

# AUTONOMIA DA VONTADE NA UNIÃO HOMOAFETIVA<sup>1</sup>

## AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN UNION-HOMO AFECTIVAS

Matheus Felipe de Castro\*  
Cynthia Sander Carbonera\*\*

### RESUMO

O direito brasileiro move-se através dos novos e constantes questionamentos sobre fatos que ainda não existe qualquer possibilidade de a legislação atual conseguir solucionar elas. Diante disso, o âmbito jurídico precisa adaptar-se as evoluções do Direito perante a sociedade em que gere. É necessário que a justiça e a evolução andem em um mesmo tempo, sem deixar o ser humano ser prejudicado ou desprovido de um direito, mesmo que este ainda não exista, mas a simples possibilidade dele existir já torna uma questão a ser questionada e até mesma resolvida. Assim perante o Direito Brasileiro nasceu o princípio da autonomia da vontade, que nada mais é que o próprio indivíduo manifestar sua vontade sobre algo. Foi com a ajuda de um julgado que o país deparou-se que somente o princípio da autonomia da vontade não era suficiente para o ser humano viver e manifestar sua vontade. No ano de 2011 o Supremo Tribunal federal julgou favorável a união homoafetiva, de pessoas do mesmo sexo e assim criou um quarto modelo de família no Direito Civil e modificou o que o Código de 2002 dispõe. Com este julgado tornou-se possível pessoas do mesmo sexo, tanto másculo, quanto feminino constituírem uma família e ter seu afeto e amor declarado e registrado em Cartório como uma União, assim como já disponível no Código Civil de 2002, a união estável e as outras modalidade de construção de um vínculo família, independente do sexo, cor ou preconceito.

**Palavras-chave:** Autonomia da Vontade; União Homoafetiva;

### RESUMEN

*La ley brasileña se mueve a través de la nueva y constante cuestionamiento acerca de los hechos que aún no existe una posibilidad de que la legislación actual no resolverlos. Por lo tanto, el marco legal debe adaptarse a la evolución del derecho en la sociedad en la que opera. Es necesario que la justicia y el progreso a pie en el mismo tiempo, mientras que el ser humano a ser dañado o privado de un derecho, incluso si no existe ya, pero la mera posibilidad de que ya existe se convierte en una cuestión que debe debatirse y resolverse misma. Justo antes de la Ley brasileña nació el principio de autonomía*

\* Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1999) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2009), onde defendeu sua tese "Capitalista Coletivo ideal: O Estado e o Projeto de Desenvolvimento Nacional na Constituição de 1988". Tem experiência na área de Direitos Fundamentais, desenvolvendo pesquisas ligadas aos fundamentos políticos do Ordenamento Jurídico, com especial ênfase nas relações Direito, Poder e Dogmática Jurídica. Atualmente é professor de pós-graduação da Universidade do Oeste de Santa Catarina, professor visitante da Escola Superior da Advocacia de Santa Catarina, professor adjunto de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Federal de Santa Catarina e advogado criminalista inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil sob nº 27.884/PR.

\*\* Mestranda da Pós-Graduação Stricto Sensu na Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC - Campus de Chapecó-SC, na área de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais (2013/2015). Graduada em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ - Campus de Chapecó-SC (2012). Experiência na área de Direito de Família, Civil, Penal, Eleitoral, Administrativo e Trabalhista. Experiência como auxiliar administrativa no setor de cobrança e auxiliar jurídica.

<sup>1</sup> O presente trabalho é resultado do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Civis do Programa de Mestrado em Direito da UNOESC.

*de la voluntad, que es nada más que el propio individuo de manifestar su voluntad en algo. Fue con la ayuda de un juzgado que el país se enfrentaba sólo el principio de la autonomía de la voluntad no fue suficiente para que los humanos viven y expresan su voluntad. En 2011, el Tribunal Supremo Federal falló a favor de la unión homo-afectiva de las personas del mismo sexo y por lo tanto creó una sala de modelo en la familia y el derecho civil que modificó el Código de 2002 estados. Con este ensayo se hizo posible a personas del mismo sexo, tanto hombres, como mujeres constituyen una familia y han declarado su afecto y amor y notariado como sindicato, así como ya se dispone en el Código Civil de 2002, la unión estable y otro modo de construcción de un vínculo familiar, sin distinción de sexo, color o el preconceito.*

**Palabras clave:** Autonomía de la Voluntad; Unión homo-afectiva;

## INTRODUÇÃO

*“O amor é que é essencial. O sexo é só um acidente. Pode ser igual ou diferente.” (Fernando Pessoa)*

O presente artigo visa esmiuçar as entrelinhas que existem entre o princípio da autonomia da vontade e a união homoafetiva julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2011.

