

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNDB
CURSO DE DIREITO

NOELE DA SILVA RIBEIRO

ADEQUAÇÃO DA NORMA AO FATO: uma análise quantitativa e qualitativa da percepção da publicidade nos relacionamentos homoafetivos e a possibilidade de mitigação do requisito da convivência pública pelos Tribunais de Justiça

São Luís

2021

NOELE DA SILVA RIBEIRO

ADEQUAÇÃO DA NORMA AO FATO: uma análise quantitativa e qualitativa da percepção da publicidade nos relacionamentos homoafetivos e a possibilidade de relativização do requisito da convivência pública pelos Tribunais de Justiça

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Bruna Barbieri Waquim

São Luís

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Ribeiro, Noele da Silva

Adequação da norma ao fato: uma análise quantitativa e qualitativa da percepção da publicidade nos relacionamentos homoafetivos e a possibilidade de relativização do requisito da convivência pública pelos Tribunais de Justiça. / Noele da Silva Ribeiro. __ São Luís, 2021.

84 f.

Orientadora: Profa. Dra. Bruna Barbieri Waquim

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2021.

1. União homoafetiva. 2. Família – União estável. 4. Publicidade – Jurisprudência. I. Título. CDU347.62:659.1

NOELE DA SILVA RIBEIRO

ADEQUAÇÃO DA NORMA AO FATO: uma análise quantitativa e qualitativa da percepção da publicidade nos relacionamentos homoafetivos e a possibilidade de mitigação do requisito da convivência pública pelos Tribunais de Justiça

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 23/06/2021

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Bruna Barbieri Waquim (Orientadora)
Centro Universitário UNDB

Profa. Camila Costa Reis Rodrigues (Membro externo)
Centro Universitário UNDB

Prof. Thiago Gomes Viana
Centro Universitário UNDB

Aos meus pais Flávia e Carlos, por sua inesgotável fonte de amor, sabedoria, paciência e por sempre tornar meus sonhos os seus.

AGRADECIMENTOS

Nesta etapa da minha vida, assim como em todas as outras, até o fim, demonstro publicamente minha gratidão – palavra pequena para enaltecer a minha mãe e o meu pai por todo o suporte afetivo que tive em demasia, seja pelo cuidado excessivo, seja pelas incontáveis vezes em que precisei de um favor nas horas mais inconvenientes, seja pelos ensinamentos constantes de honestidade e gentileza, os quais tento todo dia exercitar...obrigada !vocês são o início e o fim. Estão em meus agradecimentos também minha irmã, Mariele, pelo incentivo nos tempos tumultuosos, minha avó Maria, que tal como a música de Milton Nascimento traz no peito essa raça e a estranha mania de ter fé na vida. Meus eternos agradecimentos ao meu avô Francisco Bezerra, em memória, pelo exemplo de bondade, humanidade e doação para com os seus e com os outros que eu só vi igual raríssimas vezes.

Não poderia faltar nestes agradecimentos aquele que foi meu fiel escudeiro nessa jornada acadêmica e na jornada da vida, a certeza da presença em qualquer caminhada, uma rocha sob a qual eu me mantive em pé em muitas ocasiões, meu namorado Gleydson. Agradeço aos meus melhores amigos nessa vida, meus tios, que acreditaram nessa escolha e me ajudaram até aqui: Soraia, Mirnaia, Samya, Junior, Kenyson, Cledson, Wallyson, Jéssica e Romário.

Há ainda motivo de gratidão para com aqueles que me ampararam afetuosamente nessa Ilha, deixando tudo mais leve, meus tios Dagmar e Natal, minhas primas Gisélia e Giselma e a minha sogra Edna, obrigada por todo o amor com que tratam.

Agradeço à minha orientadora Dra. Bruna Barbieri Waquim pelo exemplo de excelência com o qual conduz seu ensinar, mas especialmente pela forma gentil e humana de exercer a docência, especialmente a mim enquanto orientanda. Todos estamos precisados de profissionais como você nesses tempos difíceis.

Agradeço também aos amigos da academia que dividiram os desesperos estudantis, as risadas, os momentos de descontração: Dhaycon, Ellem, Josenilson, Mayara, Victor, Raissa e Rosilene. Compartilhar esses cinco anos com vocês foi muito especial para mim. Obrigada, por fim, ao corpo docente do curso de direito da UNDB, especialmente aos professores que compartilham o conhecimento técnico de uma maneira crítica, que inquieta, estimula e nos faz pensar “fora da caixinha”. Gratidão.

RESUMO

Este trabalho investiga sobre o requisito da publicidade dentro das relações homoafetivas e a partir disso busca verificar se há ou não a necessidade de contextualizá-lo quando for pleiteado reconhecimento de união estável pelos tribunais pátrios. Para tanto, traça-se o objetivo geral de compreender o requisito da publicidade presente no art. 1.723 do Código Civil sob a luz das uniões homoafetivas. Primeiramente busca-se estudar o instituto da união estável, as formas de família e o papel jurídico do afeto. Em seguida estuda-se especialmente sobre as famílias homoafetivas, seus agentes e o julgamento conjunto da ADI 4277 e ADPF 123. Por fim, analisa-se por meio de abordagem quantitativa e qualitativa os dados fornecidos pelos participantes para entender a dimensão da publicidade em seus relacionamentos, assim como investiga-se por meio de jurisprudência a posição dos juízes frente a essa realidade. A metodologia que melhor se aplica para chegar aos objetivos é a pesquisa exploratória, utilizando o método hipotético-dedutivo, com abordagem quantitativa e qualitativa. Por fim, constata-se que a publicidade é vista pela maioria dos participantes como um óbice ao reconhecimento das uniões uma vez que as relações não são vividas de forma explícita em todos os meios e mídias sociais em que o casal está inserido. Os tribunais também se mostraram majoritariamente favoráveis a ponderar a aplicação da convivência pública diante da especificidade de cada caso.

Palavras-chave: Família. Jurisprudência. Publicidade. União estável. União homoafetiva.

ABSTRACT

This paper investigates the requirement of publicity within homo-affective relationships and from that it seeks to verify whether there is a need to contextualize it when the recognition of a stable union is sought by the national courts. Therefore, the general objective of understanding the publicity requirement in article 1.723 of the Civil Code in the light of the same-sex unions. Firstly, we seek to study the institute of a stable union, different forms of family and the legal role of affection. Then, it is studied especially about how homo-affective families, their agents and the joint judgment of unconstitutionality Actions (ADI 4277 and ADPF 123). In the end, it is analyzed by means of a quantitative and qualitative approach of the data provided by the participants to understand the dimension of publicity in attribution, as well how the judges' position in relation to this reality is investigated through jurisprudence. The methodology that best applies to reach the objectives is exploratory research, using the hypothetical-deductive method, with a quantitative and qualitative approach. Finally, it appears that publicity is seen by most participants as an obstacle to the recognition of unions since relationships are not lived in a explicit way in all social media or for all people they know. The courts also relate mostly favorable to considering the application of public coexistence in view of the specificity of each case.

Keywords: Family. Jurisprudence. Publicity. Stable union. Homo-affective union.

LISTA DE GRÁFICOS

- Gráfico 01 Percentual de pessoas que expõe o relacionamento dentro dos círculos sociais
- Gráfico 02 Exposição ou não do relacionamento em razão da orientação sexual
- Gráfico 03 Pessoas que contaram à família sobre o relacionamento
- Gráfico 04 Pessoas que contaram para a família x orientação sexual
- Gráfico 05 Motivos de não compartilhar com amigos e família sobre o relacionamento
- Gráfico 06 Pessoas que tem medo de sofrer algum tipo de violência no trabalho em razão da orientação sexual
- Gráfico 07 Percentual de pessoas que acham que o requisito da convivência pública é um obstáculo para reconhecimento de união estável

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
Des.	Desembargador(a)
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
GGB	Grupo Gay da Bahia
INSS	Instituto Nacional de Seguridade Social
LGBT+	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e demais orientações sexuais
Min.	Ministro(a)
Resp.	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	DAS TRANSFORMAÇÕES DA FAMÍLIA BRASILEIRA NA PERSPECTIVA DA UNIÃO ESTÁVEL E DA AFETIVIDADE	15
2.1	Transformação histórica da união estável no direito brasileiro	15
2.2	Distinções entre união estável e casamento	20
2.3	A família brasileira no direito contemporâneo	25
3	COMPREENSÕES ACERCA DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS: SEXUALIDADE, CONTEXTO E FAMÍLIA	31
3.1	Gênero e sexualidade	31
3.2	A negação da homossexualidade	35
3.3	A união homoafetiva como entidade familiar a partir da jurisprudência brasileira	40
4	O REQUISITO DA PUBLICIDADE DA UNIÃO ESTÁVEL NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS SOB A LUZ DO DIREITO À PRIVACIDADE	48
4.1	A privacidade como um direito fundamental	48
4.2	Análise quanti-qualitativa da dimensão da relevância do requisito da publicidade nas relações homoafetivas	52
4.3	Análise jurisprudencial da aplicação do requisito da publicidade para reconhecimento das uniões homoafetivas	63
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
	REFERÊNCIA	73
	APÊNDICE	79

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal promulgada em 1988 possui entre suas mais evidentes características a tolerância e respeito as liberdades individuais e coletivas. Logo no art. 3º, inciso IV é assegurado como objetivo fundamental a promoção “do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988). Ainda que determinados fatos jurídicos não estejam positivados formalmente, a Lei Fundamental garante a inserção de dispositivos legais que concretizem o respeito à diversidade, como o aludido artigo.

Dentro desse contexto estão inseridas as famílias homoafetivas, que são entidades familiares formadas por vínculos afetivos de pessoas de mesmo gênero. Apesar de não haver na atual legislação matéria que trate de uniões civis homoafetivas, a jurisprudência pátria, com o objetivo de suprir essa lacuna legislativa, modificou o entendimento do art. 226, §3º da CF e do art. 1723 do Código Civil a fim de incluir outros tipos de uniões além das uniões heteroafetivas.

Na ADI 4277 e ADPF 132 o pretório excelso declarou que seriam aplicados os mesmos requisitos e consequências da união estável prevista na legislação existente às uniões homoafetivas ao mesmo tempo em que reconheceu as famílias homoafetivas como entidades familiares dentro do ordenamento jurídico. Ainda que seja notório o reconhecimento jurídico de tipos de famílias que existiam há tempos na sociedade, muito tem que ser percorrido até uma efetiva tutela de direitos às pessoas LGBT+¹.

O instituto da união estável no Brasil é moldado a um tipo específico de entidade familiar, qual seja, aquela formada por um homem e uma mulher, como informa o texto legal. De outrossim a partir desse modelo foram fixados os requisitos para aplicação do instituto às uniões, no entanto, a experiência homossexual não é a mesma heterossexual, enquanto a esta sempre foram concedidos direitos e deveres, àquela apenas recentemente houve a tutela jurídica de sua existência, inexistindo ainda lei as ampare (DIAS, 2016).

Há ainda o problema estrutural da sociedade que é reticente em aceitar essas uniões e não raramente transgridem direitos mínimos de dignidade de casais homoafetivos, marginalizando-os em muitas situações. A homofobia, violência cometida por razões de gênero, é um obstáculo cruel enfrentado por pessoas que não se encaixam em padrões de

¹ Sigla correspondente a Gays, Lésbicas, Bissexuais, Transexuais, Travestis e o “mais” inclui demais orientações sexuais.

relacionamento heteronormativo, fazendo com que muitas vezes a expressão da união de casais homoafetivos se concentre dentro da esfera íntima da entidade familiar, ou seja, não é incomum que vivam como amigos ou omitam da sociedade o relacionamento, por fundado medo de sofrer algum tipo de violência (DIAS, 2016).

Diante do exposto, cuida-se neste trabalho de analisar o requisito da convivência pública da união estável que a priori parece ser o mais problemático quando compreendido à luz de relações homoafetivas, isto é, a aplicação desse requisito ao mesmo tempo em que pode reconhecer uma família e conceder-lhes proteção, também pode preconizá-la ao não conceder o reconhecimento enquanto entidade familiar, especialmente se os magistrados em possível conflito de aplicação da lei, não particularizarem o caso concreto. Baseada nessa diferença fática/social entre as famílias heteroafetivas e homoafetivas, surge a problemática envolta no tema: é necessária a mitigação do requisito da convivência pública pelos tribunais de justiça para reconhecimento de uniões homoafetivas diante do contexto brasileiro?

A hipótese estabelecida é que a aplicação da união estável às uniões homoafetivas garante a igualdade em sentido formal, contudo, a igualdade material não é garantida em caso de não reconhecimento por falta de um dos requisitos que não sejam factíveis para a realidade das famílias homoafetivas, por isso, pode ser que a relativização seja necessária para garantir o pleno gozo de direitos e deveres decorrentes da aplicação do instituto da união estável, cabendo ao juiz considerar outros meios de comprovação no caso concreto.

Com o passar do tempo a sociedade reconheceu novas formas de entidades familiares e dessas relações surgiram situações jurídicas que precisam sob muitos aspectos da tutela do direito, como é o caso das famílias homoafetivas. A Constituição Brasileira de 1988 trouxe em seu bojo uma perspectiva muito mais abrangente do conceito de família, pautada em princípios de afetividade, a exemplo do reconhecimento da união estável no art. 226, 3º da Carta Magna.

Há dentro do contexto específico do direito de família muitas questões advindas do reconhecimento da união estável e do casamento civil, que envolvem várias esferas do direito brasileiro, a exemplo de direitos patrimoniais, direitos sucessórios, separação de bens, pensões e etc. Sendo as uniões estáveis homoafetivas até pouco tempo carentes de qualquer tipo de resguardo jurídico, se mostra mister que a academia analise as nuances do reconhecimento dessas entidades familiares, especialmente em relação aos direitos e obrigações das pessoas de mesmo gênero que queiram, a partir de vínculos afetivos, formar uma entidade familiar.

O reconhecimento da aplicação da união estável às uniões homoafetivas teve como embasamento princípios constitucionais, direitos e garantias fundamentais, com o objetivo de garantir às famílias homoafetivas os mesmos direitos que gozam as famílias heteroafetivas. No entanto, sendo um modelo de entidade familiar novo para o ordenamento jurídico, muito deve ser analisado para que haja efetividade da aplicação do direito de família. Apenas concessão de igualdade em sentido formal não é suficiente para garantir que direitos semelhantes sejam aplicados a entidades familiares tão distante do ponto de vista fático.

Por isso é importante estudar até que ponto as regras que versam sobre entidades familiares heteroafetivas podem subsumir ao contexto das famílias homoafetivas, uma vez que para essas últimas não há legislação específica e é matéria jurídica consideravelmente nova no ordenamento brasileiro.

Para melhor ilustrar a investigação deste trabalho, o desenvolvimento será estruturado em três capítulos: No primeiro capítulo pretende-se a compreensão do instituto da união estável desde a sua primeira legislação até como é hodiernamente, passando-se então a esmiuçar a lei que trata dessa união e diferenciá-la da instituição casamento. Após isso, explanar-se-á o atual conceito de família, a influência do afeto e novas formas de entidades familiares reconhecidas no ordenamento pátrio.

No segundo capítulo se estudará conceitos de sexualidade e gênero para melhor compreender as uniões homoafetivas, sua estruturação, individualidades que a compõem e o contexto que as rodeia, a partir disso será feito um contexto histórico de entendimento da homossexualidade até as formas de violência que foram moldadas nas sociedades, após esses esclarecimentos entrar-se-á efetivamente no estudo dos julgados da ADI 4277 e ADPF 132 para entender como o Supremo Tribunal Federal fundamentou a família homoafetiva como merecedora de tutela estatal, para isso serão estudados separadamente cada voto dos ministros presentes.

Finalmente, no terceiro capítulo, ocorrerá a análise dos dados colhidos sobre a percepção de casais homoafetivos quanto à publicidade, com o objetivo de constatar se a convivência pública pode ser uma forma de desigualdade perante os tribunais brasileiros nos julgamentos de reconhecimento de união estável.

Para chegar ao objetivo fim deste trabalho, qual seja, analisar o requisito da publicidade em relação aos casais homoafetivos e a posição dos tribunais brasileiros frente a essa problemática, é necessário estabelecer um método de análise que melhor investigue como as

peessoas que tem relacionamentos homoafetivos ou não heterossexuais lidam com a publicidade no sentido de expor ou não aos círculos sociais seu status amoroso.

Com vistas ao melhor delineamento da pesquisa, neste trabalho será utilizada a pesquisa exploratória que consiste na investigação do pesquisador sobre determinado assunto com o qual queira estabelecer relações existentes, podendo ser realizada através de levantamento de dados (CERVO, BERVIAN; DA SILVA, 2007), o método que melhor se adequa à pesquisa é o hipotético-dedutivo uma vez que através do questionamento sobre uma situação jurídica determinada- o requisito da publicidade com in(aplicabilidade) mitigada às relações homoafetivas, surge um problema para a qual foi sugerida a hipótese com vistas a ser falseada ou não, o que se enquadra no conceito metodológico exposto por Marconi e Lakatos (2017).

Será utilizada como ferramenta de pesquisa a aplicação de questionários, confeccionados e distribuídos através da plataforma online *survio*, na qual foram criados links e enviados ao público. O questionário consiste em 16 perguntas totais, 15 de múltipla escolha como perguntas sobre o perfil dos participantes para identificar orientação sexual, gênero, idade, tempo de relacionamento, também há perguntas sobre o compartilhamento de informações acerca do estado civil com amigos, familiares, colegas de trabalho e afins, em todos os meios.

Após a filtragem da publicidade do relacionamento busca-se investigar os motivos de não exposição, por fim, será questionado se o requisito da publicidade é um obstáculo para o casal que queira reconhecer como união estável a relação, para analisar os dados serão utilizadas as abordagens quantitativas e qualitativas, para cruzá-los será feito o uso do programa *Sphinx* versão 5.1.0.4 nos módulos de tratamento e análise de dados, através do cruzamento das variáveis.

2 DAS TRANSFORMAÇÕES DA FAMÍLIA BRASILEIRA NA PERSPECTIVA DA UNIÃO ESTÁVEL E DA AFETIVIDADE

Neste capítulo intenta-se observar do ponto de vista jurídico e doutrinário os aspectos históricos da união estável para melhor compreensão do contexto em que o instituto foi se modificando, bem como suas influências e mudanças até como se encontra atualmente.

A partir do entendimento histórico, na segunda seção foi estudada juridicamente a união estável tal como positivada no Código Civil e na Constituição Federal, bem como as distinções entre esse instituto e o casamento como entidades familiares, suas formações, aplicações e especificidades.

Finalmente analisou-se as novas concepções de família defendidas pela doutrina e aplicadas pelos tribunais, e como a influência do princípio da afetividade se tornou um instrumento democrático do direito das famílias, também foi realizada um apanhado das modalidades de famílias existentes atualmente.

2.1 Transformação histórica da união estável no direito brasileiro

A família, nas palavras de Madaleno (2018, p.1.431) “é um fenômeno da natureza e não uma criação da sociedade e do legislador”, a isto supõe afirmar que não obstante o papel hierárquico do casamento ao longo da história, antes mesmo de sua positivação, as pessoas já se reuniam como famílias, com o objetivo de preservação e como uma condição natural de associar-se a outras pessoas. Em algumas sociedades tutelou-se o casamento, em outras, reconheceu-se também outros tipos de uniões tão legítimas quanto o matrimônio feito sob os olhos do Estado (MADALENO, 2018).

Também no Brasil foi inserida paulatinamente a proteção estatal da união estável, no entanto, nem sempre o ordenamento jurídico brasileiro tutelou a união estável tal como é hodiernamente. Antes a união entre pessoas que conviviam, mas não eram casadas sob o manto civil era classificada como concubinato (AZEVEDO, 2004). Em outras palavras, o concubinato, também intitulado de “união livre”, poderia ser conceituado como a convivência prolongada, em comum, sob o mesmo teto, com aparência de casamento (GONÇALVES, 2018).

A doutrina dividia o concubinato entre puro e impuro, o impuro eram as relações imorais ou ilegais, como adultério e o incesto. O concubinato puro dizia respeito as uniões entre pessoas, sem casamento, geralmente essas pessoas eram solteiras, viúvas, separadas judicialmente ou de fato. Esse tipo de concubinato foi denominado mais tarde de união estável (AZEVEDO, 2004).

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, às relações extramatrimoniais não eram reconhecidos quaisquer direitos legais, isto era um reflexo social da validade do casamento como única forma aceitável de família. Por meio da jurisprudência as relações não oficializadas pelo casamento passaram a ser, em algum aspecto, reconhecidas legalmente através de esparsos direitos a exemplo da possibilidade de indenização à concubina pela prestação de serviços domésticos sob o argumento de proibição de enriquecimento ilícito e também a edição da súmula nº 380 (DIAS, 2016).

Foi apenas após a edição da aludida súmula que a sociedade de fato foi inserida no ordenamento. A matéria sumulada autorizava a dissolução judicial da união, com a devida partilha de patrimônio adquirido a título oneroso em esforço conjunto pelas pessoas da relação, criando-se então a teoria da sociedade de fato. O que se propunha com o reconhecimento da sociedade de fato era uma diferenciação entre os dois institutos, onde o principal elemento diferenciador seria a participação à aquisição patrimonial conjunta na relação concubinária. Caso não houvesse o concubinato, ou seja, a relação como família, não haveria quaisquer diferenças entre uma sociedade de fato civil ou comercial (AZEVEDO, 2004).

O julgador brasileiro entendeu que o desfazimento do concubinato longo, ainda que ocorresse por vontade mútua ou unilateral, gerava situações injustas, prejudiciais pois não raramente o patrimônio construído a esforço comum era adquirido apenas em nome da figura masculina da relação (GONÇALVES, 2018).

