evolução do conceito de família dentro da legislação brasileira, comparando essa evolução em relação à mudança do olhar da sociedade sobre o entendimento do que seja a entidade familiar e, logo após essa análise, discutir a conquista do direito ao casamento civil e da união estável pelos casais homossexuais e, ainda, apontar as posições dentro do judiciário que são favoráveis e as desfavoráveis, em relação ao avanço do reconhecimento da união homoafetiva.

O presente estudo foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica e documental, fazendo o uso de jurisprudências sobre o tema, livros, artigos e revistas, com o fim de reunir diversos posicionamentos sobre a legalização das uniões homoafetivas e a trajetória dessa conquista. Foram realizadas entrevistas, sendo uma delas com um casal que consolidou sua união homoafetiva, na vigência da legalização, feita através de uma rede social, e a outra com o Presidente da OAB, da subseção judiciária de Juiz de Fora, realizadas através de e-mail.

O trabalho conta com três itens. O primeiro traça a trajetória histórica do conceito de família e em como ele foi se modificando de acordo com os costumes sociais, até chegar ao entendimento que se tem hoje em dia sobre. O segundo

tópico expõe como ocorreu a conquista da legalização das uniões homoafetivas, a trajetória percorrida para se alcançar o reconhecimento desse direito. No terceiro e último item, são analisadas as posições do judiciário acerca do assunto, apontando tanto as favoráveis, quanto as desfavoráveis.

1 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

O significado de "família" apresentado atualmente se diferencia do adotado antigamente, na medida em que os modelos predominantes eram o patriarcal e o patrimonial. No tipo patriarcal era presente a figura do "chefe de família", sendo representado pelo pai, responsável por todas as decisões, enquanto no modelo patrimonial as relações afetivas não eram baseadas na afeição que possuíam com as outras, e sim pelas escolhas dos patriarcas, com o intuito de aumentar o patrimônio de suas famílias, segundo Luis Fernando Augusto (2015).

De acordo com Maria Helena Diniz (2008), entende-se por família como "todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos. No sentido restrito, é o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole". No Código Civil de 1916, o único vínculo legítimo para que se pudesse constituir uma família era somente pelo casamento, livre de impedimentos e cumprindo as formalidades legais. Mas, como tudo que o Direito normaliza é regulado pelos costumes e também pela imposição da sociedade, com a implantação da Constituição Federal (1988), surgiu uma nova concepção de família. Conforme Jéssica Cristina dos Anjos Locks (2012), o que antes era considerado como fora do padrão da moralidade tem se transformado em costume entre as pessoas, tendo em vista que o ser humano precisa conviver em sociedade e precisa apropriar o seu ponto de vista. Sendo assim, a legislação

deve acompanhar essas mudanças ocorridas na sociedade para não ser considerada retrógrada.

Segundo o artigo 226 do Código Civil (2002), foi estabelecido para nossa sociedade o reconhecimento da família sem a união pelo casamento, sendo que passou a ser aceita a união estável como entidade familiar. No Ordenamento Jurídico Brasileiro, estão presentes várias espécies de família, sendo algumas delas a família matrimonial, monoparental, união estável e a recente união homoafetiva. De acordo com Leonardo Barreto Ferraz Gominho (2016), a família matrimonial, que era a única existente até o ano de 1988, é aquela realizada através do casamento, por vontade própria, sendo considerada inexistente se constituída através da coação. A família monoparental é aquela formada por um dos pais e seus procedentes, ou seja, só o pai ou só a mãe convivendo com seus filhos.

Sobre essa união, explica Vianna apud VIANA (2012) que:

A Constituição Federal limita-se a dizer que reconhece como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Não faz qualquer distinção, o que inibe o intérprete. Nesse conceito está inserida qualquer situação em que um adulto seja responsável por um ou vários menores. Isso permite concluir que ela pode ser estabelecida desde sua origem, ou decorre do fim de uma família constituída pelo casamento. Neste diapasão é possível que ela estabeleça porque a mãe teve um filho, mas a paternidade não foi apurada, ou porque houve adoção, ou pode resultar da separação judicial ou do divórcio.

