

DIFERENCIAR PARA PROTEGER: A MITIGAÇÃO DO REQUISITO DA PUBLICIDADE NO RECONHECIMENTO DE UNIÕES HOMOAFETIVAS

DIFFERENTIATE TO PROTECT: MITIGATION OF THE ADVERTISING REQUIREMENT IN THE RECOGNITION OF HOMOAFECTIVE MARRIAGES

Karine Corrêa¹

Resumo: o presente artigo visa refletir acerca da necessidade de mitigação do requisito da publicidade, disposto no artigo 1.723, caput, do Código Civil de 2002, quando se trata do reconhecimento de uniões homoafetivas, levando-se em consideração os princípios constitucionais da igualdade e da solidariedade. Diante disso, far-se-á uma abordagem Civil-Constitucional, utilizando-se da bibliografia atinente ao gênero, à sexualidade, ao Direito das Famílias e princípios fundamentais dispostos na Constituição da República de 1988, a fim de demonstrar que o respeito às diferenças, inscrito no artigo 5º, caput, da Carta Magna, é indissociável da igualdade e, sobretudo, intrínseco à solidariedade (art. 3º, I e III), objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Direito homoafetivo; direito das famílias; união estável; direito civil constitucional.

Abstract: this article aims to reflect on the need to mitigate the publicity requirement, provided for in article 1723, caput, of the Civil Code of 2002, when it comes to the recognition of same-sex unions, taking into account the constitutional principles of equality and solidarity. In view of this, a Civil-Constitutional approach will be taken, using the bibliography related to gender, sexuality, Family Law and fundamental principles set out in the Constitution of the Republic of 1988, in order to demonstrate that respect for differences, inscribed in article 5, caput, of the Magna Carta, is inseparable from equality and, above all, intrinsic to solidarity (art. 3, I and III), a fundamental objective of the Federative Republic of Brazil.

Keywords: Same-sex rights; family law; stable union; constitutional civil law.

1 INTRODUÇÃO

Desde 2011, por meio do julgamento em conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, pessoas do mesmo gênero² podem reconhecer a união estável, desde que cumpridos os requisitos legais exigidos, nos termos do artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro.

De tal forma, todas as pessoas em relações homoafetivas estáveis têm o direito de serem reconhecidas como entidade familiar, conforme descrito no artigo 226 da Constituição Federal da República, e lavrar em cartório, via escritura pública, a declaração

¹ Mestranda em Direito pela UFPR, Especialista em Direito das Famílias e das Sucessões pela Faculdade Damásio de Jesus. Advogada.

² Segundo Andressa Regina Bissolotti dos Santos (2020), a expressão “relação entre pessoas do mesmo gênero” melhor se adequa para relações homoafetivas, “tendo em vista a percepção dos estudos de gênero de que a existência social como *homem/mulher* deve ser melhor compreendida a partir da ideia de *gênero* (que é vivenciado performativamente a partir da articulação do sujeito com as demandas que lhe são socialmente direcionadas em relação a *quem* e *como* deve ele(a) ser em termos de homem/mulher) do que a ideia de *sexo* (melhor identificado como a experiência corpórea do sujeito). (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. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/desdobramentos-do-pos-maio-de-2011/>. Acesso em: 18 jan. 2023.).

de união estável para que surtam seus efeitos. Há também a possibilidade de declaração em juízo mesmo sem a escritura pública, tendo em vista que a entidade familiar se caracteriza pela vivência de fato.

Embora haja a decisão de se aplicar os efeitos jurídicos às relações estáveis do mesmo gênero, a aplicação da Lei Civil se dá pelos exatos termos das uniões estáveis heterossexuais, tratando-se, portanto, da aplicação do instituto por meio da experiência heterossexual (Santos, 2020), conforme se depreende da leitura da ADI 4.277 e ADPF 132, visto que o entendimento que obteve mais votos foi o do relator, Ministro Ayres Britto, reconhecendo uniões estáveis homoafetivas que “se caracterizem por [...] conhecimento do público (não clandestinidade, portanto)” (Brasil, 2011).

Quanto ao requisito da publicidade aplicado às relações homoafetivas, tem-se que os/as envolvidos/as, em sua maioria, encontram óbice quando da publicização da união devido ao temor de tornarem-se vítimas de violência, simplesmente por demonstrarem seu amor em público, levando-se em consideração a ascensão ainda maior nos últimos anos de uma sociedade permeada por discursos de ódio contra a diversidade de gênero, e, segundo o Observatório de Mortes Violentas contra LGBTI+ no Brasil, o país registrou uma tendência de crescimento no número de mortes violentas de LGBTI+ nas últimas duas décadas (ANTRA, ABGLT, 2022).

Consoante destaca Rodrigo da Cunha Pereira, não há como desentrelaçar a igualdade da cidadania, que pressupõe também o respeito às diferenças, ainda assevera que “quanto mais se declara a universalidade da igualdade de direitos, mais abstrata se torna a categoria desses direitos. Quanto mais abstrata, mais se ocultam as diferenças geradas pela ordem social” (Pereira, 2022).