Após reiteradas decisões judiciais, chegou-se ao esclarecimento acerca do que poderia ser considerado esforço comum patrimonial, não sendo imprescindível a contribuição monetária, uma vez que as contribuições de ordem pessoal eram tão importantes quanto questões de ordem material, pois sem o esforço doméstico empregado por uma das partes, comumente a mulher, a outra parte não poderia executar suas funções profissionais com tranquilidade e segurança. Esse entendimento além de tornar justa a questão patrimonial, diferenciou a mera concubina da companheira que tinha convivência *more uxório*, possibilitando a esta última o direito à partilha de bens (GONÇALVES, 2018).

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo o art. 226, §3º que classificou o concubinato puro como entidade familiar, substituindo-o pela denominação União Estável (DIAS, 2016). A primeira regulamentação da união estável aconteceu por meio da Lei 8.971/1994, que possuía diversas falhas gramaticais e contradições técnicas, mas serviu para uniformizar a aplicação dos tribunais no que dizia respeito à alimentos e sucessão, uma vez que a carência de legislação levava os magistrados a aplicarem os direitos segundo seus padrões subjetivos (MADALENO, 2018).

O art. 1º da Lei em comento dispunha sobre o direito a alimentos ao convivente, o legislador equiparou o direito alimentar concedido aos cônjuges na Lei 5.478/68, no entanto, aos conviventes a aplicação do direito supramencionado apenas incidiria se cumprido o requisito de lapso temporal de 5 anos de convivência ou nascimento de filhos em comum. O direito alimentar cessaria caso o alimentando contraísse novo casamento ou nova união estável, contudo esta lei não regulamentava ainda sobre a dissolução da união estável (PEREIRA, 2017).

O direito à sucessão do convivente também foi regulamentado no art. 2º da Lei nº 8.971/1994, dispondo, em seus dois primeiros incisos, matéria semelhante ao § 1º do art. 1.611 do Código Civil de 1916, destinado aos cônjuges que possuíam regime de bens diferentes do da comunhão universal, dessa forma, aos companheiros era separada a quarta parte dos bens desde que houvessem filhos em comum. Em caso de não haverem ascendentes ou descendentes, ao convivente sobrevivente era aplicado para fins de sucessão o usufruto viual, entretanto, essa espécie de direito sucessório não era conveniente nem para os cônjuges nem para os conviventes, pois se tornava um aborrecimento muito maior para os herdeiros (PEREIRA, 2017). Atualmente o Código Civil prevê o direito sucessório do companheiro em concorrência com os filhos através da divisão de cota parte da herança, no art. 1.790, substituindo o instituto do usufruto viual (BRASIL, 2002).

A segunda regulamentação da União Estável se deu através da Lei nº 9.278/1996 que surgiu para regulamentar o art. 226, §3º da CF. Na referida legislação extravagante, logo em seu art. 1º era reconhecida como entidade familiar, qualificando-a como a união de convivência duradoura, pública e contínua entre um homem e uma mulher que se unem com o objetivo de constituir família. Não obstante indiscutível avanço, a referida lei não supriu as falhas de sua antecessora (MADALENO, 2018).

O art. 1º da Lei 9.278/1996 não estabeleceu prazo temporal como condição para reconhecimento da União Estável, à época, muito se discutiu sobre o que seria “convivência

duradoura”, gerando muitas especulações sobre a necessidade de estabelecer prazo , ou mesmo tomar como analogia o prazo de 2 anos estabelecido para pedir divórcio direto (PEREIRA, 2017), restou decidido pela não aplicação de prazo, sendo necessária a análise do caso concreto aliançado aos requisitos constantes no dispositivo. Essa regulamentação foi trazida também pelo Código Civil de 2002, vigente, constando igual redação no art. 1723 (DIAS, 2016).

O art. 2º versava sobre os direitos e deveres dos conviventes, sendo estes divididos em três incisos, a saber: I) respeito e consideração mútuos; II) assistência moral e material recíproca e III) guarda, sustento e educação dos filhos comuns (ESPINOSA, 2002). Tais direitos e deveres também estão presentes no atual Código Civil, precisamente no art. 1.725 (BRASIL, 2002). Em se tratando do art. 3º da Lei em análise, foi normatizada a possibilidade de elaboração de um contrato no qual os conviventes poderiam regular seus interesses, especialmente em relação ao patrimônio, tal dispositivo foi vetado do código anterior, mas no art. 5º, *caput*, do mesmo diploma legal havia a possibilidade de realização de contrato de convivência, respeitados os moldes legais de ordem pública (ESPINOSA, 2002).

O legislador buscou, com isso proteger a todo custo a matéria já regulamentada referente ao casamento civil, de modo que não houvessem transgressões a esta por contratos realizados entre conviventes ao mesmo tempo em que não restringiu toda a esfera de liberdade de contratar dos conviventes (AZEVEDO, 2004).

O art. 4º da lei em comento foi revogado sob a mesma justificativa do 3º, qual seja, impedir que a partir da visão contratual regulada fosse criado um novo tipo de concubinato contratual. A matéria legislada no dispositivo em estudo tratava do registro do contrato de convivência indicando ser competente o cartório do domicílio de qualquer um dos conviventes, e em caso de haver integração de bens imóveis no contrato, necessária seria a comunicação ao cartório de bens imóveis para averbação (AZEVEDO, 2004)

O art. 5º por sua vez se mostrou mais sensível a questão patrimonial dos conviventes, aproximando-se pela primeira vez do que seria comunhão parcial de bens (PEREIRA, 2017), estipulando que na falta de contrato escrito, os bens adquiridos onerosamente sob esforço comum do casal, enquanto durasse a união estável, pertenceria a ambos e seria dividido em condomínio por partes iguais (ESPINOSA, 2002) Atualmente a legislação vigente resguardou tal matéria no art. 1.725.

O art. 6º, também vetado, prescrevia acerca da dissolução da união estável, que poderia acontecer tanto pela vontade das partes, quanto morte, rescisão ou denúncia dos contratos. Na primeira hipótese descrita no artigo em análise, os conviventes poderiam requerer

a rescisão bilateral, aquela em que ambos tinham interesse na dissolução da união, a transação acontecia mediante documento escrito, ainda que não houvesse reconhecimento em contrato escrito (AZEVEDO, 2004).

O art. 2º informava que caso a união estável constasse em contrato formal e averbado em cartório, a averbação de dissolução poderia ser requerida por qualquer um dos conviventes. O art. 3º por sua vez tratava da hipótese de rescisão unilateral quando um dos conviventes descumpria os deveres concernentes à união. A fim de complementar o disposto no artigo anterior, o art. 4º afirmava que a denúncia do contrato poderia ocorrer pela separação de fato dos conviventes, mesmo em se tratando de contrato escrito (AZEVEDO, 2004).

Ainda em comentários acerca da dissolução por quebra de deveres da união estável, o art. 7º tutelava o direito alimentar do convivente inocente, que deveria ser pago pelo convivente culpado quando houvesse necessidade da pensão. Em caso de dissolução por morte, a lei autorizava ao convivente sobrevivente o direito real de habitação do imóvel de residência, disposição válida até o tempo que sobrevivesse ou condicionada a duração enquanto não contraísse casamento ou nova união (MADALENO, 2018).

Por fim, o art. 9º da Lei 9.278/1996 fixava a competência dessa modalidade de família à Vara de família, assegurando o segredo de justiça. Dessa forma, a legislação anterior eliminou a possibilidade de competência das Varas Comuns, ratificando a união estável como entidade familiar (AZEVEDO, 2004).

Hodiernamente a expressão “concubinato” não é mais utilizada para se referir a conviventes dentro do aspecto da união estável. Ainda que seja pejorativa, tal denominação também não fora excluída do âmbito jurídico, sendo taxadas de concubinas as pessoas casadas que se relacionam amorosamente de forma eventual, infringindo o dever de fidelidade. A expressão “adulterino” possui a mesma finalidade (GONÇALVES, 2018).

Com o advento do Código Civil de 2002, as duas legislações estudadas acima por óbvio foram revogadas e muitas mudanças benéficas à união estável foram instituídas, a exemplo cita-se a sua inserção ao Livro de família nos arts. 1723 a 1727, também estabeleceu princípios ao instituto em comento e legislou sobre a matéria em leis esparsas, a exemplo a lei de alimentos (GONÇALVES, 2018).

Diante do apresentado, muitas modificações foram realizadas dentro do Código Civil como forma de melhor instituir a união estável a fim de adequá-la as vivências das famílias, apesar de ser uma entidade familiar juridicamente tutelada, ela não se confunde com

as especificidades do casamento, outra modalidade de entidade familiar. A seguir será analisada a união estável legislada atualmente bem como os aspectos que a diferenciam do casamento.

2.2 Das distinções entre casamento e união estável no Direito Brasileiro como entidade familiar

Conforme explanado anteriormente, o ordenamento jurídico através da Constituição Federal passou a perceber as uniões informais como matéria jurídica, não mais apenas como um fato social. Ao tutelar juridicamente essas uniões, retirou-as do teor estigmatizante outrora conferido de concubinato, portanto, ao colocá-las no art. 226 da Constituição, garantiu-lhes proteção do Estado sob a condição de família, intitulando-as de união estável (PEREIRA, 2017).

Com a constitucionalização dos direitos, vários artigos que tratavam de direito de família, especialmente no Código Civil anterior foram derogados em razão das matérias instituídas na Constituição Federal, especialmente no art.226, § 5º, I, que trata da igualdade entre homens e mulher e no art. 227, § 6º que legisla sobre a não discriminação de filiação ocorrida dentro ou fora do casamento. Esses dispositivos alçaram outra estatura de entendimento de família, pautada em igualdade (GONÇALVES, 2018).

Diante do apresentado é notório afirmar que tanto o casamento quanto a união estável são entidade familiar reconhecidas no ordenamento brasileiro, no entanto, a maneira de tornarem-se famílias, sob o aspecto jurídico são diferentes. O casamento é constituído juridicamente, isto é, é criado sob o manto do Estado. A união familiar entre pessoas se firma em um negócio jurídico do direito de família, para que só então tornem-se uma entidade familiar. Esse instituto é previsto no art. 226, §§ 1º e 2º da Constituição Federal bem como é tratado na legislação infraconstitucional, no Código Civil (GONÇALVES, 2018).

Nas palavras de Barboza e Almeida (2020) quando o conceito de família é associado diretamente ao casamento, hierarquizam-se as entidades familiares positivadas, colocando a união estável em segundo lugar para justificar a diferença de tratamento entre conviventes, de modo que os cônjuges sejam dignos de mais direitos. No mesmo sentido, fazendo uma leitura equivocada sob a luz de importância de cada entidade familiar, a família

monoparental estaria relegada ao terceiro lugar, o que afronta o princípio irradiante da dignidade da pessoa humana.

Quando o art. 226 da CF informa: “devendo a lei facilitar sua **conversão em casamento**” (BRASIL, 1988, **grifo da autora**), ele objetiva facilitar a conversão em casamento, não se busca hierarquizar o casamento em face da união estável, tampouco entende a união estável como estágio probatório do casamento, conforme dispõe o Projeto de lei 450/2013, o Estatuto das Famílias (BRASIL, 2013).

Não obstante o supradito, além da diferença da constituição entre casamento e união estável, o legislador optou por diferenciar os dois institutos de outras formas, por resquícios de pensamentos que Dias (2016) apontou como retrógrados, tanto é verdade que reservou escassos artigos para o tratamento dessa entidade familiar. Esparsamente dentro do Código Civil outros dispositivos tratam da união estável, cita-se a exemplo o art. 1595, que reconhece o vínculo de afinidade entre os conviventes; o art. 1631 mantém o poder familiar a ambos os pais; complementa o art. 1632 que a relação entre pai e filho não é alterada pela dissolução da união estável. O art. 1.694 assegura alimentos aos companheiros, também o bem de família é legislado através do art. 1.711. O art. 1.775 autoriza um companheiro ser curador do outro (DIAS, 2016).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõe no art. 42, § 2º juntamente com o art. 197- A III o requisito de estabilidade familiar como prova para adoção. Essa é outra distinção entre a união estável e o casamento, pois a este último esse requisito não é solicitado (DIAS, 2016). O Código de Processo Civil (CPC) tenta dirimir as diferenças estabelecidas pelo legislador do Código Civil ao tratar com igualdade o casamento e a união estável, por exemplo nos arts. 23 III, 53 I, 73 § 3.º, 189 II; 600 parágrafo único, 620 II, 1.048 § 3º. O planejamento familiar é tratado expressamente no art. 226, §7º, no entanto, o Código Civil o inseriu no artigo 1565, §2º, que trata exclusivamente da eficácia do casamento, fazendo outra distinção entre os dois institutos (DIAS,2016).

Feitas as considerações acerca da diferenciação legal entre os dois tipos de união conjugal, cuida-se agora de conceituar a união estável segundo entendimentos legislativos e doutrinários relevantes com o objetivo de compreender melhor a formação dessa entidade familiar.

Para Gonçalves (2018) a união estável é conhecida por ser um fato social, portanto não é necessário para sua condição de ser, um ato jurídico formal com antecipação do Estado e reconhecimento registral para caracterização. Lôbo (2011) a classifica como um “ato-fato

jurídico”, trazendo a vontade como característica prescindível da manifestação para produzir efeitos jurídicos.

O estado civil dos companheiros (denominação dada pelo Código Civil) é autônomo, não se classificam como solteiros, viúvos, separados ou divorciados, a partir dessa qualificação surgem vários efeitos jurídicos, elencados por Lôbo (2011) a seguir:

- a) da tutela constitucional e do Código Civil à união estável como relação diferenciada do estado de casado e do estado de solteiro;
- b) do vínculo inevitável dos companheiros com a entidade familiar, especialmente dos deveres comuns;
- c) da relação de parentesco por afinidade com os parentes do outro companheiro que gera impedimentos para outra união com estes;
- d) da proteção dos interesses de terceiros que celebram atos com um dos companheiros, em razão do regime de bens de comunhão parcial desde o início da união (LÔBO, 2011, p. 171).

Para o professor Rodrigo Cunha Pereira (2015) a caracterização da união estável deve partir do conceito de núcleo familiar, que pode ser qualificado, segundo a Carta Magna, com os requisitos de durabilidade, estabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole, relação de dependência econômica, presentes tanto no art. 226, §3º da CF quanto no art. 1.723 do CC.

Discorrendo sobre o requisito da convivência pública, Dias (2016) explica que a publicidade deve ser entendida como notoriedade, isto implica dizer que a relação deve ser exercida no meio social no qual os indivíduos convivem com o objetivo de afastar relacionamentos “menos compromissados”. Para Dias (2016, p.416) é pertinente separar os conceitos de publicidade e notoriedade pois “tudo que é público é notório, mas nem tudo que é notório é público”.

Dias (2016) esclarece acerca do requisito da durabilidade que mesmo que não haja requisito temporal mínimo, é importante evidenciar que relações efêmeras não se enquadram como uma união estável, é preciso que a relação se prolongue no tempo. Para Venosa (2017) O requisito da continuidade impõe que não haja interrupções frequentes, sendo também um complemento da estabilidade, sempre observado o caso concreto.

A súmula 382 do STF dispensou a convivência *more uxório* para caracterização da união estável (BRASIL, 2000), nos dizeres de Diniz (2010) não é necessária a convivência em um mesmo domicílio conjugal, tal como é no casamento. Madaleno (2018) discorda dessa afirmação ao indicar que não obstante seja relativizada a convivência *more uxório*, a doutrina e jurisprudência são reticentes em reconhecer a união estável nesses casos. Para Pereira (2017) não se mostra pertinente a exigibilidade desse requisito uma vez que o STF firmou

entendimento acerca da dispensabilidade da convivência em comum, sendo importante observar elementos específicos de cada união, como “a *afectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a fidelidade, a continuidade da união, entre outros, nos quais a habitação comum se inclui.” (PEREIRA, 2017, p. 695).

Em que pese os aludidos requisitos sejam utilizados como norteadores da identificação da família, nada obsta que a ausência de alguns deles impeça a classificação de união estável, pois é suficiente a formação fática de uma relação com vínculos afetivos e amorosos em forma de família (PEREIRA, 2017)

Conforme explica Lôbo (2018), no que se depreende acerca dos deveres da união estável, o art. 1.724 do Código Civil prevê a conduta que se espera dos conviventes, sendo estas de guarda, educação e sustento para com os filhos; entre si espera-se o dever de serem leais um ao outro, diferenciando-se dos deveres do casamento no que diz respeito a fidelidade recíproca, uma vez que a união estável dispensa tal dever, mas compensa ao instituir a lealdade como uma obrigação aos companheiros .

A distinção entre lealdade e fidelidade está no fato de esse último, segundo a perspectiva do direito de família, estar estritamente relacionado ao impedimento de não constituir outra união familiar, respeitado o princípio da monogamia (DIAS, 2016). A lealdade por sua vez advém do compromisso assumido pelos companheiros, embasado no dever moral de respeito e comprometimento (LÔBO, 2018).

O art. 1694 do Código Civil acresce aos deveres o de assistência material de alimentos, que pode ser exigido de um companheiro em razão de necessidade, independentemente de ter dado causa ou não a extinção da união estável (LÔBO, 2018). Madaleno (2018) entende acertada a não consideração de culpa do convivente para fins de reconhecimento do dever de prestar alimentos pois o art. 1.704 só trata da influência da culpa entre os cônjuges, razão pela qual não seria justo restringir direitos dos companheiros.

O art. 1521 do CC/2002 legisla acerca dos impedimentos que afastam a caracterização da união estável, as mesmas causas impeditivas do casamento. O artigo expressamente excepciona dos impedimentos a pessoa casada, mas separada de fato, que tem união estável com outra pessoa. A legislação ratificou a posição adotada pela jurisprudência que já vinha aplicando partilha de bens a quem tinha vida em comum, ainda que um dos companheiros tivesse vínculo matrimonial (PEREIRA, 2017). No que diz respeito às causas suspensivas, não há coincidência com as causas suspensivas do casamento, pois não são aplicadas à união estável, estando disposto no §3º do art. 1723, CC/2002 (BRASIL, 2002).

Reitera-se a condição fático social que permeia a união estável, por isso, quando se trata de determinados instrumentos contratuais que podem ser elaborados na constância da união estável, tais documentos não se prestam a dar início pontual à união estável. No que se apresenta sobre as formalidades da união estável, o contrato de convivência não é documento criador de união estável, em que pese possa ser usado para regulamentar situações reflexas da relação. As partes podem estipular matéria de ordem patrimonial ou pessoal desde que as disposições contratuais estejam a par da lei. Não obstante a possibilidade de realizar o referido contrato, a produção de seus efeitos está condicionada à caracterização de união estável, assim como o pacto antinupcial (DIAS, 2016). É interessante, contudo, que haja a mudança da união estável como situação fática para um instrumento contratual regido pelas normas contratuais, é vantajoso especialmente por valer como um instrumento probatório para reconhecimento jurídico da união estável (AGAPITO, 2011).

Em razão da ausência de pressupostos formais, muitas dúvidas decorrem da diferença entre a união estável e o namoro. O namoro não deve ser confundido com a entidade familiar em comento, esse tipo de relacionamento não é tutelado juridicamente, mas tem sido utilizado no meio jurídico como parâmetro do que não é união estável, não há, portanto, definição legal do que seja namoro, mas sua identificação se dá por exclusão, isto é, são classificadas como namoro todas as relações amorosas que não tem os requisitos da união estável, assim tem se posicionado os julgados pátrios. Além disso, o namoro é um relacionamento de provisoriedade, ainda que tenha duração expressiva e seja contínuo, não há imediatidade de constituir família, não obstante haver um vínculo amoroso ligando duas pessoas (BARBOZA e ALMEIDA, 2020).

O professor Zeno Veloso (2016) ratifica o exposto acima, acentuando a ausência de requisitos objetivos da notoriedade, estabilidade e comunhão de vidas e do requisito subjetivo da intenção de constituir família, partilhar compromissos, direitos e deveres patrimoniais e pessoais. O doutrinador afirma, *In verbis*:

[...] Ainda que o relacionamento seja prolongado, consolidado, e por isso tem sido chamado de “namoro qualificado”, os namorados por mais profundo que seja o envolvimento deles, não desejam e não querem – ou ainda não querem – constituir uma família, estabelecer uma entidade familiar, conviver numa comunhão de vida, no nível do que os antigos chamavam de *affectio maritalis*. Ao contrário da união estável, tratando-se de namoro – mesmo do tal namoro qualificado –, não há direitos e de mormente de ordem patrimonial entre os namorados. Não há, então, que falar-se de

regime de bens, alimentos, pensão, partilhas, direitos sucessórios, por exemplo. (VELOSO, 2016, p.2).

Quanto à dissolução da união estável, esta termina como começa, a partir da simples situação fática de separação, dispensando qualquer ato jurídico para qualificá-la como extinta, é por esse motivo que não se discute culpa, tal como é no casamento, havendo litígio, no entanto, a intervenção jurídica se faz necessária especialmente se alguma das partes da relação negar a existência de união como família (LÔBO, 2018).

A família formada a partir da união estável constitui uma entidade familiar que rompeu com os padrões estabelecidos durante muito tempo dentro do ordenamento como um reflexo da sociedade, da mesma forma outros tipos de famílias já existentes vão sendo reconhecidos, principalmente pela jurisprudência, assim como aconteceu com a união estável, a seguir estudar-se-á sobre o direito das famílias e a mudança de perspectiva quanto a sua formação.

2.3 A família no direito brasileiro contemporâneo

Uma parte da doutrina defende que a família é definida a partir da união entre um homem e uma mulher, com a finalidade de procriar e manter os filhos, cujos principais aspectos estão ligados a heteroafetividade e a monogamia, salvaguardando a literalidade do art. 226, §3º da Constituição Federal. Essa corrente representava o entendimento majoritário principalmente no entre o século XIX até parte do século XX, sendo utilizada atualmente por alguns autores como Washington de Barros Monteiro, Arnaldo Rizzardo, Álvaro Villaça Azevedo, Carlos Roberto Gonçalves, Regina Beatriz Tavares da Silva, Sílvio Salvo Venosa e Maria Helena Diniz (BUZOLIN, 2019).

