

# OS DIREITOS HUMANOS E AS UNIÕES HOMOAFETIVAS: OS DESAFIOS À PLENA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À DIVERSIDADE SEXUAL NO BRASIL

*SAME SEX UNION AND HUMAN RIGHTS: THE CHALLENGES FOR THE  
FULL IMPLEMENTATION OF THE SEXUAL DIVERSITY RIGHT IN BRAZIL*

**Sandro Gorski Silva<sup>1</sup>**

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná

**ÁREA(S) DO DIREITO:** direitos humanos; direitos e garantias fundamentais.

**RESUMO:** O presente artigo se propõe a verificar a ligação existente entre os direitos humanos e as uniões homoafetivas, assim como avaliar quais foram e quais ainda serão os desafios para implementar plenamente o direito à diversidade sexual no Brasil. Para desenvolver este trabalho, realizou-se um estudo sobre os direitos humanos e investigaram-se os processos de luta pela aceitação social dos homossexuais e de transformação da caracterização da família no sistema jurídico brasileiro, tendo como ponto de partida o Código Civil de 1916. Analisaram-se, ainda, o

caso emblemático do reconhecimento das uniões homoafetivas realizado pelo Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, utilizando-se do método dedutivo para a avaliação dos dados coletados e a verificação dos casos concretos. Pretende-se, destarte, reafirmar a importância da luta pela regulamentação do direito à diversidade sexual, a fim de eliminar qualquer embaraço ao pleno exercício desse direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** direitos humanos; diversidade sexual; público LGBT.

**ABSTRACT:** *This article proposes to verify the link between human rights and same-sex unions and also which were and which still*

---

<sup>1</sup> Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito (Curitiba/Paraná, Brasil), Especialista em Fundamentos Críticos: Los Derechos Humanos como Procesos de Lucha pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilha/Espanha) e em Direito Processual Civil Contemporâneo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

*E-mail:* sandrogorski@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0437855341682183>.

*will be the challenges to fully implement the sexual diversity right in Brazil. To develop this paper we carried out a study on human rights and we investigated the processes of struggle for social acceptance of homosexuals and the transformation of family characteristics in the Brazilian legal system, taking as its starting point the Civil Code of 1916. We also made an analysis about the emblematic case of recognition of same-sex unions held by the Supreme Court and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, using the deductive method for data evaluation and verification of court's cases. Thus, it is intended to reaffirm the importance of the fight for the regulation of the sexual diversity in order to eliminate any hurdle for the full exercise of this right.*

**KEYWORDS:** *human rights; sexual diversity; LGBT people.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Os direitos humanos e o processo de luta pela dignidade; 2 Os desafios à plena implementação do direito à diversidade sexual no Brasil; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Human rights and the struggle for human dignity; 2 The challenges for the full implementation of the sexual diversity right in Brazil; Conclusions; References.*

## INTRODUÇÃO

**N**os últimos anos, a América Continental e a Europa Ocidental notaram uma ruptura de paradigmas no que diz respeito à diversidade populacional. Essas sociedades se perceberam cada vez mais plurais, mais diversificadas, não se traduzindo mais no modelo tradicional, no qual o homem branco e rico dominava solenemente. A palavra de ordem tem sido, notadamente, a inclusão.

Nesse contexto, determinados grupos populacionais dantes não considerados passaram a receber a atenção do Estado, reflexo nítido da luta pelo reconhecimento dos direitos humanos que possuem perante os organismos internacionais, as Cortes de Justiça e os legisladores internos. Assim, mulheres, negros, pessoas LGBT, deficientes, entre outras minorias, foram incluídos no laço social e passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011, limitou-se apenas ao reconhecimento da validade jurídica das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, deixando sem resposta outros temas necessários à implementação do direito à diversidade sexual, como, por exemplo, a possibilidade de conversão em casamento, a adoção e, via de consequência, a questão relativa à licença-natalidade, a necessidade de proibir a discriminação em razão da orientação

sexual, criminalizando a homofobia, a revogação do crime de pederastia no âmbito militar, entre outros.

Desse modo, o presente artigo se propõe a verificar a ligação existente entre os direitos humanos e as uniões homoafetivas, assim como avaliar quais foram e quais ainda serão os desafios para implementar plenamente o direito à diversidade sexual no Brasil. Para desenvolver este trabalho, realizou-se um breve estudo sobre os direitos humanos e investigaram-se os processos de luta pela aceitação social dos homossexuais e de transformação da caracterização da família no sistema jurídico brasileiro, tendo como ponto de partida o Código Civil de 1916. Analisaram-se, ainda, o caso emblemático do reconhecimento das uniões homoafetivas realizado pelo Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, utilizando-se do método dedutivo para a avaliação dos dados coletados e a verificação dos casos concretos.

Pretende-se, destarte, reafirmar a importância da luta pela regulamentação do direito à diversidade sexual, a fim de eliminar qualquer embaraço ao pleno exercício desse direito fundamental.

## 1 OS DIREITOS HUMANOS E O PROCESSO DE LUTA PELA DIGNIDADE

A ideia dos direitos humanos é tão antiga quanto a história das civilizações e muitos foram aqueles que lutaram pelo reconhecimento de uma dignidade ao ser humano, sobretudo em razão das diversas formas de dominação, exclusão e opressão que experimentaram no passado. Segundo Douzinas<sup>2</sup>, “os direitos humanos foram desde o início a experiência política da liberdade, a expressão da luta para libertar os indivíduos da repressão externa e permitir sua auto-realização”.