O método utilizado é o deduzido e pautado em pesquisa bibliográfica e jurisprudência e analisando sobre a efetivação do princípio da autonomia da vontade na União Homoafetiva que se tornou diante do Código Civil de 2002 à quarta possibilidade de formação de família através da decisão inédita do Supremo Tribunal Federal em 2011 que julgou favorável a união de pessoas do mesmo sexo, sendo registrada em Cartório Civil.

É com a evolução do direito brasileiro que as novas possibilidades de modificações na legislação ocorrem através de constantes questionamentos sobre fatos diversos e cotidianos. O âmbito jurídico busca adaptar-se as constantes modificações das necessidades da sociedade e assim criar novos “apêndices” para chegar a uma solução.

Foi através de um Julgado Inédito que o Brasil pode perceber que a justiça está em uma busca constante em efetivar qualquer direito que possa a vir existir e acima de tudo respeitando o princípio da dignidade humana, e neste caso da autonomia da vontade a qual tornou possível que pessoas do mesmo sexo possam constituir uma família e criando assim, para o Código Civil de 2002 uma quarta entidade familiar evitando e afastando que o preconceito torne-se mais soberano que a justiça.

## 1 DIREITO BRASILEIRO E SUA HISTÓRIA EM CONSTANTE MODIFICAÇÃO

O direito brasileiro possui raízes portuguesas, que ocorreu com chegada da primeira armada portuguesa no Brasil, em 1500. O Direito Português deparou-se com o novo território, sendo esta armada conduzida pelas ordenações Afonsinas e outras diversas legislações extravagantes, que chegaram rapidamente nas terras de Vera Cruz. Surge aqui a história jurídica luso-brasileira.

Portugal teve sua independência por volta de 1140. Seus antecedentes, com os Celtas, Iberos, Celtiberos, Lusitanos, e os invasores como os Gregos, Fenícios, Romanos, Germanos e Árabes, deixaram noções de direito e deveres a futura nação Portuguesa e posteriormente passada para o Brasil.

Nessa época, o pensamento jurídico assume a dignidade científica da *auctoritas* universitária, neste instante o jurista é considerado um verdadeiro *conditor iuris*. Os desmembramentos disto são enormes, combate-se a autotutela, transforma-se o *onus probandi*, dissociam-se o processo penal do civil, tenta-se a uniformização dos delitos e das penas, que de uma forma ou outra integra o país ao mundo dos *iura communia*.

Foi no reinado de Dom Afonso V, aprovada as Ordenações Afonsinas, o Direito Português progride para sua independência, reduzindo o *ius commune* a direito subsidiário, assim fortalece as fontes do direito pátrio, as leis, os estilos da Corte e o costume.

As leis somente possuíam papel de obrigação porque eram aceitas pela *voluntas populi*, ou seja, se o povo aprovou as leis elas não são ab-rogadas somente pelo *suffragio legusltoris*, mas também tácito *conensu omnium per desuentudinem*.

Chegado ao século XV, o direito português vigora tanto em Portugal quando na colonial brasileira, principalmente amalgamada pela língua, na literatura, na poesia, na arte, e claro no direito. Em janeiro de 1603 iniciam-se as ordenações Filipinas, que se prolongou até 1867 e 1917, respectivamente em Portugal e Brasil.

No Brasil após sua independência, em 1822 o direito começou a trilhar caminhos diferentes de Portugal, e apesar da proximidade de outros países europeus nesta época, Portugal vivia uma grande desorientação. Diferentemente do Brasil, não teve intensa agitação política, por este motivo as instituições jurídico-privadas podem evoluir diferentes, conservando algumas tradições do código português mais livre das influencias estrangeiras.

Apesar dessa evolução o Brasil ainda era refém das Ordenações Filipinas, que continuaram com força total até o ano de 1823, e somente foi abolida 1917 após a promulgação do Código Civil brasileiro criando em 1916.

Na lei brasileira não existe lei temporária, a lei terá vigor até que outra lei entre modificando-a ou revogando-a, a lei anterior, no Código Português a lei é mais incisiva, só deixa de existir se for revogada por outra lei, então o advérbio só não permite outra leitura: a lei só deixa de vigorar se for revogada por caducidade ou por outra lei que a revogue.

Mesmo com as diferenças ressaltadas no texto brasileiro, o mesmo aproxima-se mais da tradição jurídica Portuguesa, muito mais do que com o Código Português. Existe um grande patrimônio do Direito Luso-Brasileiro, preceitos, linguagens, além de um elevado grau de romanização.

Mesmo com Projetos de Lei, as tradições portuguesas continuam vivas, porque existe afinidade na união dos povos Lusitanos, e possuem orgulho desta ascendência comum no direito. Brasil e Portugal são duas Pátrias que criaram laços.

