



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

INAYARA RAMALHO DOS SANTOS

**NEOCONSTITUCIONALISMO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS: OS EFEITOS JURÍDICOS DA EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO
HOMOAFETIVA À UNIÃO ESTÁVEL**

**SOUSA - PB
2011**

INAYARA RAMALHO DOS SANTOS

**NEOCONSTITUCIONALISMO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS: OS EFEITOS JURÍDICOS DA EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO
HOMOAFETIVA À UNIÃO ESTÁVEL**

**Monografia apresentada ao Curso de
Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da
Universidade Federal de Campina
Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharela em
Ciências Jurídicas e Sociais.**

Orientador: Professor Dr. Eduardo Pordeus Silva.

Coorientadora: Professora Esp. Kaline Lima de Oliveira Moreira.

**SOUSA - PB
2011**



S237n Santos, Inayara Ramalho dos.
Neoconstitucionalismo e promoção dos Direitos Humanos: os efeitos jurídicos da equiparação da união homoafetiva à união estável. / Inayara Ramalho dos Santos. - Sousa - PB: [s.n], 2011.

97 f.

Orientadores: Professor Dr. Eduardo Pordeus Silva; Professora Esp. Kaline Lima de Oliveira Moreira.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. União homoafetiva. 2. União estável. 3. Pessoas do mesmo sexo - união. 4. Direitos Humanos. 5. Neoconstitucionalismo. 6. Entidade familiar. 7. Direito de família. 8. Direito das pessoas homossexuais. 9. Homossexuais – direitos. I. Silva, Eduardo Pordeus. II. Moreira, Kaline Lima de Oliveira. III. Título.

CDU: 347.626.2-055.34(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

INAYARA RAMALHO DOS SANTOS

NEOCONSTITUCIONALISMO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS:
OS EFEITOS JURÍDICOS DA EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA À UNIÃO
ESTAVÉL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande em cumprimento aos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Eduardo Pordeus Silva.
Co-orientadora: Prof. Kaline Lima de Oliveira
Moreira.

BANCA EXAMINADORA:

Data de Aprovação: _____

Prof. Eduardo Pordeus Silva
Orientador

Prof. Kaline Lima de Oliveira Moreira
Co-orientadora

Examinador Externo

A fonte de toda minha força e perseverança,
a luz dos meus olhos,
minha mãe.

AGRADECIMENTOS

A Deus minha eterna fonte de fé e justiça.

Aos meus amados pais, Avani e Inácio, que sempre me ergueram em cada instante de cansaço.

As minhas queridas irmãs, Icleia, Icleide e Ivana e ao meu irmão Ivanildo.

Aos meus sobrinhos, Victor Ignácio, Vitória, Lucas, Tatiane, Pedro Inácio e Luiz Antônio.

A minha linda prima Cristiane, Roberto e o pequeno Pedro Henrique.

A meus padrinhos Alzeni e Cícero, pelo carinho tão terno.

A memória de Edinaldo dos Santos, anjo protetor dos meus pais.

A minha família que mesmo distante sempre acreditou nos meus passos.

Aos meus professores, eterna gratidão por me desvendarem o mundo do Direito.

Aos meus orientadores, Eduardo Pordeus e Kaline Lima que compartilharam comigo esse brilhante tema.

Aos professores, Márcia Glebyane, Márcio Flávio e Cecília, por toda atenção e acolhimento.

A minha primeira professora e hoje, madrinha e amiga, Cléia.

Aos meus queridos amigos, João Paulo, Zildemeiry, Isabelle, Mariana, Kelli, Jamily, José Manoel, por serem minha família ao longo do curso.

A minha irmã de coração, Luíze Êmile e toda sua família, por todas as palavras de conforto.

Ao meu amado amigo, Barbosa Júnior, por sempre acreditar nos meus sonhos.

A um certo alguém que completará a trilha sonora da minha vida e que se faz presente nos meus sonhos.

A mim, pela superação de cada um dos obstáculos, por não deixar as lágrimas e decepções afetarem meus objetivos, por ter aprendido que para se continuar andando é necessário se manter o equilíbrio, fazendo com todas as pedras um castelo, por não ter corrompido meus princípios em nenhum momento, estou terminando esse capítulo de minha vida com a mesma índole e sonhos que o iniciei, enfim, por ser essa eterna menina com força de mulher, que jamais deixou de acreditar, como diria o poeta Renato Russo, quem acredita sempre alcança!

RESUMO

É cediço que a sociedade vive em constante processo mutativo, emergindo, com ela, novas relações sociais, inclusive as afetivas, como, v.g., as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Diante de tal premissa e em consonância com os princípios constitucionais, irradiados pelo Neoconstitucionalismo e intrinsecamente correlacionados com os direitos humanos, vislumbra-se a real possibilidade do reconhecimento das uniões homoafetivas de acordo com o instituto da união estável, aplicando-se àquelas os mesmos direitos e obrigações. No mais, sob a ótica do conceito contemporâneo de família, as uniões homoafetivas já estão sendo reconhecidas pelos nossos tribunais pátrios como entidades familiares, fincados na analogia e sob o manto da afetividade, valor caracterizador de todas as demais famílias tuteladas pelo Estado. Enfatiza-se, portanto, neste trabalho o papel do Estado como função primordial de zelar e promover a dignidade da pessoa humana, independentemente de sua orientação sexual.

Palavras-chave: Entidade Familiar. União Homoafetiva. Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

It's known that the society is in constantly on changing process, emerging with it new social relations, including the affective, as, V.G., marriages between same sex. Faced with this premise and in line with constitutional principles, and irradiated by the Neoconstitucionalismo* intrinsically related to human rights, we conjecture about the real possibility of recognition of unions homoafetivas* according to the Office of the stable, applying the same rights to those and obligations. In all, from the viewpoint of the contemporary concept of family, marriages homoafetivas are already being recognized by our courts as a patriotic family entities, and the analogy stuck under the cloak of affection, a value that characterizes all other families overseen by the state. We emphasize, therefore, this work the state's role as primary function of protecting and promoting human dignity, regardless of their sexual orientation.

Keywords: Family Entity. Homoafetiva Union. Neoconstitucionalismo.

Neoconstitucionalismo*- the new ways that the constitutionalism works.

Homoafetivas*- relation of love between people from the same sex.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF - Constituição federal de 1988

CC - Código Civil

CNCD - Conselho Nacional de Combate a Discriminação

LGBTT - Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros.

CID - Classificação Internacional de Doenças

IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família

CNS - Conselho Nacional de Saúde

ONG'S - Organizações não governamentais

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJRS - Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul

TJMG - Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJPB - Tribunal de Justiça da Paraíba

TJPI - Tribunal de Justiça do Piauí

STE - Supremo Tribunal Eleitoral

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

EC - Emenda Constitucional.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DA UNIÃO CIVIL À UNIÃO HOMOAFETIVA	14
2.1 UNIÃO CIVIL E UNIÃO ESTÁVEL	14
2.2 UNIÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL E OMISSÃO LEGAL	16
2.3 ORIENTAÇÃO SEXUAL E DIREITO À SEXUALIDADE	18
2.4 A UNIÃO HOMOAFETIVA NO DIREITO COMPARADO	20
2.5 BARREIRAS AO RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO HOMOAFETIVA	22
2.6 DIREITOS DAS PESSOAS HOMOSSEXUAIS NO BRASIL: PAPEL DO ESTADO	24
3 UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR	29
3.1 ANÁLISE HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA	29
3.2 NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA: PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	31
3.3 RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR	33
3.4 DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DA EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTAVÉL À UNIÃO HOMOAFETIVA: MECANISMOS DE INTEGRAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA	36
3.5 DOS DIREITOS ADQUIRIDOS DA UNIÃO HOMOAFETIVA: DIREITOS SUCESSÓRIOS	39
4 NEOCONSTITUCIONALISMO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: O PAPEL DO PODER LEGISLATIVO.....	43
4.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS: BASE PARA PROTEÇÃO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS	43
4.2 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E A QUESTÃO DAS PESSOAS HOMOSSEXUAIS	44
4.3 NOVOS HORIZONTES JURÍDICOS: NEOCONSTITUCIONALISMO	46
4.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS: PROTEÇÃO ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS	48
4.5 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: NORTE DO ORDENAMENTO	