Ter uma visão do contexto social e proteger a autonomia privada na medida de suas diferenças, conforme Anderson Schreiber, impõem “um intenso respeito à condição alheia – da contraparte ou dos terceiros sobre quem repercute tal exercício – compreendida em sua integral amplitude”, atentando-se para uma perspectiva solidarista “com atenção às suas expectativas, às suas necessidades e às suas fraquezas” (Schreiber, 2005).

Diante dessas considerações, analisa-se, utilizando-se do método dedutivo, a partir do que já se conhece acerca dos requisitos da união estável heteroafetiva, a (in)ocorrência da mitigação do requisito da publicidade em uniões estáveis homoafetivas, a fim de que seja reconhecida a união estável entre eles através dos demais requisitos inerentes à essa entidade familiar, como o objetivo de constituir família e os deveres de assistência mútua, bem como metodologia hermenêutica civil-constitucional, partindo dos trabalhos difundidos pela autora Andressa Regina Bissolotti dos Santos, sobre os requisitos da união estável a partir do cotidiano de casais do mesmo gênero, bem como a fonte primária que iniciou a inquietação aqui trazida: o trabalho de campo como advogada de famílias LGBTI+ perante os Tribunais de Justiça, principalmente do Estado do Paraná.

O problema central a ser debatido no presente artigo é demonstrar em que medida a mitigação do requisito da publicidade, disposto no art. 1.723 do Código Civil, contribui para coroar os princípios da igualdade e da solidariedade, dispostos na Constituição Federal de 1988, estruturando-se o artigo a partir dos conceitos gerais de união estável, passando pela história do movimento LGBTI+, principalmente no que tange às mulheres lésbicas, pela constitucionalização do direito civil, bem como a caminhada até a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, através da ADI 4277 que em 2011 conferiu às uniões estáveis homoafetivas os mesmos direitos e deveres inerentes às uniões estáveis heteroafetivas até a discussão acerca da mitigação do requisito da publicidade para reconhecimento de relacionamentos entre pessoas do mesmo gênero, tendo em vista o preconceito e hostilidade pelas quais esses casais passam.

2 CONCEITOS GERAIS DA UNIÃO ESTÁVEL

A Constituição Federal de 1988 conceitua união estável a entidade familiar formada entre homem e mulher e que recebe especial proteção do Estado, conforme dispõe o art. 225, §3º, da Carta Magna. A Lei nº 8.971/1994 regulamentou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão e, em complemento, foi editada a Lei nº 9.278/1996 com a finalidade de delimitar os elementos constitutivos da “união estável”, bem como regulamentar quais seriam os direitos dos companheiros, direitos estes inerentes a alimentos e à sucessão, por exemplo, uma vez que a Constituição de 1988 não o fez de forma imediata.

Com o advento do Código Civil de 2002, tais leis foram revogadas e os arts. 1.723 a 1.727 são os que se voltam a essa entidade familiar de forma muito sucinta, relegando pouca atenção ao instituto, estabelecendo que seria reconhecida a união estável, entre homem e mulher, se aquela fosse pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família³. Tal suporte fático são os elementos objetivos da constituição dessa entidade familiar a qual se caracteriza a partir de um ato-fato jurídico que deve conter a prévia existência de uma convivência afetiva, dispensada a coabitação. A esse respeito, discorre Joyceane Bezerra de Menezes (2022):

É do suporte fático que se extraem o cerne e os elementos completantes do instituto. O cerne da união estável informa o gênero ao qual ela pertence, no caso, uma entidade familiar. Seus elementos completantes apontam os requisitos que a constituem como espécie, sejam eles: a convivência afetiva pública, contínua e duradoura. Adjetivos que, em conjunto, aduzem a ideia de estabilidade. Quando tais requisitos são concretizados no mundo fático, dá-se a incidência da norma de modo a qualificar uma determinada união como uma entidade familiar (Menezes, 2022).

³ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Dentre esses elementos objetivos, encontra-se a *convivência afetiva pública*, significando dizer que estar diante de uma união estável é torná-la existente perante a sociedade, sem relegá-la à clandestinidade, o que seria incompatível com a experiência de se constituir família, evitando-se também o reconhecimento de uniões efêmeras.

Diferentemente do que preceituava a Lei 8.971/1994, o Código Civil de 2002 não delimitou tempo mínimo ou máximo para que se efetue o reconhecimento dessa entidade familiar, bastando estarem presentes os elementos fáticos estipulados pela Lei Civil. No entanto, não há que se falar em reconhecimento de uniões estáveis com meses ou dias de duração, é necessário que se consolide o ato-fato jurídico por meio da convivência cotidiana que só se estabelece com o passar do tempo.