Em 1823 a Assembléia Constituinte Brasileira foi dissolvida e no ano seguinte impôs seu próprio projeto, que originou a Primeira Constituição Federal Brasileira. Nesse período, o Estado era Centralizado, existia uma Monarquia Hereditária e Constitucional, o país foi dividido em quatro poderes (Executivo, Judiciário, Moderado e Legislativo). Assim surgiu em 1824 a Primeira Carta Constitucional outorgada no Brasil, criada pelo Imperador Dom Pedro I e sendo considerada até os dias atuais à que possuiu maior vigência, pois foram 65 anos.

Em 1988 surge à atual Constituição, chamada de “Constituição Cidadã”, foi contudo com os últimos governos militares de Geisel e Figueiredo que o país viu surgir um momento de redemocratização, também conhecido como “Abertura”.

O processo teve sua aceleração com o governo de Sarney, no qual o Congresso Nacional produziu nossa atual Constituição, onde foi mantido o nome do país de República Federativa do Brasil e a Carta promulgada foi feita legalmente, dando origem à diversas mudanças como a reforma eleitoral (possibilidade de voto para analfabetos e para os cidadãos entre 16 e 18 anos que não são obrigados a votar) e a mesma passou a ter função social onde busca-se combater o racismo, lutar pelos direitos indígenas e garantias aos trabalhadores.

Apesar de esta ser munida de atributos de função social, ainda peca em alguns aspectos legais, nos quais ainda não é possível tomar partido, pois em pleno século XXI o Brasil ainda é regido pela Constituição Federal de 1988, a qual necessita de novas mudanças.

Com a evolução das seis Constituições, o Brasil ganhou ramos específicos do Direito, como o Civil, Penal, Administrativo, trabalhistas e outros.

A constituição determinou que o mais rápido possível fosse organizado um Código Civil por causa da constante modernização da sociedade. Uma vez o País independente, o Direito também deveria trona-se, de acordo com as necessidades de seu povo. Assim Clóvis Beviláque, o grande Jurista Cearense descreve em sutis palavras o momento: *“Quanto melhores e mais avançadas as leis, melhor e mais avançada a sociedade. Um passo adiante no caminho do progresso”*.

Foi com o Código de Napoleão (primeiro Código Civil no Brasil, outorgado por Napoleão Bonaparte em 21 de março de 1804, onde eram abordados somente as questões do Direito Civil, assim tratava das pessoas, bens e aquisições de propriedades e em nenhum momento tratava como Leis e Normas o que era elevação e função da Constituição Federal) que nasceu o interesse pela teoria da codificação a qual influenciava os Juristas em todo o território brasileiro e que deu a origem as duas primeiras escolas de Direito do País.

Evidentemente foi anteriormente a codificação que em voto de confiança o Jurista Augusto de Freitas consolidou o direito vigente e foi incumbido de elaborar o Código Civil para o novo Império e assim pela demora dos trabalhos da Comissão formada para analisar o projeto pelo desprezo silencioso que sua obra recebeu, o mesmo suspende a execução do contrato. Porém, o jurista deixou uma grande influência nos Códigos de toda a América do Sul.

E assim com tantos juristas e brasileiros empenhados surge uma longa trajetória sobre o âmbito do Direito Civil Brasileiro. Diante da desistência de Augusto de Freitas foi eleito Clovis Bevilacqua para a elaboração do código. Construir seu trabalho sobre críticas e o mesmo foi aprovado na Câmara um tanto quanto tardiamente, após a oposição de Rui Barbosa.

O Código Civil de 1916 dispunha de 1807 artigos condensados em poucos parágrafos e mesmo com a *Vacatio legis* de um ano e revogação das ordenações até então vigente o código seguiu em frente em uma forma literal que recebeu milhares de elogios. Em um conteúdo considerado como conservador, principalmente na parte em que tratava-se da Família, foi rejeitado nos aspectos sociais e seus preceitos foram redigidos com uma abstração e logo as tentativas de reforma pelo surgimento do Estado social.

O autor Miguel Reale foi nomeado para elaborar um novo código, pois o atual já não supria as necessidades da mutação da sociedade. Apesar das diversas críticas nomeado não se deixou abater e convidou outros juristas para auxiliá-lo nesta empreitada e logo conseguiram concluir o projeto que abdicou da circunstância de ser um Código moderno em troca do comodismo e soluções passadistas.