JURÍDICO BRASILEIRO	49
4.6 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL INDEPENDENTEMENTE DE ORIENTAÇÃO SEXUAL: IGUALDADE PARA TODOS	51
4.7 LIBERDADE SUBJETIVA E LIBERDADE OBJETIVA: LIVRES ESCOLHAS E DIREITO A NÃO-DISCRIMINAÇÃO	52
4.8 GARANTIA DOS DIREITOS ADQUIRIDOS DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS: SEGURANÇA JURÍDICA	54
4.9 À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO: NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: ATIVISMO JUDICIAL?	55
4.10 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PAPEL DO PODER LEGISLATIVO	58
4.11 DO DIREITO AO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFEIVA: POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	61
4.12 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CONQUISTA DOS DIREITOS HOMOAFETIVOS	65
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS	71
ANEXO - VOTO DO RELATOR MINISTRO AYRES BRITO NO JULGAMENTO DA ADI 4.277.....	79

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, à luz do neoconstitucionalismo, irradiou o ordenamento jurídico brasileiro através dos princípios fundamentais constitucionais, conferindo uma roupagem direcionada à promoção da dignidade humana, almejando a efetividade dos direitos constitucionais, sob o manto de valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

O legislador brasileiro, mesmo com essa nova concepção humanizadora, continua omissos em não reconhecer, constitucionalmente, no rol das entidades familiares, as uniões homoafetivas de forma expressa.

Embora tais uniões careçam de regulamentação legal específica, tais casos estão sendo dirimidos pelo Poder Judiciário, embasados numa “interpretação conforme”, além de invocarem princípios constitucionais cabíveis à espécie.

Confirma-se tal assertiva com o julgamento da ADI nº. 4.277 e da ADPF n.º 132¹, onde o Relator, Ministro Ayres Brito, no seu belíssimo voto, ressalta, inclusive, a teoria Kelseniana, segundo a qual “tudo o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”, dando sentido a regra de clausura ou fechamento hermético do direito.

Tal julgamento conferiu, por unanimidade, o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável entre casais do mesmo sexo, reconhecendo-os como entidade familiar, comparada a união estável, com os mesmos direitos e obrigações.

Ressalte-se, ainda, a importância para os operadores do direito o embasamento legal dos Direitos humanos para o reconhecimento das uniões homoafetivas.

Antes do referido julgado do STF, doutrinas civilistas e parte das jurisprudências pátrias consideravam as uniões homoafetivas como meras sociedades de fato, sendo abarcadas indevidamente pelo direito obrigacional, não sendo valorado o seu vínculo afetivo.

No entanto, a doutrina moderna já vinha ultrapassando a visão restritiva em discussão, eis que opinava pelo reconhecimento da união de casais do mesmo sexo como entidades familiares (no âmbito do direito das famílias). Aduz que a natureza afetiva do

¹ A ADPF n.º 132 fora recebida e reatuada, pelo relator supracitado como ADI 4.277, tendo em vista que como Ação de Direta de Inconstitucionalidade, se mostra como instrumento mais eficaz para a concretização do objetivo buscado (princípio da instrumentalidade).

vínculo mencionado em nada diferencia das uniões entre homem e mulher, sendo equiparadas, via analogia, às uniões estáveis, gerando seus respectivos direitos e obrigações.²

Como se vê, apesar do direito atual estar envolvido por uma esfera humanitária e de inclusão social, as uniões homoafetivas continuam negligenciadas pelo legislador brasileiro, de sorte que tal omissão não implica o não reconhecimento do direito em questão, ainda mais com a consolidação de tal entendimento pelo Supremo Tribunal Federal.

No Estado Democrático Brasileiro, sob o manto constitucional convergente com os direitos humanos, inadmissível se faz a não inclusão das uniões homoafetivas pela tutela estatal, em virtude de preconceitos, dogmas religiosos, conservadorismo jurídico e suposta moral social.

Não se pode considerar a união homoafetiva, para fins de aplicação no direito brasileiro, como mera sociedade de fato reconhecida, tão somente, através de princípios e analogia, ou seja, numa hermenêutica constitucional analisada sob o manto das entidades familiares, para proteger os direitos ou reconhecer obrigações das pessoas envolvidas em tais situações.

No presente trabalho, busca-se demonstrar, a partir do foco dos princípios constitucionais e da promoção dos direitos humanos, utilizando-se da hermenêutica jurídica, a possibilidade do reconhecimento legal da união homoafetiva como união estável.

No primeiro capítulo, parte-se da premissa das uniões civis heterossexuais para se chegar as uniões homoafetivas. Relata-se a problemática da ausência de regulamentação específica no ordenamento jurídico brasileiro sobre tais uniões, apresentando uma análise acerca do tema no direito comparado. Verifica-se, ainda, a situação atual do instituto no Estado brasileiro, especificamente no âmbito jurídico, atendo-se a uma abordagem da homossexualidade e da orientação sexual.

No segundo capítulo, apresenta-se uma análise histórica do conceito de família, chegando-se ao conceito contemporâneo do instituto, fundado no princípio da afetividade, o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas como entidades familiares e a possibilidade jurídica da sua equiparação, via analogia, às uniões estáveis, bem como a consecução dos direitos sucessórios adquiridos desta união.

² Percebe-se que o legislador constituinte alargou o conceito de família para além do casamento, tanto que reconheceu a união estável e a família monoparental. O casamento e a fertilidade ou existência de prole não são mais pressupostos, para que a convivência entre duas pessoas mereça reconhecimento e proteção do Estado. Logo não se permite mais a exclusão do conceito de entidade familiar, as relações homoafetivas, reconhecendo e aplicando seus direitos no âmbito do direito das famílias.

No terceiro capítulo, embasa-se, por meio do Neoconstitucionalismo, dos princípios fundamentais constitucionais e dos direitos humanos, à proteção das uniões homoafetivas, buscando destacar o papel do Estado Democrático de Direito brasileiro, que almeja proporcionar a proteção dos direitos de todos os cidadãos, independentemente da orientação sexual, e, por fim, demonstrando os posicionamentos jurisprudenciais dos tribunais pátrios acerca da problemática.

No referente à metodologia, o presente trabalho fincou-se no método de abordagem dedutivo, partindo-se da análise geral da ausência de reconhecimento das uniões homoafetivas, afetando na esfera íntima e jurídica de cada pessoa homossexual. Utiliza-se como método de procedimento o histórico e o comparativo. O histórico, a partir do estudo do referido instituto desde as suas origens até a contemporaneidade, eis que necessário, a verificação do efetivo prejuízo dos parceiros homoafetivos, em virtude da lacuna específica no âmbito do Poder Legislativo. O comparativo, apto a comprovar-se a real possibilidade do reconhecimento das uniões homoafetivas, equipando-se, via analogia, às uniões estáveis regulamentadas no ordenamento jurídico pátrio. No mais, utiliza-se também como técnica de pesquisa a documental indireta como v.g., a doutrina, a jurisprudência, sítios e legislações equiparadas.