Outro tipo é a união estável, segundo Leonardo Barreto Ferraz Gominho (2016), que diz respeito à união entre pessoas, em um mesmo local, sem a presença de formalidades, como o registro, por exemplo. No Brasil, apesar de ainda não fazer parte da Constituição Federal e do Código Civil Brasileiro, que prevê apenas a união entre casais heterossexuais, o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo está garantido por decisão unânime dos ministros do Supremo Tribunal Federal, julgamento realizado no dia 05 de maio de 2011, após o

juízo da ADIN 4277, e com a resolução nº 175 do CNJ no dia 14 de maio de 2013, que obriga os cartórios a efetivarem o ato. A união homoafetiva, considerada a mais recente modalidade de família, é constituída por pessoas do mesmo sexo, através de laços afetivos, embora não esteja devidamente presente na legislação.

Conforme o artigo 1723 do Código Civil brasileiro (2002), "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família", mas, segundo entendimento da Corte Suprema, ao julgar procedente pedido formulado em duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas, respectivamente, pelo Procurador-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, em 5 de maio de 2011, isso não impede que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como sociedade familiar apta a merecer proteção estatal, obtendo os mesmos direitos concedidos aos casais heterossexuais.

Dia 5 de maio de 2011 foi um grande marco para a comunidade LGBT e também para a sociedade brasileira, através da ADIN 4277 decidida pelos ministros do STF, que finalmente considerou como família a união homoafetiva, colocando em prática o princípio da igualdade previsto no artigo 5º da Constituição Federal (1988), e deixando de lado o preconceito que existia com a ausência dessa interpretação do artigo 1723 do Código Civil.

Sendo assim, está claro que o novo estereótipo de família adotado atualmente, no caso a união homoafetiva, foi uma conquista muito importante para a população LGBT, a qual lutou por esse direito durante vários anos, e finalmente foi reconhecido, embora ainda apresentem alguns desafios na questão social. No próximo tópico iremos abordar mais sobre essa conquista do casamento civil e da união estável pelos casais homossexuais.

2 A CONQUISTA DO CASAMENTO CIVIL E DA UNIÃO ESTÁVEL PELOS CASAIS HOMOSSEXUAIS

Os homossexuais, assim como quaisquer outros seres humanos, são detentores de direitos e no âmbito das relações afetivas, assim como qualquer outro casal, o homoafetivo também tem direito a garantias jurídicas. Ainda que no século XXI os arranjos familiares apareçam de diversas formas, o cotidiano dessas famílias ainda é marcado por dificuldades, ainda mais quando se trata dos casais homossexuais, pois os direitos que esse grupo social possui muitas das vezes não são vistos e respeitados, tanto na parte jurídica quanto social, fazendo com que a discriminação e o preconceito perpetuem em suas vidas. Apesar da atual e grande conquista do reconhecimento da união estável e do casamento civil pelos casais homossexuais, eles continuam lutando diariamente pela aceitação social de tal acontecimento e por mais implementações políticas na busca de liberdade e respeito diante de sua constituição familiar e orientação sexual que, por eles, na maioria das vezes, não são vistas (COSTA, 2011).

Família ou casamento nem sempre foram sinônimos de afeto. Tal como retrata Engels (apud VECCHIATTI, 2012), o termo, utilizado inicialmente pelos Romanos, designava o conjunto de escravos pertencentes ao mesmo homem. Permanecendo a família como um mero núcleo de produção, a mulher e os filhos foram incluídos nesse meio. A figura feminina era responsável pela procriação, enquanto os filhos seriam os garantidores da propriedade no nome da família com o passar dos anos. O afeto nesse ambiente familiar era algo ignorado e, dessa maneira, esse conceito, que se estendeu até meados do século XX, foi o que influenciou a família jurídica descrita no Código Civil de 1916, a qual só era considerada se constituída por um casamento civil. A noção de afetosurgiu a partir de uma visão minimista da igreja. Contudo, conforme Vecchiatti (2012), em 1988 a Constituição Federal superou a abstração do antigo conceito de família ao inserir nela o artigo 226.