Em 1983, após algumas alterações correqueiras o Código foi aprovado na Câmara de Deputados, porém diante da fase em que o País passava e com a Elaboração de uma Nova Constituição Federal, os trabalhos no âmbito civil foram interrompidos e de certa forma “esquecidos”. Após anos parado e em um subto desperta o Senado e a Câmara aprovaram o novo código em 2001, logo o atual Presidente Fernando Henrique Cardoso sancionou o mesmo, obviamente foram feitas inúmeras emendas para ser adaptado à nova realidade em que o Brasil encontrava-se.

A constante evolução entre as relações sociais exigiu respostas que o Direito parecia não ter, e a situação inversa também era preocupante, contudo a explosão legislativa criou enormes quantidades de normas que disputam a primazia para reger o caso. Obviamente com a modificação dos vários ramos da ciência e dos desenvolvimentos tecnológicos gerou a permissão de informar com abrangência e rapidez, cria e difunde novas necessidades da sociedade.

O Código tornou-se a Lei que mais perto convive com o povo, então precisou ser plenamente discutido, mesmo assim não foram embasadas na atual realidade em que o Brasil encontrava-se diante de um País livre e democrático e logo gerou a não participação de seus destinatários, o povo brasileiro, na construção de seu conteúdo.

## 2 DIREITO CIVIL E AS ENTIDADES FAMILIARES

Assim como a sociedade foi evoluído, a entidade familiar também foi modificando-se com o passar dos anos. O grande avanço no âmbito jurídico foi visivelmente notado

sobre à época em que vigia o Código Civil de 1916 e após o Código Civil de 2002 que vigora até hoje no País.

Em poucas palavras o autor Carlos Gonçalves descreve que o Código Civil de 1916 e as Leis posteriores que eram dominavam e regulam a família do século passo se dispunha unicamente em ser construída através do casamento (modelo patriarcal e hierarquizado) e com a modernidade surgem novos elementos que compõem as relações familiares, como os vínculos afetivos. A constituição de uma família é uma realidade social e que constitui a base do Estado (o núcleo fundamental em que toda sociedade baseia-se e organiza-se). Sendo considerada uma instituição necessária e sagrada para o desenvolvimento da sociedade e considerada merecedora de proteção integral e ampla do Estado.

O Direito de Família faz parte do Direito Civil com o detalhe de possuir algumas características peculiares em função do conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares onde são prezados princípios morais, culturais e sociais que são voltados para todo um desenvolvimento social da comunidade.

*O Direito de família nasce do fato de uma pessoa pertencer à determinada família, na qualidade de cônjuge, pai, filho, ou seja, como membro constituinte de uma família. O que prevalece no direito de família é seu conteúdo personalíssimo, focado numa finalidade ética e social, direito esse que se violado poderá implicar na suspensão ou extinção do poder familiar, na dissolução da sociedade conjugal, ou seja, propriamente nos direitos exercidos pelos membros de uma família na sociedade. (GONÇALVES, 2005, p. 2)*

Entende-se que Entidade Familiar é toda e qualquer espécie de união, capaz de acolher todas as emoções e afeições dos seres humanos, sendo constituída de duas ou mais pessoas, independente do sexo. O pluralismo das entidades familiares, uma das mais importantes inovações de nossa Constituição Federal, relativa ao direito de família, encontra-se ainda cercada de perplexidades. A expressão entidade familiar reveste-se do significado constante no artigo 226, §§3º e 4º da Constituição Federal Brasileira, *in verbis*:

**Art. 226.** *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.*

Sendo assim o artigo acima descreve que uma entidade familiar pode ser a união estavel ou a comundiade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, assim existem formas de constituição familiares diversas e que não podem ser taxativas por que não é a Lei que escolhe como deve-se construir uma familia. Para que uma entidade familiar nasça é necessário que isso ocorra espontaneamente como uma instituição social e duas opções se

apresentam em uma grande diversidade, sendo formada por pai e filho, pais e filhos e pessoas do mesmo sexo com ou sem filhos e por pessoas de sexo diferentes com e sem filhos.

Foi com o Código Civil de 2002 que foram atualizados os aspectos essenciais do direito de família, com base na Constituição Federal Brasileira que garante novos direitos e preserva a estrutura do Código Civil anterior e as novas mudanças trazidas pela sociedade e pelo legislativo.

Assim, o doutrinário Silvio Venosa afirma em seu vasto estudo acerca do Direito de Família que o Direito Civil moderno considera membros de uma família as pessoas que possuem uma relação conjugal ou que possuem um parentesco. Portanto, a família é considerada um fenômeno da junção de dados sócias, psicológicos e biológicos.

Cabe lembrar que há algum tempo à sociedade aceitava e considerava que somente poderia ser considerada família aquela, construída pelo matrimônio entre um homem e uma mulher, enquanto a legislação tratava apenas sobre o casamento, parentesco e as relações de filiação. Hoje a metamorfose que a sociedade vem vivendo já é possível outra interpretação, ou seja, a sociedade muda e o direito precisa adaptar-se a modernidade efetivando e protegendo os envolvidos.