A legislação civil também trata dos deveres inerentes àqueles que constituem uma união estável, sendo eles os de lealdade, respeito e assistência mútua, além de responsabilidades inerentes à prole em comum (art. 1724 do Código Civil de 2002). O elemento subjetivo, caracterizado pelo “objetivo de constituir família”, encontra espaço também no referido artigo, uma vez que, para que se configure o ato-fato jurídico da união estável, é preciso existir o cumprimento dos deveres ali elencados, mesmo sem a presença da manifestação de vontade de seus integrantes.

Paulo Lôbo (2023) pontua que quando se fala de ato-fato jurídico “a vontade está em sua gênese, mas o direito a desconsidera e apenas atribui juridicidade ao fato resultante; no ato jurídico, a vontade é seu elemento nuclear” (Lôbo, 2023, p. 421), portanto a formação da união estável se dá quando os fatos cotidianos condizem com os elementos constitutivos objetivos (união pública, contínua e duradoura) e, não só, mas devendo serem observados os deveres de assistência mútua, lealdade e responsabilidade à prole comum. Rolf Madaleno (2020) considera que a vontade e consentimento de se formar uma união estável podem ser deduzidos do comportamento social dos conviventes e não somente por atos contratuais, verbais e ou escritos (Madaleno, 2020).

A relevância de se compreender a união estável como ato-fato jurídico está na ideia de lhe diferenciar do casamento que tem natureza jurídica de negócio jurídico, bastando certidão de casamento para que produza seus efeitos. Isso porque a união estável está atrelada à vivência compartilhada do cotidiano, assistência mútua entre as pessoas envolvidas, bem como à ocorrência de elementos objetivos pela convivência pública, contínua e duradoura.

3. O NORTE PRINCIPIOLÓGICO NA CONSTRUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

3.1. A construção dos direitos LGBTI+ a partir da constitucionalização do Direito Civil

Sabe-se que o legislador constituinte se preocupou em estabelecer um espírito de

unidade, bem como de coerência no sistema jurídico (Matos, 2017). Sendo a Constituição Federal de 1988 o epicentro do regramento jurídico nacional, necessário se fez uma releitura da legislação civil após a promulgação da norma, através de uma hermenêutica emancipatória.

É importante ressaltar que o Direito Civil-Constitucional não é uma disciplina separada, mas sim um novo olhar para o Direito Civil (Lôbo, 2008), de forma a incidir imediatamente a norma constitucional sobre todas as relações interprivadas.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, a família era vista como uma instituição, com um fim em si mesma e com lugares pré-estabelecidos a depender do gênero de cada componente, indissolúvel e patriarcal. O movimento LGBTI+ enfrentou o autoritarismo moral durante a Ditadura Militar no Brasil abafando as possibilidades de imaginar novos modos de vida, formas de expressar o desejo e os afetos, bem como movimentos sociais identitários (Green; Quinalha, 2014, p. 22)

No entanto, na década de 70 iniciou-se a luta pela contemplação do direito à igualdade na diferença⁴, através de movimentações populares em praças, bares e locais públicos diversos, sendo muitas vezes realizadas “limpezas” pela polícia civil e militar a fim de que pessoas tidas como subversivas não frequentassem esses lugares. Em 1980 há o surgimento do Grupo Lésbico Feminista (LF), dentro de um estado ditatorial militar, repressivo, violento e profundamente moralista. As lutas pela promoção da visibilidade, respeito, a expressão da sexualidade lésbica e por justiça nasceram a partir desse período, durante a luta pela liberdade (Fernandes *in* Green; Quinalha, 2014, p. 224).

Através do grupo LF passaram a integrar a Coordenação do II Congresso da Mulher Paulista, não sendo bem aceita a participação dessas mulheres, vez que era a primeira vez que se colocava a questão da sexualidade e do prazer da mulher como uma possibilidade e um direito. A autora Marisa Fernandes (2014) conta que dentre as movimentações de esquerda o patriarcalismo era latente, pregava-se não existir violência contra a mulher, mas sim “a violência ditatorial contra homens e mulheres da classe operária, e que propostas de se refletir sobre as especificidades das mulheres eram pequeno-burguesas e elitistas e que pouco interessavam ao povo e à revolução” (Fernandes *in* Green; Quinalha, 2014, p. 234).

Através deste breve aporte histórico sobre a resistência das mulheres lésbicas durante a ditadura militar tem-se uma ideia de como os direitos sexuais e reprodutivos delas eram tratados: como algo obsoleto, sem importância, desinteressante. No entanto, a luta dessas mulheres foi revolucionária quando da Constituinte de 1988, conquistando o direito à igualdade formal entre homens e mulheres, constituindo objetivo fundamental da República, disposto no art. 3º, inciso IV, bem como reforçado no art. 5º, inciso I, que trata dos direitos e garantias fundamentais.