Todavia, o casamento perpetuou como uma relação de afeto. Assim destacou Rios (apud VECCHIATTI, 2012):

Como visto, o direito de família caminha cada vez mais em direção ao reconhecimento da natureza familiar de relações humanas, estáveis e duradouras, fundadas na sexualidade e no afeto, com a intenção de estabelecer-se uma plena comunhão de vida.

Dessa forma, é observado que todos os casais, sejam heterossexuais ou homossexuais, têm um conjunto de razões pelas quais querem se casar e ,entre elas, a vontade de fazer uma declaração pública.

Diante desse fato, entra em questão os entraves para o reconhecimento dos casais homoafetivos. Entraves esses causados pela falta de normas reguladoras. Conforme o Ministro Relator Ayres Britto (2011) expressou sobre o vazio do legislativo e sobrepôs a ele “Tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido. A ausência de lei não é ausência de direito, até porque o direito é maior do que a lei”.

Conforme Mariano (2009) apresenta, os casais homossexuais ao longo dos anos vieram montando sua trajetória e ganhando espaço na sociedade no que diz respeito à sua estrutura familiar, que apesar das dificuldades e resistências enfrentadas, passaram a ostentar de forma mais clara e pública uma união de afeto e amor. Seguindo essa linha de raciocínio, Dias (apud MARIANO, 2009):

Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, inquestionável que tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei.

Sendo assim, essa realidade mudou no Brasil em 2011, quando o Supremo Tribunal Federal, através da ADPF 132 e da ADI nº 4277 reconheceu a união homoafetiva, consistindo assim em dar uma nova interpretação ao artigo 1723 do Código Civil, que antes era visto como discriminatório ao reconhecer somente o

homem e a mulher no que tange como entidade familiar a união estável (SANTANA, 2012).

Portanto, apesar das críticas, a decisão do Supremo Tribunal Federal, também foi reconhecida por grande parte da população como um valioso direito conquistado, que trouxe consigo a esperança de que o Brasil caminha para um grande avanço jurídico e social em prol do grupo LGBT. Pois é fundamental que a sociedade aceite que mais do que uma realidade de fato, essa é uma realidade de afeto e que não cabe à população julgar como certo ou errado a liberdade individual de cada um, no que diz respeito à sua escolha de vida (MARIANO, 2009).

Dessa forma, vale ressaltar, como justificado pela senadora, a qual é uma das autoras da proposta do reconhecimento da união estável e casamento civil dos casais homossexuais, Marta Suplicy (2011):

Ao Estado brasileiro tem restado ceder à força irresistível das transformações porque passa a sociedade a que serve, vindo a reconhecer, mais e mais, o papel alcançado pelas uniões homoafetivas na dinâmica das relações sociais.

Porém, na própria Constituição Federal de 1988, ainda são vistossinais de discriminação e exclusão sexual ao não considerar em seus artigos os casais homoafetivos em relação à entidade familiar. É sim um grande avanço reconhecer a união estável como status familiar, porém é falho quando o restringe a heterossexualidade ao dizer em seu texto do art. 226, parágrafo 3º que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Contudo, em seu art. 5º a Constituição expressa isso de outra maneira ao consagrar o bem de todos através do princípio da igualdade perante as leis, sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade e nem quaisquer outras formas de discriminação (BRUNET, 2001).

Segundo a autora citada, é possível ver que uma vez que a Constituição de 1988 propõe uma nova visão acerca de importantes temas da realidade e evolução social em seu parâmetro familiar, outrora a mesma é estratificada pela doutrina tradicional. No entanto, de acordo com Praxedes (2014), mesmo com as falhas, é possível ver uma evolução dentro do âmbito jurídico, que pode partir então da ideia de que a união de pessoas homossexuais é sim uma conquista no que diz respeito ao núcleo familiar, portanto, dessa união homoafetiva, sucedem efeitos jurídicos, tanto pessoais, que são os direitos e deveres recíprocos, quanto patrimoniais como: alimentos, regime de bens e direitos sucessórios como em qualquer outra união.