Ao mesmo tempo, uma outra corrente de civilistas defende um conceito de família muito mais amplo, pautada em vínculos afetivos, sendo caracterizado como o espaço de realização pessoal dos familiares. Essa corrente foi se intensificando a partir da década de 1990, início dos anos 2000, tendo como principais defensores os autores Maria Berenice Dias, Sérgio Resende de Barros, Luiz Edson Fachin, Daniel Sarmento, Paulo Luiz Netto Lôbo, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Caio Mário da Silva Pereira (BUZOLIN, 2019).

A jurisprudência se aliançou ao segundo conceito ao reconhecer uma família social como digna de tutela pelo direito. Tal entendimento restou firmado especialmente nos julgados da ADI nº 4277 e ADPF 132 do STF (BUZOLIN, 2019) que reconheceu a família homoafetiva como uma modalidade de entidade familiar aplicando a esse tipo de família o status de união estável, se assim se configurar, conforme o que apregoa o art. 226, § 3º da Carta Maior (DIAS, 2016). Os julgados em comento serão minuciosamente estudados ao longo deste trabalho.

Todas as famílias reconhecidas pelo direito das família possuem características em comum para serem qualificadas como entidade familiar, que Lôbo (2011) classifica em três: a) afetividade; b) estabilidade e c) ostentabilidade. A afetividade é ponto central da estrutura da entidade familiar. A estabilidade é a diferenciação entre relacionamentos que não tenham como objetivo comunhão de vidas e a ostentabilidade é a visão externa, pública da unidade familiar

Buzolin (2019) afirma que uma considerável parte da doutrina compreende que a interpretação do art. 226 da Constituição Federal é feita no sentido de tutelar apenas três tipos de famílias, a saber: A família formada pelo casamento, pela união estável e a família monoparental. A partir dessa afirmação surgem duas teses adversas para justificar essa visão acerca do artigo em comento. A primeira tese parte da hierarquia do casamento em face da união estável e da família monoparental, sendo esses dois sujeitos a tutela jurídica limitada (DIAS, 2016) A segunda tese entende que há igualdade entre as três entidades familiares através da garantia da Carta Magna de “liberdade de escolha de relações existenciais e afetivas.” (LÔBO, 2011, p.4).

O autor supramencionado compreende serem insuficientes as duas teses tratadas no parágrafo anterior, chegando ao entendimento de que o art. 226 da CF não exclui outros tipos de família, tal exclusão parte da interpretação feita sobre o dispositivo legal. O art. 226, *caput*, demonstra a mais expressiva transformação em se tratando da tutela jurídica das famílias, pois ao retirar a frase “constituída pelo casamento”, constante no art. 175 da Constituição de 1967-69, e não a substituir por outra expressão indicando o tipo de família, ampliou sua tutela jurídica, colocando sobre a proteção estatal qualquer família (LÔBO, 2011).

Ainda que nos parágrafos do art. 226 sejam mencionados três tipos de famílias já citados anteriormente, tal menção se presta apenas a atribuir consequências jurídicas às matérias legisladas, o artigo constitucional em estudo é meramente exemplificativo, não é parâmetro de restrição pois a norma é ampla. Não se pode admitir constitucionalmente um sistema familiar fechado sob grave risco de atentar contra o princípio da igualdade substancial e da dignidade humana, deixando sem tutela a realidade social viva (FARIAS e ROSENVALD, 2012).

O fato de ter enumerado apenas os tipos de entidade familiar apresentados não desqualifica o reconhecimento de outras famílias, como a família homoafetiva que se firma no afeto mesmo que não seja de homem e mulher e a família anaparental, também baseada no afeto sem ter a figura paterna ou materna presente no círculo familiar (BARROS, 2003). “Excluir famílias historicamente existentes é negar-lhes o direito à família, no qual são gozados todos os direitos humanos familiares” (BARROS, 2003, p. 6.).

Nesse sentido, Pereira (2021) entende que a conceituação de entidade familiar ou família pode ser compreendido como um gênero que abarca duas espécies: a família conjugal, onde há relações a partir de laços de afetividade e sexualidade, havendo a presença de prole ou não, essa espécie de família pode acontecer por meio da união estável ou do casamento, é formada por casais heteroafetivos ou homoafetivos e também pode ser simultânea à outra. A família parental, por sua vez, é aquela formada por laços de afeto que podem ser consanguíneos ou socioafetivos.

A cláusula de exclusão inserida na Constituição de 1967-96 tinha por finalidade impedir as uniões “ilícitas”, todas aquelas não formadas pelo casamento. O §4º ao empregar a palavra “também” reforçou o caráter inclusivo da norma, e se aliado ao princípio da dignidade humana, resta estabelecido o sentido de que todas as famílias que possuam afetividade, estabilidade e ostentabilidade são entidades familiares juridicamente protegidas (LÔBO, 2011).

Lôbo (2011) afirma diante do exposto que além das famílias previstas legalmente, outras famílias estão inseridas no tipo implícito, acolhidas dentro da amplitude da norma constitucional 226, e “todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.” (LÔBO, 2011, p. 7). Esse enunciado enseja dizer que o conceito constitucional de família não constitui *numerus clausus*, por isso é inclusivo (DIAS, 2016).

Os arts. 227 e 226 § 8º da CF se expressam no mesmo sentido, tipificando proteção da família, como uma unidade e a cada um de seus membros, garantindo o dever de cuidado com as pessoas mais vulneráveis: crianças, adolescentes e idosos. Com a promulgação da Constituição cidadã, mudou-se a ordem de prioridade de proteção da família. Para Venosa (2017) a ideia de família na cultura ocidental se distanciou cada vez mais da afirmação de poder, descentralizando a vontade apenas do chefe e valorizando cada um de seus membros. Um exemplo de tal constatação é que se na Constituição passada protegia-se a família como uma instituição basilar na estrutura estatal, agora essa proteção é mediata, se fazendo necessário de

pronto a proteção de cada um dos membros que integram a família para garantir a realização pessoal e afetiva dentro da entidade.

Lôbo (2011) trouxe um importante conceito principiológico que em que pese não esteja positivado formalmente, pode ser identificado a todo momento em questões de Direito de família, o princípio da afetividade. O aludido princípio implícito goza de natureza constitucional, construído através da mutação do tempo, ao contextualizar a família como um elo de laços afetivos, tirando a tutela da família patriarcal que se limitava a funções “procriacionais, econômicas, religiosas e políticas” (LÔBO, 2011, p. 8).

Ao evidenciar o afeto, a família passou a ser entendida como uma entidade plural, embasada na dignidade humana de seus membros e nos laços de amor e afeto que o nutrem, por essa razão os filhos nascem com uma condição natural, em regra, de ligação emocional com seus pais e os cônjuges e companheiros permanecem unidos em uma soma de solidariedade depois que os filhos se tornam independentes (PEREIRA, 2021).

A exemplo de normas pautadas na afetividade estão: o art. 227, §6º que estabelece a igualdade entre filhos, §§ 5º e 6º do mesmo artigo que tutelam sobre a adoção no plano de igualdade como escolha afetiva Lôbo (2011). Foi também com base no afeto que se igualou a adoção à filiação biológica (RIBEIRO e ARAÚJO, 2020) ao definir a afetividade como princípio norteador em matéria de família, o autor lecionou que:

A afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estas suas causas originárias e final, haverá família (LÔBO, 2011, p. 9).

Ademais, Lôbo (2011) utilizou três critérios hermenêuticos apresentados pelo professor Carlos Maximiliano que fundamentam a interpretação ampla, o primeiro ensina que a norma abarca todas as situações que se enquadram na descrição, desse modo, o *caput* do art. 226, como norma ampla abrange todos os tipos de família, implícitas e explícitas; o segundo critério informa que se a norma tiver cunho principiológico ou de origem, todas as situações que se aliam ao disposto na norma devem ser alcançados por ela e uma vez que a matéria de família é pautada em princípio ou origem, o legislado no art. 226 se aplica a tudo que decorre

lógica e necessariamente da referida matéria. O autor conclui, por fim, que a interpretação ampla é a indicada ao tratar de normas feitas para abolir ou remediar situações injustas, portanto, o art. 226 se aplica também a esse método hermenêutico uma vez que ao ser instituído acabou com a cláusula de exclusão presente em Constituições anteriores.

A família se transforma conforme as relações afetivas entre seus membros vão se intensificando, ou seja, há uma maior valorização afetiva nas funções da família, isto enseja afirmar que o entendimento de família a partir de uma noção matrimonializada não é mais adequado a explicar todos os modelos de família existentes na contemporaneidade, diante desse contexto os juristas embasam-se predominantemente na identificação de afeto para tratar das famílias e muitos tipos de família podem ser reconhecidos pelo direito (DIAS, 2016).

O STJ, no julgado R. Especial 159.851-SP, DJ de 22.06.98, reconheceu mais uma modalidade de entidade familiar implícita, aquela formada sem a figura de um ascendente, especialmente constituída por parentes colaterais, é o caso, a exemplo, de uma família formadas apenas por irmãos, classificada como família anaparental, segundo Barros (2003). Madaleno (2018) esclarece que não há, nessa modalidade de família, vínculos de conotação sexual, o reconhecimento dessa categoria de família é baseada nas características de afetividade, estabilidade e ostentabilidade.

A família paralela é outra modalidade de entidade familiar que gera controvérsias na doutrina. É formada quando o (a) cônjuge ou companheiro (a) possui duas famílias simultâneas (MADALENO, 2018). PONZONI (2008) apresentou 3 posicionamentos sobre as famílias simultâneas ou paralelas: o primeiro posicionamento, defendido por Maria Helena Diniz, afirma que nenhum dos relacionamentos simultâneos pode ser reconhecido como união estável em razão dos deveres de fidelidade ou lealdade e o princípio da monogamia.

O segundo posicionamento, defendido pela maioria da doutrina, afirma que a família paralela pode ser reconhecida desde que haja boa-fé de um dos parceiros, ou seja, desconhece que a pessoa com a qual convive seja casado ou tenha uma união estável, situação em que poderão ser aplicadas analogicamente as regras do casamento putativo, contudo alguns conceitos podem ser conflitantes o que torna essa analogia problemática (PONZONI, 2008).

Por fim, Ponzoni (2008) afirma que o terceiro entendimento é defendido por Berenice Dias, onde a autora leciona que ainda que haja o dever de fidelidade no casamento e de lealdade na união estável, a realidade histórico social advinda de um lastro patriarcal não impede que -comumente- homens mantenham duas casas, com duas mulheres e ambas com filhos. Pode acontecer quando houver simultaneamente um casamento e uma união estável ou

duas uniões estáveis. Aqui a autora defende que não há óbice para o reconhecimento da família paralela como uma entidade familiar.

Outro tipo de família tutelada juridicamente é a família recomposta, também conhecida como família mosaico. Nessa entidade familiar, seus integrantes são formados por pessoas que tenham filhos de outros relacionamentos e se unem para formar uma família com madrastas e padrastos, pais, mães, filhos e enteados (LÔBO, 2018).

A família poliafetiva, por sua vez, é caracterizada pela associação afetiva de duas ou mais pessoas, dispensando o costume monogâmico de exclusividade entre duas pessoas. Não é visto, nesse contexto familiar, como infidelidade quando homens e mulheres se apaixonam por outra pessoa, também membro da união poliafetiva. (MADALENO, 2018).

Na legislação extravagante são encontrados outros tipos de famílias, a exemplo do art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que conceitua como família extensa aquela formada por parentes que convivem e mantem laços de afinidade e afetividade com a criança ou o adolescente, para além dos pais. A família substituta é outra modalidade de família prevista no ECA, regulamentada no art. 28 e art. 19, §3º, apesar de não haver uma disposição conceitual nos dispositivos em tela, o só fato de haverem pais cadastrados como candidatos à adoção aguardando, representa a família substituta (MADALENO, 2018).

Dias (2016) traz também um conceito muito mais principiológico de família eudemonista, que busca entender a família por laços afetivos entre pessoas que trabalham para garantir a felicidade e independência uma das outras, trazendo um sentido democrático à constituição das famílias, tendo como epicentro igualdade e respeito. A família é o espaço de realização existencial de outras pessoas, a partir do entendimento de afetividade, um fenômeno chamado de repersonalização das relações civis foi consolidado, sob essa perspectiva, busca-se valorizar muito mais as pessoas que suas relações patrimoniais (LÔBO, 2018).

O afeto ganhou uma outra estatura, não mais de mero sentimento, mas de conceito jurídico dentro do direito das famílias. Todas as modificações ocorridas nos conceitos de entidade familiar, seja pela doutrina, legislação ou através da jurisprudência tem como marco principal o princípio da dignidade da pessoa humana, assim, uma família não é mais analisada como um todo identificador, mas sim como a união afetiva de pessoas que queiram se realizar e alcançar a felicidade uns com os outros, resguardando suas individualidades.

3 COMPREENSÕES ACERCA DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS: SEXUALIDADE, CONTEXTO E FAMÍLIA

Este capítulo se propõe a analisar quais as nuances que compõe as uniões homoafetivas. Inicialmente serão compreendidos conceitos acerca da sexualidade, gênero e sexo, as diferenças e teorias presentes em cada um, bem como serão explicadas classificações de gênero, identidade sexual e orientação sexual para maiores esclarecimentos sobre questões sexuais e de gênero diferentes do padrão heteronormativo.

A seguir a homossexualidade será apresentada dentro de um contexto histórico, evidenciadas as épocas com maior relevância para a história das pessoas homoafetivas, como as civilizações gregas, romanas, a implementação da religião judaico-cristã na idade média até os tempos modernos, a partir desse estudo as consequências das transformações dentro da história serão observadas no tempo moderno, por meio de estudos empíricos que comprovam as violências que sofrem as pessoas homossexuais e o fenômeno da homofobia.

Por fim, serão mostradas jurisprudências brasileiras que se posicionaram pelo reconhecimento da entidade familiar a fim de demonstrar a importância dos tribunais brasileiros na inserção das uniões homoafetivas dentro do direito de família, o longo caminho que culminou no julgado da ADI 4277 e ADPF 132, que reconheceu finalmente as uniões homoafetivas como entidade familiar, bem como mudaram o entendimento do art. 1.723 do CC, a partir do julgamento em tela, serão estudados os discursos dos ministros no voto a fim de compreender como a jurisprudência brasileira conceitua a família homoafetiva dentro do ordenamento brasileiro.

3.1 Gênero e sexualidade

Inicialmente importante entender as classificações atinentes as matérias trabalhadas. Os seres humanos são classificados binariamente em transgênero e cisgênero. Estas são as pessoas que tem alinhado gênero e sexo (JESUS, 2012), uma pessoa cisgênera possui o gênero convergente com o sexo morfológico atribuído compulsoriamente no nascimento (BAGAGLI,2018). De outro lado existem as pessoas transgêneras, aquelas que não se

identificam com o sexo que lhes foi estabelecido no nascimento, dentro desta categoria estão inseridas as pessoas transexuais e travestis (JESUS, 2012).

Na mesma perspectiva de Jesus (2012), Cunha (2018) assevera acerca da identidade sexual:

[...] revela a percepção de pertencimento do indivíduo quanto ao seu gênero, sendo possível se classificar o sujeito como cisgênero (aquele que apresenta identidade de gênero compatível com o sexo assinalado em seu nascimento) e transgênero (pessoa cujo sexo indicado no nascimento se mostra em conflito com a sua percepção de gênero). (CUNHA, 2018,p. 31).

As pessoas homossexuais possuem atração por pessoas de mesmo gênero, as bissexuais, por sua vez se sentem atraídas pelo gênero feminino e masculino, e em ambas orientações sexuais em comento não há conflito quanto à identidade de gênero, isso quer dizer que uma pessoa homossexual pode ser cisgênera (JESUS, 2012). A identidade de gênero é definida por Dalgarrondo (2008) como o sentimento íntimo de ser uma pessoa do sexo masculino ou feminino. Já na transexualidade há uma inversão da identidade de gênero, nesse contexto a pessoa pertence a um gênero do ponto de vista anatômico e fisiológico, mas na esfera psicológica e social é de gênero diverso. Louro (2000), em tom de crítica a essa binaridade, expõe uma visão muito mais abrangente acerca do exercício da sexualidade, levando em consideração as diversas formas de vivê-la, que vão muito além da norma estabelecida.

Quanto ao gênero, diz respeito aos elementos identificadores de ser homem ou mulher. A orientação sexual, por sua vez, é definida pela atração afetivo sexual de outros gêneros, uma vivência interna da sexualidade. A partir disso não se pode concluir que existem normas de orientação sexual vinculadas a gênero. Da mesma maneira que não é válido afirmar da identidade de gênero que toda pessoa é naturalmente cisgênero (JESUS, 2012).

A partir da teoria *queer*, Butler (2003) trouxe um novo entendimento que tratava gênero, sexualidade e sexo como fatores independentes, desmistificando associação de unidade entre os três, a isto enseja afirmar que o corpo não está diretamente a par do gênero, por isso pessoas que possuem determinado sexo não estão naturalmente condicionadas a possuir um gênero coincidente com o seu sexo.

Segundo aponta Bento (2017), não se pode afirmar ser o gênero uma essência interna, uma vez a essência interna é o produto da estilização dos corpos, ou seja, a própria naturalização dos corpos é composta por determinados aspectos identitários anteriores a sua formação. O gênero, entendido como uma mera reprodução estilizada de atos, permite

experiências muito mais amplas que as experiências biológicas. Nas experiências de gênero há a movimentação entre corpo e sexualidade, corpo e subjetividade e corpo e performances de gênero.

Na mesma concepção Louro (2000) se expressa, para a autora não há como impor algo como natural, nem mesmo a ideia de corpo, uma vez que todos são moldados por várias experiências externas e internas que vão se pluralizando, enroscando-se uma na outra e tornando-se coletivas, até que um conceito é inserido na história e naturalizado. Questões de gênero associadas a corpos são sempre feitas por meio do véu cultural em que o corpo está inserido. Scott (1995) complementa a reflexão ao dizer que o gênero enfatiza os sistemas de relações, não necessariamente para ser determinado pelo sexo, nem determinando a sexualidade.

O que define o sexo, segundo os padrões biológicos, são as células reprodutivas. Se são pequenas, os chamados espermatozoides, a pessoa será do sexo masculino, se são grandes, o óvulo, será então do sexo feminino. No entanto, tal determinação só se enquadra em termos biológicos, já o comportamento feminino e masculino pressupõe outras questões culturais, e o sendo, os aspectos comportamentais de feminino e masculino são relativizados de acordo com a cultura em que estão inseridos os indivíduos (JESUS, 2012).

Para Moreira e Alves (2015), o sexo é classificado em biológico, psíquico e civil. O sexo biológico é aquele onde as características corporais dos indivíduos se manifestam e é subdividido em genético, endócrino e morfológico. No sexo genético são consideradas as cargas cromossômicas, podendo ser XX ou XY. Em se tratando do sexo endócrino observa-se as glândulas sexuais, tireoide e epífise; enquanto o sexo morfológico evidencia a aparência da pessoa e a identificação com a vagina ou pênis.

“O sexo psíquico deriva das condições educacionais, do papel de gênero e da identidade de gênero.” (MOREIRA E ALVES, 2015, pg. 4). As condições educacionais são aquelas que observam o contexto da infância da pessoa. O gênero leva em conta os aspectos comportamentais e a identidade de gênero é a definição da pessoa como gênero feminino ou masculino (MOREIRA E ALVES, 2015). O sexo civil por sua vez corresponde à inserção jurídica da pessoa dentro do seio social a partir do sexo morfológico, onde então se adquire a personalidade civil por meio do registro.

A identidade do sexo, tal como se entende unanimemente é feita no momento do nascimento ao verificar a genitália da criança, colocando como sendo do sexo feminino ou masculino dependendo dos caracteres anatômicos da genitália. Apesar da facilidade de

identificar o sexo, em se tratando de gênero não é tão simples uma vez que não depende exclusivamente de características anatômicas, levando-se em consideração também fatores genéticos, somáticos, psicológicos e sociais (DIAS, 2007).

O sexo, para Bento (2017), não é algo que se pode descrever estatisticamente, mas sim uma das normas que qualifica o corpo humano. Os atos que constituem o corpo humano são experiências adquiridas por meio de significações culturais, o que se pode aduzir de que não existem corpos sexuais sem que haja fatos anteriores que o definiram como tal. Louro (2000) corrobora com Bento (2017) quanto à influência das redes de poder de uma sociedade, responsáveis por moldar as identidades de gênero e sexuais através das relações sociais.

Bento (2017) diz que o corpo é um texto construído socialmente, cheio de impressões sobre os elementos do processo da produção sexual. Em todo o caminhar histórico construído, determinados elementos foram aceitos e naturalizados, enquanto outros aspectos foram marginalizados, como é o caso das pessoas transexuais.

É no âmbito da cultura e da história que são produzidas todas as identidades sociais, inclusive as de gênero e sexuais, mas não somente essas, todas as identidades que formam o ser humano e nas quais ele se reconhece, essa questão identitária não é estável e una, ao reconhecer-se numa identidade, a pessoa passa a ser inserida em um grupo ou comunidade social que podem ser contraditórios, divergentes. A multiplicidade de identidades sociais (não apenas a de gênero e sexual) por sua fluidez, são plurais, instáveis e históricas (LOURO, 2000). A autora acrescenta ainda que:

Nossas identidades de raça, gênero, classe, geração ou nacionalidade estão imbricadas com nossa identidade sexual e esses vários marcadores sociais interferem na forma de viver a identidade sexual; eles são, portanto, perturbados ou atingidos, também, pelas transformações e subversões da sexualidade. Para os grupos conservadores tudo isso parece muito subversivo e ameaça atingir e perverter, também, conceitos, valores e "modos de vida" ligados às identidades nacionais, étnicas, religiosas, de classe. Para os grupos que estão comprometidos com a mudança sexual também são colocados desafios, como lembra Weeks, na medida em que essas identidades de oposição acenam para o movimento constante. Como articular, então, as lutas? Como "fixar" os pontos comuns? Os sujeitos deslizam e escapam das classificações em que ansiámos por localizá-los. Multiplicam-se categorias sexuais, borram-se fronteiras e, para aqueles que operam com dicotomias e demarcações bem definidas, essa pluralização e ambiguidade abre um leque demasiadamente amplo de arranjos sociais. (LOURO, 2000, p. 22).