Além disso, dispôs no art. 226, §5º da Constituição Federal de 1988 a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres diante do casamento e dos filhos. Ocorre

⁴Necessário se faz compreender que defender as diferenças é também lutar pela igualdade de direitos na medida em que todos possamos existir na diferença, sem performar e perpetuar normas pré-estabelecidas do que é ou não “normal”.

que materialmente a tão sonhada igualdade e o respeito às diferenças, exercício do direito de igualdade, estão longe de acontecer, sobretudo quando se diz respeito às mulheres lésbicas e bissexuais, suas conjugalidades e parentalidades.

3.2 ADI 4277 e a ADPF 132 do Supremo Tribunal de Justiça: um sopro de esperança para as famílias LGBTI+

A família codificada no Código Civil de 2002 é representada pelo modelo heteropatriarcal, diminuindo a condição feminina ao cuidado e fora das decisões econômicas e patrimoniais. Isso porque, o Código Civil de 2002 remonta uma sociedade da década de 1970, pré-democratização, deixando os direitos à igualdade na diferença sem qualquer linha codificada. Rodrigo da Cunha Pereira relatou antes mesmo da promulgação do novo código que “a parte desse projeto relata à família já nasceu velha. Está na contramão da história (...) em que a família é vista de forma plural, ou seja, em que já se reconhecem várias formas de família, o legislador insiste em nomeá-las legítimas e ilegítimas” (Pereira, 1996), demonstrando a preocupação pelo nascimento de um Código que não se mostrou atento aos arranjos familiares da sociedade como, de fato, ela é.

O Direito não deve deixar de resguardar os interesses de todas as pessoas da população, mesmo que a legislação vigente não positive tais conjugalidades e parentalidades, visto que desde 1988, com a promulgação da Constituição Federal “vivemos sob um ordenamento jurídico marcado pela escolha axiológica de priorização máxima da realização da pessoa humana” (Bissolotti; Lima, 2022).

Inicialmente foram reconhecidas como sociedades de fato, resolvendo-se os conflitos segundo as regras do direito das obrigações e da antiga Súmula 380 do STF (Lôbo, 2023), não sendo reconhecidas como entidade familiar, sem qualquer aplicação da legislação familista no caso.

O Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 1998), reconheceu que muito embora o legislador não estivesse atento aos novos arranjos familiares, o direito não pode desconhecer a realidade, no entanto, o esforço comum durante a chamada sociedade de fato deveria ser comprovado. A decisão, no caso, reconheceu somente a sociedade de fato, pois, nas palavras do relator Ruy Rosado de Aguiar “O comportamento sexual deles pode não estar de acordo com a moral vigente, mas a sociedade civil entre eles resultou de um ato lícito, a reunião de recursos não está vedada na lei e a formação do patrimônio comum é consequência daquela sociedade”.

Nesse contexto, as uniões homoafetivas começaram, lentamente, a serem reconhecidas perante os tribunais brasileiros. Muito embora a luta por igualdade na diferença não seja recente, somente após o julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, em

2011, foi reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo gênero⁵, tendo o Supremo Tribunal Federal fundamentado tal reconhecimento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e liberdade.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República, conforme preceitua o art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, referindo-se à garantia das necessidades vitais de cada indivíduo, ou seja, um valor intrínseco como um todo. A força fundamental da dignidade da pessoa humana está no sentido da formação social das pessoas, no desenvolvimento de sua personalidade e potencialidade (Gama, 2017).

Quando esse princípio se encontra com a formação das famílias é que se erradia sua importância e se torna intrínseco àquelas, isso porque é na família que os seres humanos se integram, desenvolvem seus sentimentos e ações, é a família a primeira escola para se viver em sociedade, criando primitivamente o caráter e os vínculos afetivos. Conforme Guilherme da Gama (2017), “a família deve, atualmente, ser compreendida como comunidade de laços afetivos e amorosos em perfeita união, como célula menor da sociedade, envolta na solidariedade e respeito familiares” (Gama, 2017, p. 165).

O julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 traz explicitamente em sua fundamentação que o reconhecimento do direito à preferência [*sic*] sexual tem direta vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana, descrevendo como “direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo” e mais, trata-se de um direito de se buscar a felicidade (Brasil, 2011). Segundo Paulo Bonavides (2001), o princípio da dignidade da pessoa humana é dotado de extremo e primordial valor:

Quando hoje, a par dos progressos hermenêuticos do Direito e de sua ciência argumentativa, estamos a falar, em sede de positividade, acerca da unidade da Constituição, o princípio que urge referir na ordem espiritual e material dos valores é o princípio da dignidade da pessoa humana (Bonavides, 2001).

A decisão da Suprema Corte foi fundamentada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade e é a partir dessa tríade principiológica que figura a família democrática, na qual “a dignidade de seus membros, das pessoas que a compõe, é respeitada, incentivada e tutelada” (Moraes, 2005).