Com base na necessidade de progresso dentro do ordenamento jurídico para a regularização da união civil entre casais homoafetivos, a Senadora Marta Suplicy propôs o projeto de lei 1151/95. Este alegava que as relações homossexuais não podiam mais ser negadas e os direitos desses casais deviam ser garantidos sem a discriminação de sua orientação sexual. O projeto foi apreciado por uma Comissão Especial na Câmara dos Deputados. Contudo, na avaliação feita por essa Comissão foi sugerido pelo atual ministro Luiz Edson Fachin, e entendida como correta, a substituição do termo "união" para "parceria". Dessa forma, assim como entende Álvaro Villaça de Azevedo "existindo constituição desse estado civil de parceiro ou de parceria, sua desconstituição judicial pode levar muito tempo, sobrecarregando o Poder Judiciário de ações e de processos dessa ordem" visto que seria o início de um novo estado civil só alterável com a intervenção do Judiciário. Esse foi um dos entraves do projeto de lei da Senadora, o qual nunca foi votado (AZEVEDO, 2008).

Segundo Vecchiatti (2013), a conquista do casamento civil pelos homossexuais se instaurou primeiramente no Rio Grande do Sul em 2004, após a publicação de uma norma administrativa da Corregedoria de Justiça do estado, determinando que os cartórios de Títulos e Documentos registrassem contratos de União Civil de pessoas do mesmo sexo. Ademais, houve adoção de normas

similares por outros estados. Em 2007, houve a primeira Conferência Nacional LGBT, como parte das comemorações dos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. No entanto, só em 2013, a resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dispôs sobre a “Habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo”. A resolução considerou os julgamentos da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, relativas à união estável. Anterior ao ano de 2013, os casamentos só eram realizados através da interpretação analógica e extensiva do Direito brasileiro, em razão da dignidade da pessoa humana e do princípio de isonomia. Dessa forma, conforme citado por Tetti (2017) a aprovação da resolução pelo CNJ foi simplificadora, uma vez que os cartórios do Brasil não podem recusar a celebração desses casamentos, e os homossexuais podem usufruir dos mecanismos legais que eram exclusivamente dos casais héteros.

Embora o registro de casamento homoafetivo seja obrigatório hoje em dia pelos cartórios, ainda há muitos entraves, principalmente relativo à falta de informação dos responsáveis pela emissão dessa certidão. Sendo assim, é possível observar essa dificuldade com o Entrevistado, o qual, após três anos de união estável, se casou há um ano e quatro meses nos conformes da lei, sob a escolha do regime universal de bens, que relatou sobre suas maiores dificuldades enfrentadas na oficialização do casamento, ressaltando que:

Há duas facetas. Na parte burocrática ainda existem algumas dificuldades. Tendo em conta nosso primeiro contato realizado de nossa parte com um dos cartórios regionais de Cláudio – MG, nos foram questionadas algumas dúvidas de direitos sobre a união. Tendo em vista que a falta de informação de alguns oficiais ainda existe, e em decorrência da falta de informação por parte oficial, recorreremos a outro cartório do Distrito de Monsenhor João Alexandre- Cláudio, MG, que por vez fomos maravilhosamente bem recebidos e atendidos com todos os direitos e deveres, com muito respeito e orgulho da parte dos oficiais do mesmo, por termos sido o primeiro casal homossexual a oficializar em Cláudio-MG o casamento homoafetivo. A segunda faceta é a dificuldade de entendimento da parte social. Em nosso caso, havia um grande

número de pessoas que não tinham conhecimento dos direitos oficiais para o casamento. Conforme citado acima, fomos o primeiro casal a oficializar a união, em decorrência disso, foi bem grande a repercussão por parte da população. E para evitar maiores problemas, pedimos que apenas fossem feitas as divulgações obrigatórias pela lei, para que tivéssemos mais privacidade familiar e preservar possíveis distorções alheias e retaliações religiosas. Nesse ponto, o preconceito ainda é grande por ideologias pouco fundamentadas na sociedade.