Imensurável injustiça faz o Poder Legislativo ao ignorar a realidade atual sobre a problemática apresentada, pois tal atitude não fará com que as uniões homoafetivas desapareçam. Não se pode é admitir tratamento indigno ou prejuízo a qualquer cidadão digno em função de sua orientação sexual.

Torna-se, portanto, impositivo, diante dos direitos fundamentais inseridos na nossa Carta Magna, bem como dos seus princípios, precisamente o da dignidade da pessoa humana, a concreta inserção legislativa sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas, na esfera do direito de família, comparando-se as uniões estáveis já reconhecidas, proporcionando e assegurando os seus respectivos direitos e obrigações.

2 DA UNIÃO CIVIL À UNIÃO HOMOAFETIVA

O presente tópico pretende avaliar a questão das uniões homoafetivas, a atuação do Estado Brasileiro frente a essa problemática, a necessidade de compreender tais uniões como entidades familiares, fornecendo, assim, suporte para a sua inserção no meio jurídico e social.

O Estado não pode apresentar uma visão engessada, influenciada ou influenciável pelo conservadorismo, precisando adequar a sua ideologia, abarcando os clamores sociais, ou seja, assumir sua função de guardião da sociedade, proporcionando a dignidade da pessoa humana de forma justa, concedendo os mesmos direitos a todos os cidadãos, sem discriminação de raça, cor ou sexo.

Verifica-se uma atuação gradativa do Estado em relação ao reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, não existindo uma legislação específica sobre a presente temática, sendo que os direitos oriundos de tais relações, antes de sua recente consolidação pelo STF, provinham de longos entraves judiciais, que por muitas vezes não satisfaziam, de maneira justa, os interesses do parceiro litigante.

As referidas uniões ganham enfoque e espaço no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da jurisprudência e da doutrina moderna que vêm desvendando mecanismos interpretativos, almejando preencher as lacunas legislativas e, conseqüentemente, fornecer um tratamento fundado na dignidade da pessoa humana, ou seja, uma resposta justa ao reconhecimento e consecução desses direitos adquiridos nessas relações.

2.1 UNIÃO CIVIL E UNIÃO ESTÁVEL

Presencia-se uma superação progressiva do preconceito a respeito das uniões não abrangidas pelo manto legal. O casamento deixou de ser a única instituição prevista legalmente pelo Estado e aceita moralmente pela sociedade.

O fato é que a união entre pessoas sempre existiu, é um fenômeno social e natural, preexistente ao próprio matrimônio. Assevera Sílvio de Salvo Venosa (2010. p. 36) que “[...] a sociedade, em determinado momento histórico, institui o casamento como regra de conduta. A partir daí surge a problemática da união conjugal sem casamento”.

No ordenamento jurídico brasileiro, a união civil corresponde a uma união entre pessoas de sexos opostos, sendo regulamentada e oficializada pelo Estado, protegida constitucionalmente, advindo de tal relação, direitos e deveres mútuos, a saber, como o matrimônio e a união estável. No Brasil, somente após a Constituição Federal de 1988, a união estável (antes união de fato) foi institucionalizada como união de direito.

Sabe-se que a união estável é constituída por uma convivência livre e estável entre pessoas de sexos diferentes, não sendo ligadas entre si pela instituição do matrimônio civil. Segundo Maria Helena Diniz (2007, p. 353):

A Constituição Federal, ao conservar a família, fundada no casamento, reconhece como entidade familiar a união estável, a convivência pública, contínua e duradoura de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituir família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convalidação (CC, art. 1.723, §§ 1º e 2º).

A partir do momento em que a proteção jurídico-constitucional recai sobre a união estável há a perda do seu *status* de sociedade de fato, ganhando enfoque de entidade familiar, como bem assevera Paulo Lôbo (2010, p. 165): “É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres”.

Para ganhar tal enfoque de entidade familiar, a união estável passou por uma fase de inércia aos olhos do legislativo e da tormentosa trajetória de discriminação, sendo estigmatizada tal qual o concubinato, expressando uma relação imoral perante a sociedade e desprotegida diante do Poder Legislativo.

A jurisprudência brasileira procurou encontrar soluções para tal problemática, não deixando à mercê do legislativo um fato que sempre esteve presente na nossa sociedade. A Justiça não poderia deixar de abarcar a mulher e os filhos provenientes dessa união pela simples discrepância de não estar positivada. Inadmissível que a união estável quando desfeita ou mesmo por morte do companheiro continuasse a ser regida pelo direito das obrigações

Finalmente, com o Código Civil de 2002 ocorreu a sistematização da matéria relativa à união estável, no entanto, é evidente que a moral e os tradicionalistas interferem na

feitura das leis, fazendo com que nem sempre a união estável³ tenha um tratamento isonômico relativamente ao casamento.

Sem desnivelar todos os elementos formadores da união estável, necessário se faz ressaltar que o elemento subjetivo do afeto é norteador dessa relação jurídica, como bem salienta Maria Berenice Dias (2011, p. 169):

A lei não imprime a união estável contornos precisos, limitando-se a elencar suas características (CC 1.723): convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família. Preocupa-se em identificar a relação pela presença de elementos de ordem objetiva, ainda que o essencial seja a existência de vínculo de afetividade, ou seja, o desejo de constituir família. O afeto ingressou no mundo jurídico, lá demarcando seu território.

Ostenta-se que o afeto, no ordenamento jurídico pátrio, passa a ser tão relevante quanto os demais elementos caracterizadores das uniões estáveis expressamente dispostos na lei.

Ainda, salienta-se que o termo união civil pode ser utilizado para designar uniões entre pessoas do mesmo sexo, como, v.g., na Dinamarca e Noruega, ou seja, as uniões civis são abertas também a casais do mesmo sexo. A mensuração exata dos direitos e deveres, decorrentes dessa relação depende das leis de cada país, assim como os termos utilizados para designar tais relações, ou seja, não são padronizados.

2.2 UNIÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL E OMISSÃO LEGAL

A homossexualidade⁴ sempre esteve inserida na história da sociedade. Hoje são desvendados os antigos tabus de que seria uma doença, um pecado mortal, manifestação diabólica, um vício ou um crime, digno de pena de morte. É simplesmente uma outra forma de viver que foge aos padrões impostos pela sociedade conservadora, excluída do âmbito da moralidade.

³ Especificando seus pressupostos constituidores, temos que os subjetivos são expressos pela convivência “*more uxória*”, sendo necessário que a comunhão de vidas seja similar ao das pessoas casadas; pelo “*affectio maritalis*”, ou seja, a intenção, o intuito firme de constituir família, logicamente além do afeto.

Já os elementos de ordem objetiva correspondem aos expressos na lei: diversidade de sexos, notoriedade, estabilidade ou duração prolongada, continuidade, inexistência de impedimentos matrimoniais e relação monogâmica.

⁴ “O termo “homossexualismo” foi substituído por “homossexualidade”, em virtude de o sufixo “ismo” ter conotação de doença, enquanto o sufixo “dade” expressa modo de ser.

Passando duas pessoas do mesmo sexo, ligadas por um vínculo de afetividade, a manter uma relação duradoura, pública e contínua, demonstrando-se como uma entidade familiar, estará configurada a união homoafetiva⁵, geradora de efeitos jurídicos.

No entanto, preconceitos de ordem moral, religiosa e de aspecto conservador levam à omissão atual do Poder Legislativo, sendo tal atitude totalmente discriminatória, inadmissível em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro.

A união homoafetiva surge da afetividade, gerando uma comunhão de vidas com desdobramento de caráter pessoal e patrimonial, estando a longas datas a reclamar regramento legal. Assevera Dias (2010, p. 10) em seu artigo “Direitos humanos e homoafetividade”, com conhecimentos da primeira edição de sua obra, “União homoafetiva: preconceito e justiça”, a saber:

As uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao judiciário solver os conflitos trazidos. Incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à marginalidade determinadas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças.