A sexualidade é reconhecida como um direito fundamental, partindo dessa classificação ela é entendida como algo inerente ao ser humano, inalienável, natural e imprescritível. Dentro da sexualidade estão abarcados os direitos de liberdade sexual e livre orientação sexual, importante a proteção desses direitos para que a dignidade humana da pessoa

seja resguardada bem como seja respeitado o seu exercício (DIAS,2016). Para Rubin (2003) a sexualidade não deve ser entendida estritamente dentro de padrões biológicos, mas como uma construção histórica e social, seguindo as teorias de Bento (2017) e Louro (2000).

A partir dos estudos de Freud, pai da psicanálise, sobre o inconsciente, mudou-se a compreensão acerca da sexualidade, que passou a ser analisada para além do aspecto sexual e colocada sob a luz do desejo. O impacto da constatação do sujeito inconsciente dotado de subjetividade alterou o entendimento da ordem jurídica de maneira considerável, a exemplo dos negócios jurídicos serem dotados de subjetividade e por isso normatizados sob essa condição, o mesmo aconteceu como o direito das famílias, que passou, paulatinamente a considerar os sujeitos pertencentes ao núcleo familiar individualmente e a pluralidade das famílias (PEREIRA, 2021).

Contudo, conforme será explanado na seção seguinte, foram construídos e desconstruídos conceitos ao longo do tempo em torno da sexualidade, da mesma maneira em que se criou muitas opiniões arraigadas que perpassam o tempo e impedem o avanço social e jurídico de igualdade entre todas as pessoas e suas formas de constituir família.

3.2 A negação da homossexualidade

Ainda que hajam muitos registros históricos sobre relações entre pessoas do mesmo gênero, não se pode pontuar um marco inicial da história da homossexualidade, desde o começo dos séculos são relatadas histórias românticas, afetivas ou sexuais entre homens ou entre mulheres, a homossexualidade sempre existiu (DIAS, 2016). Com o passar do tempo o olhar sobre essas relações vai sendo modificado, passam de naturalidade a pecado, de pecado a doença e uma série de repressões (FOUCAULT, 1999).

Através das pesquisas de Foucault (1999) constata-se que na Grécia antiga as relações sexuais/prazerosas entre rapazes não era apenas uma prática livre, mas também encorajada pelas instituições gregas. O culto ao belo era exercitado tão amplamente que não havia distinção entre homens e mulheres, nesse sentido a bissexualidade era entendida como uma força da natureza que ligava as pessoas através da manifestação do desejo ao que é belo. Não obstante a homossexualidade/bissexualidade na Grécia ser naturalizada, haviam pontos de

intolerância quando o prazer entre homens passava de algo fugaz para algo dotado de sentimentos, como o amor.

A pederastia era a relação mais legítima entre pessoas do sexo masculino, um adolescente era iniciado aos conhecimentos sobre a vida por um homem mais velho, um sábio, entre esses conhecimentos estava a atividade sexual onde eles serviam aos seus mentores. Havia também o aspecto pedagógico e militar onde eram incentivadas as relações entre homens, com o objetivo de torná-los mais másculos (FOUCAULT, 1999).

A relação sexual entre homens na Roma Antiga acontecia de forma semelhante à sociedade grega, no entanto, a manifestação da masculinidade romana era muito mais bruta e hierarquizada, dessa forma, a sexualidade masculina se tornava malvista se fosse relacionada a subjugação. O patriarcalismo era um dos alicerces da sociedade romana, por essa razão, qualquer conduta feminina, geralmente associada a fraqueza, era rechaçada (MOREIRA, 2012).

Os chamados “homens livres”, hierarquicamente superiores poderiam se relacionar com homens escravos sem que houvessem represálias sociais, mas jamais seria aceito o relacionamento entre homens livres uma vez que um deveria ser o sujeito passivo sexual, e um homem classificado como livre, um cidadão, não poderia ser subjugado por outro homem livre, tais relações constituíam crimes com pena de morte (MOREIRA, 2012).

Diante do exposto pode-se afirmar que mesmo nas sociedades que tinham como natural os relacionamentos homossexuais – ainda que fosse desnecessária e inexistente essa classificação à época - especialmente nas grandes civilizações gregas e o império romano, sob alguns aspectos a homossexualidade era limitada, a intolerância preponderava em algumas situações, a exemplo de homens serem “afeminados” ou passivos (FOUCAULT, 1999).

Após a queda do império Romano e ascensão do cristianismo no Ocidente, o tratamento social destinado às pessoas homossexuais modificou-se consideravelmente, passando da naturalidade ao estigma (MADALENO, 2018), a partir da Idade Média o conceito de pecado e sodomia são diretamente associados à atividade sexual, e muito mais nocivos se praticados entre homens (RUBIN, 2003). Vecchiatti (2012) afirma que nesse período, além das condenações de cunho religioso aos relacionamentos sexuais entre homens, também deve ser considerado o contexto da epidemia da peste bubônica que dizimou um terço da população, por isso estimulou-se ao máximo a procriação, como forma de reestabelecer a população, logo, as uniões homossexuais eram muito mais perseguidas com a soma desses dois elementos.

Até meados do século XIX as relações sexuais e/ou afetivas entre pessoas do mesmo gênero eram consideradas sodomia, portanto, qualquer pessoa poderia sucumbir a essa

“atividade” pecaminosa. No entanto, depois da metade do século XIX passou-se a entender que a homossexualidade era uma definição de pessoas, não uma característica externa a qual qualquer um poderia sucumbir -como um pecado por exemplo - sem que isso fizesse parte de si mesmo (LOURO, 2004). Foucault (2001) acrescenta ainda que a homossexualidade passou a ser uma espécie da sexualidade, houve a transição de entendimento dos homossexuais como “hermafroditas da alma” e não mais reincidentes de crime. A partir daí essas pessoas seriam marcadas como um desvio da norma, taxadas e marginalizadas (LOURO, 2004).

No Brasil, segundo Trivison (2007) a homossexualidade foi marcada por opressão, principalmente entre os anos 60 e 80, com a ditadura militar implantada no país, muitas medidas autoritárias eram utilizadas abertamente para coibir o direito de existir das pessoas homossexuais, inclusive a imputação de crimes como atentado ao pudor, vadiagem e consumo de drogas.

Para Rubin (2003) a opressão sexual não pode ser entendida absolutamente e combatida se a sua conceituação for feita a partir da esfera biológica, se trata muito mais de uma injustiça sexual, que deve, portanto, ser colocada sob essa ótica de análise, na formação de uma teoria construtivista, a justificar a repressão sexual não-humana.

As instituições jurídicas, políticas, sociais começaram a tratar como minorias as pessoas que se identificavam como homossexuais, a afirmação dessa identidade também passava por questões de reconhecimento do sujeito dentro de um próprio grupo, pois àquela época era uma condição de pertencimento à comunidade – uma espécie de lar às pessoas discriminadas por sua orientação sexual e/ou gênero – que a pessoa se “assumissem”, expondo à coletividade o seu segredo. Era importante a afirmação da sexualidade pois esses grupos utilizavam sua visibilidade como forma de protesto à LGBTfobia reinante no espaço em que existiam (LOURO, 2004).

Antes classificado como homossexualismo, a orientação homossexual era conceituada como uma doença mental, estimulada através da perversão (MADALENO, 2018), daí a retirada do sufixo “ismo”. Foi excluída da Classificação Internacional de Doenças – CID, onde estava categorizada em sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais. Mais tarde, ao retirar o sufixo “ismo” e inserir “dade”, que significa modo de ser, foi conferido à homossexualidade um aspecto da sexualidade (DIAS, 2016).

Um fato social que justifica o supradito, segundo Rubin (2003), é a hierarquização piramidal de valores morais sexuais, no topo da pirâmide, a parte mais alta e de maior status estão- solitariamente- as pessoas heterossexuais casadas e aptas a procriar, um pouco abaixo se

encontram os heterossexuais monogâmicos que não são casados, mas tem um relacionamento; abaixo destes estão os casais de lésbicas e casais de gays que possuem relacionamento estável e longo por isso beiram o limite da respeitabilidade, no entanto, pessoas homossexuais que não estão enquadradas nessas características de relacionamento são relegadas ao nível tenuemente anterior à base da pirâmide, onde se encontram os grupos mais desprezados que vivem à margem da sociedade, estão inclusos nestes “os transexuais, travestis, fetichistas, sadomasoquistas, trabalhadores do sexo como as prostitutas e modelos pornográficos.” (RUBIN, 2003, p. 16).

Uma consequência apontada por Rubin (2003) dessa hierarquização sexual é extensa proteção social, jurídica, política, econômica para aqueles que se encontram nos níveis elevados da pirâmide (majoritariamente heterossexual), enquanto as camadas abaixo destas vão decrescendo, e a medida que se encontram próximos à base, aumentam os estigmas. Nas palavras da autora, “os indivíduos que as praticam são sujeitos às presunções de doença mental, má reputação, criminalidade, mobilidade social e física restrita, perda de suporte institucional e sanções econômicas.” (RUBIN, 2003, p. 16).

Dentro do contexto histórico social vigora a norma construída nos moldes do homem branco, heterossexual, de classe média e cristão, dessa forma, as pessoas alheias a essa qualificação serão marcadas a partir dessa norma, assim a mulher será caracterizada como o segundo sexo, enquanto gays e lésbicas passariam a ser justificados como um desvio da norma heterossexual (LOURO, 2004).

Rubin (2003) faz ainda uma crítica ao tratamento marginal destinado às pessoas não heterossexuais, que é feito partir do conceito de ética, uma vez que pelo aspecto diferenciador e excludente estabelecido é muito mais coerente se falar em racismo sexual do que de fato em um aspecto ético, nessa esteira ela acrescenta:

Uma moralidade democrática deveria julgar os atos sexuais pela forma através das quais um parceiro trata o outro, o nível de consideração mútua, a presença ou ausência de coerção, e a quantidade e qualidade dos prazeres que eles proporcionam. Quer os atos sexuais sejam heteros ou gays, em casal ou em grupo, nus ou com roupa íntima, comercial ou não-comercial, com ou sem vídeo, não deveriam ser preocupações éticas. (RUBIN, 2003, p. 19).

Fazendo uma análise sobre o preconceito em sentido amplo, o professor Rodrigo da Cunha Pereira (2021, p.87) constata que “o mecanismo político e intelectual em que se sustenta o preconceito em uma sociedade estrutura-se em razões de dominação de um ser sobre o outro.” Foi em razão da superioridade que muitos preconceitos raciais, sociais, sexistas

alicerçaram uma base ideológica patriarcal, branca e heterossexual na estrutura brasileira e o ordenamento jurídico, não diferente, conferia legitimidade à classe dominante, excluindo, portanto, de seu bojo as pessoas não-heterossexuais (PEREIRA,2021).

A vigilância sobre a sexualidade é muito mais intensa, contudo, isso não enseja dizer que ela seja exercida de forma direta, é muito mais opressiva ao limitar a expressão da sexualidade de forma escancarada, relegando ao espaço íntimo. Por meio dessas intervenções disciplinadoras do exercício da sexualidade as pessoas aprendem a incorporar culpa e vergonha associados à publicidade de questões sexuais, com isso são suprimidas as questões referentes à sexualidade, e se perde sua dimensão política e social (LOURO, 2000).

A produção da heterossexualidade é acompanhada da rejeição da homossexualidade, que acaba por se expressar através da homofobia. Nos homens a afetividade é muito mais meticulosa, obstaculizada e vigiada pela sociedade. Não se admite que homens e meninos hajam fora dos padrões de macho, eles sentem o preconceito muito mais descaradamente (LOURO, 2000).

Ao proferir seu voto na ADI 4277 e ADPF 132 – que reconheceu a união estável homoafetiva, o ministro Marco Aurélio pontuou como a realidade é agressiva para quem é homossexual no Brasil. O país ocupa o primeiro lugar no ranking mundial de morte de LGBTQ+, enquanto essas pessoas cumprem seu dever cívico, pagam impostos, votam, obedecem às leis, tem que conviver com a ameaça iminente de ser vítima de um crime de gênero, sem ter lei específica que os proteja (BRASIL, 2011)

Coaduna com o exposto o último levantamento de mortes cometidas com violência a pessoas LGBTQ+ em razão da homofobia, no ano de 2019, segundo os dados colhidos, as principais vítimas de mortes violentas são gays que totalizaram 174 mortes, que correspondem a alarmantes 50,89% de todas as mortes realizadas com o uso de violência, em seguida travestis que foram alvos de morte violenta correspondem a 27,05%, enquanto lésbicas, transexuais e bissexuais totalizam, respectivamente 9,73%; 8,81% e 1,52%, no Brasil (OLIVEIRA e MOTTI, 2020).

O mesmo estudo feito pelo Grupo Gay da Bahia (GGB) apontou que no ano de 2019, 329 pessoas LGBTQ+ foram vítimas de mortes violentas, desse total, constatou-se que as pessoas trans são mais vulneráveis, uma vez 1 milhão de pessoas aproximadamente faz parte dessa identidade de gênero, ao passo que 118 transexuais foram mortos por questões de gênero, proporcionalmente gays e lésbicas tiveram um número menor de mortes violentas uma vez que

o número de pessoas que possuem a orientação homossexual compõem a população de 32 milhões de pessoas, 20 milhões gays e 12 milhões são lésbicas (OLIVEIRA e MOTTI, 2020).

Para Louro (2000) os homossexuais tolerados dentro do seio social são aqueles que mantêm sua orientação sexual estritamente dentro dos padrões privados. A partir do momento em que se manifestam publicamente através de práticas não-heterossexuais, são prontamente criticados, não raramente por meio de subterfúgios.

Com isso se inicia uma crise política de identidades onde as pessoas homossexuais buscam se manifestar através de “uma estética, ética, um modo de vida que não se quer “alternativo” (no sentido de ser o “outro”), mas que pretende, simplesmente, existir pública e abertamente, como os demais.” (LOURO, 2000, p.22).

Diante de todo esse contexto de violências e marginalização contra as pessoas LGBT+, as instituições jurídicas têm um papel importante na redemocratização de proteção e garantia de direitos, o reconhecimento de famílias formadas por pessoas do mesmo gênero pelo STF foi uma importante postura, mas isso não esgota todas as possibilidades de modificação de uma sociedade moldada para servir apenas a heterossexualidade.

3.3 A união homoafetiva como entidade familiar a partir da jurisprudência pátria

Conforme mencionado anteriormente no capítulo 2 deste trabalho, as uniões homoafetivas foram reconhecidas judicialmente como entidades familiares, quando em 2011 o STF modificou o entendimento do art. 1.723 do CC para nele inserir as uniões entre pessoas do mesmo gênero. Segundo Dias (2016) em julgamento conjunto da ADI 4277 e ADPF 132, restou decidido pela aplicação da união estável entre pessoas de gênero igual, autorizando o deferimento de todos os pedidos administrativos referentes à essa matéria, sendo factível também a conversão em casamento, a decisão gerou efeitos vinculantes e *erga omnes*.

Antes da supradita decisão, no afã de eliminar a lacuna existente na legislação em matérias referentes a comunidade LGBT+ dentro do Código Civil, os tribunais brasileiros começaram a se posicionar sobre demandas relativas a direito de família de pessoas do mesmo gênero. A justiça gaúcha iniciou a mudança de paradigma ao definir como competente os Juizados especializados da Família em se tratando de uniões homoafetivas no ano de 1999, mais tarde, outra decisão jurídica gaúcha reconheceu pela primeira vez como entidade familiar a

união entre pessoas do mesmo gênero, na apelação cível 70001388982, que concedia o direito à herança ao companheiro sobrevivente, além disso, nesta decisão foi utilizada pela primeira vez o neologismo “homoafetividade” (DIAS, 2016).

A ação Pública n. 2000.71.00.009347-0, julgada pela Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre concedeu pioneiramente o direito de segurado ao companheiro homossexual, inserindo-o no rol de dependentes. O STF ratificou a decisão e conferiu efeito erga omnes, o TRF se manifestou no mesmo sentido no Resp. 395.904. O INSS, diante da posição majoritária jurisprudencial, regulamentou a matéria tratada na Instrução Normativa n. 25 que dispõe sobre procedimentos para concessão de benefício aos companheiros homoafetivos (MADALENO, 2018).

Nos tribunais superiores também houveram decisões importantes que contribuíram para o reconhecimento efetivo da entidade familiar homoafetiva. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu em 1998 em sede de recurso especial n. 148897/MG, acerca da existência das uniões entre pessoas do mesmo gênero como uma sociedade de fato, exigindo prova de mútua colaboração (DIAS, 2016), não obstante a classificação como sociedade de fato às uniões homoafetivas proteger especialmente direitos patrimoniais, foi a primeira vez que se efetivou alguma tutela jurídica protetiva aos casais homossexuais (MOREIRA, 2012).

O Superior Tribunal Eleitoral (TSE) por sua vez reconheceu a união estável entre mulheres ao admitir a inelegibilidade de uma das companheiras em razão da ocupação em cargo eletivo da outra. No ano de 2011 o STJ concedeu a adoção unilateral por uma das parceiras. (DIAS, 2016). Em 2009 o STF admitiu, administrativamente a inclusão de parceiros (as) homossexuais como dependentes de plano de saúde e demais benefícios de seus servidores, através da Resolução 380/2008 e Ato Deliberativo 27/2009 (DIAS, 2016).

A partir de então diversas foram as decisões no sentido de reconhecer as uniões entre pessoas do mesmo gênero como entidades familiares, até que em 2011 foi dirimida a controvérsia sobre ser ou não entidade familiar a família formada por casais homoafetivos (DIAS, 2016). Na votação da ADI 4277 e ADPF 132, de forma unânime estendeu-se o instituto da união estável para as uniões homoafetivas (BRASIL, 2011).

A ADPF 132, ajuizada pelo então Governador do Rio de Janeiro, Sergio Cabral, tinha como causa de pedir que o Pretório Excelso interpretasse segundo a Lei Maior, o Estatuto dos Servidores Públicos civis para aplicar analogicamente o art. 1723 do CC às uniões homoafetivas. A ADI 4277 foi proposta no ano de 2009 pelo Procurador Geral da República, que buscava reconhecimento de entidade familiar às uniões estáveis homoafetivas que se

enquadrassem nos mesmos requisitos estabelecidos para a união estável no Código Civil (CHAVES,2012).

Esse julgamento ao decidir pela procedência dos pedidos e trazer novos rumos ao tratamento familiar homoafetivo, também levantou uma série de conceitos, especialmente o princípio da afetividade, que já era difundido principalmente pela doutrina e que pela primeira vez foi utilizado pelo STF como norteador decisório em processos que tratassem de direito das famílias. A exemplo disso observa-se a postura de todos os ministros ao utilizarem a expressão “homoafetivo” em detrimento de “homossexual” (RIBEIRO e ARAUJO, 2020).

A denominação “homoafetividade” foi cunhada pela desembargadora Berenice Dias (2016) com o objetivo de desmitificar a ideia de que a homossexualidade estava ligada a prazer carnal e desejo somente, dessa maneira buscou evidenciar o afeto como base dos relacionamentos heterossexuais e não- heterossexuais. Segundo a autora “resta evidente na omissão da lei em reconhecer direitos aos homossexuais. A negativa do legislador revela nítida postura punitiva, pois condena à invisibilidade os vínculos afetivos envolvendo pessoas da mesma identidade sexual.” (DIAS, 2011, p. 63).

O ministro-relator Ayres Britto utilizou a afetividade como elemento principal de identificação da família, conforme se lê a seguir:

(...) para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de uma mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. (BRASIL, 2011, p. 630).

Moraes e Camino (2016) ao fazerem uma análise do discurso dos ministros no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132 constataram que os votos ainda que se encaminhassem para um objetivo só, qual seja, procedência dos pedidos, utilizaram fundamentos distintos que demonstram que a votação não foi homogênea, os argumentos de ordem diversas geraram duas posições diferentes, a saber: uma parte dos ministros, ao levantar a hipótese de enquadrar as famílias homoafetivas no art. 1.723 do CC por analogia ou outros tipos de interpretação jurídica,

ratificam o tratamento diferenciado entre homossexuais e heterossexuais, o segundo posicionamento possui uma acepção ampla e principiológica de família.

Quem se posicionou pelo segundo entendimento reconheceu as famílias homoafetivas com base nos princípios constitucionais voltados ao direito de família, a partir da noção de igualdade entre todos os indivíduos e entre todos os tipos de famílias (MORAES E CAMINO, 2016). Buzolin (2019) acrescenta que os ministros que utilizaram esse último posicionamento se aliançaram ao conceito amplo de família, foram eles: Ayres Britto, Luiz Fux, Carmem Lúcia, Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

Ao tecer seu voto, o ministro Ayres Britto trouxe à baila o conceito de família como espaço afetivo de mútuo apoio e realização pessoal, de sorte que a Carta Magna ao tratar da definição de entidade familiar, não desconsiderou outros tipos de família aquém das expostas no dispositivo legal referente, um fundamento disso é o caráter igualitário principiológico da dignidade da pessoa humana, razão pela qual seria grosseira contradição da Lei Maior excluir outros tipos de entidades familiares (BRASIL, 2011). O jurista acrescentou ainda, *ipsis litteris*:

Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários. (BRASIL, 2011, p. 17).