Conceitualmente, a expressão “direitos humanos” faz referência à natureza, ao movimento do humanismo e a sua forma jurídica, fruto de uma breve união, no começo da modernidade, entre a filosofia política e o direito, representada pelos textos de Hobbes, Locke e Rousseau, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, pela Declaração da Independência e pela Declaração de Direitos norte-americanos, conforme observa Douzinas<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 22.

<sup>3</sup> Idem, p. 36.

Contemporaneamente, os direitos humanos são concebidos como mecanismos de proteção para se evitar as atrocidades ocorridas no contexto do Pós-Guerra e, sobretudo, as extremas violações praticadas pelo regime de Hitler. Essa é a visão nítida da Declaração Universal de 1948, internacionalizada pelas diversas Constituições promulgadas após esse período, sendo reiterada, em 1993, pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, conforme observa Comparato:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, como se percebe da leitura de seu preâmbulo, foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial, e cuja revelação só começou a ser feita – e de forma muito parcial, ou seja, com omissão de tudo o que se referia à União Soviética e de vários abusos cometidos pelas potências ocidentais – após o encerramento das hostilidades.<sup>4</sup>

Em igual sentido posiciona-se Piovesan:

Seja por fixar a ideia de que os direitos humanos são universais, decorrentes da dignidade humana e não derivados das peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, seja por incluir em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também sociais, econômicos e culturais, a Declaração de 1948 demarca a concepção contemporânea dos direitos humanos.<sup>5</sup>

Assim, a partir da Declaração de 1948, os direitos humanos passaram a ser marcados por um processo de universalização e indivisibilidade. São ditos indivisíveis, porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, não podendo um ser mitigado ou supervalorizado pelo outro, e vice-versa. Ou seja, trata-se de um bloco indivisível de direitos, interdependente e inter-relacionado, pois, na medida em que um deles é violado, todos os demais o são<sup>6</sup>. Diz-se, ainda, que os

<sup>4</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 226.

<sup>5</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 216.

<sup>6</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 45.

direitos humanos são universais, porque são inatos à condição de pessoa, isto é, a todos deve ser minimamente assegurada uma vida digna – valor intrínseco e irredutível da espécie humana<sup>7</sup>.

De outro lado, a Declaração de 1948 introduziu no cenário mundial uma política de reconstrução da proteção da dignidade humana, o que foi internacionalizado como um direito inerente a qualquer pessoa, independentemente de qualquer fato ou circunstância, influenciando o Direito Constitucional ocidental a proteger os direitos humanos, limitando o poder do Estado<sup>8</sup>.

Vale dizer que essa política fez surgir o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, que, além de dar uma resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo, como destacado, estava fundamentado, essencialmente, na crença de que parte dessas violações não teria ocorrido se houvesse mecanismos protetivos como os que se propagaram na segunda metade do século XX, conforme destaca Piovesan<sup>9</sup>.

Depois de meio século, o Direito Internacional dos Direitos Humanos firmou-se, segundo Cançado Trindade, como um ramo autônomo da ciência jurídica, cuja fonte material é a “consciência jurídica universal”, que trata

de um direito de proteção, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados. Neste propósito se mostra constituído por um corpus juris dotado de uma multiplicidade de instrumentos internacionais de proteção, de natureza e efeitos jurídicos variáveis (tratados e resoluções), operando nos âmbitos tanto global (Nações Unidas) como regional.<sup>10</sup>

Cançado Trindade<sup>11</sup> acrescenta, ainda, que a noção dos direitos humanos como sendo um conjunto de direitos intrínsecos à condição inata de pessoa, além de ser um legado das correntes ligadas ao jusnaturalismo, enaltece a ideia

---

<sup>7</sup> Idem, p. 49.

<sup>8</sup> Idem, p. 41.

<sup>9</sup> Idem, p. 43.

<sup>10</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, v. I, 2003. p. 38.

<sup>11</sup> Idem, p. 35.

de que esses direitos antecedem aos direitos dos Estados, que o poder deriva do povo e que a justiça é um norte para o direito estatal positivo. Isto é, antecedem a todas as formas de organização política e a proteção que buscam não pode e nem deve se esgotar na ação do Estado<sup>12</sup>.

De outro lado, para Comparato<sup>13</sup> a concepção de direitos humanos como sendo um direito natural seria fruto da lei escrita que condicionou a convivência humana em sociedade ao respeito desses direitos, fazendo surgir, a partir da concepção medieval de pessoa – indivíduo dotado de natureza racional –, o princípio da igualdade, que pressupõe a eliminação de todas as diferenças individuais e grupais, de ordem biológica ou cultural, o que, em última análise, consubstancia-se no núcleo do conceito universal dos direitos humanos<sup>14</sup>.

Tem-se, portanto, que os direitos humanos, além de serem aqueles necessários à vida digna, também têm como função limitar a atuação do Estado, segundo as deliberações de poder que emanam do povo, de modo a orientar a sua atuação, para que sejam sempre observados os critérios de justiça, humanidade e igualdade, assim como as ações protetivas impostas internacionalmente pelos sistemas global e regionais de proteção.

Destacam-se no sistema global de proteção o direito à igualdade, a proibição à discriminação (arts. I e II da Declaração de 1988) e o dever de os Estados-partes garantirem, sem qualquer forma de discriminação, os direitos previstos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (arts. 2º [I], 4º e 26) e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 2º), ambos de 1966.

No âmbito dos sistemas regionais europeu e interamericano, de igual forma, há cláusulas consagrando a igualdade e a proibição da discriminação. A Convenção Europeia (1950) as consignou em seu art. 14 e a Convenção Americana (1969) as adotou nos arts. 1º, 24 e 27.