Para a efetiva democratização da família, o princípio da igualdade é impactante nas relações familiares, em sentido formal e principalmente material. O primeiro se consubstancia no postulado de que todos são iguais perante a lei, por exemplo, a igualdade de direitos e deveres entre cônjuges (arts. 1565 e 1566, CC/02) e companheiros (art. 1724, CC/02), e o segundo na vivência de cada indivíduo e sua percepção na sociedade como

⁵ Conforme asseveram as juristas Andressa Bissolotti e Francielle Lima (2022), mesmo que a presente análise não consista em destrinchar o conceito “gênero”, optou-se por utilizar tal expressão tendo em vista a percepção dos estudos de gênero de que a existência social como homem/mulher deve ser melhor compreendida a partir da ideia de gênero do que de sexo, vez que esse último melhor se identifica como a experiência corpórea do sujeito e não com a vivência e a performatividade desse na sociedade – gênero.

cidadão.

A igualdade formal não é suficiente para que todas as formas de família sejam reconhecidas em paridade. Ana Beatriz Lima Pimentel, Patrícia Ciríaco e Andressa Farias (2022) asseveram o seguinte sobre o assunto:

É por meio da igualdade substancial que é possível modular o que cada pessoa necessita ao pleno desenvolvimento de sua personalidade de acordo com suas diferenças e vicissitudes. É nessa dimensão que a igualdade se encontra com a realidade sociocultural concreta (Pimentel; Ciríaco; Farias, 2022).

É nesse sentido que o reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo gênero tornou-se possível, visto que o sistema clássico civilístico priorizava a formalidade nas relações jurídicas, estabelecendo-se por meio da certidão do registro de casamento e, conforme Ana Carla Harmatiuk Matos (2017), “a consequência foi o não reconhecimento, ou seja, a discriminação” e “importantes transformações ocorreram rumo à aproximação da realidade da vida, em detrimento do estrito formalismo” (Matos, 2017).

O princípio da liberdade é, em realidade, o caminho para a concretização da dignidade da pessoa humana, isso porque as subjetividades de relacionamentos dos seres humanos só se tornam possíveis por intermédio da liberdade e da pluralidade, é o que integra a família democrática. É por esse princípio que se materializa a opção de integrar uma entidade familiar.

Em seu voto, o Ministro Ayres Brito trata especificamente da liberdade como braço da dignidade da pessoa humana, quando assevera que “a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família” (Brasil, 2011).

Os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como o da liberdade, correlacionam-se entre si para que haja o pleno desenvolvimento do ser humano como ser social e para afirmar-se a garantia institucional da família, disposta no art. 226 da Constituição Federal de 1988, por meio da existência de relações de afeto, assistência e suporte recíproco entre os membros, com projeto coletivo, permanente e duradouro, de vida em comum (Gama, 2017). Não reconhecer relacionamentos devido à orientação sexual de seus componentes fere direitos fundamentais da personalidade desses indivíduos.

É intrínseco à família democrática a igualdade na diferença, tendo em vista que um regime que assume a pluralidade como um de seus pilares, encampando a lógica solidarista, confere normatividade à solidariedade no sentido de que, querendo ou não, todos estão vinculados pelo compromisso de mutuamente preservar e promover suas dignidades.

4 O REQUISITO DA PUBLICIDADE EM UNIÕES HOMOAFETIVAS E OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA SOLIDARIEDADE

A declaração de constitucionalidade das uniões homoafetivas se deu com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. Ocorre que o referido julgado não exauriu a regulamentação do tema, aplicando por analogia e de forma irrestrita os mesmos requisitos da união estável heteroafetiva.

Dentre esses requisitos está o da publicidade, inscrito no art. 1.723 do Código Civil de 2002, juntamente com a continuidade, durabilidade e objetivo de constituir família. O Ministro Carlos Ayres Brito, relator das duas ações constitucionais cujo voto foi acompanhado pela maioria dos Ministros, já de início profere a seguinte fundamentação (Brasil, 2011):

[...] merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, **conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto)** e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família (Brasil, 2011, grifou-se).

Em um segundo momento, o relator observa que a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana, constitui-se “poderoso fator de afirmação e elevação pessoal”, sendo parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, concretizando-se sob a forma de direito à intimidade e da privacidade e “não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática de sua própria sexualidade” (Brasil, 2011).

Ao final, conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil para que o reconhecimento seja feito “segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” (Brasil, 2011).

Como elucidado, este trabalho visa salientar que o reconhecimento das uniões homoafetivas, nos estritos termos impressos no art. 1.723 do Código Civil, não vai ao encontro do exercício da igualdade material, tampouco da solidariedade, já que é necessário corrigir as desigualdades entre o que é tido como modelo (uniões heterossexuais) e as uniões homoafetivas. É o que ensina Andressa Regina Bissolotti do Santos (2020):

Vê-se, portanto, que a relação estável entre pessoas do mesmo sexo é avaliada a partir da tomada da relação heterossexual como parâmetro, o que torna possível supor a atuação de uma

heteronorma nessas decisões, a impactar as tomadas de decisão dos magistrados. A atuação de tal “norma” acaba por resultar em um número maior de indeferimentos, mesmo diante de provas que seriam tidas como suficientes em caso de uniões estáveis heterossexuais. A relação heterossexual, como “norma”, é, portanto pressuposta, ao passo que a relação entre pessoas do mesmo sexo, vista como desviante, é questionada mesmo diante de provas. Em suma, a inclusão abstrata acaba por encontrar seus limites na prática cotidiana dos tribunais e das relações em questão (Santos, 2020).