Atualmente as relações familiares passaram por transformações e o casamento deixou de ser aquela única ideia aceitável e passaram a ser considerados outros modelos, como as relações extramatrimoniais, a união homoafetiva e a união estável. Essa evolução só foi possível, quando o Estado efetivou seu dever jurídico constitucional de implementar medidas necessárias para adaptar-se a constante modificação em que o mundo vem vivendo e viverá. Quanto ao modelo das relações extramatrimoniais é possível definir algumas. A união estável pode ser considerada, de que sua formação pela união de um dos pais com seus descendentes (famílias monoparentais), e até mesmo pela união homoafetiva.

### 3 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Quando fala-se no ramo específico do Direito Civil é possível verificar que ele subdivide-se em títulos e um deles é o princípio da autonomia da vontade.

Tal princípio teve sua origem Pós à Revolução Francesa e sua busca era de expressar a liberdade absoluta e da vontade do ser humano, logo o cidadão era livre para manter um acordo ou relação com quem quisesse e da maneira que lhe era preferido. Nesta época tratava-se a autonomia da vontade como ampla e de irrestrita liberdade, talvez fosse a maneira em que a sociedade era coduzida a pensar e agir pela forma do absolutismo.

Atualmete e com o Código Civil de 2002 a palavra chave em questão é propriedade da Autonomia Privada, já que ela passou a sofrer algumas limitações, principalmete de quem cotratava ou do conteúdo cotratado. Tal modificação foi observada e praticada com o dia-a-dia em exemplos simples do cotidiano e mesmo assm está nomeclatura ainda não é

utilizada por todos os autores ou pessoas vinculadas ao meio jurídico, muitos ainda utilizam sinônimos e negam-se a utilizar a terminologia da Autonomia da Vontade.

É exatamente nesse sentido que Maria Helena Diniz diz que o próprio artigo 9º da Lei de Introdução é cogente, ou seja não permite que as partes o alterem e ainda afirma que alguns autores não retiram a possibilidade de aplicar a autonomia da vontade, porém que ela seja admitida pela legislação do País que a obriga ou seja, a *lex loci celebrations*. Entretanto a autora resalta que é inaceitável que a autonomia da vontade indique a Lei que será aplicável, logo haveria uma autonomia que fosse escolher o local que iria regulamentar os seus interesses ou do foro em questão.

Portanto a liberdade de contratar refere-se ao direito de poder celebrar contratos e da capacidade civil em que se constata. A Autonomia Privada está diretamente relacionanda com a ampla liberdade contratual, e nesta parte sim existe a interferência do Estado e algumas limitações a ela.

Quando trata-se de Autonomia Privada não é somente a contratual, mas sim a de poder escolher como vestir-se, com quem sair ou relacionar-se. Essa última está interligada principalmente as questões relacionadas a união de pessoas do mesmo sexo que originou uma grande modificação no âmbito jurídico e criou uma quarta entidade familiar, permitido e considerando, perante todo o território brasileiro a possibilidade de ser registrado em cartório e com todos os direitos iguais, como o casamento e a união estável.

#### **4 A UNIÃO HOMOAFETIVA**

Para compreender o quão importante foi a decisão do Supremo Tribunal Federal em 2011 é fundamental conceituar alguns pontos. Primeiramente somos regidos por uma Lei maior, a chamada Constituição Federal de 1988, nela estão descritos alguns direitos básicos do ser humano e principalmente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A Constituição Federal nada mais é que um guarda-chuva que ampara todos os demais ramos jurídicos hoje existentes, ela que projeta todas as normas jurídicas e, principalmente, seus respectivos princípios.

No que trata-se de direitos básicos, os direitos fundamentais são considerados os direitos que nascem com o indivíduo, portanto é o conjunto de direitos e garantias do ser humano, com a finalidade de respeitar a sua dignidade, com proteção do Estado de garantir todas as condições mínimas de vida para que se desenvolva. Está descrito nos artigos 5º ao 17º da Constituição os direitos fundamentais, garantias do indivíduo e do coletivo na sociedade brasileira. Tratam-se das garantias constitucionais, que dizem respeito à manutenção da eficácia e proteção da ordem contra qualquer fator que possa por em risco a norma. De uma forma resumida é possível interpretar que os direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988 são os direitos assegurados ao cidadão, como indivíduo ou

como membro da sociedade, em oposição à discricionariedade estatal ou outros atos imprudentes praticados por terceiros. Já as garantias podem ser consideradas instrumentos da real efetivação desses direitos fundamentais e possuem caráter de norma constitucional, dependendo de uma lei.