Dessa forma, verifica-se que o direito à diversidade sexual encontra fundamento em toda a sistemática protetiva dos direitos humanos, não sendo admitida qualquer forma de discriminação em razão da orientação sexual, tendo, inclusive, as Nações Unidas, por meio do Conselho de Direitos Humanos,

---

<sup>12</sup> Idem, p. 45.

<sup>13</sup> Comparato, op. cit., 2001, p. 12.

<sup>14</sup> Idem, p. 19.

reconhecido expressamente, em 2011, que os direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais (LGBT) são direitos humanos<sup>15</sup>.

De toda sorte, verifica-se que a homossexualidade enfrentou no ocidente um longo processo de luta pela aceitação social na segunda metade do século XX, que culminou na ruptura de vários paradigmas que não permitiam que esse comportamento fosse visto como natural e digno de proteção. A despeito dessa conquista, emergiu um novo desafio: desconstituir dogmas jurídicos relacionados à caracterização familiar, a fim de permitir a união entre pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, o próximo tópico irá analisar os grandes desafios enfrentados nesse processo de luta pela dignidade dos homossexuais, assim como as próximas batalhas que serão travadas para tornar integralmente efetivo o direito à diversidade sexual.

## **2 OS DESAFIOS À PLENA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À DIVERSIDADE SEXUAL NO BRASIL**

### **2.1 A DESMISTIFICAÇÃO DO COMPORTAMENTO HOMOSSEXUAL**

As relações entre pessoas do mesmo sexo existem desde os tempos mais remotos e foram notadas socialmente por diversas civilizações, o que nos revela que esse comportamento faz parte da história da humanidade. Exemplo disso eram Zeus e Ganimede, o casal mais famoso da mitologia grega.

Na Grécia antiga, o sexo de um homem, ora com outro homem, ora com uma mulher, era fato social notório, sendo que este se prestava apenas à procriação. No processo educacional, um mestre iniciava sexualmente os adolescentes, objetivando transmitir-lhes sabedoria<sup>16</sup>.

No entanto, com o advento do cristianismo, essa conduta passou a ser castigada por atentar as leis divinas. Nesse período, a Igreja exercia forte domínio social e a população cristã perfazia a voz de Deus, ou seja, o entendimento majoritário do povo era considerado regra divina. Com isso, a Igreja passou a ser a maior perseguidora daqueles que praticavam atos sexuais com pessoas do mesmo sexo, notadamente no período da Santa Inquisição. Nessa época, a influência da Igreja foi extrema, tanto que chegou a fazer parte das discussões

<sup>15</sup> GORISCH, Patrícia. *O reconhecimento dos direitos humanos LGBT: de Stonewall à ONU*. Curitiba: Appris, 2014. p. 44.

<sup>16</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 36.

jurídicas. Em 1179, o III Concílio de Latrão classificou a conduta como crime. Posteriormente, a primeira codificação ocidental culminou pena de morte àquela prática<sup>17</sup>.

Foi somente a partir da ruptura com a Igreja, quando o casamento passou a ser oficializado pelo Estado, sem deixar de lado o seu caráter patrimonial, que outras formas de relacionamento surgiram, e aquele comportamento passou a ser visto como opcional, compreensível, e não mais como crime<sup>18</sup>.

Conceitualmente, a homossexualidade surgiu no século XIX, definida pela medicina como uma atração sexual e afetiva entre pessoas do mesmo sexo, caracterizada, à época, por um desvio comportamental<sup>19</sup>.

Nesse período, a homossexualidade recebeu, inclusive, outra terminologia acrescida do sufixo “ismo”, cujo significado, na medicina, refere-se a um distúrbio mental, a uma doença, motivo pelo qual se empregou a expressão “homossexualismo”, que a vinculou a esse contexto modelado por uma específica parcela da sociedade, que a cunhou a partir do aparato científico disponível naquele momento histórico.

Quem, primeiramente, dedicou-se ao tema foi o médico Karoly Benkert<sup>20</sup>, sendo-lhe atribuído, inclusive, o termo “homossexualidade”, que significa sexualidade semelhante – *homo* do grego é semelhante e *sexus* remete à sexualidade. Ele concluiu, em 1869, que a homossexualidade não era uma preferência sexual.

Mais tarde surgiram outros grupos de médicos que a chamaram de perversão sexual, por afastar-se da heterossexualidade<sup>21</sup>. Em 1935, Sigmund Freud desconsiderou o aspecto patológico, passando a admiti-la e protegê-la, vendo-a como uma variação da função sexual, não podendo mais ser considerada crime, sob pena de se cometer grande injustiça e crueldade<sup>22</sup>.

No entanto, somente em 1948 Alfred Kinsey constatou, após experimentos empíricos nos Estados Unidos, que a homossexualidade de fato não era uma

---

<sup>17</sup> Idem, p. 38.

<sup>18</sup> Idem, p. 41.

<sup>19</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 66.

<sup>20</sup> Dias, op. cit., p. 46.

<sup>21</sup> Girardi, op. cit., p. 67.

<sup>22</sup> Idem, loc. cit.



doença, mas, sim, uma série de comportamentos relativos à identidade sexual, considerados “variações normais do comportamento sexual humano”<sup>23</sup>.

A partir dessa constatação, grandes movimentos sociais começaram a surgir, a fim de pleitear dignidade e igualdade de tratamento perante a sociedade, que, constantemente, atentava contra a população homossexual. A primeira manifestação ocorreu entre os dias 27 e 29 de junho de 1969, no Greenwich Village, na cidade de Nova Iorque, e ficou conhecida como o motim de *Stonewall*<sup>24</sup>.