Essa falta de informação, muitas das vezes, reflete na sociedade agravando o preconceito já existente, criando, dessa maneira, barreiras na inserção social dos casais homossexuais, tal como retratado na entrevista realizada, na qual o Entrevistado completa sua resposta dizendo:

Nossa maior dificuldade foi unicamente com o preconceito de familiares por falta de informação sobre o assunto e aceitação, principalmente envolvendo mitos religiosos impostos na sociedade. As pessoas confundem respeito ao próximo, como se nossa oficialização atingisse a eles particularmente. Tivemos de deixar claro que a União seria unicamente íntima e pessoal entre nós e não queríamos nos casar com eles, por exemplo. Por surpresa, nosso maior apoio veio de pessoas mais velhas, no nosso caso, tivemos um aceitação sem quaisquer questionamentos íntimos de pessoas de 80 anos (como por exemplo os pais do meu companheiro) que nunca tiveram quaisquer estereótipos criados pela sociedade em relação à homossexualidade. Já os mal informados nos questionaram coisas do tipo: “Quem é o homem e a mulher da relação?” “Podem casar, mas desde que seja longe de nós”. Outros não permitiram a presença dos filhos, dizendo ser uma influência negativa. Ainda houve os que rejeitaram completamente, em todos os aspectos.

Em vista do que foi apresentado, pode-se concluir que a conquista exposta foi gradual no decorrer dos anos. Conduzida pelas modificações da sociedade e seus novos conceitos de família, a legalização do casamento homoafetivo manifestou respeito aos princípios constitucionais, e tentativa de combate ao preconceito diante de tanta intolerância, ao provar que todos são detentores de direitos e vistos da mesma maneira perante a lei.

3 AS POSIÇÕES DO JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS

A Carta Magna traz como um de seus princípios mais valiosos a igualdade, sendo esses apresentados no artigo 5º, logo em seu caput, expondo que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Sendo assim, a Constituição Federal (1988) é clara quanto à sua posição em relação a preconceitos e discriminações (BARROSO, 2011).

Indo ao encontro do princípio constitucional acima citado, o Supremo Tribunal Federal emitiu uma resolução quanto à “habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo”, como é exposto na Resolução N° 175, de 14 de maio de 2013, decidida pelo plenário do Conselho Nacional de Justiça, na qual o STF assume posição favorável ao reconhecimento dos direitos dos casais homoafetivos, fazendo valer o princípio da igualdade, previsto constitucionalmente, como é apontado por Aurélio (2015). Adotando a mesma linha de pensamento, o Presidente da OAB, da subseção judiciária de Juiz de Fora, quando questionado sobre o posicionamento da Ordem sobre a questão da oficialização das uniões homoafetivas, emitiu o seguinte parecer:

A OAB não só é favorável à oficialização destas uniões, como trabalha ativamente a seu favor, tanto que protocolizou pedido junto ao STF de ingresso como *amicus curiae* na ADI nº 4966, interposta pelo Partido Social Cristão – PSC, que pleiteia a declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, que proibiu a recusa de habilitação de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Segundo Rosa e Mendes (2014), o STF adotou uma posição contra majoritária ao defender os direitos de uma minoria (os casais homossexuais), pois o Tribunal decidiu levar em conta os preceitos fundamentais contidos na Constituição do país e assim atuar de forma que vá de encontro ao pensamento

da maioria, pois, entende-se, que aqueles que compõe o legislativo representam a vontade da maior parte da população, já que são por ela escolhidos, portanto, quando o judiciário decide por defender os direitos de um grupo minoritário, ele estará confrontando o pensamento da maior parte da sociedade e, também, legislando negativamente, conforme é exposto por Santos (2011):

As atividades legislativa e executiva são exercidas pelos representantes diretamente eleitos pelo povo e, por isso, parecem representar a vontade da maioria [...] é a que em regra prevalece, porém deve-se observar que uma maioria parlamentar ocasional pode ser na verdade uma minoria dominante.