Para enfatizar a desigualdade social vivida por pares homoafetivos e casais heterossexuais, Andressa Regina Bissolotti dos Santos (2020) faz referência a pesquisas de opinião que revelam a incidência de preconceito contra a população LGBTI+:

Tal fato se depreende de uma série de fatores. Em primeiro lugar, pesquisas como a pesquisa de opinião realizada pela Fundação Perseu Abramo em conjunto com a Fundação Rosa Luxemburgo Stiftung, revela, que a incidência de preconceito contra LGBTIs ainda é alta no cotidiano brasileiro. Assim, 84% das pessoas entrevistadas concordaram totalmente com a afirmação “Deus fez o homem e a mulher com sexos diferentes para que cumpram seu papel e tenham filhos”, enquanto que 61% concordaram totalmente que “Tudo bem que casais de gays ou de lésbicas façam o que quiserem em suas casas, entre quatro paredes vale tudo”. 52% concordaram, ainda, com a afirmação “Casais de gays ou de lésbicas não deveriam andar abraçados ou ficar se beijando em lugares públicos” (Santos, 2020).

Levando-se em consideração esse retrato da sociedade brasileira, quando se trata da publicidade dessas uniões, necessário se faz refletir acerca da (não) aceitação desses pares pela família de origem ou pela sociedade. Segundo o Dossiê de Mortes e Violências contra LGBTI+ no Brasil, levantado pelo Observatório de Mortes e Violências LGBTI+ no Brasil (ANTRA, ABGLT, 2022), em 2021, ocorreram 316 mortes LGBTI+ de forma violenta no país. Dentre elas, 285 foram assassinatos.

A igualdade é princípio fundamental para se reconhecer tais enlances, respeitando, porém, suas diferenças, sem os quais não há dignidade do sujeito de direito e, conseqüentemente, não há justiça (Pereira, 2022). Todos devem estar incluídos no laço social, a real cidadania para ser exercida só é possível na diversidade, uma vez que a formação e a construção da identidade se fazem a partir da existência de *um outro*, de *um diferente*, afinal, conforme preceitua Rodrigo da Cunha Pereira, se fôssemos todos iguais, não seria necessário reivindicar igualdade que, embora tenha diminuído, há muito para alcançar uma prática social igualitária, de liberdade e solidariedade recíproca.

A solidariedade social foi consequência das grandes tragédias experienciadas e vivenciadas ao longo da 2ª Guerra Mundial, no século XX. Em 1988, a Constituição da República estabelece, dentre outros objetivos, o de uma sociedade justa, livre e solidária

(art. 3º, I) e que seu exercício se faz por meio da erradicação da pobreza, marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III).

Foi a partir dessa finalidade que as uniões estáveis entre pares do mesmo gênero tornaram-se passíveis de reconhecimento, isso pelo julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132, a fim de reduzir a desigualdade existente no reconhecimento de uniões formadas por casais heterossexuais. Maria Celina Bodin de Moraes (2008) ensina:

Assim é que os incisos do artigo 3º conclamam os Poderes a uma atuação promocional, através da concepção de justiça distributiva, voltada à igualdade substancial, vedados os preconceitos de qualquer espécie. Não há lugar, no projeto constitucional, para a exclusão; mas também não há espaço para a resignação submissa, para a passiva aceitação da enorme massa de destituídos com que (mal) convivemos. De acordo com o que estabelece o texto da Lei Maior, a configuração de nosso Estado Democrático de Direito tem por fundamentos a dignidade humana, a igualdade substancial e a solidariedade social, e determina, como sua meta prioritária, a correção das desigualdades sociais e regionais, com o propósito de reduzir os desequilíbrios entre as regiões do País, buscando melhorar a qualidade de vida de todos os que aqui vivem (Moraes, 2008).

Nesse sentido, quanto aos requisitos para reconhecimento da união estável, dispostos no art. 1.723 do Código Civil, principalmente no que diz respeito ao requisito da publicidade, há de se buscar uma diferenciação quando se trata de pares do mesmo gênero, a fim de proteger a dignidade dessas pessoas evitando a sua exclusão dos espaços sociais, coroando a igualdade substancial e a solidariedade social. Para isso, ensina Maria Celina Bodin Moraes (2008) que o princípio da solidariedade não deve apenas ser levado em conta no momento da elaboração da lei ordinária e na execução de políticas públicas, “mas também nos momentos de interpretação e aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade”.