No ano seguinte, inspirados pelo ocorrido em Nova Iorque, gays e feministas juntaram-se para paralisar a convenção nacional da Associação Americana de Psiquiatria, em São Francisco, nos Estados Unidos. A interrupção aconteceu no momento em que se apresentou um documento que estipulava tratamento para a mudança da orientação sexual utilizando-se de choque elétrico e drogas, em conjunto com imagens sexualmente provocantes com pessoas do mesmo sexo<sup>25</sup>.

Esses protestos foram responsáveis por desmistificar o estereótipo negativo da homossexualidade, razão pela qual, finalmente em 1974, aquela associação retirou-a da condição de distúrbios mentais<sup>26</sup>.

Em 1993, foi a vez da Organização Mundial da Saúde (OMS) remover, também, a concepção doentia da homossexualidade do Capítulo de “Desvios e Transtornos Sexuais”, passando-a para o Capítulo de “Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais”. No entanto, desde de 1995, a OMS não mais a consigna, no catálogo de doenças, transtornos ou sintomas<sup>27</sup>.

Segundo Viviane Girardi, a tipificação patológica foi de grande relevância para a população homossexual, ao longo do período histórico, pois lhes garantiu proteção contra a tirania estatal e religiosa, que a via como pecado ou, ainda, como crime. No entanto, lamenta-se que esse discurso médico ainda se verifique atualmente, servindo como fundamento de discriminação<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> HOPCKE, Robert H. *Jung, junguianos e a homossexualidade*. Trad. Cássia Rocha. São Paulo: Siciliano, 1989. Apud Girardi, op. cit., 2005, p. 19.

<sup>24</sup> POLIKOFF, Nancy D. *Beyond (straight and gay) marriage: valuing all families under the law*. Boston: Beacon Press, 2008. p. 35.

<sup>25</sup> Idem, loc. cit.

<sup>26</sup> Dias, op. cit., 2009, p. 53.

<sup>27</sup> Idem, loc. cit.

<sup>28</sup> Girardi, op. cit., p. 69.

Muito embora não seja mais considerada doença, há, ainda hoje, correntes de “conversão” que pretendem movimentos “ex-gays”, mesmo tendo o Conselho Federal de Psicologia brasileiro proibido a possibilidade de tratamento, ou “cura”, para a homossexualidade há mais de dez anos.

## 2.2 A REGULAMENTAÇÃO DA FAMÍLIA NO BRASIL

A sociedade já reconheceu há muito tempo o importante papel que a família desempenha no círculo social, notadamente porque ela perfaz o ideal pessoal de felicidade, desenvolve a personalidade humana e forma núcleos sociais, que se dão ao redor da “estrutura familiar e não em torno de outros grupos ou dos indivíduos em si mesmos”<sup>29</sup>.

Com efeito, o legislador brasileiro, influenciado pela cultura do início do século XX, foi levado a disciplinar as relações jurídicas atinentes à família, fazendo surgir, no Código Civil de 1916, um regramento que passou a ser a lei fundamental sobre a matéria, pois a Constituição de 1891, ainda vigente à época, pouco discorria sobre a questão, limitando-se a prever o casamento<sup>30</sup>.

Isso fez com que o diploma de 1916 passasse a ocupar o centro do ordenamento jurídico brasileiro, ainda que existisse a superioridade hierárquica constitucional, sobretudo porque passou a regular a vida privada dos indivíduos. Às antigas Constituições restava um papel secundário, eis que raramente adentravam na vida do particular<sup>31</sup>.

Estruturalmente, a codificação novecentista se baseava fundamentalmente em 3 pilares – no contrato, na família e na propriedade –, o que contribuiu para que a instituição familiar recebesse mais relevância que as próprias pessoas que a formavam, por isso caracterizada como transpessoal, ou seja, ainda que qualificada como patriarcal, matrimonializada e hierarquizada, o foco do legislador não estava nas relações pessoais, mas sempre na instituição que ocupava o topo da pirâmide<sup>32</sup>.

O casamento, considerado tão somente a partir da união matrimonializada, era o único meio de outorgar legitimidade à família e gerava um vínculo

---

<sup>29</sup> Dias, op. cit., 2009, p. 119.

<sup>30</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 45.

<sup>31</sup> Girardi, op. cit., 2005, p. 35.

<sup>32</sup> Fachin, op. cit., p. 46.

indissolúvel<sup>33</sup>. Na sociedade conjugal, não existia igualdade entre os homens e as mulheres, uma vez que a própria lei estabelecia o homem como sendo o chefe da família, restando à mulher a posição de submissão e, inclusive, de relativamente capaz após o casamento, sequer se cogitando a possibilidade de divórcio.

Com relação aos filhos, existia diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, entre filhos naturais e adotivos. De igual forma, as entidades extra-matrimoniais desmereciam atenção, sendo consideradas ilegítimas e impedidas de figurar no centro das relações jurídicas, razão pela qual se proibiam as doações, as indenizações de seguros e a possibilidade de receber herança<sup>34</sup>.

Esse cenário contribuiu para que o antigo diploma ficasse conhecido como a “lei da desigualdade”<sup>35</sup>, notadamente, porque não observava laços de afetividade para a caracterização da família, na medida que somente o parentesco consanguíneo e aquele por afinidade, oriundo do casamento, eram os fatores determinantes para a configuração clássica de família. Em relação às uniões formadas entre pessoas do mesmo sexo nada existia.