O ministro Luiz Fux, em seu voto, se aliançou ao aspecto de igualdade entre casais heterossexuais e homossexuais para defender a família homoafetiva como merecedora do reconhecimento de entidade familiar, já que ambas as uniões são similares na forma e por isso constitucionalmente protegidas, conceitualmente entendeu que o rol exposto no art. 226, §3º da CF é exemplificativo (BRASIL, 2011), conforme observado no trecho a seguir:

[...] O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a

certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional. (BRASIL, 2011, p.13).

No mesmo sentido votou a Ministra Carmem Lúcia, corroborando com exposto acima, evidenciou o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como corolário de direitos que sustentam o caráter de famílias às uniões homoafetivas, isto feito, a ministra enfatizou a importância em não conceber que a Constituição sustente algum tipo de preconceito contra minorias sexuais, por isso a matéria lecionada no art. 226, §3º da CF não poderia ser restritiva (BRASIL, 2011). *In verbis*:

[...]é exato que a referência expressa a homem e mulher garante a eles, às expressas, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, com os consectários jurídicos próprios. Não significa, a meu ver, contudo, que se não for um homem e uma mulher, a união não possa vir a ser também fonte de iguais direitos. Bem ao contrário, o que se extrai dos princípios constitucionais é que todos, homens e mulheres, qualquer que seja a escolha do seu modo de vida, têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à intimidade devidamente garantidos. (BRASIL, 2011, p.6).

O Ministro Joaquim Barbosa trouxe à discussão a tutela dos direitos fundamentais como basilar para o reconhecimento das entidades familiares homoafetivas, por isso, para ele, o que justifica a ampliação do conceito de família é todo o arcabouço principiológico constitucional em uma leitura harmônica e não somente uma leitura individualizada do art. 226, §3º da CF (CRISTIANETTI, 2018). O ministro acrescenta ainda o valioso papel da afetividade como garantidor do exercício do direito fundamental à liberdade, que inclui a livre orientação sexual e a igualdade, ambos inclusos no direito à dignidade humana (RIBEIRO e ARAUJO, 2020). Eis uma parte do voto em comento:

O não reconhecimento da união homoafetiva simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social. Aqui reside a violação do direito ao reconhecimento que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2011, p. 01)

Ainda atrelado ao conceito amplo de família pautado em igualdade, o Ministro Marco Aurélio se posicionou a favor do reconhecimento das uniões homoafetivas como

efetivação da igualdade familiar assegurada no ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 2011), leia-se:

Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite que seja a união homoafetiva admitida como tal. Essa é a leitura normativa que faço da Carta e dos valores por ela consagrados, em especial das cláusulas contidas nos artigos 1º, inciso III, 3º, incisos II e IV, e 5º, cabeça e inciso I. (BRASIL, 2011, p. 11).

Outro aspecto importante da construção jurisprudencial do conceito da família homoafetiva foi a exploração do princípio pela busca da felicidade, inicialmente apresentado pelo Ministro Celso de Mello que demonstrou ser a discriminação social um empecilho à felicidade, os Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Lewandowski igualmente se referiram à busca pela felicidade como importante para a efetivação de uma vida plena, sem obstáculos sociais que impedem as pessoas homossexuais de realizarem seus projetos de vida (BRASIL, 2011).

Não obstante a maioria dos ministros trazerem uma nova perspectiva jurídica de entidade familiar constitucionalizada a partir da positivação de que todos somos iguais, alguns ministros se posicionaram pela diferenciação fática das famílias formadas por pessoas do mesmo gênero, mantendo a literalidade do art. 226, §3º sob o argumento de respeitar a vontade do legislador de inserir apenas três tipos de famílias na Constituição Federal. Dessa forma a existência de famílias homoafetivas seria justificada tecnicamente através de analogia, uma vez que a lacuna legislativa para tratar dessas uniões ainda existe (BUZOLIN, 2019.)

Ao enfatizar o limbo jurídico em que se situa as famílias formadas por pessoas do mesmo gênero, o Min. Ricardo Lewandowski defendeu que sua proteção jurídica deve ser realizada por meio de analogia ao art. 1.723 CC, não há que se falar em coincidências entre as famílias descritas na Lei Magna e outras não positivadas pois seria manifesta afronta a separação dos poderes (BRASIL, 2011).

O ministro ressaltou ainda a diferença legal existente entre famílias homoafetivas e heteroafetivas ao afirmar que embora os requisitos exigidos em lei para reconhecimento de união estável possam vir a ser identificados nas famílias do mesmo gênero, há uma diferença sutil entre ambas uma vez que o ordenamento jurídico contempla exclusivamente uniões familiares formadas por pessoas de gêneros diferentes (BRASIL, 2011).

Coligado a essa ideia de lacuna normativa, o Ministro Gilmar Mendes questionou o respeito à harmonização dos poderes, evidenciando a lacuna normativa existente a respeito

das famílias homoafetivas, não obstante a posição legalista do Ministro, este também reconheceu a posição fática das uniões entre pessoas homossexuais ao afirmar “ser um fato da vida a existência de uniões entre pessoas do mesmo gênero no Brasil e no mundo, pautadas por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, à semelhança de outros tipos de união expressamente referidas em nossa Constituição como entidades familiares.” (BRASIL, 2011, p. 768).

O ministro Cezar Peluso também fez referência à diferença entre famílias homoafetivas e heteroafetivas, sem, contudo, explicitar em quais aspectos residiam tais diferenças. O mesmo vaziu aconteceu no voto do Ministro Gilmar Mendes que apontou a existência dessa entidade familiar relegando ao Poder Legislativo o papel de pormenorizá-las e normatizá-las. O que se depreende acerca dessas argumentações é a divergência jurisprudencial de caracterizar entidade familiar. Enquanto a maioria utilizou o conceito amplo de família, três ministros defenderam o conceito restrito, a família formada por um homem e uma mulher em uma relação monogâmica com a presença de filhos, aqueles que utilizaram essa conceituação de entidade familiar não justificaram a origem de tal conceito ou seu cabimento interpretativo na Carta Maior (BUZOLIN, 2019).

Através da análise dos discursos dos ministros na ADI 4277 e ADPF 132, MORAES E CAMINO (2016) identificaram que a utilização do princípio da dignidade humana como justificativa estavam sempre associados a defesa do exercício da sexualidade, intimidade e vida privada, por esse motivo o Estado não pode limitar o exercício desses direitos fundamentais em razão da orientação sexual.

Nesse sentido leciona Pereira (2021) ao pontuar conceitualmente o princípio da dignidade humana como imprescindivelmente associado à igualdade, especialmente para o direito de família, onde a dignidade é observada quando há tratamento isonômico entre todas as entidades familiares, sendo o preconceito uma forma antagônica e transgressora do direito, por isso não se pode tratar indignamente as pessoas em si e as famílias formadas por essas pessoas.

Intrinsecamente convergente com o direito das famílias e um instrumentalizador do princípio da dignidade humana, está o princípio da igualdade – especificamente da igualdade de gênero e do respeito a diferença, que não só reconhece a existência de tratamento diferenciado de gêneros quanto o veda do ordenamento, assegurando a garantia de direitos (PEREIRA, 2017).

Meses após o supramencionado julgamento, o STJ através do Resp. nº 1.183.378/RS ratificou a decisão do STF ao conceder a habilitação direta para o casamento, afastando possíveis obstáculos de diversidade de sexo em relação ao casamento (DIAS, 2016). O ministro-relator Luís Felipe Salomão explicitou em seu voto que a decisão do STF acerca do entendimento constitucionalizado de famílias perpassava o instituto da união estável, ao alargar o conceito de entidade familiar a fim de pluralizá-lo, estendeu-se a todos os institutos familiares a interpretação conforme a Constituição, qual seja, respeito a qualquer tipo de família independente da orientação sexual de seus partícipes (BRASIL, 2011).

Ademais, após o julgado da ADI 4277 e ADPF 132, como forma de efetivar esse direito, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu a resolução n. 175/2013 que proíbe a recusa de celebração de casamento civil ou conversão em união estável das autoridades competentes, bem como dispõe sobre a habilitação para o casamento de casais homoafetivos (MADALENO, 2018). Essa é uma forte expressão do princípio de pluralidade das formas de família, a ratificação da existência fática de famílias diferentes daquelas legisladas no direito brasileiro (PEREIRA, 2021).

A partir do exposto, não se pode negar que o poder judiciário reconhece a existência das famílias homoafetivas dentro da sociedade brasileira como dignas de tutela jurídica. Desconsideradas as divergências nos votos, todos os ministros afirmaram ser a dignidade humana fundamento irradiante constitucional que permeia as famílias formadas por pessoas do mesmo gênero, não havia argumento, portanto, para negar a realidade brasileira, tampouco proibir-lhes garantias e direitos.

4 O REQUISITO DA PUBLICIDADE DA UNIÃO ESTÁVEL NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS SOB A LUZ DO DIREITO À PRIVACIDADE

Neste capítulo serão apresentados os dados colhidos por meio de questionário que buscou analisar a publicidade nos relacionamentos homoafetivos/ não heterossexuais e a LGBTfobia como aspecto limitante da exposição dos relacionamentos. Primeiramente, através de conceitos jurídicos de direito fundamental à privacidade objetivou-se compreender melhor as nuances do direito à privacidade, partindo da ideia de diferenciação entre intimidade e vida privada com a finalidade de compreender a publicidade e suas limitações frente ao direito à privacidade.

Na segunda seção realizou-se a análise quanti-qualitativa dos dados obtidos para mensurar se a publicidade é ou não uma questão delicada dentro dos relacionamentos não heterossexuais, entendendo os motivos da não publicização. Por fim, através da análise de julgados dos tribunais de justiça brasileiros, buscou-se entender como a jurisprudência julga o requisito da publicidade nas uniões homoafetivas, mitigando-a em razão das especificidades dos relacionamentos homoafetivos ou aplicando-as tal qual sugere o art. 1.723 do Código Civil.

4.1 A privacidade como um direito fundamental

Sobre o direito à privacidade, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017) afirmam ser um dos mais expressivos e relevantes direitos fundamentais, pois é um dos pivôs de garantia do respeito à dignidade humana, Fernandes (2017) acrescenta ainda que esse direito fundamental é basilar no desenvolvimento da personalidade das pessoas. Não obstante manifesto grau de importância dentro do ordenamento, este não era um direito fundamental positivado até 1988 com a promulgação da Constituição Federal (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017). O art. 5º, inciso X da CF torna inviolável a vida privada, a intimidade, honra e imagem das pessoas, sob pena de indenização de danos morais e materiais caso sejam transgredidos tais direitos (BRASIL, 1988).

O Código Civil, por meio dos arts. 20 e 21 positivou o direito à privacidade dentro do título sobre direitos de personalidade, legislando que “a vida privada da pessoa natural é

inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar essa norma.” (BRASIL, 2002, p. 2).

Ainda segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017), o direito à vida privada também está associado à proteção da intimidade e da inviolabilidade de domicílio, este por ser o espaço onde é exercida a privacidade. Apresentando esses aspectos passa-se uma ideia de que tal direito fundamental consiste no respeito em ter a vida pessoal intocada da imposição de terceiros ou do Estado, bem como garante ao indivíduo discricionariedade para escolher quais dados serão expostos e se serão e o modo de trata-lo na proteção de uma esfera autônoma da vida privada, na qual “o indivíduo pode desenvolver a sua individualidade sem que ele seja compelido a determinados comportamentos socialmente esperados.”(SARLET,MARINONI e MITIDIERO, 2017,p.491,).

Para ratificar as garantias do direito a privacidade, outros diplomas internacionais foram assinados pelo Brasil, a exemplo da carta de princípios de Yogyakarta, um compilado de orientações legais internacionais de direitos humanos relacionados à orientação sexual e identidade de gênero. Entre os princípios trazidos pelo documento internacional está o direito à privacidade, legislado no art. 6º, que informa em seu texto o direito de optar por dispor ou não de informações relativas a orientação sexual e identidade de gênero, assim como escolher a respeito de questões sobre seu próprio corpo, relacionamentos pessoais e relações sexuais consensuais (PRINCÍPIO DE YOGYAKARTA, 2006) o mesmo diploma esclarece ainda a importância de, *ipsis litteris* :

Assegurar o direito de todas as pessoas poderem escolher, normalmente, quando, a quem e como revelar informações sobre sua orientação sexual ou identidade de gênero, e proteger todas as pessoas de revelações arbitrárias ou indesejadas, ou de ameaças de revelação dessas informações por outras pessoas. (PRINCÍPIO DE YOGYAKARTA, 2006, p.16).

A Declaração Universal de Direito dos Homens, outro diploma o qual o Brasil é signatário, em seu art. 12 também busca proteger a esfera privada da vida do ser humano, ao legislar que “ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, p. 3).

Como forma de explorar as nuances acerca desse direito fundamental em estudo, Ferraz Jr. (1993) faz uma análise sobre o sigilo de dados pessoais a partir da exposição de três

dimensões das esferas público e privado. A primeira é o público- político, onde vigora o princípio da transparência e da igualdade; a segunda dimensão é a social-privada, embasada no princípio da diferença, onde todos possuem alguns aspectos que os diferenciam uns dos outros. A terceira dimensão corresponde à individualidade privativa, protegida pelo princípio da exclusividade, que se pauta no entendimento de que os indivíduos possuem esferas subjetivas que constituem sua personalidade, não crivadas por normas objetivas e padrões sociais.

A partir da compreensão sobre o princípio da exclusividade - formulado inicialmente por Hannah Arendt, são resguardados três aspectos da personalidade, conforme pontua Ferraz Jr. (1993): a solidão, o segredo e a autonomia. Através dessa tripartição de características o autor realiza a distinção entre a privacidade e a intimidade. A intimidade é o espaço individualíssimo que não exige publicidade, uma vez que está situada no aspecto da solidão, isto é, no desejo de estar só. A vida privada é o espaço no qual se compartilha a vida com outros, ainda que seja um número mínimo de pessoas, uma convivência exclusiva embora não possa excluir também a autonomia e eventualmente a solidão, no sentido de estar a sós (FERRAZ JR., 1993). Corroborando com o aludido Farias, ao informar e acrescentar, literalmente, que:

A intimidade, como exigência moral da personalidade para que em determinadas situações seja o indivíduo deixado em paz, constituindo um direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessa, tem como um de seus fundamentos o princípio da exclusividade, formulado por Hannah Arendt com base em Kant. Esse princípio, visando a amparar a pessoa dos riscos oriundos da pressão social niveladora e da força do poder político, comporta essencialmente três exigências: “a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência de sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações).” (FARIAS, 2000, p. 140).

Para Silva (2011) a Carta Magna prestigiou um conceito mais abrangente de privacidade que pudesse proteger e abarcar todas as nuances da vida das pessoas, seja privada ou íntima, por isso entendeu que há na vida de uma mesma pessoa o aspecto exterior, onde estão as informações sociais que podem ser publicizadas; e a vida interior onde estão abrangidas as informações mais protegidas, suas relações familiares e amigos, aqui está a vida privada. A dúplici característica de expressão da vida dos indivíduos, exterior e interior, sugerem uma compreensão muito maior da privacidade, ao reduzir o raio de abrangência, chega-se a intimidade, onde estão localizadas as ordens mais íntimas das pessoas, questões morais e extremamente individualizadas. Para Sampaio (1998, p.351) “a intimidade integra a vida privada, porém de uma forma muito mais dinâmica do que comumente apresentada; cuida-se de sua projeção no âmbito das informações pessoais, do relacionamento comunicativo do ser

com os demais.”

É nesse sentido que se apresenta a teoria das esferas, exposta por Alexy (2008), que consiste em compreender a privacidade como três círculos concêntricos que representam os “graus” da privacidade do indivíduo, no centro do círculo, com proteção maior, está o segredo, que Costa Jr. (2007) entende ser o *locus* de maior proteção jurídica, pois nessa camada mais interna, estão os dados que não são compartilhados com terceiros, eminentemente intrínsecos à personalidade humana, como questões de orientação sexual e de gênero, religiosas, filosóficas e afins.

Intermediariamente, afastando-se do centro, está a intimidade. Esta recebe proteção estatal menos intensa que a esfera do segredo, mas ainda muito pontual, pois em que pese não tenha conteúdo tão hermético quanto a esfera do segredo, tampouco tem um extenso rol de publicidade, isto é, há discricionariedade baseada em confiança para compartilhar informações com as pessoas que farão parte desse círculo (COSTA JR., 2007). Na esfera privada o direito à intimidade sugere uma relação de mútua confiança, colocando esse direito numa posição horizontal (BELTRÃO E FERREIRA, 2020).

No círculo mais periférico está a privacidade *stricto sensu*, onde estão informações, comportamentos e situações que a pessoa não quer que seja exteriorizada a todos, ou seja, não há a disposição de informações ao domínio público, no entanto, o compartilhamento de informações é mais fluído, mais pessoas estão inseridas nessa esfera, mas seu número não é irrestrito, tanto é verdade que ainda há a proteção estatal (COSTA JR, 2007).

A partir da teoria das esferas ou círculos concêntricos, entende-se que toda pessoa não tem protegida somente sua privacidade em sentido mais amplo, mas em algum aspectos existem informações absolutamente íntimas, o núcleo da esfera privada, onde se desenvolve incisivamente a personalidade do ser humano, por essa razão requer-se integral proteção jurídica sem qualquer interferência, pública ou privada (GONÇALVES E MARTINS, 2012).

O sigilo doméstico, a exemplo, se mostra um espaço de ampla proteção, pois é o *locus* de desenvolvimento da personalidade mais latente, pensamentos, opiniões e demais nuances sigilosas da vida da pessoa são comumente exercidas dentro do seu lar, desse modo existem informações que somente são expostas dentro do espaço doméstico (FROTA, 2007).

A igualdade em sentido material é um propulsor da dignidade humana, o núcleo essencial de garantia das diferenças de toda ordem (BELTRÃO E FERREIRA, 2020). As informações sobre uma pessoa são partes estruturais que compõe o indivíduo, sendo exteriorizado ou não, isto é, as informações são o que conceituam e formam o ser humano, e

por essa razão são capazes de referenciar alguém e contextualizá-lo à algo. Esses dados definidores e estritamente pessoais são chamados de dados sensíveis, que se não manuseados corretamente podem causar situações de injustiças e desigualdades (MORAES, 2010).

Deve ser considerada também a dupla dimensão da privacidade, quais sejam: objetiva, que sugere uma posição ativa do Estado de proteger o exercício da privacidade de terceiros, quanto garantir o gozo do direito pelos particulares; e a dimensão subjetiva, que está relacionada ao direito de defesa, semelhante à dimensão objetiva, busca não intervenção estatal e de terceiros e o direito à liberdade pessoal de realizar seus projetos existenciais e dispor de seus dados (SARLET, MARINONI E MITIDIERO, 2017).

A partir disso pode ser entendida a privacidade como ponto central e norteador do direito de personalidade, basilar na formação do indivíduo que deve ter assegurado a todo momento o princípio da dignidade humana como irradiante e condutor de todo e qualquer mandamento jurídico (BELTRÃO E FERREIRA, 2020). É com a garantia da dignidade humana aliançada ao direito fundamental à privacidade que as pessoas homoafetivas tem assegurado o direito de viver sua sexualidade da maneira que melhor possa se desenvolver pessoalmente, conforme prevê os princípios de Yogyakarta, uma vez que existem muitas violências que assombram as pessoas que divergem da heteronormatividade.

É nesse sentido que a publicidade desses relacionamentos não é uma regra, tal como se supõe os relacionamentos heteroafetivos, por isso o direito de escolha diante do contexto deve ser sempre protegido. A seguir será analisada a publicidade nas relações homoafetivas e importância do direito à privacidade.

4.2 Análise quanti-qualitativa da dimensão de relevância do requisito da publicidade nas relações homoafetivas

Conforme exposto no capítulo 3 deste trabalho, o julgamento da ADI 4277 e ADPF 132 efetivou no ordenamento jurídico o reconhecimento das famílias homoafetivas como dignas de proteção estatal, no entanto, o julgado não esgotou todas as possibilidades jurídicas que poderiam decorrer do reconhecimento dessas uniões, tarefa que cabe aos tribunais brasileiros, ao se depararem com determinadas situações, decidir a par da Constituição,

garantindo os princípios basilares das famílias, e especialmente de famílias formadas por pessoas não-heterossexuais.

É mister compreender que embora as famílias homoafetivas tenham estruturalmente pontos coincidentes com as famílias heteroafetivas, ou seja, ambas têm como base o afeto, o contexto faz com que em muito se diferenciem, especialmente na vivência externa dessa afetividade enquanto formadora de família (DIAS, 2016). A LGBTfobia faz pairar sobre essas famílias o medo de sofrer algum tipo de violência de toda ordem, razão pela qual muitas vezes o direito à privacidade deve ser protegido pontualmente (SANTOS, 2020).

A partir uma teia de situações jurídicas de direitos das famílias, o sistema jurídico brasileiro deve se adequar a essa modalidade de família no afã de democratizar a proteção estatal que, como já mencionado, é estruturalmente heteroafetiva. A privacidade, como supradito é salutar na consagração da dignidade, não como um esconderijo e sim como a opção de dispor livremente de informações que se deseja ou não tornar públicas, ou escolher quem deve ser merecedor de determinado conhecimento sobre certos aspectos da vida da pessoa (TERCEIRO e PAMPLONA FILHO, 2017).

Nesse sentido a compreensão que se pretende neste capítulo é primeiramente analisar como as pessoas que tem um relacionamento homoafetivo entendem o requisito da publicidade/ convivência pública dentro de suas relações.