O ministro do STF, Luís Roberto Barroso (2011), reforça a ideia de que os princípios constitucionais devem estar presentes nas discussões acerca das questões ligadas às uniões homoafetivas, como explicita em sua fala:

As uniões entre pessoas do mesmo sexo são lícitas e continuarão a existir, ainda que persistam as dúvidas a respeito do seu enquadramento jurídico. Esse quadro de incerteza – alimentado por manifestações díspares do Poder Público, inclusive decisões judiciais conflitantes – afeta o princípio da segurança jurídica, tanto do ponto de vista das relações entre os parceiros quanto das relações com terceiros. Vale dizer: criam-se problemas para as pessoas diretamente envolvidas e para a sociedade.

No entanto, apesar da decisão final do STF e da CNJ se apresentar favorável ao reconhecimento dos direitos dos casais homoafetivos, na Resolução N° 175, de 14 de maio de 2013, houve algumas posições que foram contrárias a esse reconhecimento, como a do representante do Ministério Público, Francisco Sanseveriano, a qual ele justificou ser contrário, devido ao fato de que a questão do casamento não havia sido requerida na ação decidida no STF e que houve divergência entre Ministros. Acompanhando Sanseveriano, a conselheira Maria Cristina Peduzzi, também discordou dos demais, alegando que a CNJ não teria competência para discutir aquela questão, visto que é uma atribuição ligada ao

legislativo e, dessa forma, o Conselho estaria violando a separação de poderes. Tais argumentos foram todos refutados pelo Ministro Joaquim Barbosa, em que alega que a questão debatida é matéria constitucional, então deve ser discutida pelo STF e que as divergências entre Ministros ocorreram de forma marginal, não podendo ser óbices de futuras decisões.

De acordo com André Molinar Veloso (2013), os operadores do Direito, atuante no Brasil, foram, em grande parte, educados no período ditatorial que o país sofreu, em vista disso, o Estado de direito e o direito das minorias, por vez, sofrem ataques desses juristas, os quais ainda estão apegados ao pensamento kelseniano e à redução do direito a texto. Essa forma de pensar apresentada pelos juristas brasileiros, tem reflexos diretos na argumentação utilizada daqueles que são contra o casamento ou até mesmo o reconhecimento da união estável entre casais do mesmo sexo.

A sociedade na qual vivemos acompanha em grande escala as ideias de um judiciário conservador e, ainda, é composta por pensamentos preconceituosos e resistentes, os quais exigem que se tenha cautela quanto a esses ganhos (PASSOS, 2011). Tais pensamentos podem ser ilustrados por uma pesquisa feita pela Fundação PerseuAbramo e pela Fundação Rosa, a qual aponta que 99% dos brasileiros tem preconceito contra homossexuais, como Maria Berenice Dias (apud ROSA e MENDES, 2014) aponta em seu estudo. Em seu blog, Reinaldo Azevedo (2017) também apresenta uma pesquisa, feita pelo Ibope Inteligência entre 14 e 18 de julho de 2017, que contribui para a afirmação do fato antes citado, a qual demonstra que 55% das pessoas de um grupo de dois mil brasileiros, de diversas partes do país, diversas idades, sexo e classes de consumo, foram contra a decisão tomada pelo STF de tornar legal a união estável entre casais do mesmo sexo, sendo mais uma informação reforçadora da ideia de Maria Consuelo Passos, de que nossa sociedade ainda está imersa em ideias preconceituosas.

Apesar das posições contrárias apresentadas, Vecchiatti (2011) afirma que o ordenamento jurídico brasileiro permite que o poder judiciário atue, exercendo uma função atípica de legislar, quando houver lacunas na lei deixadas pelo legislativo, sendo que o próprio investiu o judiciário desse poder, através do artigo 4º da LINDB e do art. 126 do CPC. Os operadores do Direito exercem essa função através de analogias e interpretações extensivas, visando à integração efetiva no ordenamento jurídico daquelas situações que antes não eram abarcadas por ele. Portanto, investido desse poder, o judiciário não fere o princípio da tripartição dos poderes, ao preencher as falhas legislativas deixadas no ordenamento jurídico. Reforçando esses conceitos, Hesse (apud VECCHIATTI, 2011), aponta que “a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.