A justiça não pode permitir o enriquecimento ilícito, a ressonância do preconceito homofóbico e muito menos permitir que uma sociedade em constante evolução fique inerte diante dos novos fatos sociais, deixando estes a margem da sociedade.

Em virtude da omissão do legislador, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁶ dispõe que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Ainda sobre o mesmo enfoque, o art.126, do Código de Processo Civil, dispõe que: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

Sendo assim, enquanto não existir um regramento específico à espécie, deve o Poder Judiciário aplicar tais regras para dirimir as relações em questão, quais sejam: as uniões estáveis entre casais do mesmo sexo.

O Poder Judiciário, em julgamento recente, atendendo aos clamores sociais e zelando pela feitura da justiça, reconhece as uniões homoafetivas, dando uma grande

⁵ Neologismo criado pela autora gaúcha Maria Berenice Dias, utilizada na primeira edição de sua obra, união homoafetiva: o preconceito e a justiça, no ano de 2000, buscando evidenciar que as uniões homossexuais nada mais são do que vínculos de afetividade.

⁶ Nova nomenclatura dada à lei de Introdução ao Código Civil, redação fornecida pela lei n.º 12.375 de 2010.

contribuição para impulsionar a inserção de tais relações no âmbito da proteção estatal, de forma legal.

A omissão, a partir de então, parte do Poder Legislativo em não conceder a proteção e o reconhecimento às uniões homoafetivas. Ao invés de expor neutralidade sobre a problemática, o Poder Legislativo encobre e fortifica o preconceito. Tal atitude se deve muitas vezes pelo receio de ser rotulado como homossexual ou desagradar o seu eleitorado e comprometer sua reeleição, inibindo assim, a tentativa de uma lei que assegure os direitos provindos das relações homoafetivas.

2.3 ORIENTAÇÃO SEXUAL E DIREITO À SEXUALIDADE

No ano de 1869, foi introduzida na literatura técnica o vocábulo “homossexualidade”, sendo criado pelo médico húngaro Karoly Benkert⁷. Tal termo possui sua origem advinda da junção da palavra grega *homo*, que quer dizer “semelhante, análogo”, e da palavra latina *sexus*, passando a significar “sexualidade semelhante”, referindo-se a sexualidade praticada com pessoa do mesmo sexo.

O significado do termo homossexualidade vem se transformando e se adaptando ao longo dos séculos. De sua criação como sinônimo de pederastia masculina passando em meados do século XIX, a ser identificada como veículo transmissor de doença e atualmente definida pelo Conselho Nacional de Combate a Discriminação⁸, como:

A atração afetiva e sexual por uma pessoa do mesmo sexo. Da mesma forma que a heterossexualidade (atração por uma pessoa do sexo oposto) não tem explicação, a homossexualidade também não tem. Depende da orientação sexual de cada pessoa. Por esse motivo, a Classificação Internacional de Doenças (CID) não inclui a homossexualidade como doença desde 1993. (Conselho Nacional de Combate à Discriminação: 2004).

⁷ Karoly Benkert expediu uma missiva ao Ministério da Justiça da Alemanha do Norte, em prol da defesa dos homossexuais que eram perseguidos por discordarem da ideologia política. Defendia no referido documento a normalidade do comportamento heterossexual e, a anormalidade do comportamento homossexual, porém verificou em seus estudos que tal comportamento era inerente ao indivíduo, e não adquirido.

⁸ Criado pelo decreto o Decreto n.º 3.952 de 04 de outubro de 2001, sendo um órgão colegiado componente da estrutura básica da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

Vale ressaltar que, no ano de 1985, o Conselho Federal de Medicina tirou os efeitos do código 302 da Classificação Internacional de Doenças (CID), deixando de considerar a homossexualidade como um transtorno mental.

Importante se faz derrubar a errônea ideia que se tem a respeito da concepção de orientação sexual. A sociedade contemporânea é impregnada pela ideia de que ela é sinônimo de opção sexual, quando, na verdade, não se trata de escolha, pois é evidente que todos escolheriam ser heterossexuais para não enfrentarem tantas barreiras sociais, não cabendo, portanto, a conotação “opção sexual”, mas sim “orientação sexual”, que, segundo também dispõe o Conselho Nacional de Combate a Discriminação, corresponde:

A atração afetiva e/ou sexual que uma pessoa sente pela outra. A orientação sexual existe num *continuum* que varia desde a homossexualidade exclusiva até a heterossexualidade exclusiva, passando pelas diversas formas de bissexualidade. Embora tenhamos a possibilidade de escolher se vamos demonstrar, ou não, os nossos sentimentos, os psicólogos não consideram que a orientação sexual seja uma opção consciente que possa ser modificada por um ato da vontade” (Conselho Nacional de Combate à discriminação: 2004).

Não se trata a orientação sexual de um simples desejo, de uma opção, mas sim de algo intrínseco da própria pessoa humana, não podendo ser tratado como uma doença que necessita de cura, como já salientado, mas de uma questão de aceitação e proteção a tais indivíduos que são marginalizados. Não se pode excluir pessoas do rol do tratamento igualitário por questões de sexualidade. De acordo com Dias (2011, p. 194):

A sexualidade integra a própria condição humana. É direito humano fundamental que acompanha a pessoa desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao livre exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual.

Sendo um elemento da própria natureza humana, a sexualidade abrange a própria dignidade humana. Sem a liberdade sexual a pessoa humana não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outra das suas liberdades ou, ainda, de seus direitos fundamentais.

Apesar de que nas últimas décadas, a homossexualidade vem presenciando uma superação gradativa de preconceitos e discriminação, o direito à sexualidade, na sua esfera relativa à livre orientação sexual, ainda enfrenta barreiras de tamanho imensurável, por parte não só da sociedade moralista como também pelo próprio Estado, agindo em contrariedade

com a própria Constituição Federal vigente (2006, p. 20), que estabelece como um dos seus objetivos fundamentais da República “lutar contra todas as formas de preconceito.”

De acordo com Roger Raupp Rios (2002, p. 122), “a plenitude por homossexuais depende da superação das premissas assentes nos princípios de justiça da sociedade que considera a heterossexualidade moralmente superior à homossexualidade”.

Há que se superar tal pensamento social arcaico, pois a sociedade não é estática e consequentemente o Direito também não, pois bem se sabe que o direito deriva da sociedade e é influenciado por suas características. No Brasil, segundo dados estatísticos divulgado pelo IBGE sobre uniões entre homossexuais, 17 mil casais do mesmo sexo declaram-se viver sob o mesmo teto⁹. convivem em parcerias contínuas e duradouras, revestidas pela dedicação, respeito, afeto e pelo projeto de vida em comum, atributos estes formadores de qualquer união heterossexual, sendo aquelas dignas de proteção tanto quanto estas.

2.4 A UNIAO HOMOAFETIVA NO DIREITO COMPARADO

A polêmica que envolve o reconhecimento da homossexualidade e, por conseguinte, das uniões homoafetivas, estendem-se a todos os países do mundo. Nas últimas décadas, inúmeros Estados passaram a aceitar, respeitar e tutelar tanto a orientação sexual homossexual, como os seus respectivos direitos.