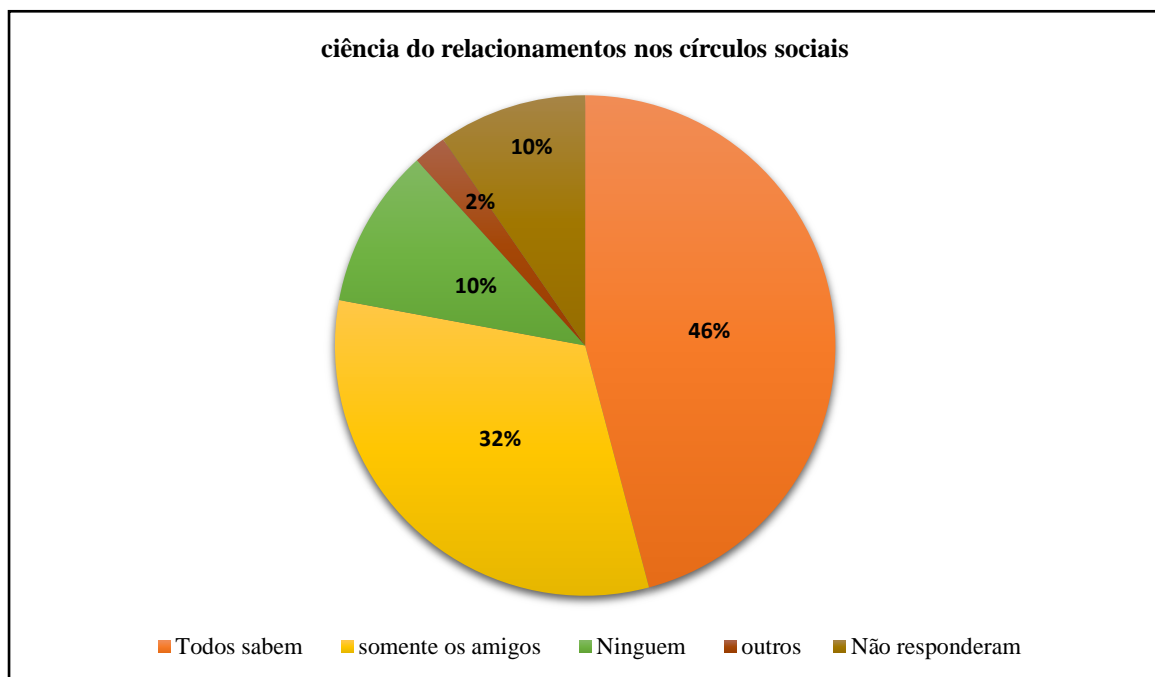
Para melhor compreender a problemática do trabalho, lançou-se mão de pesquisa de campo realizada através de questionários destinados a pessoas não-heterossexuais que estão em um relacionamento. Por meio das perguntas realizadas, buscou-se compreender se de fato o requisito da publicidade para reconhecimento de união estável pode ser um obstáculo para os casais homoafetivos, também investigou se geralmente as pessoas mais próximas do casal sabem do relacionamento e quais as razões de não publicização das relações. A seguir serão apresentados os dados colhidos, feitos com 93 pessoas de vários estados da federação.

Inicialmente objetivou-se traçar o perfil dos entrevistados, por meio de perguntas relacionadas a idade, gênero e orientação sexual, a partir daí constatou-se que a maioria das pessoas que responderam ao questionário identificaram-se como do gênero feminino, correspondendo a 51,6%, com idade entre 18 a 25 anos, destas, 52,1% se identificam como de orientação bissexual, ao passo que pessoas do gênero masculino totalizaram 44,1%, com idade entre 26 a 35 anos, destes, 78% se identificaram como de orientação gay. Quando perguntados sobre a natureza do relacionamento, identificou-se que a maioria das pessoas (72%) estavam em um namoro de até 2 anos de duração.

Através do questionamento sobre a publicidade do relacionamento perante os círculos sociais (trabalho, faculdades, locais onde praticam hobbies), buscou-se investigar preliminarmente o comportamento de um dos pares da relação e sua postura quanto ao compartilhamento de informações do relacionamento com pessoas que compõem a esfera da privacidade.

Constatou-se que 46% dos participantes exteriorizam sua relação para todos os seus círculos sociais, no entanto, 42% escolheram manter essa informação somente entre os amigos ou mesmo não a compartilhar com ninguém, em outras palavras, um número expressivo de pessoas optam por selecionar os grupos nos quais vão expor a relação. Conforme observa-se no gráfico a seguir:

Gráfico 1- Percentual de pessoas que expõe o relacionamento dentro dos círculos sociais



Fonte: Elaborada pela autora, 2021

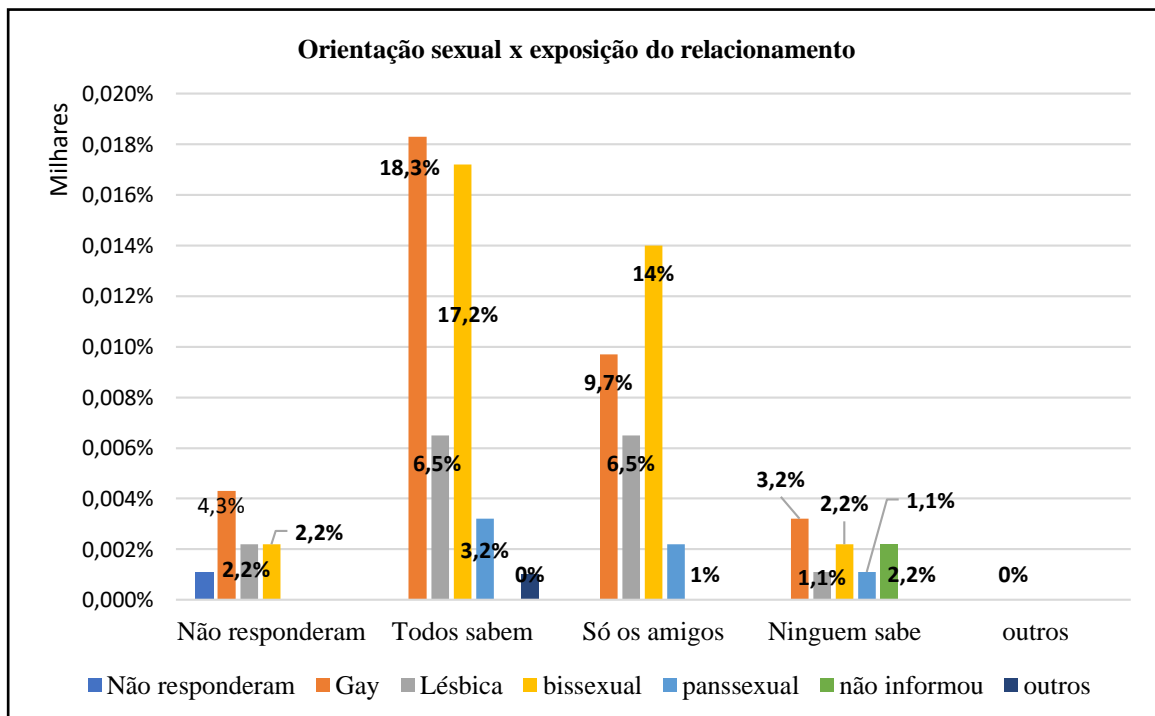
Apesar de o percentual maior ser de pessoas que tem relacionamentos amorosos expostos, é importante observar a quantidade de pessoas participantes que tecem filtros quanto a quem vão expor seu relacionamento e conseqüentemente sua orientação sexual. O direito à privacidade protege para todos a discricionariedade na qualificação de informações que serão expostas, observa-se que nesse sentido, os dados obtidos mostram principalmente em relação à pessoas que vivem seu relacionamento mais abertamente dentro de determinados círculos, que não há a obrigatoriedade de assumir sua sexualidade, mas vivê-la livremente, o mesmo se aplica

ao percentual de pessoas que decidiu viver a relação somente entre ou amigos ou mesmo não expor à ninguém (TERCEIRO e PAMPLONA FILHO, 2017).

Quando cruzadas as informações de orientação sexual e exposição do relacionamento em todos os círculos sociais, o resultado estabelecido foi que 18% dos homens gays que participaram tem relações amorosas de conhecimento geral dentro da esfera da privacidade em sentido amplo, quando fala-se em círculos sociais entende-se como os lugares em que as pessoas tem relações sociais mais próximas, no entanto não tão íntimas, em regra .

Em se tratando de mulheres lésbicas, o percentual constatado foi que 6,5% afirmam que todos sabem, enquanto igual percentual, 6,5% contaram somente para amigos ou pessoas selecionadas. Entre as pessoas bissexuais, 17,2% afirmam que todos de todos os círculos sociais sabem que a pessoa tem um relacionamento homoafetivo e 14% expuseram somente para os amigos sobre a relação afetiva. Um percentual menos expressivo de pessoas optou por não compartilhar seu status com outras pessoas, vide gráfico 2:

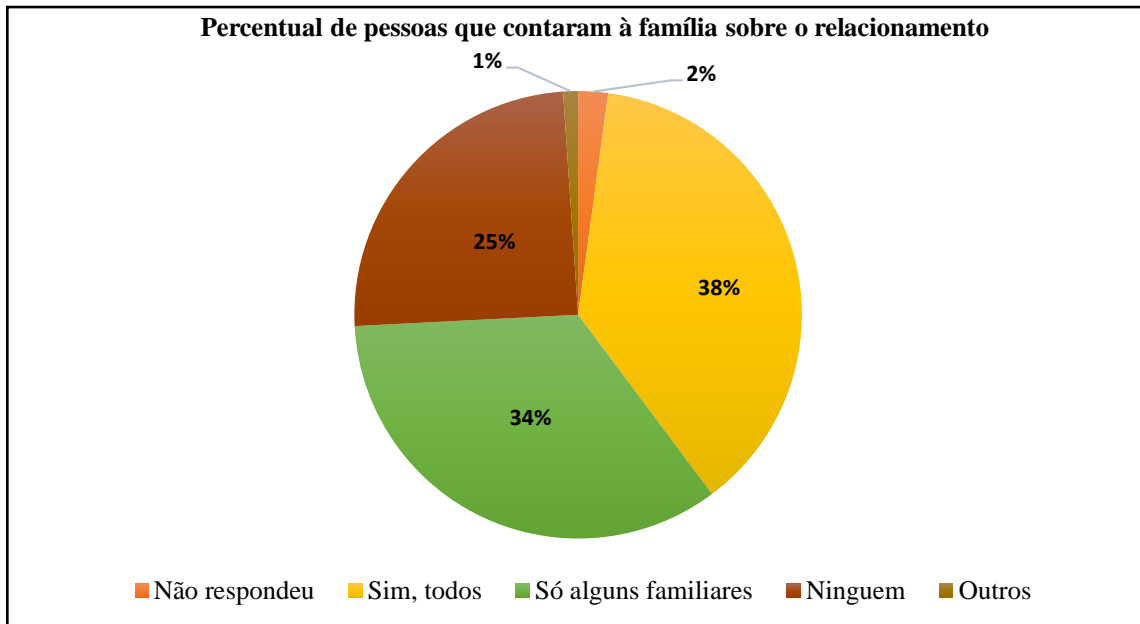
Gráfico 2- Exposição ou não do relacionamento em razão da orientação sexual



Fonte: elaborado pela autora, 2021

A partir disso buscou-se afunilar o questionamento ao indagar aos participantes se dentro do seu ciclo familiar eles contaram que tem um relacionamento homoafetivo, o percentual mais relevante estabelecido constatou que 38% das pessoas contaram a todos os familiares, 34% contaram apenas aos familiares íntimos e 25% decidiram não contar.

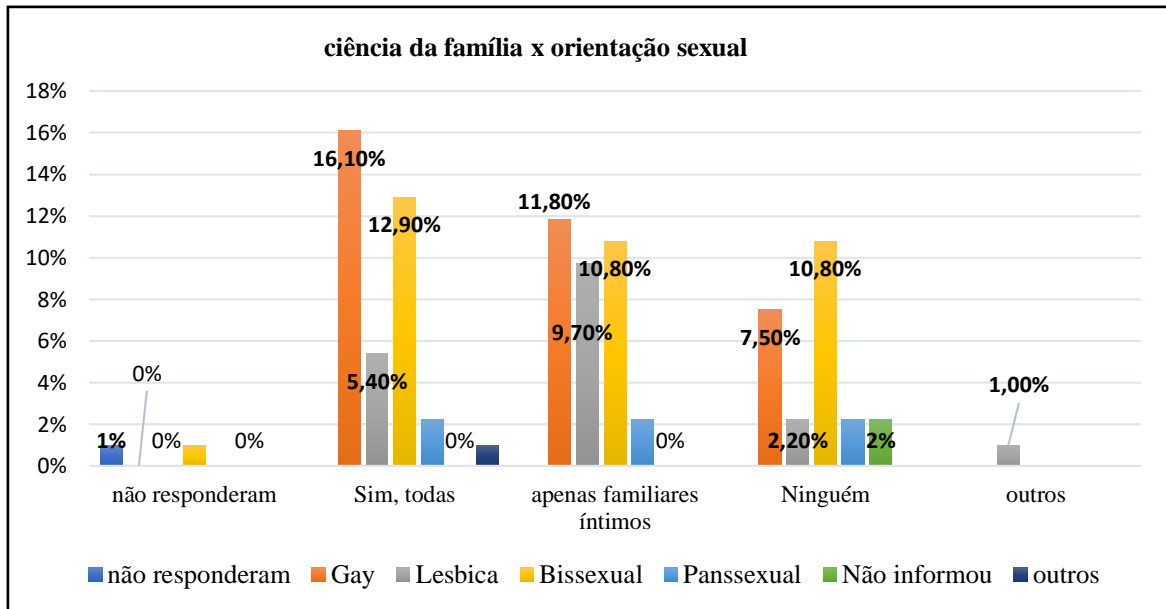
Gráfico 3- Pessoas que contaram à família sobre o relacionamento



Fonte: Elaborado pela autora, 2021

Outro dado relevante estabelecido foi a postura mais reservada de mulheres lésbicas quanto a compartilhar informações sobre a existência do relacionamento (9,7%), expondo geralmente à familiares do círculo íntimo, sendo este composto por pessoas que convivem diariamente – pai, mãe e irmãos, ou com quem tem uma afinidade mais incisiva, 12,9% das pessoas bissexuais contaram à família mas 21,6% contaram somente à alguns familiares ou não contaram a ninguém, 16,1% dos homens gays também contaram à família e 11,8% contaram apenas a alguns familiares, 2,2% afirmaram que ninguém do seio familiar conhece que a pessoa tem um relacionamento homoafetivo.

Gráfico 4- percentual de pessoas que contaram para a família x orientação sexual



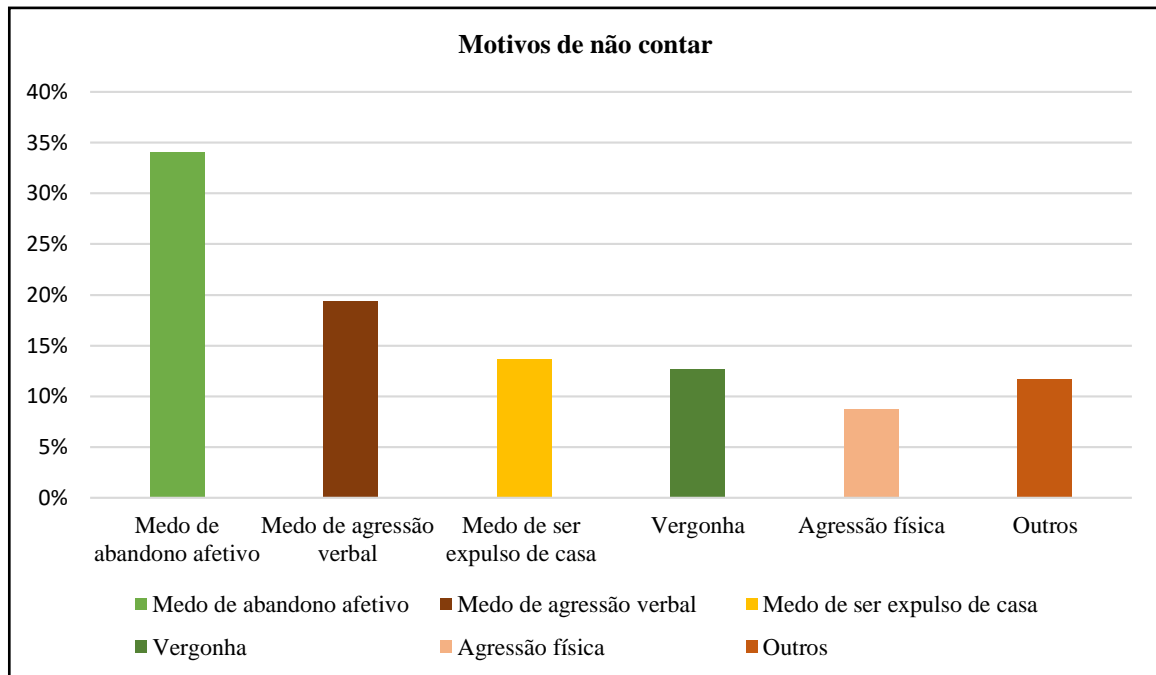
Fonte: elaborado pela autora, 2021

Entre as pessoas que responderam que não compartilham com todos o seu status de relacionamento, que filtram somente para alguns familiares e amigos ou mesmo que não compartilham com ninguém, que vivem sua relação apenas entre os membros do núcleo amoroso, buscou-se entender os motivos que os levaram a tomar uma postura mais privada quanto a esse aspecto da vida, como forma de analisar o papel que o crime de LGBTfobia tem em relação à exposição de um relacionamento homoafetivo. Para norteá-los na resposta foram apresentadas 5 opções de possíveis causas, sendo elas: medo de agressão física, medo de agressão verbal, medo de abandono afetivo, medo de ser expulso de casa e vergonha.

O gráfico 5, como percebe-se a seguir, demonstra que em relação às violências que podem ser destinadas às pessoas homoafetivas, as violências não físicas são as mais temidas, especialmente o abandono afetivo e a agressão verbal, o que se depreende a partir desse aspecto é que quanto mais próximo afetivamente da pessoa homossexual, menos esta fica disposta a pôr em risco a relação com a família, amigos e etc.; ao contar que tem relacionamento não-heterossexual.

Entre as pessoas que marcaram “outros” referindo-se a motivos diversos, não houveram motivos que influenciasssem nesta pesquisa, todas respostas apontaram que não havia, de acordo com sua opinião pessoal, motivos para contar à família.

Gráfico 5- Motivos de não compartilhar com amigos e família sobre o relacionamento



Fonte: elaborado pela autora, 2021

A LGBTfobia, diante de sua variedade de manifestações, muitas vezes acontece de maneira implícita, não é tão evidente quanto a agressão física que pode ser observada e quantificada, no entanto, gera muitos danos internos à vítima, pois a partir das vivências estigmatizantes sofridas pelas pessoas homossexuais surgem posturas reprimidas, de silenciamento, adaptação e correção (SÍVORI, 2013).

Corroborando com os dados colhidos no presente estudo uma pesquisa realizada por Miskolci (2015) que durante sete anos entrevistando pessoas homossexuais para analisar a visibilidade das relações homossexuais e a discriminação através de aplicativos de relacionamento, chegou a informação de que entre homens de classe média e alta o maior medo é de perder o emprego, da repressão moral e o rompimento com os laços familiares, esses são os principais obstáculos para a visibilidade e reconhecimento de um(a) parceiro(a), e não a violência física, conforme se estudou nos relatórios de violência LGBTfóbica explanados neste trabalho.

A agressão física em razão da homofobia, em que pese seja uma realidade latente no contexto brasileiro de acordo com o último levantamento de dados feito no ano de 2019 pelo Grupo Gay da Bahia², se mostra menos relevante dentre os participantes do presente estudo, entende-se que a esta questão, por se tratar de pessoas próximas, o contexto muda em relação

² Vide capítulo 3 deste trabalho

ao aspecto de LGBTfobia quando não presente consanguinidade, afetividade ou qualquer relacionamento social mais intenso, seja pela instituição família ou outros.

Quando feita a pergunta “você contou para sua família?”, sugere-se que o(a) participante tivesse tido uma postura ativa de contar, desejar compartilhar esse dado, da mesma forma em relação aos amigos ou qualquer pessoa mais próxima de convívio familiar, a partir disso verificou-se que o acolhimento, um atributo tipicamente familiar e afetivo, é o ponto convergente entre contar e não contar. De um lado a certeza ou grande expectativa de ser acolhido induz a pessoa LGBTQ+ a compartilhar o relacionamento, de outro lado, o medo de não ser acolhido faz com que a pessoa não deseje compartilhar mesmo com os mais íntimos a união.

Nas palavras de Zimmerman *et al* (2015) a família ao mesmo tempo em que pode ser o suporte e ponto de desabafo, também pode ser um núcleo de preconceito LGBTQfóbico muito mais evidente, uma vez que há questões de hierarquia, respeito e intimidade mais aguçados. Além disso, os próprios pais são reticentes em falar sobre sexualidade de um modo geral, o que os faz cercarem-se de medos e apreensões, assim, suas atitudes perpassam aos filhos e estes preferem manter-se seguros ao esconder não somente sua orientação sexual, mas também a outra pessoa com quem se relacione amorosamente.

De fato, 65,7% dos participantes deste trabalho afirmaram que seu/sua parceiro (a) não contou à família que tem um relacionamento homoafetivo, ou disse a apenas algumas pessoas da família.

Quando se extrapola o círculo mais favorável de relações sociais, compreende-se aqui a esfera da privacidade *stricto sensu*, as mesmas pessoas que se sentem à vontade em conversar sobre a relação com determinadas pessoas, entende que há limites para a publicidade, principalmente por medo de sofrer algum tipo de violência ou subterfugio de exclusão. Diferentemente do relacionamento de pessoas heterossexuais que de acordo com determinados padrões e com todo o amparo social, podem ser percebidas característica de que as pessoas estão em um relacionamento por observadores externos, não há, em regra, essa identificação em relação às pessoas homoafetivas, há uma reserva e pré-julgamento de que sejam apenas amigos, especialmente por não ser comum que pessoas de relacionamentos homoafetivos passem de mãos dadas em locais públicos, ou troquem afetos íntimos como beijos na boca, abraços mais demorados e etc.; principalmente em locais que abertamente não os ampara (MISKOLCI, 2015).