Essa (falta de) juridicidade foi resultado de uma sociedade dominada pelas classes abastadas que queriam defender apenas os seus interesses. A população brasileira de 1900 se limitava a comunidades agrícolas proprietárias de escravos e agregados de fazendas e engenhos, que, em eleições fictas, praticamente nomeavam os seus governantes. Assim, a norma jurídica servia de instrumento para que os sujeitos de direito (aqueles que tinham propriedade) modelassem as relações de direito, segundo modelos jurídicos privados, garantindo apenas interesses próprios<sup>36</sup>.

Com a evolução social, percebeu-se que o diploma não retratava a realidade, porque não proporcionava à família uma concepção baseada na afetividade e era também bastante excludente. Com efeito, o Direito de Família passou a ser cenário de severas alterações, sobretudo com o fim de dissolver com dogmas conservadores e com a visão ultrapassada do modelo familiar codificado.

---

<sup>33</sup> Dias, op. cit., 2009, p. 121.

<sup>34</sup> Idem, p. 121.

<sup>35</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 32.

<sup>36</sup> Idem, p. 16.

Esse processo de transformação iniciou-se com a Lei nº 4.212/1962, conhecida como o Estatuto da Mulher Casada, responsável por trazer a capacidade para a mulher. Mais tarde, a possibilidade de divórcio foi garantida pela Lei nº 6.515/1977. Mas foi com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que se instalaram mudanças mais acentuadas, tais como a igualdade entre os homens e as mulheres, entre os direitos e os deveres na sociedade conjugal e, também, entre os filhos, pondo fim à discriminação relativa à filiação.

Com a promulgação da nova ordem jurídica, surgiram as primeiras leis que implementaram os princípios constitucionais, incidindo diretamente sobre o Direito Civil e as relações por este regulada, tais como: o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), o Código de Defesa do Consumidor (1990), a Lei sobre Investigação de Paternidade (1992) e a Lei sobre os Direitos dos Companheiros (1994)<sup>37</sup>.

No âmbito da constituição familiar, o texto constitucional consagrou o princípio da afetividade, tutelando o afeto dos indivíduos como elemento caracterizador da família, o que lhe conferiu uma outra concepção<sup>38</sup>. Segundo Viviane Girardi<sup>39</sup>, a família está, após a Constituição de 1988, mais fundamentada na “solidariedade e ajuda mútua dos seus membros do que no império da lei”.

Para Maria Berenice Dias, o novo texto constitucional permitiu que todas as espécies de vínculos com base no afeto tivessem feição de família e merecessem proteção do Estado, sobretudo face à cláusula de proteção da dignidade da pessoa humana, consagrada como pétrea na Constituição Federal de 1988<sup>40</sup>.

Em consonância, Ana Carla Matos<sup>41</sup> destaca que “diversos juristas apontam a não-possibilidade de se restringir a um determinado modelo ideal de sociedade, (pois) insuficiente para realidade fática atual”.

Com efeito, o foco legislativo saiu, então, da instituição estritamente considerada para concentrar-se nas pessoas que formam o parentesco afetivo,

---

<sup>37</sup> Girardi, op. cit., 2005, p. 36.

<sup>38</sup> NAHAS, Luciana Faísca. *União homossexual: proteção constitucional*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 110.

<sup>39</sup> Girardi, op. cit., p. 24.

<sup>40</sup> Dias, op. cit., 2009, p. 129.

<sup>41</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Unões entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 8.

destacando-se o caráter eudemonista como norte para o Direito de Família<sup>42</sup>, isto é, a busca pela felicidade passou a ser considerada um bem supremo, princípio e fundamento dos valores morais.

Desse modo, o Código Civil de 1916 tornou-se obsoleto, “letra morta de lei”, pois quase todo diploma foi revogado/derrogado ou ganhou novo sentido em virtude da promulgação da nova Carta Magna<sup>43</sup>. Justamente nesse aspecto está o grande mérito da Constituição de 1988, pois, além de praticamente revogar toda a disposição anterior ultrapassada, implantou a necessidade de elaboração de um novo diploma, abordando questões pontuais, não somente sobre a família, como também sobre toda a vida civil do cidadão brasileiro.

Nesse contexto, tornou-se necessário reestruturar ou dar nova interpretação às leis infraconstitucionais, visto que muitas leis não foram recepcionadas ou não estavam em plena harmonia com todos os direitos e garantias assegurados pela Constituição de 1988.

Assim, ganhou força o projeto de elaboração de um novo Código Civil, que resultou no diploma que está vigente desde 2003. A nova legislação contou com a aplicação de diversos princípios constitucionais, ratificando alguns dos direitos garantidos pela Carta Constitucional, e trouxe inúmeras modificações na caracterização do conceito de família, entre elas a admissão da entidade familiar além da família clássica, compreendendo comunidades não abarcadas pelo casamento, como a família monoparental e a união estável.

Em comparação com o antigo diploma, a alteração mais relevante foi a transferência de matérias antes reguladas pelo Código e agora objeto da esfera constitucional, fazendo com que a legislação infraconstitucional ficasse em um segundo plano, tendo em vista que a família, conforme anteriormente visto, passou a ser considerada como a realização de um desejo, de um sentimento de cada um, digna de amparo pela Lei Maior.

Com efeito, verifica-se que o Direito de Família foi objeto de um processo de relativização, pois os valores que antes eram primordiais na caracterização da família hoje foram mitigados, em virtude de as novas leis colocarem o ser humano como o centro das relações jurídicas, em detrimento da instituição e dos

---

<sup>42</sup> MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A constitucionalização do casamento homossexual*. São Paulo: LTr, 2008. p. 38.