Acrescentando às ideias expostas por Vecchiatti acima citadas, o Ministro Luís Roberto Barroso (2011), acredita também na solução de falhas no ordenamento através do preenchimento de lacunas pelo judiciário, aplicando a analogia e a interpretação extensiva, além de defender ferrenhamente que as uniões homoafetivas são totalmente lícitas e ligadas a vida privada do indivíduo, sendo reservado ao Direito o papel de tolerar, respeitar e contribuir para a construção de uma sociedade livre de preconceitos e discriminações. Maria Berenice Dias (2010), também contribui para as questões das relações entre casais de mesma identidade sexual, quando defende que o silêncio da lei não deve ser um artifício utilizado para se negar direitos àqueles que a moral conservadora considera menos merecedores de garantias jurídicas, pois, em um dado momento, o judiciário terá de exercer a função atípica do legislador em questões das quais ele foi omissos. De acordo com essa questão, o Presidente da OAB, subseção judiciária de Juiz de Fora, expôs a seguinte opinião:

Está longe de ser o ideal esta "legislação" feita pelo STF, porém, também não há como se deixar sem amparo legal estas minorias,

que cada vez mais encontram obstáculos em nosso Congresso Nacional, pois muitos dos projetos de lei que visam a resguardar seus direitos estão há anos com suas tramitações paralisadas por falta de vontade política.

Em vista de toda essa análise, pode-se concluir, apoiando-se nas ideias de Vecchiatti (2011), que a legalização das uniões de casais homoafetivos vai além de discussões entre juristas e seus ideias, pois o direito de se unirem afetivamente é um direito humano, que, por motivos arbitrários e preconceituosos, é negado a uma parcela da sociedade pelo simples fato da sua orientação sexual, configurando uma afronta à Constituição, pois, como afirma o autor acima citado: “o casamento civil é um direito humano, não um privilégio heterossexual”.

CONCLUSÃO

Ao fazer uma análise da trajetória da legalização das uniões homoafetivas, juntamente com a exposição de diversas opiniões dentro do judiciário acerca do assunto, é possível identificar que ainda existem opiniões um tanto quanto retrógradas na esfera social e jurídica, quanto ao reconhecimento dos direitos dos casais homossexuais.

Em relação à abordagem histórica sobre a evolução do conceito de família, anteriormente à Constituição de 1988, predominava o modelo patriarcal e patrimonial, o qual não levava em consideração a afetividade como base das relações, mas sim a subordinação ao patriarca. A Constituição trouxe um novo conceito de família e, a partir deste, tornou-se possível que o pensamento social, acerca da concepção de família, se modificasse e adotasse como modelo aquele que antes era considerado imoral, a partir da modificação dos costumes sociais.

Quanto à conquista da legalização das uniões homoafetivas pelo grupo LGBT, esta se desenvolveu de forma gradual, por meio da modificação dos

conceitos sociais, levando ao maior reconhecimento dos princípios constitucionais, através da legalização do casamento civil e da união estável homoafetiva.

As posições do judiciário em relação ao tema, embora o entendimento majoritário seja favorável à legalização das uniões homoafetivas, apresentam divergências entre alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal. Apesar desse choque de posicionamentos, o judiciário vem atuando em prol desta causa minoritária.

Portanto, ao analisar a trajetória da conquista dos direitos de união dos casais homoafetivos, percebe-se que, apesar do posicionamento do judiciário se apresentar favorável ao reconhecimento dos direitos desse grupo, ainda há uma parcela minoritária que se demonstra contra esse entendimento, o que reflete negativamente na esfera de reconhecimento das prerrogativas fundamentais dos casais homossexuais.

REFERÊNCIAS

AURÉLIO, A. ADI 4277: o conceito de Família para o Supremo Tribunal Federal e a sua correspondência com a Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça. In: **Sociedade Brasileira de Direito Público**. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/276_AmandaCabral_versao_final.pdf. Acesso: 03 set 2017.

AZEVEDO, A. União entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Alvaro_Villaca_Azevedo/Unioesmesmosexo.pdf. Acesso em: 04 set 2017.

AZEVEDO, R. União civil de homossexuais contraria 55% dos brasileiros, revela pesquisa. In: **Veja**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/uniao-civil-de-homossexuais-contraria-55-dos-brasileiros-revela-pesquisa/>>. Acesso em: 10 set 2017.