Duas questões merecem análise de acordo com a exposição mitigada do relacionamento a familiares íntimos e amigos, a primeira observação se dá no aspecto do direito

à privacidade de pessoas homoafetivas, nesse contexto, em regra entende-se que os amigos e familiares fazem parte da esfera da intimidade, onde a convivência é maior e daí surgem e se desenvolvem aspectos da personalidade das pessoas, por isso a problemática se mostra super sensível, uma vez que mais profunda que o aspecto da intimidade, é a esfera do segredo, o fechamento da esfera da intimidade, tendo as pessoas homoafetivas em muitos casos que relegarem suas relações à esfera mais pormenorizada da privacidade, o segredo, o mais íngreme e protegido círculo da privacidade, (COSTA, JR., 2007) onde estão inclusos somente quem faz parte do relacionamento afetivo.

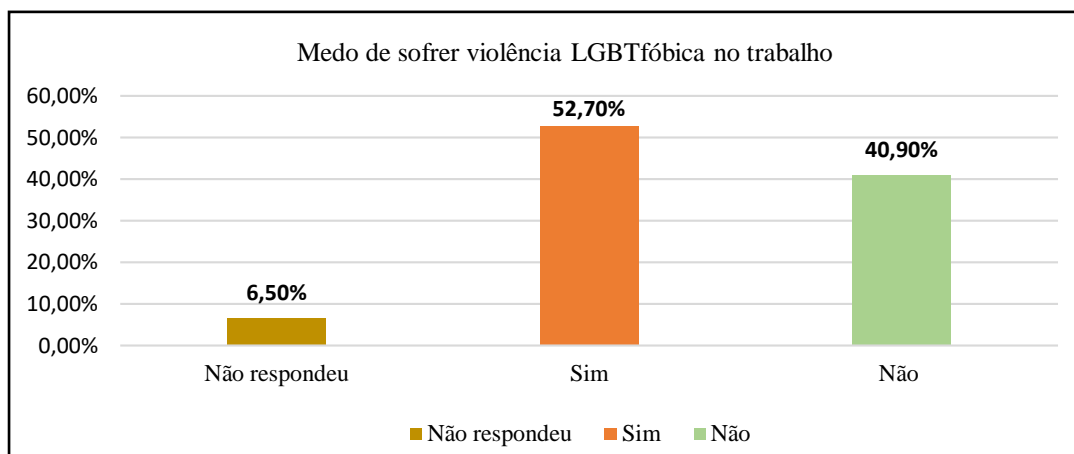
A segunda observação é que não se pode afirmar que entre as pessoas que disseram que todos sabem da relação, que há a exteriorização voluntária de dados do casal a terceiros, o que pode acontecer é o não esforço em esconder formalmente a sua relação ao mesmo tempo em que não se deseja expô-la naturalmente em qualquer ambiente por medo de algum tipo de discriminação social.

Em outras palavras, mesmo que o casal utilize sua liberdade de viver a sexualidade como bem lhe aprouver, não há como não se preocupar com todo o contexto no qual estão inseridos, tendo a todo momento que conviver com apreensões de sofrerem algum tipo de violência, especialmente quando participam de ambientes que são mais conservadores.

Conforme os dados cruzados para observação dessa constatação, verificou-se que mesmo aquelas que expõem o relacionamento, ou seja, é pública sua orientação sexual e sua relação amorosa, há ainda o medo de sofrer alguma discriminação social em outros ambientes sociais, como por exemplo no trabalho, que geralmente é um local mais rígido e com uma variedade maior de tipos de pessoas que não estão ligados por laços afetivos de amizade, e sim por uma imposição profissional, ocasionando impessoalidade e conflitos por divergências éticas, morais, religiosas e afins.

As violências nesses tipos de locais são geralmente mais sutis, como por exemplo a não promoção de cargo, exclusão dentro do ambiente, condutas que sugerem a não recepção da pessoa dentro daquele espaço. Essas condutas apáticas ou mesmo excludentes acabam levando a pessoa a não revelar sua orientação sexual ou quando o faz, ainda assim precisa de cautela a todo momento por receio de que alguém haja em algum aspecto com preconceito. Isso pode ser demonstrado no gráfico 6 onde 52,7% de pessoas afirmam que tem medo de sofrer alguma discriminação por colegas de trabalho, como se vê:

Gráfico 6- Pessoas que tem medo de sofrer algum tipo de violência no trabalho em razão da orientação sexual

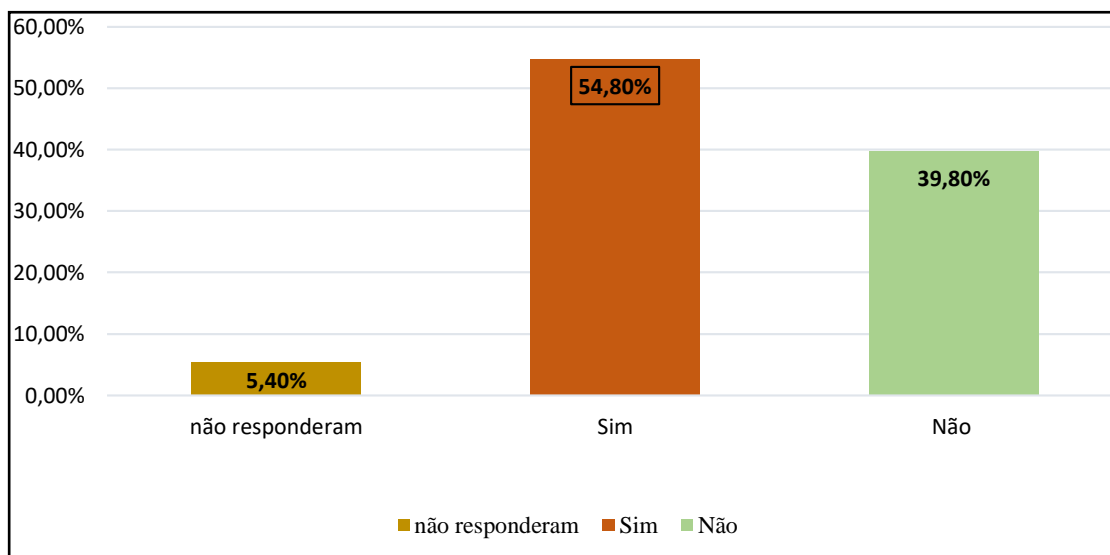


Fonte: elaborado pela autora, 2021

Quando levantada a questão sobre a publicidade do relacionamento, 54,80% dos entrevistados afirmaram que o requisito da publicidade/convivência pública, pode ser um obstáculo caso queiram reconhecer mais tarde o relacionamento como união estável.

O gráfico 7 demonstra o supradito, evidenciando, portanto, a opinião das pessoas sobre ter uma união afetiva exercida sob os olhos de todos.

Gráfico 7- Percentual de pessoas que acham que o requisito da convivência pública é um obstáculo para reconhecimento de união estável



Fonte: Elaborado pela autora, 2021

É importante mencionar que não obstante a todo momento as perguntas anteriores sobre a visibilidade do relacionamento nos círculos sociais das pessoas terem um percentual relevante positivamente, ou seja, a maioria das pessoas entrevistadas possuía um

relacionamento conhecido nos círculos sociais, entre essas, aproximadamente 54,80% entendem que a publicidade pode obstar judicialmente o reconhecimento de família.

Apesar de à primeira vista parecerem dados contraditórios, tal quantitativo pode ser explicado a partir dos resultados obtidos pelo estudo de Miskolci (2015) onde o autor expõe que a visibilidade homossexual é uma negociação, de um lado está a possibilidade de a pessoa homossexual viver sua sexualidade expostamente, isto é, ter relacionamentos e dar conhecimento de seu status amoroso a terceiros, porém a aceitação é condicionada a não transgressão do limite da heteronormatividade. O sigilo e a discrição não são mais uma condição de existência dos relacionamentos homoafetivos, mas tampouco esses relacionamentos podem ser expostos externamente como o relacionamento conjugal composto por uma mulher cisgênera e um homem cisgênero.

Em outras palavras, ainda que as pessoas de todos os círculos sociais do casal saibam que aquelas pessoas formam uma relação amorosa e aceitam isso, pode ser que a exteriorização do sentimento como beijos, abraços, carícias, permitidas entre héteros, possa ultrapassar limites impostos, o que gera consequências sérias a esses casais em razão da LGBTfóbia. A negociação acontece no sentido de “permitir” socialmente que os casais possam existir abertamente, mas que não possam relacionar-se abertamente, ainda que dentro dos padrões morais estabelecidos.

Nas palavras de Terceiro e Pamplona Filho (2017) exibir publicamente a união homoafetiva dentro de uma sociedade LGBTfóbica é notória empreitada de heróis, no entanto, o direito não exige heróis, por isso o autor entende manifestamente inviável que haja cobrança estatal de publicidade das relações como requisito para reconhecimento de uniões estáveis.

Por fim, indagou-se aos participantes sua opinião quanto a constituição de família, isto é, elementos importantes que tornam a relação amorosa em uma entidade familiar, a esta pergunta a palavra “amor” foi mencionada em 23 respostas, totalizando uma frequência de 5,6% de citações. Em seguida o respeito foi citado por 11 pessoas enquanto as palavras “afeto”, “união”, “confiança” e “companheirismo” foram citadas 6 vezes.

A par do exposto, conclui-se, segundo leciona Dias (2016) que a família eudemonista é perfeitamente cabível com o entendimento jurídico e social de família, esta não é mais um negócio jurídico que estabelece relações mercantis, mas sim um espaço onde as personalidades se desenvolvem, onde seus membros são valorizados e todos se agrupam com o objetivo em comum de felicidade.

Dessa forma, sendo o contexto tão fluído, pouco receptivo e ainda muito preconceituoso, não se pode exigir que essas famílias se submetam a situações vexatórias pela simples condição de comprovação de sua existência. Se é dentro do seio familiar que são exercidos os maiores caracterizadores de uma entidade familiar: afeto e respeito, é dentro da intimidade que também e principalmente pode ser identificado os laços familiares. Logo, verificando-se ser a convivência pública em muitas situações uma condição dificultosa seja em razão do preconceito ou de violências aos casais homoafetivos, passa-se agora a analisar o tratamento desse requisito nos tribunais brasileiros frente a problemática de não satisfação do requisito em comento.

4.3 Análise jurisprudencial da aplicação do requisito da publicidade para reconhecimento das uniões homoafetivas

A par dos dados apresentados na supradita seção, objetiva-se agora investigar como o judiciário percebe essas desigualdades das famílias homoafetivas, especialmente em relação ao requisito da publicidade, que é especialmente sensível contextualmente. Para localizar as jurisprudências que tratavam da matéria ora estudada utilizou-se o software *Lex Magister*, onde foram filtrados primeiramente julgados dos tribunais de justiça de todos os Estados a partir de 2012 (considerando o ano de julgamento da ADI 4277 e ADPF 132) por meio das seguintes palavras chaves: publicidade, homossexual, união estável, união homoafetiva, reconhecimento e requisito. Após identificadas e selecionadas, serão trabalhadas ao longo do capítulo em tela aquelas que mais se adequaram ao objeto de estudo em comento.

Muito se discutiu neste trabalho acerca da conquista jurídica às pessoas homossexuais com o advento do duplo julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, no entanto, ao chegar mais perto do objetivo desta pesquisa, é mister salientar o aspecto de tentativa de assimilação entre relacionamentos homossexuais e heterossexuais no afã de legitimar as famílias formadas por pessoas do mesmo gênero. Santos (2020) identificou essa aproximação entre as duas uniões como a estratégia utilizada nos julgados da ADI 4277 e APDF 132 para o reconhecimento dessas entidades familiares (SANTOS, 2020)

Considerando a teoria foucaultiana das sexualidades não-heterossexuais como desviantes da norma, questiona-se se a reprodução e incorporação das uniões homoafetivas

como semelhantes às uniões heteroafetivas é uma outra modalidade de anormalidade, uma vez que o instituto da união estável historicamente foi embasado nas vivências heterossexuais, assim como toda a realidade social foi criada para ampará-las, ao passo que as uniões homoafetivas, como não formuladas e vividas a partir das produções jurídicas heterossexuais, não podem, ou optam por não seguir, os requisitos da união estável positivados no Código Civil. Dessa forma, ao mesmo tempo em que a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis pode ser uma garantia de direitos, também pode ser uma forma de preconizar essas famílias, ao negar-lhes o reconhecimento jurídico de família e suas garantias, por não se enquadrarem no modelo heteronormativo da apreciação judicial (SANTOS, 2020).

Na apelação cível nº 0282520-79.2010.8.19.0001, apreciada em 2015 no Tribunal do Rio de Janeiro, de relatoria do Des. Elton Leme, negou-se o reconhecimento de união estável homoafetiva pleiteada pelo autor para fins previdenciários. O magistrado reconheceu que havia relacionamento amoroso entre o autor e o segurado falecido, no entanto, não era possível o reconhecimento da união estável pois não restou demonstrado o *ánimus* de constituir família, não obstante o autor ter colacionado nos autos fotos do casal, cópia de seguro de vida em nome do autor e contrato de adesão para comercialização de loterias federais, o juiz considerou insuficientes para que se enquadrassem como família (RIO DE JANEIRO, 2015).

No Estado de São Paulo também se vislumbrou a negativa de reconhecimento de união estável *post mortem* juntamente com pedido de herança na apelação nº 0016367-53.2012.8.26.0625. No acórdão, o magistrado identificou os requisitos da convivência contínua e duradoura, no entanto, a classificou como uma amizade pública, contínua e duradoura que não podia ser confundida com união estável, a autora apresentou testemunhas que poderiam confirmar a publicidade do relacionamento, porém o juiz entendeu que as testemunhas eram parciais pois todas eram do círculo íntimo de convívio das mulheres, não restando comprovada ser a relação afetiva pública “aos olhos de todos” (SÃO PAULO, 2015).

No julgado em comento também foi desconsiderada a apólice de seguro em que a autora era beneficiária, pois lá ela constava como prima da *de cujus* e não companheira, por isso não cabia o requisito de assistência mútua entre elas, por fim, o argumento de fundamentação utilizado pelo juiz para desconsiderar o *animus* de constituir família era divisão de contas da casa, realizada por ambas e não apenas pela falecida, nesse ponto o magistrado afirmou que a divisão de despesas não se enquadrava no modelo clássico de uma família, associando ser o arrimo de família comumente o varão, ou pelo menos uma das partes, enquanto a outra cuidava do lar, o que não acontecia no caso julgado (SÃO PAULO, 2015).

Alguns tribunais, ainda que reconheçam a validade do julgado conjunto da ADI 4277 e ADPF 132, utilizam como parâmetro de julgamento as normas moldadas em relações heterossexuais, a partir disso, nos julgamentos de reconhecimento de uniões heteroafetivas, o juízo de valoração do magistrado parte quase sempre da suposição de que a união existe, enquanto nos julgamentos que se tratam de uniões homoafetivas, é colocada em dúvida a existência da família, mesmo com provas (SANTOS, 2020).

No tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, tido como vanguardista em matéria de famílias homoafetivas (DIAS, 2016), ao reconhecer a união estável entre duas pessoas de mesmo gênero na apelação cível nº 70048241301, fez uma análise contextual dos requisitos da união estável, especialmente o da publicidade. Os apelantes alegaram que a relação entre o apelado e o *de cujus* não era pública, razão pela qual não cabia o reconhecimento de união estável. A irmã do *de cujus* afirmou que este e o apelado conviviam como companheiros há 13 anos, nutrindo relação amorosa. A vizinha do casal também confirmou que eles conviviam juntos, em que pese nunca ter visto manifestações de carinho entre os dois, desconfiava que viviam em um relacionamento amoroso pois nunca viu nenhum com outras pessoas e residiam na mesma casa. A faxineira do apartamento também desconfiava do relacionamento, mas nunca viu nada que confirmasse (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

O magistrado, colhendo os depoimentos e demais documentos probatórios, fundamentou sua decisão afirmando que a discricção não era elemento desconstitutivo de união estável, podendo a publicidade da relação ser relegada ao espaço íntimo familiar e entre amigos do casal, ainda mais se considerado o aspecto de paulatina aceitação da sociedade. Levando-se em consideração também a função de policial militar do *de cujus*, reconheceu-se que a flexibilização da publicidade poderia acontecer no caso concreto, razões todas pelas quais foi desprovida a apelação e reconhecida a união estável entre os dois (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

O mesmo tribunal, em apreciação de outra apelação, de nº 70071962666 flexibilizou o requisito da convivência pública ao particularizar esse aspecto nos relacionamentos homoafetivos. No acórdão, a relatora Des. Liselena Shifino argumentou ser compreensível manter um relacionamento homoafetivo mais discreto, sem demonstrações públicas de carinhos diferente do que acontece com casais heteroafetivos, pois é uma forma de se proteger de ataques preconceituosos. Além disso, as companheiras comportavam-se como um casal perante a família e alguns amigos íntimos, conforme demonstraram os depoimentos de duas testemunhas (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Na apelação nº 1063086- 29.2017.8.26.0002, o TJ de São Paulo, por meio da relatoria do Des. Luiz Antônio de Godoy, ponderou-se o requisito da publicidade utilizando diversos meios probatórios para reconhecer a união estável. No acórdão, o relator assegurou o direito à privacidade, garantindo que a vida discreta escolhida pelos companheiros é seu direito mas isso não significa ausência de afetividade, por essa razão, ainda que a família e os colegas de trabalho do *de cuius* desconhecem o relacionamento, o depoimento de amigos e contrato de aluguel em nome de ambos se mostraram suficientes para comprovar a condição de família formada pelo apelado e pelo *de cuius* (SÃO PAULO, 2020).

Situação semelhante aconteceu no julgamento da apelação cível nº 1063086-29.2017.8.26.0002, de mesma relatoria do julgado supramencionado. Na fundamentação, o Desembargador-relator enfatizou a dificuldade de exigibilidade do requisito da publicidade na união entre pessoas do mesmo gênero da forma como acontece nas uniões formadas por um homem e mulher, pois é muito mais caro para pessoas que tem uniões homoafetivas ostentar sua orientação sexual e estado civil para uma sociedade que é tão pouco receptiva nesse aspecto (SÃO PAULO, 2020).

O tribunal do Distrito Federal fez semelhante análise na apelação cível nº 0037590-06.2014.8.27.0016, ao julgar o reconhecimento de união estável *post mortem* entre dois homens, relativizou a convivência pública entendendo a publicidade como um meio de prova e não como requisito de classificação de família, em razão da especificidade do caso em comento, qual seja: diferença de 47 anos de idade entre os dois, à época do início do relacionamento (1997) o autor possuía 17 anos de idade enquanto o de cuius tinha 64. (DISTRITO FEDERAL, 2020).

Alguns tribunais, a exemplo do TJ- RS, por todo o contexto de entendimento e aceitação jurídica das relações homoafetivas (DIAS, 2016) se mostra muito mais sensível às essas questões, relativizando muitas vezes o requisito da publicidade por meio de documentos ou testemunhas, ou seja, não há dispensabilidade do requisito, portanto, os requisitos legais estabelecidos no art. 1723 do CC continuam sendo aplicados, mas diferentemente do que acontece com as relações heteroafetivas, este requisito especialmente é cuidado com uma valoração muito mais cautelosa, observado o caso concreto e suas peculiaridades.

A publicidade requisitada como elemento constitutivo de família não possui apenas uma acepção. Gil (*apud* Loureiro, 2017) classifica a publicidade em sentido amplo como uma atividade que manifesta a notoriedade de um fato. Afunilando o conceito de publicidade, pode ser entendida também juridicamente como a apresentação de uma situação jurídica para que se

torne conhecida por terceiros. Por fim, o conceito mais estreito e técnico de publicidade se dá com a apresentação de determinadas situações jurídicas apresentadas por meio de um sistema de divulgação para facilitar o conhecimento de situações a todos, garantindo assim a segurança jurídica.

Loureiro (2017), apresenta também três compreensões semânticas da publicidade discutidas na doutrina brasileira, a saber: A publicidade como cognoscibilidade; Publicidade como atividade e Publicidade como meio. O primeiro conceito traz o entendimento de que público não é algo que todos saibam efetivamente no caso concreto, mas o só fato de haver meios que possibilitem o conhecimento a respeito de uma situação, já a torna pública.

No segundo aspecto a publicidade como atividade consiste na disponibilidade do fato jurídico ao público, fixado permanentemente para dar a terceiros o conhecimento e a possibilidade de acessá-los sempre que quiserem. Finalmente o terceiro aspecto da publicidade é realizada como um meio para exteriorizar uma declaração específica autorizada por órgãos competentes, como certidões.

O que se depreende a respeito da conceituação de publicidade supradita é o enquadramento do art. 1.723 do CC como publicidade- cognoscibilidade, isto é, (DIAS,2016) a lei ao tratar de publicidade, exige a notoriedade da relação e não a publicidade, pois nem tudo que é notório, é necessariamente público. Não é imprescindível que todas as pessoas saibam, a relação pode ser exercida dentro do círculo íntimo de convivência dos parceiros, se comportando como se casados fossem.

O estudo de Sedgwick (2007) denominado de “epistemologia do armário” faz uma análise a partir da qual pode-se compreender a posição do direito à privacidade das pessoas com orientação sexual ou identidade de gênero divergentes da heteronormativa através da análise de uma teia de relações de invisibilidade/visibilidade constantes na vida de pessoas LGBTQ+. Para o autor, a maioria das pessoas homossexuais, mesmo aquelas que se reconhecem publicamente como pertencentes a essa orientação sexual, em alguma esfera da vida permanecem no armário para alguém importante para elas, pessoal, econômica ou institucionalmente.