No ano de 1989, a Dinamarca assumiu, de forma pioneira, o reconhecimento a homossexualidade, permitindo aos casais homossexuais o registro da união civil, conferindo-lhes os mesmos direitos advindos de uma relação heterossexual. A Noruega, Suécia e Islândia seguiram o exemplo dinamarquês. Na Holanda, desde o ano de 1998, a união civil existia, proporcionando direito à saúde, à educação e aos benefícios trabalhistas iguais aos dos heterossexuais. Importante ressaltar que a convivência registrada na Holanda não se restringe apenas aos homossexuais, mas a todos que não querem ou não podem se casar. No ano de 2001, tornou-se possível o casamento homossexual no referido país. A Bélgica seguiu igual caminho, em 2003, permitindo também o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A legislação catalã é bastante avançada em relação à igualdade de direitos entre casais homossexuais e heterossexuais. Há uma única lei, do ano de 1998, que passou a regular

⁹ Fonte: http://www.ccr.org.br/a_noticias_detalhes.asp?cod_noticias=2178. Acesso em 18/04/2011.

as uniões estáveis que sejam compostas por pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente. Trata-se da *ley sobre uniones estables de parejas da cataluna*.

Na França, em outubro de 1999, foi aprovado o projeto de Lei n.º 207 sobre o Pacte Civil de Solidarité (PACS). Possibilitando a união entre casais não unidos pelo matrimônio e proporcionando-lhes um conjunto abrangente de direitos e deveres recíprocos.

Em 15 de março de 2001, o parlamento português, aprovou o decreto 56/VIII, adotando medidas protetivas às uniões de fato. A lei regula as situações jurídicas de duas pessoas, independente do sexo, que vivem em união de fato há mais de dois anos. Também no mesmo ano na Alemanha, entrou em vigor uma lei reconhecendo a união homossexual, permitindo aos envolvidos que regulem sua vida em comum por meio contratual.

Nos Estados Unidos, dez de seus Estados atribuem direitos as uniões homossexuais. Massachusetts (2004) e Connecticut (2007) admitem casamentos entre casais homossexuais. Já em Nova Jersey (2007) e New Hampshire (2008) foi aprovada a união civil entre pessoas do mesmo sexo. No Havaí (1997), foi adotado o instituto dos “beneficiários recíprocos”. E na Califórnia (1999), Maine (2004), Columbia (2006), Washington (2007) e Oregon (2008) reconheceram a parceria doméstica entre a união existente entre pessoas do mesmo sexo.

Transladando-nos para a América Latina, a primeira legislação federal a abarcar as uniões dos casais homossexuais foi a do Uruguai, no ano de 2008, depois de ratificada a chamada lei da união concubinária. Buenos Aires e Rio Negro foram às primeiras cidades da América Latina a garantir, desde o ano de 2002, direitos oriundos da relação existente entre duas pessoas, independentemente da sua orientação sexual.

Segundo o artigo, “Aprovado o casamento entre pessoas do mesmo sexo na Argentina: um exemplo de cidadania plena”, publicado em 15.07.2010, no sítio direito homoafetivo por Toni Reis, presidente da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, a saber:

Depois de 14 horas de debate, o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi aprovado na Argentina na madrugada do dia 15 de julho de 2010, com 33 votos a favor, 27 votos contra três abstenções. Uma mudança tão pequena de redação, com tanto significado para a igualdade de direitos. A reforma substitui as palavras “homem e mulher” da versão atual da legislação por “cônjuges”, permitindo assim que casais do mesmo sexo também possam contrair o matrimônio.

A Argentina, dessa forma, apresentou um grande avanço legislativo, acompanhando as mudanças culturais ocorridas na sociedade, encarando as novas necessidades sociais e garantindo os direitos dos cidadãos, função primária de qualquer Estado Democrático.

2.5 BARREIRAS AO RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

O Estado brasileiro é laico, embora a religião tenha um papel de grande influência na sociedade, impondo condutas culturais e costumeiras, muitas vezes intrínsecas à conduta humana, capaz de delimitar seus pensamentos e ideologias.

Desde o advento do cristianismo os homossexuais eram perseguidos e discriminados. Com o afrouxamento dos laços entre o Estado e a igreja, a sociedade não mais se submeteu as normas ditadas e tidas como única verdade pela igreja.

A Idade Média representou à época de maior perseguição e penalização da prática homossexual por meio da Santa Inquisição. A repulsa era tamanha que o III Concílio de Latrão , em 1179, tornou a homossexualidade um crime. A pena de morte à sua prática estava prevista no primeiro código ocidental.

Na atualidade, novos horizontes estão surgindo perante a Igreja Católica. Em um artigo publicado no jornal o Globo (10/03/2008): “A igreja Católica e as uniões homoafetivas”, pelo Padre Luiz Corrêa Lima, jesuíta e historiador, declarou:

Ter acontecido um fato surpreendente: o presidente da Conferência dos Bispos da Alemanha, Robert Zollitsch, declarou-se a favor da união civil dos homossexuais. Em entrevista à revista Der Spiegel (18/02/2008), ele afirmou que se trata de uma questão da própria realidade social: se há pessoas com essa orientação, o Estado deve adotar uma legislação correspondente [...].

Já o Papa Bento XVI, líder mundial da Igreja Católica, trata de forma diferente a questão. Ele tratou a respeito do assunto com autoridades italianas em 2007, no qual ressaltou a importância da constituição da família pelas novas gerações e de terem filhos, devido à baixa natalidade na Itália. Nesse contexto, referiu-se indiretamente as uniões homossexuais, pois desestabilizaria e enfraqueceria a instituição familiar.

Em 2003, a Congregação para a Doutrina e Fé¹⁰ faz um pronunciamento bastante ofensivo à sociedade homossexual, afirmando que tais uniões são nocivas à sociedade, devendo ser rejeitado o seu reconhecimento, sobretudo pelos políticos católicos.

Isso demonstra que a Igreja apresenta diversas posições sobre o tema, não possuindo um pensamento único, admissível porque possui uma cultura judaica-cristã e, em paralelo, difundida num mundo moderno. De acordo com as palavras do Padre Luiz Correa Lima, expressas no mesmo artigo citado acima, aduz que “hoje há uma nova compreensão das coisas: a humanidade não é totalmente heterossexual e a sociedade deve aprender a conviver e lidar com as diferenças.”

Já no Budismo existem diversas correntes, embora em sua maioria tal religião preocupa-se mais em saber se uma ação é produtiva e baseada em boas intenções, possuindo as relações pessoais um caráter privado, pouco importando a orientação sexual do indivíduo, desde que promova o bem estar espiritual entre as partes envolvidas.

De acordo com uma entrevista publicada exclusivamente pelo sitio Armário X: “O Budismo e a homossexualidade”, de autoria de Marco Antônio García, esclarece sobre a posição do budismo frente à homossexualidade, onde foram entrevistadas a Associação Brasil Soka Gakkai Internacional e a Lama Chagdud khadro. Em pergunta referente sobre como o budismo encara e explica a homossexualidade, as instituições supracitadas, assim esclareceram:

O budismo prega a plena igualdade entre as pessoas. A sexualidade é uma das diferenças que caracterizam as pessoas. De acordo com, Chagdud Rinponche¹¹ qualquer relacionamento pode ser um espaço para se cultivar as seis perfeições do ideal budista. Em uma relação entre pessoas do mesmo sexo, se houver o cultivo de generosidade, disciplina moral, paciência, perseverança, concentração meditativa, sabedoria e manutenção de uma visão pura, então é uma relação benéfica para o desenvolvimento da mente [...].

Para as religiões de origem africana não existe a figura de pecado como nas demais instituições religiosas. A Umbanda e o Candomblé são tolerantes quanto à prática homossexual, dispendo que não competem às tais instituições condenar ou estigmatizar a homossexualidade, mas, tão somente, orientar os seus fiéis nos aspectos religiosos.

Já os judeus ortodoxos entendem o comportamento homossexual como uma abominação proibida pelo Torá (Leis e mandamentos). Dessa forma, não é aceito porque é

¹⁰ Comunidade religiosa cristã de origem norte-americana que está presente em território nacional desde 1910.