BARROSO, L. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n.17, 2011. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-007-INDICE.htm>>. Acesso: 05 set 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1998). Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_175_2013.pdf>. Acesso em: 10 set 2017.

BRASIL. Minicódigo Civil e Constituição Federal. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRUNET, K. A união entre homossexuais como entidade familiar: uma questão de cidadania. Disponível em: <<http://brunet.adv.br/wp-content/uploads/2012/05/Unia%CC%83oHomoafetiva.pdf>> Acesso em: 24 ago 2017.

COSTA, W. A união estável entre homossexuais e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. In: **Âmbito Jurídico**, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9748>. Acesso em: 23 ago 2017.

DE SANTANA, R. Casamento civil e união homoafetiva. In: **DireitoNet**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7262/Casamento-civil-e-uniao-homoafetiva>> Acesso em: 23 ago 2017.

DIAS, M. B. A constitucionalização das uniões homoafetivas. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_641\)43_a_constitucionalizacao_daos_unioes_homoafetivas.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_641)43_a_constitucionalizacao_daos_unioes_homoafetivas.pdf)>. Acesso: 10 set 2017.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de família. 23.ed.rev., atual. e ampl. v.5. São Paulo: Saraiva, 2008.p.9-10.

GOMINHO, L. A evolução dos direitos dos casais homoafetivos e o Direito Sucessório. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51612/a-evolucao-dos-direitos-dos-casais-homoafetivos-e-o-direito-sucessorio>>. Acesso em: 22 ago 2017.

LOCKS, J. As novas modalidades de família. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2728>>. Acesso em: 22 ago 2017.

MARIANO, A. B. As mudanças no modelo família tradicional e o afeto como pilar de sustentação destas novas entidades familiares. In: **E-Gov**. Disponível em:<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/as_mudancas_no_modelo_familiar_tradicional_e_o_afeto.pdf>. Acesso em: 23 ago 2017.

PASSOS, M. Relações Homoafetivas: avanços e resistências. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/vivermente/artigos/relacoes_homoafetivas_avancos_e_resistencias.html>. Acesso: 09 set 2017.

PRAXEDES, Y. União estável, casamento e adoção homoafetiva. In: **JUS**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35114/uniao-estavel-casamento-e-adocao-homoafetiva/1>>. Acesso em: 22 ago 2017.

ROSA, I; MENDES, R. O Poder Judiciário e o princípio contramajoritário: uma análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação aos casais homoafetivos. In: **Revista da Faculdade de Direito – UFU**. v.42. n.2, 2014. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/27346/16332>>. Acesso: 04 set 2017.

SANTOS, B. O princípio contramajoritário como característica do controle de constitucionalidade. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/2804/2583>>. Acesso: 05 set 2017.

SUPLICY, M. Projeto de lei do senado nº 612. In: **Legis Senado**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br./sdleg-getter/documento?dm=6118220>>. Acesso em: 23 ago 2017.

TETTI, P. União estável x casamento civil pessoas do mesmo sexo. In: **Portal Morada**. Disponível em: <<http://www.portalmorada.com.br/blog/paulo-tetti/33/uniao-estavel-x-casamento-civil-pessoas-do-mesmo-sexo>>. Acesso em: 23 ago 2017.

VELOSO, A. União Homoafetiva: a diferente realidade enfrentada por casais homossexuais no Brasil e no mundo. In: **Conteúdo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41819&seo=1>>. Acesso em: 09 set 2017.

VIANA, M. **Curso de direito civil: direito de família**. V. 2. 2. ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VIANNA, R. O Instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da Instituição do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=novas%20modalidades%20de%20familia&source=web&cd=8&cad=rja&ved=0CEwQFjAH&url=http://revista.esmesc.org.br/re/article/download/41/45&ei=QYZsUOSzL4am8QTryYGwBg&usg=AFQjCNH1SSftEzhEWE4-NQOE_qykaTdnvA>. Acesso em: 22 ago 2017.

VECCHIATTI, P. R. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. - 2. ed. rev. e atual – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2012.