<sup>43</sup> Girardi, op. cit., p. 36.

valores patrimoniais estritamente considerados. Para Fachin<sup>44</sup>, a transformação legislativa ocorrida, trazendo elementos valorativos da pessoa, considerada em sua dignidade humana, é a maneira pela qual se efetiva o real Estado de Direito.

A nova ordem constitucional promulgada eliminou, ainda, a desigualdade entre o homem e a mulher, por meio do princípio da isonomia jurídica, afirmando que todos são iguais perante a lei, proibindo-se a discriminação em razão de origem, sexo, raça, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação. A dignidade da pessoa humana foi posta acima de todas as outras relações sociais.

Assim, relativizou-se o conceito de família para o Direito de Família contemporâneo, tendo o casamento perdido, inclusive, o *status* de instituição, pois hoje seria considerado somente mais um dos meios pelos quais pode um indivíduo realizar-se com a finalidade de formação familiar, em um contexto eudemonista<sup>45</sup>.

Nesse sentido expõe Fachin<sup>46</sup>: “Sob o pálio da CF 1988, diversos aspectos fundamentais redirecionaram a jurisprudência, a doutrina e a legislação. Por isso, a reavivitação do Direito Civil da Família compreende o Direito Constitucional da Família”.

Esse fenômeno da repersonalização ou relativização da caracterização familiar impôs ao Direito de Família, portanto, a necessidade de ser cotejado sempre com olhos no texto constitucional<sup>47</sup>. Para Viviane Girardi, esse fenômeno de incidência do direito constitucional sobre a matéria infraconstitucional, chamado também de constitucionalização do Direito Civil, foi igualmente verificado em outros países ocidentais, nos quais “o deslocamento deu-se quanto ao ponto de articulação desse sistema, antes centralizado no Código e agora voltado para o texto constitucional”<sup>48</sup>.

A alteração do ponto de convergência permitiu, assim, que os limites interpretativos de aplicação civis não se restringissem mais à visão liberal

---

<sup>44</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 4.

<sup>45</sup> Matos, op. cit., 2004, p. 27.

<sup>46</sup> Fachin, op. cit., 2004, p. 15.

<sup>47</sup> FACHIN, Luiz Edson. Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 41-46.

<sup>48</sup> Girardi, op. cit., 2005, p. 37.

burguesa, que prevaleceu no diploma anterior, mas se voltassem, agora, para os “valores de uma ética social que funda a Constituição Federal de 1988”<sup>49</sup>.

Isso porque o texto constitucional estabeleceu a proteção à família, considerando-a como base da sociedade, tal qual prevê a Declaração Universal dos Direitos do Homem no art. 16.3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito a proteção da sociedade e do Estado”<sup>50</sup>.

Com essa nova concepção, difícil seria fazer uma distinção entre o matrimônio, a união estável ou, mesmo, a capacidade reprodutiva, pois esses elementos não servem mais para a caracterização da família<sup>51</sup>. Sendo assim, tornou-se ultrapassada a proposta de somente se considerar como família aquela união formada entre pessoas de sexos diferentes.

### **2.3 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À DIVERSIDADE SEXUAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E PELAS NAÇÕES UNIDAS**

No final do século XX, as famílias formadas por pessoas de igual sexo passaram a ser admitidas pelo direito, inicialmente, como meras sociedades de fato, sendo no campo dos direitos das obrigações que as questões advindas dessas relações eram analisadas, justificando-se, assim, a partilha e a herança. Quando não existia patrimônio a ser dividido, aplicava-se a ideia de relação laboral, indenizando-se o serviço doméstico, fazendo-se crer a ideia de prestação de serviços<sup>52</sup>.

Com as alterações legislativas assinaladas anteriormente, a apreciação de conflitos oriundos das relações afetivas entre pares do mesmo sexo saiu do campo do direito das obrigações, pois o caráter não patrimonial pareceu estar bastante evidente, passando, em semelhança às relações entre heterossexuais, para a esfera do Direito de Família.

Isso porque se percebeu que os grupos familiares existentes vão muito além dos modelos codificados, sendo o afeto o critério responsável pela constituição,

---

<sup>49</sup> Idem, p. 39.

<sup>50</sup> Idem, p. 40.

<sup>51</sup> Dias, op. cit., 2009, p. 128.

<sup>52</sup> Idem, p. 124.

transformação e extinção dos laços familiares, em detrimento do modelo único patriarcal que se voltava para o patrimônio.

De toda sorte, para terem esse direito reconhecido juridicamente, os pares de igual sexo necessitavam pedir a chancela do Estado, pois o exercício do direito à diversidade sexual não estava garantido automaticamente. Com efeito, chegou até o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, as quais, julgadas conjuntamente em 2011, outorgaram validade a união estável homoafetiva, *in verbis*:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) - PERDA PARCIAL DE OBJETO - RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO - CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA - JULGAMENTO CONJUNTO - Encampação dos fundamentos da ADPF 132/RJ pela ADIn 4.277/DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES - A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL - HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALORSÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL - LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE - DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA - CLÁUSULA PÉTREA - O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou



implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA - RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA - A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL - DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA - INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA - O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais

heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL - NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA - FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO - IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA” - A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo

a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu § 3º. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *subjudice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO – Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do

reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”) – RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA – PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES – Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.<sup>53</sup>

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também já teve a oportunidade de decidir sobre a questão envolvendo a discriminação em razão da orientação sexual no caso *Atala Riffo y Niñas v. Chile*<sup>54</sup>.