A heteronormatividade pressupõe que a priori todos são heterossexuais, logo, conforme a pessoa homossexual se enquadra em novos círculos sociais, das mais diversas ordens como novos ambientes de trabalho, novos chefes, novas turmas de aula, novos médicos e etc.; tem que lidar com o “assumir” e a dúvida de como o interlocutor irá receber essa informação, em outras palavras, a todo momento são construídos “novos armários.” (SEDGWICK, 2007).

A partir da epistemologia do armário de Sedgwick, Santos (2020) assevera que tal conceito afeta não somente a inserção das pessoas LBGT+ dentro da sociedade, mas como suas relações são percebidas pelo Poder Judiciário. O olhar mais atento feito por meio de uma consideração principiológica, constitucionalizada do direito das famílias é importante na modulação dos efeitos da ADI 4277 e ADPF 132.

Venosa (2017) ao lecionar sobre a aplicação dos requisitos da união estável pelos juízes, observa que essa tem sido uma atividade de ponderação, a par do que foi apresentado na maioria dos julgados em comento neste capítulo, o autor afirmou que ao observar a realidade social das famílias que buscam reconhecimento perante o Poder Judiciário, os magistrados atenuam, flexibilizam alguns requisitos e a partir de apontamentos doutrinários utilizam outros requisitos que associados às especificidade de cada caso, podem ser tão relevantes quanto os atualmente legislados no art. 1.723 do CC.

Para Pereira (2021) a publicidade também está relacionada a notoriedade, não caracterizando elemento essencial para identificação da união estável, podendo ser comprovada por pessoas do círculo íntimo como amigos ou alguns familiares, sem que seja necessariamente exposto para todas as pessoas o relacionamento. O autor acrescenta, a par do já apresentado neste capítulo, que a doutrina e a jurisprudência conseguem perceber a não essencialidade deste requisito, tão verdade é que atualmente até as relações clandestinas podem ser configuradas como união estável desde que possa ser identificado o núcleo familiar.

Fraser (2007) entende que um novo paradigma baseado na concepção de justiça em sentido material deve embasar as relações sociais e jurídicas de grupos que não se amoldam às normas institucionalizadas, em outras palavras, pela historicidade excludente de alguns grupos minoritários (nestes incluídas as pessoas LBGT+), o sistema de justiça deve se redemocratizar com objetivo de igualar grupos historicamente injustiçados, modificando as normas para que elas alcancem todos os grupos igualmente e substancialmente.

Conforme estudado através da jurisprudência, constatou-se que diante do caso concreto há muitas especificidades que podem adequar a aplicação do art. 1.723 do Código Civil no reconhecimento da união estável homoafetiva, especialmente em se tratando da convivência pública, não com o objetivo de dispensá-la, mas de usá-la como um meio para a comprovação da união nos casos em que seja muito custosa a exigência do requisito da publicidade como caracterizador essencial do instituto.

É importante contextualizar a lei para que melhor sirva as pessoas que ela protege, assim como o entendimento do dispositivo legal supradito foi modificado para amparar as

famílias formadas por pessoas do mesmo gênero, também a modulação de seus efeitos deve ser realizada para uma efetiva tutela do direito das famílias às entidades familiares homoafetivas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa se iniciou a partir do questionamento acerca da publicidade das relações homoafetivas tendo em vista que em muitos casos as pessoas homossexuais não expõem sua orientação sexual e demais aspectos de sua sexualidade por razões alheias a sua vontade. Dessa observação formulou-se o objetivo geral que consistiu na investigação da necessidade de mitigação do requisito da convivência pública da união estável para reconhecimento de uniões homoafetivas, para isso, fez-se análise quantitativa e qualitativa sobre a publicidade dentro das relações homoafetivas no afã de entender como essa característica se comporta nas vivências sociais e internas das pessoas que tem relacionamento amoroso com pessoas do mesmo gênero, e a importância do direito fundamental à privacidade. Após superada tal investigação, passou-se a entender como os tribunais de justiça brasileiros aplicam o direito à formação da família pela união estável às relações homoafetivas após o julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, examinando especialmente os julgados nos quais o requisito da publicidade estava sendo questionado de alguma forma, atendido por tanto o visado no objetivo geral deste trabalho.

O primeiro capítulo teve como finalidade estudar sobre as transformações históricas da união estável, suas diferenciações com o casamento e o papel da afetividade como transformadora do conceito de família, bem como os tipos de famílias atualmente reconhecidos no direito contemporâneo. Conseguiu-se com isso entender como são reconhecidas as famílias dentro do ordenamento jurídico e a importância dos direitos decorrentes da união estável, sua consolidação, criação e demais aspectos de avaliação da legitimidade de inserção de outros tipos de famílias que não aquelas tradicionalmente protegidas.

No segundo capítulo deste trabalho buscou-se compreender o contexto no qual estão inseridas as pessoas que vivem em uma união homoafetiva, como são estruturadas essas famílias. Os conceitos referentes à sexualidade e gênero alicerçaram o entendimento histórico de transformação da pessoa homossexual dentro da sociedade, a partir daí foi possível observar as violências físicas e não físicas que são destinadas a quem não segue a heteronormatividade. Após isso foi analisado o julgamento conjunto da ADI 4277 e ADPF 132, onde observou-se por meio dos votos dos ministros a decisão fundamentada especialmente no atual conceito de família defendido pela doutrina, qual seja, de afetividade, aliançado aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade.

Por fim, no terceiro capítulo buscou-se entender efetivamente o requisito da publicidade dentro dos relacionamentos homoafetivos para posteriormente analisar a possibilidade de contextualização desse requisito da união estável. A primeira constatação a qual a autora chegou, foi que a publicidade é sempre uma questão sensível e passível de relativização dentro das uniões homoafetivas, o seu exercício não é amplo e nem vivido como nas relações heterossexuais, a pesquisa concluiu que muitas pessoas enxergam a convivência pública como um impedimento para reconhecimento de união estável uma vez que não vivem o relacionamento para que todos os observadores externos o identifiquem, muitas vezes terceiros só sabem que duas pessoas do mesmo gênero tem um relacionamento por formalidades, por exemplo, apresentam-se como um casal, sem de fato comportar-se a vista de outras pessoas como um, por receio de sofrer alguma discriminação social.

A partir disso concluiu-se que o requisito da convivência pública legislado no art. 1.723 do CC não pode ser exigido como uma obrigatoriedade nas relações homoafetivas pois a situação social brasileira permeada de preconceitos e limitações impede os casais de viverem suas relações livremente no espaço público, sendo muito caro para essas famílias que se exponham ao escárnio social e muitas formas de violência, isto quer dizer que é legítima a decisão da ADI 4277 e ADPF 132, mas a modulação de seus efeitos deve ser observada para que se garanta o exercício da dignidade da pessoas humana e a igualdade material aos membros do relacionamento homoafetivo que optem por reconhecer juridicamente a relação como união estável.

Sobre a postura dos magistrados no tratamento do requisito da convivência pública, a maioria dos julgados encontrados se manifestou positivamente à mitigação desse requisito, utilizando em muitos casos como meio de provas. A publicidade não pode ser sempre analisada em caráter de essencialidade, podendo ser utilizada para comprovar outros requisitos da união estável como forma de reconhecer a família. Essa é majoritariamente a forma que os juízes encontram de inserir a convivência pública em relações homoafetivas quando não se pode cobrar que seu exercício seja igual a das relações heteroafetivas, então, através de documentos emitidos por autoridades em que constem o nomes das duas pessoas do relacionamento, a exemplo de apólice de seguros, ou identificação do parceiro (a) como segurado em matéria previdenciária, fotos do casal, testemunhas e etc., o requisito pode ser qualificado e comprovado, confirmando, portanto, a hipótese estabelecida no início desta pesquisa.

Com o uso do aplicativo *survio* para elaboração e exposição das perguntas foi possível colher os dados de uma maneira mais eficaz e rápida, além disso, utilizar a internet

como forma de dar mais privacidade aos participantes tornou possível o alcance de um número maior de pessoas. O programa *Sphinx* ajudou a quantificar os dados e cruzá-los para melhor análise da abordagem metodológica quantitativa e qualitativa que foi feita.

A pesquisa foi destinada a pessoas que tinham relacionamentos homoafetivos, maiores de idade, a maior limitação encontrada foi grande evasão de respostas, especialmente porque o tema por si só já é sensível, as questões relativas a sexualidade e gênero muitas vezes são dados extremamente sigilosos, ainda que a pesquisa fosse online e tivesse garantida a confidencialidade das informações ao não solicitar nenhum dado de identificação do público-alvo que quisesse participar, muitas pessoas desistiam nas primeiras perguntas.

Ao fazer a análise dos resultados da pesquisa, verificou-se que as violências não físicas, quais sejam: abandono afetivo, agressão verbal e discriminação social; são as violências mais temidas entre as pessoas homossexuais, especialmente quando se fala em amigos e famílias. Como o objetivo do estudo era analisar mais profundamente a relevância do requisito da publicidade, em que pese tenha sido feita uma análise pontual dos motivos, seria importante um estudo mais elaborado sobre o abandono afetivo dentro das relações familiares em razão da orientação sexual em jovens adultos. Da mesma forma, sugere-se uma pesquisa mais aprofundada sobre a influência de aspectos econômicos, raciais, sociais, regionais e afins com o medo de sofrer violências não físicas, uma vez que os dados brasileiros apontam que a violência física é uma cruel realidade, ainda assim não é a maior apreensão dos participantes dessa pesquisa.

No mais, neste trabalho constatou-se que ao encarar com mais sensibilidade as relações homoafetivas, todo o sistema jurídico pode ser mais democrático ao efetivar todos os direitos já garantidos às pessoas que queiram reconhecer o direito não só de existir, mas de existirem em pares, afetivamente, como uma família, sob a proteção do Estado.

REFERÊNCIAS

AGAPITO, Priscila de Castro Teixeira Pinto Lopes. Formalização Notarial das Relações Homoafetivas. In DIAS, Maria Berenice (Coordenação). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. União Estável – Jurisprudência, evolução legislativa e novo Código Civil. **Revista CEJ**, Brasília, n. 24, p. 47-58, jan./mar.2004

BAGAGLI, Beatriz Pagliarini. “**Cisgênero**” nos discursos feministas: uma palavra tão defendida; tão atacada; tão pouco entendida. Campinas, São Paulo: UNICAMP, 2018.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Uniões Estáveis homoafetivas entre a norma e a realidade: em busca da igualdade substancial. **Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil I**, Belo Horizonte, v. 24, p. 121-147, abr./jun.2020

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. **Anais**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2003

BELTRÃO, Silvio Romero; FERREIRA, Luis Eduardo Silva Lessa. O desenvolvimento constitucional dos direitos sexuais no Brasil: um exame dos elementos fundamentais e estruturantes da ordem democrática do exercício da sexualidade. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 1707-1738, 2020

BENTO, Berenice. **O que é Transexualidade**. São Paulo: Brasilense, 2017.

BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 470 de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2014. Disponível em: https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Familias_2014_para%20divulgacao.pdf. Acesso em: 17 de março de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277**. Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 382 do STF**. A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 de março de 2021.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2003.

BUZOLIN, Livia Gonçalves. **Conceito de família e competição institucional: a discussão da família homoafetiva nos poderes Judiciário e Legislativo**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, p. 181. 2019.

CERVO, Amado L.; BERVIAN, Pedro A.; DA SILVA, Roberto. **Metodologia Científica**. 6.ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e Direito**. Proteção Constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

COSTA JR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CRISTIANETTI, Jessica. O julgamento da ADI 4.277: análise dos votos dos ministros do STF à luz da teoria do reconhecimento de Nancy Fraser e Axel Honneth. **Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, v. 11, n. 04, 2018. pp. 2811-2837, 2018.

CUNHA, Leando Reinaldo. **Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018.

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. São Paulo: Artmed, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Transexualidade e o direito de casar**. 2007. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_788\)1_transexualidade_e_o_direito_de_casar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_788)1_transexualidade_e_o_direito_de_casar.pdf). Acesso em: 09 abr. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito de Família**, 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (3. Turma Cível). **Apelação 0037590-06.2014.8.27.0016** DF. Apelante: V.B.S. Apelado: J.P.S. Relator: Des. Sergio Rocha. Brasília, 20 de maio de 2020.

ESPINOSA, Marcelo. Evolução histórica da união estável. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, n.56, v. 1, p. 1-18, Jun./ Dez. 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil. Direito das Famílias**. 4ª. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODVM, 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 1993.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1: a vontade de saber.** 11. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 2: o uso dos prazeres.** 11. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

FRASER, Nancy. **Reconhecimento Sem Ética.** São Paulo: Lua Nova, p.101-138, 2007.

FROTA, Hidemberg Alves da. A proteção da vida privada da intimidade e do segredo no direito brasileiro e comparado. **Anual de derecho constitucional latino-americano.** 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume IV: direito de família.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018

GONÇALVES, Ana Catarina; MARTINS, Andrea Garcia. Os direitos à intimidade e à privacidade sob a perspectiva processual: a tutela inibitória dos direitos de personalidade. **Revista jurídica cesumar-mestrado**, n. 1, v. 12, p.205-235, São Paulo, jan./jun, 2012.

JESUS, Jaqueline Gomes. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos.** 2ª ed. Brasília, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: volume 5: famílias** 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: Para além do numerus clausus. **IBDFAM**, 2011. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/artigos/128/Entidades+familiares+constitucionalizadas:paraal%C3A9mdo+numerus+clausus>. Acesso em: 24 de março de 2021

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática.** 8ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

LOURO, Guacira Lopes. **O corpo educado: pedagogias da sexualidade .** Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho: ensaios sobre a sexualidade e teoria queer .** Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de Pesquisa.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MISKOLCI, R. "Discreto e fora do meio" - Notas sobre a visibilidade sexual contemporânea. **Cadernos Pagu**, Campinas, p.n.44, 61-90, 2015.

MORAES, Maria Celina Bondin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Raquel; CAMINO, Leoncio. Homoafetividade e direito: um estudo dos argumentos utilizados pelos ministros do STF ao reconhecerem a união homoafetiva no Brasil. **Revista Direito FGV**. São Paulo, v. 12 n. 3, p.648-666, Set./Dez. 2016.

MOREIRA, Adilson José. **União homoafetiva**. A construção da igualdade na jurisprudência brasileira. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2012.

MOREIRA, Rodrigo Pereira ; ALVES, Rubens Valtecídes. Direito ao esquecimento e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa transexual. São Paulo: **Revista de Direito Privado**, v. 6, Out./Dez. 2015.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz. **Mortes violentas de LGBT no BRASIL – 2019**: Relatório do Grupo Gay da Bahia. 1ª Edição. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 de abr. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil- V. Direito de Família**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, rodrigo Cunha. **Direito das famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In: DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 141-154.

PONZONI, Laura Toledo. Famílias Simultâneas: União Estável e concubinato. **IBDFAM**, 2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/461/Fam%C3%ADlias+Simult%C3%A2neas%3A+Uniao+Est%C3%A1vel+e+Concubinato>. Acesso em: 14 de março de 2021.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. 2006.

RIBEIRO, Iara Pereira; ARAÚJO, Marcella Cordeiro Ferraz de. Entendimento jurídico constitucional da afetividade no direito das famílias e sucessões: Análise da jurisprudência do supremo tribunal federal. **Revista de direito de família e sucessão**. São Paulo, v.6, n.2, p. 01-19, Jul./Dez. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação cível nº 0282520-79.2010.8.19.0001** RJ. Apelante: Jorge Luiz Batista da Silva. Apelado: Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Elton M.C. Leme. Rio de Janeiro, 29 de abril de 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível nº 0406460-69.2016.8.21.7000** RS. Apelante: S.R.S.F e outros. Apelada: RFC. Relator: Liselena Shifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, 22 de fevereiro de 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível nº 70048241301** RS. Apelante: J.E.C.O. Apelada: A.B. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 8 de novembro de 2012.

RUBIN, Gayle. Pensando sobre sexo: notas para uma teoria radical da política da sexualidade. **Cadernos Pagu**, Campinas: Núcleo de Estudos de Gênero Pagu, n. 21, p. 1-88, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1998.

SANTOS, Andressa Regina Bissolotti dos. Desdobramentos do pós-maio de 2011: reflexões sobre os requisitos da união estável a partir do cotidiano de casais do mesmo gênero. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/desdobramentos-do-pos-maio-de-2011/>. Acesso em: 01 de maio de 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação cível nº 0016367-53.2012.8.26.0625** SP. Apelante: D. de O.S e outros. Apelada: I.C.L. Relator: James Siano. São Paulo, 11 de maio de 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação cível nº 1063086-29.2017.8.26.0002**, SP. Apelante: Joaquim Jorgetti e outros. Apelado: Paulo Rogerio Scorza Polleto. Relator: Luis Antonio de Godoy. São Paulo, 30 de março de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel;. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SCOTT, Joan Wallach. “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”. **Educação & Realidade**. Porto Alegre, vol. 20, n.2, p. 71-99, jul./dez. 1995.

SEDGWICK, Eve Kosofsky. A epistemologia do armário. **Cadernos Pagu**, Campinas n.28, jan./jun. p. 19-54. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo, RS: Malheiros, 2011.

SÍVORI, Horacio Fredericos. **Mobilização LGBT, violência e justiça penal na Argentina e no Brasil**. Centro Latino americano em Sexualidade e direitos humanos. IMS/ UERJ , 2013.

TERCEIRO, Bacildes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Direito à intimidade e a mitigação do requisito de publicidade nas relações homoafetivas. **Revista Diálogos Possíveis**, Salvador, v. 16, número 1, p. 81 - 95, jan./jun. 2017.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso**: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2007.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. Da possibilidade jurídica de casamento civil, da união estável e da adoção para casais homoafetivos. 2. ed. São Paulo: Gen, Método, 2012.

VELOSO, Zeno. É namoro ou união estável?. **IBDFAM**, 2016. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6060>. Acesso em: 25 de março de 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Atlas,2017.

ZIMMERMAN, L., DARNELL, D. A., RHEW, I. C., Lee, C. M., & KAYSEN, D. (2015). Resilience in community: A social ecological development model for young adult sexual minority women. **American Journal of Community Psychology**, v.55, n.1-2,p.179-190, 2015

APÊNDICE

APÊNDICE A- Questionário aplicado com as pessoas não heterossexuais que estão em um relacionamento

Olá, me chamo Noele, sou acadêmica de Direito no Centro Universitário Dom Bosco em São Luís- MA. Realizo, na oportunidade, este questionário destinado a pessoas maiores de 18 anos que tenham um relacionamento não-heterossexual para fins de investigar como a publicidade da relação (um dos requisitos para reconhecimento da união estável) pode ser ou não uma questão sensível diante do contexto social brasileiro. Esta pesquisa é realizada no âmbito de trabalho de conclusão de curso (TCC), sua participação será anônima, em nenhum momento serão solicitados dados de identificação. A participação é voluntária e não implicará recompensa ou ônus para você ou para a pesquisadora, os dados serão tratados em sigilo. Ao responder as perguntas a seguir, você autoriza a análise dos resultados obtidos estritamente para fins acadêmicos.

Obrigada por colaborar com a pesquisa ☺

Em caso de dúvidas sobre o estudo, você pode entrar em contato através do email: noelesilvar@gmail.com Telefone (98) 98462-2995

1. Qual sua orientação sexual?

Gay

Lésbica

Pansexual

Bissexual

Outros

2. Qual seu gênero?

Masculino

Feminino

Prefiro não dizer

Outro (Por favor especifique)

3. Qual é a sua idade?

De 18 anos completos até 25

De 26 a 35

De 36 a 45

De 46 a 55

A partir de 55

4. De qual Estado da Federação você é?

AC

AL

AP

AM

BA

CE

DF

ES

GO

MA

MT

MS

MG

PA

PB

PR

PE

PI

RJ

RN

RS

RO

RR

SC

SP

SE

TO

5. Há quanto tempo você está no seu atual relacionamento ?

Até 2 anos

Até 5 anos

De 6 a 10 anos

De 11 a 20 anos

Mais que 20 anos

6. Qual a natureza do relacionamento?

Namoro
União Estável
Casamento
Relacionamento aberto
Outros

7. Em seu relacionamento há vontade de ter filhos?

Sim
Não

8. Todas as pessoas de seus círculos sociais sabem de seu relacionamento?

Sim, todos
Sim, meu amigos
Não
Outros

9. As pessoas de sua família sabem de seu relacionamento ?

Sim, todas (vá para a pergunta nº 7)
Apenas as pessoas do meu círculo familiar íntimo
Apenas uma pessoa
Não
Outros

10. Porque você não fala sobre o seu relacionamento com a sua família? Pode ser marcada mais de uma opção

Medo de agressão física
Medo de agressão verbal
Medo de abandono afetivo
Medo de ser expulso de casa
Vergonha
Outros

11. Você se sente a vontade em falar do seu relacionamento fora do ambiente familiar/ íntimo?

Sim (pule para a 13ª pergunta)

Sim, mas apenas com meus amigos

Não

12. Por qual motivo você não se sente a vontade em falar do seu relacionamento fora do ambiente familiar/ íntimo ? você pode marcar mais de uma opção.

Medo de agressão física

Medo de agressão verbal

Medo de discriminação social

Vergonha

Outros

13. A família de seu/sua parceiro (a) sabe do relacionamento?

Sim

Não

14. Você sente medo de ser discriminado em seu ambiente de trabalho por ter um relacionamento não heterossexual?

Sim

Não

15. A convivência pública é um dos requisitos para reconhecimento da união estável. Você acha que esse requisito pode ser um obstáculo caso você e a pessoa com a qual se relaciona queiram reconhecer o relacionamento como união estável?

Sim

Não

16. Para você, o que um relacionamento precisa para ser caracterizado como uma família?