A Constituição Federal descreve, em seu artigo 5º onde estão dispostos os direitos e deveres individuais e coletivos, que:

*Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.*

Não importa o sexo, religião, raça, idade, estado civil, condição social e econômica ou qualquer outra forma que possa diferenciar os cidadãos brasileiros; perante a Constituição todos são iguais, com direitos e deveres. A dignidade humana é um direito fundamental, inviolável, muito mais que um simples direito descrito na Carta Magna, atributo a pessoa humana, pelo fato de “SER” humana. O sistema normativo brasileiro é feito por leis decorrentes das necessidades vivenciadas pelos cidadãos.

O título anterior está interligado a questão que será tratada neste item, primeiramente porque apesar do Princípio da Autonomia ser declarado em Lei, muitas vezes não é cumprido e de alguma maneira prejudica o terceiro envolvido, por outro lado quando trata-se de homossexuais é necessário interpretar que há ainda muita discriminação e preconceito perante toda a sociedade e ainda cientificamente não existem algo comprovado de como nasce uma pessoa gay, sendo que na hora da concepção a separação ocorre XX ou XY e não existe um terceiro perante a Ciência, ou é feminino ou masculino. Sendo assim, para a Ciência a sexualidade se determina por um gene do cromossomo X. Para muitos pesquisadores e cientistas ocorre uma carga extra de liberação de hormônio ou progesterona ou testosterona, o que ainda não foi comprovado e não possui uma base científica concreta.

O que alguns especialistas relatam é que esse desejo ocorra através da combinação de fatores biológicos e de experiências da vida. Para Freud a terminologia “gays” determina-se pela pessoa em questão possuir uma relação de fragilidade com seu pai e tudo isso por causa da interferência da mãe. Os primeiros relatos de homossexualidade são antigos, mas como era algo não aceitável não foram registrados.

Foi constatado na pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2010 que estima que a parcela homossexual da população brasileira seja de 17,9 milhões de pessoas.

Nessa pesquisa também foi registrado que no Brasil existem 60 mil casais homossexuais, a região Sudeste é a que tem mais casais que se assumiram homossexuais, com 32.202, em seguida está a região Nordeste com 12.196 e a Região Sul com 8.034. Já a região Norte

é que tem menos casais gays, com 3.420, seguida pela região Centro-Oeste com 4.141 e o Estado de São Paulo é o que tem mais casais homossexuais com 16.872, seguido por Minas Gerais com 10.170.

No século passado casamento era tido como algo “para sempre” e perante a sociedade atual pode parecer um tanto quanto estranho essa concepção, pois antigamente o divórcio era proibido, por pior que a relação estivesse ela era mantida. Quando surgiu a possibilidade de divórcio possibilitou que duas pessoas casadas desfizessem o vínculo matrimonial apenas uma vez em suas vidas, ou seja, casamento desfeito, divorcia apenas uma vez. .

Até 2011 existiam apenas três entidades familiares, entre elas as descritas no Código Civil de 2002. Porém desde 1996 o Congresso já tinha projetos de proposta que autorizava a união entre pessoas do mesmo sexo e desconstruir a ideia de um vínculo conjugal entre e somente uma mulher e um homem seria um grande marco teórico no Brasil e levaria o País a vanguarda dos Direitos Homossexuais. Contudo, esses projetos não saíram do papel e o Brasil em pleno século XXI estava com sua legislação desatualizada e precisando de mudanças drásticas em virtude da constante mutação em que a sociedade vem passando e das grandes mudanças em legislações internacionais que permitiam a união de duas pessoas do mesmo sexo.

Apesar de alguns Países já permitirem a união de pessoas do mesmo sexo, o que foi inédito, está mudança começou a disseminar em outros Países em que ainda não era permitido, gerando direitos aos gays e reconhecendo eles como cidadãos. Apesar de, perante a legislação atual de 1988 eles já serem sujeitos de direito, o preconceito os fazia sentir que não eram e era através do olhar maléfico da sociedade que eles se tornavam pessoas que escondiam seus sentimentos por medo da reação e ao fazer isso tinham seu psicológico danificado e seus desejos oprimidos.

Mesmo com todas as mudanças propostas no Código Civil de 2002, ainda haviam lacunas que precisavam ser desfeitas. O artigo 266 do CC que prevê e define as regras do casamento não menciona que o casamento deve ser constituído de pessoas de sexos opostos e sim apenas uma questão interpretativa da Lei. Em meio a tantas interpretações a especialista em Direito Homossexual, Maria Berenice Dias diz que: “Nenhum legislador vai desagradar seu eleitorado. O caminho para a aprovação do casamento é o Judiciário, que não pode manter uma desigualdade”. Portanto é dever do Judiciário que novas mudanças ocorram para resguardar e para auxiliar a sociedade em questões que ainda não foram esmiuçadas.