Levando-se em consideração tais princípios alhures mencionados é que os Tribunais de Justiça vêm mitigando tal requisito. A 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, reconheceu uma união homoafetiva *post mortem* com regime de comunhão parcial de bens. O processo encontra-se em segredo de justiça, mas, segundo matéria divulgada pelo *site* Consultor Jurídico (Viapiana, 2021), o voto do relator desembargador Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho levou em consideração o fato de que a aceitação social das relações homoafetivas ainda está em evolução, e os envolvidos nessas relações sofrem com estigmas e preconceitos, “advindos do núcleo familiar e/ou social, o que coloca o requisito da ‘publicidade’ em perspectiva”.

Fato de maior relevância na decisão do relator é o reconhecimento da negação da existência da união “por outras conveniências, vezes outras, patrimoniais”. Na visão do magistrado é necessário menos rigor ao analisar os requisitos da publicidade em uniões

homoafetivas porque “o medo das consequências que a revelação causaria nas relações familiares e sociais pode, muitas vezes, conduzir o relacionamento quase a um segredo total” (Viapiana, 2021).

No entanto, ainda há muita luta adiante, visto que ainda o requisito da publicidade é levado em consideração para o reconhecimento de união estável – mesmo com a existência dos outros requisitos no caso concreto, como a assistência mútua, a relação de afeto – e, quando inexistente tal requisito, os Tribunais não reconhecem a entidade familiar e constituem essa como sociedade de fato, como outrora reconhecido em decisões datadas dos anos 90.

Exemplo disso é o acórdão de relatoria da desembargadora Lenice Bodstein do Tribunal de Justiça do Paraná (Paraná, 2023), reconhecendo uma suposta fragilidade na comprovação da comunhão de vidas entre as partes – duas mulheres – e reconhecendo a formação de sociedade de fato e, comprovado o esforço comum, o direito à restituição dos investimentos no imóvel pela autora, ora recorrente.

Ainda estamos diante de um longo caminho para o reconhecimento da igualdade material. A decisão recente acima trazida demonstra claramente que o exercício da solidariedade substancial está longe de acontecer, do diferenciar para proteger, como assevera a autora Maria Celina Bodin de Moraes (2008), “o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados” (Moraes, 2008).

Não se pode olvidar também que a dificuldade em se mapear decisões envolvendo a união estável e seus requisitos quando do requerimento por casais formados por pessoas do mesmo gênero se torna um exercício quase impossível, seja por estarem cobertos pelo sigilo processual, seja porque publicizar relações íntimas envolvendo casais homossexuais no judiciário ainda seja uma questão delicada e, muitas vezes, afeta às relações interpessoais de todos os envolvidos que, por muitas vezes, ainda estão apoiados na prevalência de uma moral existente no século passado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que as relações heteroafetivas servem de parâmetro para a modulação dos requisitos para o casamento ou união estável. Quando se analisa criticamente o impacto que essa normatividade tem em relação aos casais formados por pessoas do mesmo gênero, principalmente no que concerne ao reconhecimento da união estável, necessário se faz a construção de uma perspectiva mais inclusiva para abarcar todas as pessoas em suas realidades sociais distintas.

O objetivo desse artigo é abrir uma discussão acerca da possibilidade de mitigar o requisito da publicidade em processos de reconhecimento de união estável entre casais do

mesmo gênero, tendo em vista o preconceito e a hostilidade historicamente experimentados por essas pessoas.

O julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132 acabou por utilizar como parâmetro os relacionamentos heteroafetivos quando do reconhecimento de uniões estáveis por pessoas do mesmo gênero, fato este que continua por marginalizar parte da sociedade que, muitas vezes, escolhe a discrição para sobreviver.

A perspectiva Civil-Constitucional no Direito das Famílias é crucial para que a inclusão social de todas as pessoas da sociedade aconteça, em suas mais diversas diferenças, afinal, a igualdade substancial é o real exercício da solidariedade disposta como objetivo da República.

Mitigar o requisito da publicidade em decisões para o reconhecimento de uniões estáveis entre casais do mesmo gênero, tendo em vista as diversas formas de violência que essas pessoas podem enfrentar, a partir do momento em que publicizam a relação, seja perante sua própria família ou perante a sociedade como um todo, é o real exercício da igualdade substancial e da solidariedade social, uma vez que todos devem ser incluídos, respeitando suas diferenças.

É mais do que urgente uma sociedade que diferencie para proteger, assim coroando os princípios fundamentais da República, não somente a partir de legislações, mas durante o processo de reconhecimento dessas uniões para que não haja marginalização de qualquer ser humano, tendo em vista que a discrição escolhida por muitos desses casais é justamente por existir intolerância com as diferenças na sociedade, não podendo servir de argumento jurídico para não reconhecer a existência desses pares.