¹¹ Chagdud Rinponche nasceu no leste do Tibete (Kham) em 1930. Reconhecido aos quatro anos como um tulku (encarnação de um mestre de meditação).

visto como algo não natural, segundo eles, a anatomia humana foi concebida visivelmente para uma relação entre homem e mulher.

Para os evangélicos, o posicionamento perante a homossexualidade varia de acordo com a corrente de pensamento dentro do protestantismo. Já existem igrejas evangélicas, mesmo que raras, que aceitam a homossexualidade, mas, em sua maioria, os evangélicos entendem a orientação sexual pelo mesmo sexo como sendo algo que não corresponde com os desejos de Deus para a humanidade, rejeitando as uniões entre casais homossexuais.

A posição tomada pela religião depende de sua doutrina a ser seguida, mas o que tem que ser observado é que cada momento vivenciado pela sociedade requer novas visões, não podendo a religião que para muitos é um suporte, um guia de vida, continuar com preceitos engessados, não aceitando e acolhendo seus próprios fiéis por mero tradicionalismo arcaico, devendo sim seus princípios serem interpretados com o melhor propósito de se proporcionar a harmonia entre os seres humanos e não segregar alguns, afastando da compreensão religiosa e por muitas vezes da própria tutela estatal.

A partir do respeito aos direitos humanos e da concepção laica da sociedade, inadmissível a negativa das uniões homoafetivas e seus respectivos direitos, não podendo mais ficar à mercê da sociedade e da tutela estatal. No Brasil, em virtude da liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI¹²) e da laicidade do Estado (CF, art.19, I¹³), o poder legiferante não pode ater-se em concepções morais e religiosas, que impõe determinadas condutas e não acompanham os fenômenos sociais, sustentadas pelas religiões predominantes no país, sob pena de violação à Carta Magna e aos direitos fundamentais nela assegurados.

2.6 DIREITOS DAS PESSOAS HOMOSSEXUAIS NO BRASIL: PAPEL DO ESTADO

A Constituição Federal brasileira de 1988 identifica como objetivo principal da República Federativa do Brasil, em seu art.3.º, IV, “Promover o bem estar de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

¹²CF, art. 5º, VI: é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

¹³ CF, art. 19, I: É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

Apesar da Carta Magna ter como norte a promoção da dignidade da pessoa humana, como bem se vê no artigo supracitado, no Brasil ainda não se tem uma legislação específica visando regulamentar as uniões homoafetivas, ficando a cargo da jurisprudência e doutrina o debate acerca da matéria,

Injustificavelmente, o reconhecimento das uniões homoafetivas no Brasil ainda encontra barreiras por parte da sociedade como também pelo legislativo. Mas mesmo sem o devido aparato legal, muitos Estados vêm realizando avanços legislativos, promovendo emendas as suas respectivas constituições, assim como inúmeros municípios estão alterando suas leis orgânicas com o fim de coibir o grande óbice enfrentado pelos homossexuais.

Não se pode deixar de ressaltar, a grande importância no cenário nacional do movimento LGBTTT¹⁴, extremamente ativo na luta contra o preconceito e ensejador de muitos avanços relativos a conquistas de seus direitos, sendo integrante do Conselho Nacional de Combate à discriminação¹⁵ e o Conselho Nacional de Saúde¹⁶.

Mas, certamente, a significativa conquista na luta contra o preconceito e os direitos homossexuais, adveio com o programa, lançado em 2004, por meio de uma parceria do governo federal e a sociedade civil organizada, intitulado “Brasil sem Homofobia”. Na época o então Secretário Especial dos Direitos Humanos, Nilmário Miranda (2004, p. 7), expôs que:

Um dos objetivos centrais deste programa é a educação e a mudança de comportamento dos gestores públicos. Buscamos a atitude positiva de sermos firmes e sinceros e não aceitarmos nenhum ato de discriminação e adotarmos um “não à violência” como bandeira de luta.

O órgão responsável em coordenar as várias ações estabelecidas para atingir os objetivos do programa corresponde a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

Em todo o Brasil vem sendo realizado uma capacitação e sendo proporcionado apoio para a realização de projetos dos governos estaduais, municipais e de ONGS (organizações não governamentais), que visem justamente à implementação de centros de combate à homofobia, sendo os principais atendimentos realizados na área jurídica, psicológica e social, direcionado as vítimas do preconceito e exclusão social.

¹⁴ LGBT ou ainda, LGBTTTs, é o acrônimo de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros, o 's' se refere aos simpatizantes.(Wikipédia).

¹⁵ De acordo com o art.2.º, III, do dec, 5.397, de 22.03.2002, “o CNCD será integrado”, por “quinze representantes de entidades e organizações não governamentais das populações negra, indígena e do segmento de “Gays”, Lésbicas, Transgêneros e Bissexuais – GLTB”.

¹⁶ Dec. 5.839, de 11.06.2006.

Existem alguns projetos de lei referentes ao enlace de pessoas do mesmo sexo, que se encontram estáticos na fila do legislativo por anos ou décadas, evidenciando uma postura preconceituosa e discriminatória. Sallienta Dias (2009, p. 76) que:

Há um fato surpreendente para o qual não se encontra qualquer explicação. Forças conservadoras tomaram conta do Congresso Nacional. Lideram bancadas fundamentalistas de natureza religiosa que são cada vez mais numerosas. As igrejas evangélicas se juntam com os católicos, os protestantes e com os conservadores de plantão. Assim, não há a mínima chance de ser assegurado aos homossexuais o direito de serem respeitados e de verem seus vínculos afetivos reconhecidos como entidade familiar. Mais ninguém, muito menos um representante do povo, pode se deixar levar pelo discurso religioso, o que afronta a Constituição Federal, a qual assegura a liberdade de credo (CF, art. 5.º, VI e 19, I).

O mais antigo dos Projetos é o de n.º 1.151, de 1.995, de autoria da ex-deputada Marta Suplicy, destinado a regulamentar a Parceria Civil registrada, como se observa, encontrou inúmeras barreiras no Congresso Nacional, permanecendo tanto tempo inerte, que a sua legislação já se encontra defasada, pois os direitos que pretendia assegurar não atendem mais aos anseios da comunidade LGBTT, encontrando-se tão obsoleto que a própria justiça atual confere direitos com maior amplitude as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Em 2007, o IBDFAM¹⁷, elaborou o Estatuto das famílias, projeto de lei 2.285/07, apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, que se encontra em tramitação no Congresso Nacional.

O Estatuto, além de regular os aspectos civis e processuais das relações familiares, visa também abarcar a união homoafetiva, proporcionando-lhe assim proteção legal, reconhecendo o seu *status* de entidade familiar, equiparando essa relação de afeto, a união estável. Tal estatuto apresenta-se como uma melhor solução para a problemática referente à ausência de legislação referente às uniões homoafetivas, no entanto, de forma totalmente injustificável, encontra-se apensado no Projeto de Lei 4.508/2008, que visa proibir a adoção por casuais homossexuais.

Em 27 de novembro de 2008, no Senado Federal, foi realizado o V Seminário Nacional LGBTT, sendo apresentado um substitutivo ao Projeto da Parceria Civil, propondo que seja acrescentado um artigo ao Título III do Código Civil de 2002, no que trata da união estável, da seguinte forma; “art. 1.727-A. são aplicáveis os artigos anteriormente do presente

¹⁷ Instituto Brasileiro de Direito de Família, instituição de maior importância do país voltado ao estudo da família.

Título, com exceção do art. 1.726¹⁸, as relações entre pessoas do mesmo sexo, garantidos os direitos e deveres decorrentes”.