Apesar da não regulamentação no Código Civil de 2002, muitas pessoas mantêm suas relações de forma que a sociedade começou a mudar o preconceito. Apesar de não existir nada que definisse está união, muitos já moravam juntos e de alguma maneira em que era preciso esconder-se da sociedade era necessário buscar por um direito para que fosse regulamentarizado está união entre pessoas que possuíam vínculos afetivos, mas perante a legislação não possuíam qualquer vínculo matrimonial. E foi com uma grande mobilização

da comunidade que a própria justiça decidiu julgar favorável a união de homossexuais. A criação da quarta entidade familiar surgiu em 2011, em uma decisão inédita e unânime do Supremo Tribunal Federal, e é fundamental ressaltar que nenhum momento a Constituição de 1988 proibia a união de pessoas do mesmo sexo, apenas não havia nada que a determinasse ou restringisse.

O marco histórico no Direito Brasileiro, especificamente dos Direitos dos Homossexuais ocorrer no dia 05.05.2011, a qual a sociedade foi surpreendida pela decisão do Supremo Tribunal Federal, que propôs a equiparação das relações entre pessoas do mesmo sexo por unanimidade;

A decisão construiu a possibilidade de novas mudanças no Código Civil de 2002, pois ficou garantindo o direito de, pessoas do mesmo sexo, registrarem em Cartório suas relações como uniões estáveis, portanto o Supremo reconheceu a união homoafetiva como um núcleo familiar, como qualquer outro. Tal interpretação criou a quarta entidade familiar do Direito Civil Brasileiro.

Os ministros destacaram que é importante que o Congresso Nacional deixe de ser omissivo em relação ao tema e regule as relações que surgirão a partir da decisão do Supremo. A decisão do STF foi unânime mesmo com os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso divergirem em alguns aspectos da fundamentação da maioria dos colegas, não fugiram do ponto central. Ficou evidente a unanimidade com relação a condenação da discriminação e de atos violentos contra homossexuais também.

No relatório, os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello ressaltaram que o caráter laico do Estado impede que a moral religiosa sirva de parâmetro para limitar a liberdade das pessoas. Ressalvo o desataque feito pelo Ministro Marco Aurélio que destacou o papel contra majoritário do Supremo e citou a decisão tomada em relação à Lei da Ficha Limpa, lembrando e enfatizando que as normas constitucionais de nada valeriam se fossem lidas em conformidade com a opinião pública dominante.

O Ministro Celso de Mello afirmou ainda que: “O Estado deve dispensar às uniões homoafetivas o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais. Não há razões de peso que justifiquem que esse direito não seja reconhecido, frisou o ministro. “Toda pessoa tem o direito de constituir família, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero”, disse. Já o ministro Luiz Fux ressaltou e questionou que, se a homossexualidade é um traço da personalidade, caracteriza a humanidade de determinadas pessoas. “Homossexualidade não é crime. Então porque o homossexual não pode constituir uma família?”;

O ministro Ricardo Lewandowski, primeiro a não acompanhar integralmente o relator, reconheceu os direitos dos casais homossexuais, mas de forma um pouco mais restritos. Para ele os homossexuais têm os mesmos direitos dos casais convencionais que vivem em união estável, exceto aqueles típicos das relações entre um homem e uma mulher.

Para a advogada Rosangela Novaes:

“O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas. Demonstrada a convivência entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de União Homoafetiva como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos. As uniões entre pessoas do mesmo sexo representam um fato social cada vez mais constante em todo o mundo.”

E ainda destaca que:

“A Constituição Federal afirma que o Brasil é uma sociedade fraterna, plural e sem preconceitos. Assim, aqueles que são diferentes da maioria devem ser respeitados. [...] Os indivíduos que compõem a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros) experimentaram toda sorte de sofrimentos originados na intolerância e no injustificado preconceito social. O ser humano parece ter uma enorme dificuldade em aceitar aquilo que não entende, e que, por ser diferente, não está acostumado a lidar.”

Importante ressaltar que o STF não julgou, não versou, não se manifestou sobre o casamento civil. Essa abertura se deu como um efeito natural da equiparação das uniões homoafetivas com as uniões estáveis: a conversão da união estável em casamento. Não se trata de nenhuma fórmula mágica ou ginástica hermenêutica. É uma solução muito simples, oriunda da legislação positiva brasileira. E deve ser vista como um “plus”, mais uma possibilidade de os casais - todos eles - exercerem a sua liberdade e autonomia na hora de formatarem a sua entidade familiar.