A Corte entendeu que, ao conferir a custódia das três filhas ao pai, sob o fundamento de que a Sra. Atala não poderia obtê-la em razão de conviver com pessoa do mesmo sexo após o divórcio, o Estado chileno violou o art. 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe sobre a obrigação do Estado-parte de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e das liberdades nela previstos sem qualquer discriminação.

No julgamento, ficou consignado que a conduta discriminatória do Estado chileno é incompatível com a Convenção Americana e que o direito interno, seja por meio de decisão, seja por meio de norma, não pode restringir ou diminuir

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000180733&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 23 dez. 2014.

<sup>54</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Atala Riffo y Niñas versus Chile*. Disponível em: <[http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?option=com\\_content&view=article&catid=40:resumen&id=1612](http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?option=com_content&view=article&catid=40:resumen&id=1612)>. Acesso em: 23 dez. 2014.

direitos de uma pessoa, considerando a sua orientação sexual, porquanto esta encontra respaldo no direito à livre autodeterminação, o que garante ao indivíduo a livre escolha de opções e circunstâncias que lhe dão sentido à vida, segundo as suas próprias convicções.

A Corte afirmou, também, que a Convenção Americana não traz um modelo fechado ou tradicional de família, mas, ao revés, entende que o conceito de família é amplo e abarca outros laços familiares baseados no afeto.

De outro lado, a decisão enfatizou que o princípio do melhor interesse da criança não pode ser invocado para gerar uma discriminação por orientação sexual contra os próprios pais e tampouco pode se basear em especulações, presunções, estereótipos e considerações generalizadas de características dos pais ou preferências culturais pertinentes a conceitos tradicionais de família, devendo os riscos e danos ser concretamente provados.

No âmbito do Sistema Global de Proteção, as Nações Unidas editaram, em 2011, uma Resolução no Conselho de Direitos Humanos, afirmando expressamente que os direitos LGBT são direitos humanos<sup>55</sup>. Muito embora não tenha força vinculante originária, a resolução pode se tornar documento de observância obrigatória, após a aceitação explícita ou tácita dos Estados. Tendo em vista que o Brasil foi um dos Estados proponentes da resolução, considera-se que houve aceite tácito, o que implica dizer que o território brasileiro deve cumpri-la<sup>56</sup>.

De toda sorte, em que pese todo o reconhecimento de direitos das pessoas LGBT, o Brasil ainda necessita percorrer um grande caminho para que essa população possa exercer os seus direitos plenamente. Esse desafio será abordado a seguir.

## 2.4 OS PRÓXIMOS DESAFIOS DA SOCIEDADE BRASILEIRA

Tendo em vista que a Suprema Corte brasileira apenas reconheceu a validade jurídica das uniões homoafetivas, silenciando-se a respeito de diversos outros temas decorrentes dessa judicialização, os casais homoafetivos têm verificado, na prática, algumas barreiras para exercer plenamente o direito à diversidade sexual.

---

<sup>55</sup> Gorisch, op. cit., 2014, p. 44.

<sup>56</sup> Idem, p. 45.

A primeira e mais contundente delas diz respeito à possibilidade de conversão da união estável entre pares do mesmo sexo, chancelada pelo Supremo Tribunal em casamento. Isso porque o art. 226, § 3º, do texto constitucional estabelece que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.

De forma inteligente, a Corregedoria-Geral de Justiça dos Tribunais de Justiça dos Estados tem criado resoluções/instruções aos cartórios regulamentando essa conversão na própria via extrajudicial. De toda sorte, não fosse esse ato de vigor intelectual, o direito à conversão da união estável em casamento somente seria reconhecido por meio de eventual decisão judicial favorável, o que demanda o ajuizamento de ação, cuja duração, sabe-se, tem desrespeitado o limite do razoável nos Tribunais brasileiros. Isso sem mencionar a possibilidade de o feito ser distribuído a um magistrado ou ter a participação de um membro do Ministério Público com entendimento dissidente, o que retardaria ainda mais o processo de conversão.

Visando à pacificação da questão, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 175, em maio de 2013, garantindo a vedação da recusa de habilitação para o casamento de casais homossexuais. No entanto, a competência do CNJ não é jurisdicional e, portanto, a resolução editada trata-se de uma recomendação aos juízes brasileiros, sem caráter vinculante.

Dado o contexto atual sobre a possibilidade de conversão em casamento, acredita-se que a questão tenha sido pacificada em todos os Tribunais. Mas, não raras vezes, tem-se notícia da propositura de reclamações no Supremo Tribunal Federal visando à preservação do entendimento pacificado pela Corte em 2011, o que justifica a necessidade de o Congresso Nacional arrematar toda e qualquer discussão sobre a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Outra questão que desperta entendimentos dissonantes é a adoção. Muito embora o Estatuto da Criança e do Adolescente não traga qualquer proibição sobre a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, na prática, na fila da adoção, testemunha-se que a pretensão de adoção por esses cônjuges depende unicamente da vontade do operador do Direito no caso concreto.

Por essa razão, muitos casais pleiteiam a adoção individualmente, o que traz inúmeros prejuízos à criança, na medida em que ela fica completamente

desamparada em relação ao outro parceiro, que não tem responsabilidade ou deveres decorrentes do poder familiar<sup>57</sup>.

Nesse sentido, muito atento à realidade do país e, principalmente, ao número de crianças em abrigos consideradas inadotáveis, porque não são objeto de desejo de uma grande maioria que aguarda o deferimento da adoção, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se sobre o tema, confirmando a concessão de uma adoção para um casal formado por pessoas do mesmo sexo<sup>58</sup>.