Em se tratando de emendas à Constituição Federal, as duas postas que buscam proteger as uniões homoafetivas e o afastamento do preconceito em virtude da orientação sexual, encontram-se arquivadas. A PEC 66/2003, se propõe a dar nova redação aos arts. 3.º e 7.º da CF, incluindo entre os preceitos do Estado, a promoção do bem estar de todos, sem preconceitos relativos a orientação sexual do cidadão. Já a PEC 70/2003, almeja a alteração do § 3.º da CF, excluindo a expressão “entre homem e mulher” da disposição que prevê a união estável.

A única referência legislativa existente no ordenamento é a Lei 11.340./2006, intitulada Lei Maria da penha, define a família como uma relação íntima de afeto independentemente da orientação sexual, abrangendo assim as uniões homoafetivas no seu rol de proteção.

De suma importância se faz ressaltar que tanto a legislação que regulava a união estável¹⁹ como o atual Código Civil²⁰ brasileiro admitem a possibilidade de os conviventes regularem as relações patrimoniais por meio de um contrato escrito.

No entanto, mesmo com essa disposição não proibitiva para companheiros homossexuais, se verificou a resistência por parte dos tabeliões e dos oficiais do Registro de Títulos e Documentos em aceitarem os contratos de uniões homoafetivas. De sorte as entidades ligadas ao movimento homossexual de quase todo o país instituíram livros de registro de parceria dessas uniões. Como sempre tais atitudes preconceituosas têm por base à moral e os bons costumes e a ausência de lei que reconheça a validade do objeto do contrato, ou seja, a união homoafetiva.

Por tal motivo a Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul inseriu um parágrafo ao art. 215 da Consolidação Normativa Notarial Registrada, autorizando o registro dos documentos constitutivos de uniões afetivas, independentemente da orientação sexual dos contratantes.

Em virtude desse esclarecimento, de que inexistente vedação legal relativa às partes contratantes, ou seja, independe da orientação sexual, garantindo assim o direito à obtenção

¹⁸ CC art. 1.726: “a união estável poderá converter-se em casamento mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Cível”.

¹⁹ Lei 9.278/1996

²⁰ CC, art. 1.725: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se as relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

das certidões, com embasamento no art.5.º, XXXIV da CF²¹, a prática se popularizou e hoje, a maioria dos tabeliões, em diferentes Estados, aceitam lavrar escrituras públicas regulando os vínculos homoafetivos. A assinatura desse documento passou a ser alvo de celebrações, festas, como se estivesse realizando um verdadeiro casamento, marcando assim uma aceitação social, sendo um importante passo para o abrandamento do preconceito.

²¹ CF, art. 5.º, inciso XXXIV: “são assegurados, independentemente do pagamento de taxas: b) a obtenção de certidões em repartições publicas para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal;”.

3 UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

As uniões homoafetivas, vinham sendo taxadas pela maioria dos tribunais, como sociedade de fato, sendo abarcada pelo direito obrigacional, tratada distintamente das demais uniões também formadas pelo afeto. No entanto, recentemente, tais uniões, foram reconhecidas pelo Órgão Supremo do Poder Judiciário, STF, sendo agora reconhecidas e tidas como entidades familiares, no âmbito de sua competência, inseridas no rol do direito de família, tendo o seu elemento substancial, valorado justamente.

3.1 ANÁLISE HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Da Antiguidade Clássica à atualidade, a sociedade sempre se encontrou em um processo de mutação, passando por profundas alterações sensíveis as maneiras de pensar, agir e enxergar diante dos novos fenômenos sociais. No que diz respeito à família, base da sociedade, ao longo do tempo, ganhou uma nova roupagem, adaptando-se a cada ciclo de desenvolvimento social.

A família constitui o primeiro vínculo que a pessoa humana institui com o mundo da vida, sendo tão antiga como a própria humanidade. No direito romano, segundo José Cretella Júnior (2000, p. 65), a família, ora designava o conjunto de pessoas colocadas sob o poder de um pater famílias, ora o acervo patrimonial deste, ou ainda na época de Justiniano o conjunto parental unido pelo vínculo cognitivo.

A família assim era compreendida na pluralidade de conteúdos e significações em que se ressaltava seu caráter eminentemente patrimonial, sendo regulada pelo o princípio da autoridade, sob a figura do pater potesta. Faz mister compreender o papel da religião na família antiga, tornando-a um corpo só, voltada a cultuar os mesmos deuses, chegando a ser muito mais uma associação religiosa do que natural.

Na Idade Média, a entidade familiar era constituída somente pelo casamento religioso, regulado pelo direito canônico, compreendendo os cônjuges, seus descendentes e, por vezes, os ascendentes. A formação de tal instituição apresentava um intuito preponderantemente patrimonial, em nome do interesse econômico, eram violados o afeto e a fidelidade, elementos basilares da constituição familiar.

Sob o enfoque do pensamento liberal, a família passa, ainda mais, a se alicerçar sobre os princípios individualistas, da não intervenção Estatal na esfera individual, da autonomia da vontade e do patrimonialismo.

A exemplo das codificações liberais, o Código Civil de 1916 considerava a família como um grupo parental limitado pela relação conjugal legítima, isto é oriunda do casamento civil.

Segundo o Paulo Ramon da Silva Solla²² (2010, p. 4) em seu artigo, “Para além do arco-íris: A família constitucional e a união homossexual” cita a conceituação de Clóvis Beviláqua de família no Código Civil de 1916, no qual se compreende como um conjunto de pessoas interligadas por um viés biológico, ou seja, pela consanguinidade, sendo a extensão de sua eficácia regulada de acordo com as diversas legislações. E outras vezes conceituando-se de uma maneira bem restrita, envolvendo somente os cônjuges e sua prole.

No Código Civil de 1916, a família encontrava sua unidade, na figura do pater, enfim, ele detinha o controle sobre a esposa e sua prole, apenas estes estavam abarcados pela tutela estatal, ou seja, a família legítima provinda do casamento civil. Tece Dias (2011, p. 40) disposições sobre tal codificação:

Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-se ao grupo originário do casamento, impedia a dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, numa vã tentativa de preservação do casamento.

Mesmo o Estado estando separado da Igreja Católica, a cultura cristã se mantinha forte na sociedade, se refletindo na grande proteção estatal dada a figura do casamento, e ainda, o controle da entidade familiar continuava centrada na figura masculina, como na época da antiguidade clássica, demonstrando um preconceito imensurável para com as mulheres, sem mencionar no tratamento excludente dos filhos considerados ilegítimos. Além disso, a família albergada no referido código corresponde à heterossexual, deixando-se totalmente fora do âmbito de proteção legal a família homoafetiva.

Tal codificação não acompanhava as necessidades provindas da inevitável dinâmica da sociedade, surge o momento do Estado se preocupar em estabelecer direitos sociais e sua respectiva efetivação. Diante do mencionado cenário social, tendo muitas

²² Membro da CECI (Comissão de Trabalhos Estruturais do Centro de Cidadania) da Universidade de Salvador.

disposições em confronto com a Carta Magna de 1988, a chamada “Constituição cidadã”, o legislador promoveu a reforma do código civil de 1916.

O novo diploma entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, seu projeto original data de 1975. No entanto o novo código continuou a não conceituar o termo família, sendo tal definição variante de acordo com cada ramo do direito.

O Código Civil de 2002 procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família. Buscou amenizar o individualismo, patrimonialismo e a influência conservadorista religiosa, até então incrustados no Código anterior para dar uma visão mais justa, mais social a entidade familiar. Mais como assevera Dias (2011, p. 32), a saber:

[...] não deu o passo mais ousado, nem mesmo em direção aos temas constitucionalmente consagrados, ou seja, operar a subsunção, à moldura da norma civil, de construções familiares existentes desde sempre, embora completamente ignoradas pelo legislador infraconstitucional.