Na Constituição Federal Brasileira de 1988, constam previstos três enquadramentos de família: a decorrente do casamento, a família formada com a união estável e a entidade familiar monoparental (quando acontece de apenas um dos cônjuges ficar com os filhos) e agora prevê a quarta, a decorrente da união homoafetiva;

Ao julgar procedentes as duas ações que pediam o reconhecimento da relação entre pessoas do mesmo sexo, os ministros decidiram que a união homoafetiva deve ser considerada como uma autêntica família, com todos os seus efeitos jurídicos. Portanto, a homossexualidade é a variante da expressão sexual humana, se traduz nos versos de Fernando Pessoa: *“O amor é que é essencial. O sexo é só um acidente. Pode ser igual ou diferente”*.

Sendo assim aqui o Direito Brasileiro pos em prática algo que já vinha sido garantido pela Constituição Federal de 1988, a qual juntamente com o Código Civil de 2002, o princípio da Autonomia da Vontade entre as partes, e neste caso permitiu que com toda a modificação em que a sociedade passa e passou era necessário que algumas alterações na Lei fossem feitas para adaptar-se ao novo. A União Homossexual apenas foi posta em Lei,

pois mesmo antes de sua aprovação muitos casais já moravam juntos e eram regidos de afetos verdadeiros o qual nenhuma Lei restringia ou seria capaz de por fim.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças ocorridas na sociedade trouxeram novos questionamentos. A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu interior alguns direitos básicos e fundamentais do ser humano e juntamente com o Código Civil de 2002 possibilitou novas mudanças e questionamentos. Um dos grandes questionamentos do Século XX é sobre o casamento e a possibilidade de decisão, ou seja, de escolher o que é melhor para si com fundamentação no princípio da autonomia.

O princípio da autonomia refere-se a o ser humano tomar suas decisões sem interferência de ninguém. A Autonomia Privada está diretamente relacionanda com a ampla liberdade contratual, e nesta parte sim existe a interferência do Estado e algumas limitações a ela.

Quando trata-se de Autonomia Privada não é somente a contratual, mas sim a de poder escolher como vestir-se, com quem sair ou relacionar-se. Essa última está interligada principalmente as questões relacionadas a união de pessoas do mesmo sexo que originou uma grande modificação no âmbito jurídico e criou uma quarta entidade familiar, permitido e considerando, perante todo o território brasileiro a possibilidade de ser registrado em cartório e com todos os direitos iguais, como o casamento e a união estável.

Para a sociedade o vínculo afetivo era explicado através do casamento e essa união só era possível entre pessoas de sexos opostos, ocorre que até 2002 existiam apenas três entidades familiares. Em 2011 em uma decisão unânime e inédita o Supremo Tribunal Federal criou a quarta entidade familiar. A união homoafetiva possibilitou que o princípio da autonomia fosse cumprido e legalizou a união de pessoas do mesmo sexo, sendo registrada em Cartório. Assim, em plena evolução da sociedade o Direito Brasileiro não poderia ficar neutro e precisou-se adaptar as modificações em que a sociedade vem passando. A possibilidade de duas pessoas deixarem apenas o afeto e poderem construir perante o Direito uma Família tenta desfazer o preconceito e possibilitar que essas pessoas sintam-se inseridas na sociedade.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. 36 ed. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção manuais de legislação).

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, Cláudio Marino Ferreira. *Dignidade humana*. Disponível em: <<http://claudiomarinofdias.blogspot.com>>. Acesso em: 15/06/2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para formulação dogmática constitucionalmente adequadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v.6, São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTO, António dos Santos. O direito brasileiro: raízes históricas. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/dir\\_bras\\_raiz\\_hist.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/dir_bras_raiz_hist.pdf)>. Acesso em: 16/06/2013

LEAL, Luciana de Oliveira. *Liberdade da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *Direito processual civil*. 7. ed. rev. aum. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MÉNDEZ, Emilio Garcia; COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil: tomo I*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 345-351.

REALE JUNIOR, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 9ª Ed. Alegre: Livraria do Advogado, 2012

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1, p. 145-165.  
VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. v.1, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: Direito de família*. v.6, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008

*Sites consultados:*

<<http://www2.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 02.01.2014.

<<http://translate.google.com.br/>>. Acesso em: 5/1/2014

<[http://www.ambito\\_juridico.com.br](http://www.ambito_juridico.com.br)>. Acesso em: 8/1/2014

<<http://www.direitonet.com.br>>. Acesso em: 6/1/2014

<<http://www.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em: 6/1/2014

<<http://super.abril.com.br/cotidiano/brasil-homossexuais-sim-444558.shtm>> Acesso em: 6/1/2014

<<http://www.senado.gov.br/>>. Acesso em: 03.01.2014.