Chega-se à resposta de que, mesmo atualmente, a utilização da neutralidade a partir do parâmetro da heterossexualidade não contribui para coroar o princípio da igualdade e da solidariedade presente na Constituição Federal de 1988, na medida em que defender as diferenças é também lutar pela igualdade de direitos para que todos possamos existir, sem performar e perpetuar normas pré-estabelecidas do que é ou não “normal”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 148897/MG**. SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. O PARCEIRO TEM O DIREITO DE RECEBER A METADE DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM, RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO COM OS REQUISITOS NO ART. 1363 DO CC. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ASSISTÊNCIA AO DOENTE COM AIDS. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO DE RECEBER DO PAI DO PARCEIRO QUE MORREU COM AIDS A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL DE TER SUPTADO SOZINHO OS ENCARGOS QUE RESULTARAM DA DOENÇA. DANO QUE RESULTOU DA OPÇÃO DE VIDA ASSUMIDA PELO AUTOR E NÃO DA OMISSÃO DO PARENTE, FALTANDO O NEXO DE CAUSALIDADE. ART. 159 DO CC. AÇÃO POSSESSÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. DEMAIS QUESTÕES PREJUDICADAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO. Recorrente: Milton Alves Pedrosa. Recorrido: João Batista Prearo. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 10 de fevereiro

de 1998. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700661245&dt_publicacao=06/04/1998. Acesso em: 14 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277**. Chamadas para julgamento em conjunto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, após voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), que julgava parcialmente prejudicada a ADPF, recebendo o pedido residual como ação direta de inconstitucionalidade, e procedentes ambas as ações, foi o julgamento suspenso. Prosseguindo o julgamento, o Tribunal conheceu da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como Ação Direta de Inconstitucionalidade, por votação unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e com sequências da união estável heteroafetiva. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 14 jul. 23.

BONAVIDES, Paulo. Prefácio: In: Sarlet, Ingo. **A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CIRÍACO, Patrícia K. de Deus; FARIAS, Andressa de Figueiredo; PIMENTEL; Ana Beatriz Lima. A força normativa dos princípios constitucionais como moduladores das novas famílias. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de Menezes; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coord.). **Direito das famílias**: por juristas brasileiras. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Uniões de pessoas do mesmo sexo e requisitos para sua configuração. In: **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**; coordenado por Maria Berenice Dias. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 166.

LIMA, Francielle Elisabet Nogueira; SANTOS, Andressa Regina Bissolotti dos. Famílias LGBTI+. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coord.). **Direito das famílias**: por juristas brasileiras. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

LÔBO, Paulo. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. In: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família**: processo, teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias v. 5. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Gen, 2020.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Perspectiva Civil-Constitucional. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de Menezes. União Estável. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de Menezes; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coord.). **Direito das famílias**: por juristas brasileiras. 2. ed. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. **IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte (MG), 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. **IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte (MG),

2005.

Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil: Dossiê 2021. Acontece Arte e Política LGBTI+; ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais); ABGLT (Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos). – Florianópolis, SC: Acontece, ANTRA, ABGLT, 2022.

OLIVEIRA, Euclides de. **União estável:** do concubinato ao casamento. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

PARANÁ. **Tribunal de Justiça** (11. Câmara). APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PÁRTILHA DE BENS. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO RECONHECIMENTO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.723 DO CÓDIGO CIVIL NÃO PREENCHIDOS. PROVAS DOCUMENTAIS E ORAIS QUE NÃO CORROBORAM COM A ALEGAÇÃO DA AUTORA DE CONVIVÊNCIA ENTRE AS PARTES. COMUNHÃO DE VIDAS NÃO VIŠLUMBRADA. FRAGILIDADE RECONHECIDA. SOCIEDADE DE FATO. RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL MAS CONVIVÊNCIA, SEM FORMALIDADE, COM INTENÇÃO FUTURA DE CONSTITUIR FAMÍLIA. COMUNHÃO AFETIVA. NAMORO. ÔNUS SUCUMBENCIAL. READEQUAÇÃO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA RECURSAL. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 85, § 11º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO PARA DETERMINAR A RESTITUIÇÃO DOS INVESTIMENTOS NO IMÓVEL PELA AUTORA, A SEREM APURADOS EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, COM A READEQUAÇÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL. Segredo de Justiça. Relatora: Des. Lenice Bodstein, 03 de maio de 2023. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000022992161/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0006514-68.2020.8.16.0188#>. Acesso em: 14 jul. 23.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Código Civil já nasce velho. São Paulo: Folha de São Paulo, 1996. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/8/10/cotidiano/8.html>. Acesso em: 14 jul. 2023.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de famílias.** 4. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2022.

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: 18 jan. 2023.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório:** tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 59.

VIAPIANA, Tábata. Requisito da publicidade pode ser flexibilizado em caso de união homoafetiva. **Consultor Jurídico.** São Paulo, 17 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-17/publicidade-flexibilizada-uniao-homoafetiva>. Acesso em: 18 jan. 2023.

Recebido em: 24/05/2023
Aceito em: 31/07/2023