Ocorre que esse cenário relava duas situações. A primeira positiva, porque já há um precedente no Brasil conferindo a adoção a casal homoafetivo. De outro lado, a conjuntura negativa: trata-se de precedente sem efeito vinculante – o que não gera observância obrigatória para os demais órgãos jurisdicionais do País. Com efeito, é necessário deixar esse direito mais explícito no sistema legal, incorporando a visão dos tratados e das convenções internacionais a respeito, impedindo a possibilidade de discriminação em razão da orientação sexual.

Decorrente não só da adoção, mas também da reprodução humana assistida envolvendo uniões do mesmo sexo, a “licença-maternidade” precisa ser revista. Tal qual atualmente é prevista, só dá direito à mulher, excluindo os casais formados por dois homens e, na hipótese de serem duas mulheres, apenas uma delas pode receber o benefício.

No que diz respeito ao direito à intimidade e não intromissão na vida privada, atualmente não há qualquer garantia sobre a confidencialidade de informações envolvendo a diversidade sexual no âmbito laboral, seja no momento da contratação, para evitar a discriminação, seja na oportunidade em que se pleiteia a extensão de benefícios trabalhistas ao parceiro de trabalhador homossexual, como, por exemplo, o plano de saúde.

No tocante à discriminação em razão da orientação sexual, não há na legislação penal brasileira um crime específico prevendo a responsabilidade daquele que atenta contra a população LBGT e tampouco causas de aumento de pena de crimes por ela motivados. De outro lado, o Código Penal Militar ainda estabelece o crime de pederastia, e não há a garantia de que os homossexuais possam prestar serviço militar ou seguir qualquer carreira nas forças armadas.

---

<sup>57</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direitos das famílias*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 512.

<sup>58</sup> Idem, *ibidem*.

No sistema carcerário, não se verifica qualquer atenção à orientação sexual do preso, o que legitima a ocorrência da discriminação, e, não raras vezes, causa risco à integridade física e psíquica do encarcerado.

Desse modo, uma possível solução para que as violações aos direitos humanos do público LGBT cessem passa, necessariamente, pela readequação do sistema jurídico, tal qual defende Maria Berenice Dias, com a criação de um Estatuto da Diversidade Sexual<sup>59</sup>. Mas não pode e nem deve limitar-se a essa alteração legislativa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ruptura de paradigmas em relação à diversidade populacional perpetrada nos últimos anos na América Continental e na Europa Ocidental fez com essas sociedades se tornassem mais plurais, mais diversificadas, não se traduzindo mais no modelo tradicional em que o homem branco e rico dominava solenemente.

Esse processo possibilitou, nos últimos anos, uma onda de reconhecimento dos direitos LGBT, o que permitiu uma parcial inclusão desse público na sociedade, haja vista que o direito à diversidade sexual não foi integralmente implementado no Brasil.

Frise-se que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011, não dirimiu diversos outros temas necessários à efetivação do direito à diversidade sexual, como, por exemplo, a possibilidade de conversão em casamento, a adoção e, via de consequência, a questão relativa à licença-natalidade, a necessidade de proibir a discriminação em razão da orientação sexual, criminalizando a homofobia, a revogação do crime de pederastia no âmbito militar, entre outros.

Para que esses desafios sejam vencidos, necessário se faz a aprovação de uma lei que altere todo o sistema legal brasileiro, consignando a igualdade de direitos e readequando todos os dispositivos que são passíveis de gerar qualquer obstáculo ao pleno exercício da diversidade sexual.

Todavia, de nada adianta a mudança e/ou a criação de uma lei se não houver políticas públicas de educação em direitos humanos voltadas à desmistificação dos conceitos que ainda estigmatizam a população LGBT.

---

<sup>59</sup> BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Estatuto da Diversidade Sexual. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/22519/oab-estatuto-da-diversidade-sexual-e-marco-na-defesa-do-ser-humano>>. Acesso em: 21 jan. 2015.



Há uma necessidade urgente de romper-se com o discurso hegemônico que pretende reproduzir socialmente a visão da família patriarcal. Somente assim o direito à diversidade sexual se tornará efetivo.

Espera-se, destarte, que o presente estudo tenha colaborado para o processo de luta pela dignidade desse grupo minoritário e que a elucidação dos desafios assinalados contribua para a eliminação do preconceito e consolide uma sociedade em que todos os cidadãos cumpridores de seus deveres tenham efetivamente os mesmos direitos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000180733&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 23 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Estatuto da Diversidade Sexual. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/22519/oab-estatuto-da-diversidade-sexual-e-marco-na-defesa-do-ser-humano>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, v. I, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y Niñas *versus* Chile. Disponível em: <[http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?option=com\\_content&view=article&catid=40:resumen&id=1612](http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?option=com_content&view=article&catid=40:resumen&id=1612)>. Acesso em: 23 dez. 2014.

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. *Manual de direitos das famílias*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

\_\_\_\_\_. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 41-46.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao novo Código Civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GORISCH, Patrícia. *O reconhecimento dos direitos humanos LGBT: de Stonewall à ONU*. Curitiba: Appris, 2014.

HOPCKE, Robert H. Jung, junguianos e a homossexualidade. Trad. Cássia Rocha. São Paulo: Siciliano, 1989. Apud GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

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

NAHAS, Luciana Faísca. *União homossexual: proteção constitucional*. Curitiba: Juruá, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

POLIKOFF, Nancy D. *Beyond (straight and gay) marriage: valuing all families under the law*. Boston: Beacon Press, 2008.

Submissão em: 25.07.2015

Avaliado em: 05.09.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 23.11.2015 (Avaliador B)

Aceito em: 08.06.2016