Os legisladores por mais que a sociedade clame por leis mais específicas e igualitárias, renegam grande parte de seus cidadãos, ao não reconhecerem as uniões homoafetivas, desconsiderando seu vínculo afetivo e a necessidade que os parceiros possuem de ter seus direitos garantidos e assegurados, também no âmbito do poder legislativo. As novas codificações necessitam andar em compasso com os novos fenômenos sociais, e não deixar a sociedade refém dos princípios conservadores, arcaicos.

3.2 NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA: PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Como já salientado, a base da sociedade, a entidade familiar, se modifica de acordo com os novos anseios sociais, devendo o legislador utilizar-se da interpretação jurídica em prol da efetividade da justiça ou implantar normas específicas sobre o novo fenômeno social.

Nesse contexto, a nova entidade familiar é pluralista, democrática, amoldando-se ao estado democrático de direito e, ao mesmo tempo, constringe-o à nova visão sobre os fenômenos sociais atuais, como a aceitação da diversidade entre indivíduos e entre as próprias espécies familiares. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 1), o vocábulo família, em

sentido *latu sensu*, “abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção”.

Percebe-se desde logo que a família não se restringe aos genitores e respectiva prole e muito menos ao patrimônio do chefe da família, nem essa postura de autoridade máscula restou, já que os poderes e funções agora estão num âmbito igualitário entre homens e mulheres, mas o que se manifesta como elemento primordial de constituição das entidades familiares nos dias atuais, é a afetividade.

Surge então o princípio da afetividade, sendo responsável pela constituição de novas teses jurídicas que abarcam situações patentes, mas que, não foram legalizadas, pela infeliz inércia do legislador. Tal afeto se refere ao amor familiar, ou afeto familiar como menciona Sérgio Rezende de Barros (2011, p. 03) em seu artigo, “A ideologia do feto”, não sendo qualquer amor que forma a família contemporânea, mas apenas o amor ligado a outros elementos necessários para tanto, nas palavras do referido autor:

[...] afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas - de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam.

É bastante claro, que a família não se restringe mais aos aspectos biológicos, mas aos laços de afetividade, ou seja, a um sentimento estrutural, essencial, capaz de propiciar a comunhão de vida entre as pessoas que compõem essa entidade familiar. Como afirma Dias (2011, p. 42):

Nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.

A configuração da entidade familiar atual não está mais adstrita aos preceitos pretéritos do casamento, sexo e procriação. A Constituição Federal de 1988 faz referência de forma implícita ao princípio da afetividade. Chega-se a tal conclusão, quando se interpreta os seguintes dispositivos: todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art.

227,§ 6º)²³; a adoção, como escolha afetiva (art.227,§§ 5º e 6º)²⁴; a comunidade constituída por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos e a união estável apresenta-se envolvida pela mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art.226,§§ 3º e 4º)²⁵; o casal é livre para extinguir o casamento ou a união estável, sempre que a afetividade desapareça (art.226,§§ 3º e 4º).

Lôbo (2002, p. 08), em seu artigo, “Entidades Familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*”, explica que, “O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico”.

Formou-se uma abarcadora e moderna conceituação de família no campo jurídico-constitucional, deixando a visão de família patriarcal, para um novo grupo familiar fundado nas relações de afeto. Nada mais correto, pois a família sempre foi formada por seres humanos investidos de sentimentos, não se podendo os preceitos legais se sobressair a estes.

A nova entidade familiar liberta do formalismo exacerbado, modelos, certidões e progressiva superação de preconceitos, ganha *status* de *lócus* de transformação social, se torna enfim, um espaço para a repersonalização²⁶ do direito, da sociedade e sua própria.

3.3 RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

No Brasil, atualmente, existem duas orientações que se sobressaem no cenário jurídico por serem adotadas pelos aplicadores do direito. A primeira se desenvolveu no início das discussões sobre a referida temática, entendendo tratar-se a união entre pessoas do mesmo sexo uma simples sociedade de fato, com conseqüências exclusivamente patrimoniais, na medida em que o direito ao patrimônio é diretamente proporcional à comprovação da

²³CF, art. 227, § 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

²⁴CF, art. 227, §5º: “A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”.

²⁵CF, art. 226, §§ 3º e 4º:” 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, e § 4º: Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

²⁶ Como esclarece Lôbo (2010, p. 27), a repersonalização das relações civis, corresponde a um fenômeno jurídico-social “que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou retificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade”.

contribuição para a construção do mesmo, aplicando-se a Súmula 380²⁷, do STF, sendo abarcado pelo direito obrigacional.

Em sentido contrário, tem-se o entendimento de possibilidade de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, sustentando alguns tal conclusão com enfoque no Direito Civil, por analogia a união estável, e outros pelo viés constitucional, na defesa do rol aberto do art.226 da Constituição Federal.

Para os que defendem que as uniões homoafetivas devem ser tidas como sociedades de fato, corroboram que o art. 226²⁸ da Constituição Federal apresenta, um rol taxativo de entidades familiares, devendo o Estado tutelar apenas os três tipos de entidades familiares explicitamente previstos, quais sejam, o casamento (entre homem e mulher), união estável (entre homem e mulher) e a comunidade monoparental (composta pelo pai ou a mãe e seus respectivos descendentes), configurando *numerus clausus*. Diniz (2010, p. 376-377), compartilha desse entendimento, não incluindo a união homoafetiva no rol das entidades familiares, devido à ausência de previsão constitucional, salientando que:

Para admitirmos casamento e união estável entre homossexuais, teríamos primeiro, que alterar a Constituição Federal, mediante emenda constitucional. A relação homossexual só pode gerar uma sociedade de fato [...] entre parceiros para eventual partilha do patrimônio amealhado pelo esforço comum evitando o locupletamento ilícito.

A respeito do referido posicionamento dispõe Luiz Roberto Barroso (2002, p. 4), tem gerado soluções jurídicas inadequadas ou ainda de total desconsideração dos direitos existentes e oriundos de tais uniões de afeto.

Essa corrente não admite a inclusão implícita dos relacionamentos homoafetivos como entidades familiares. A Constituição Federal deixou de abarcar de forma expressa a união homoafetiva como entidade familiar, por mero conservadorismo jurídico e absoluto preconceito de caráter ético. Porém, como corrobora Lôbo (2010, p. 76), “no caput do art. 226 da operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família”.

O texto constitucional afastou o termo “*constituída pelo casamento* (art.175 da constituição de 1967-69)”, das famílias que merecem tutela estatal, não especificando dessa forma, quais as outras modalidades de agrupamentos que poderiam ser caracterizados como

²⁷ Súmula 380, do STF, “comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução jurídica com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

²⁸ CF, art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

entidades familiares sob o prisma constitucional, ou seja, a cláusula de exclusão desapareceu.

Observa-se que a expressão “também”, prevista no § 4º, é uma expressão inclusiva, ou seja, gera uma interpretação de que outras poderão ser incluídas, já que não impõe a ideia de taxatividade, para entendimento contrário o legislador deveria ter usado outra técnica, como estabelecer no próprio *caput* do artigo quais as entidades familiares que merecem proteção do Estado.

De acordo com o texto disposto no parágrafo § 8º, o legislador constituinte atendeu ao comando da dignidade da pessoa humana, promoveu uma nova ordem de valoração no Direito de Família, no momento em que estabeleceu a proteção à família como um interesse essencial do Estado.

Verifica-se que a união homoafetiva constitui um tipo implícito de entidade familiar, estando inclusa no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família, indicado no *caput*, do referido artigo. Merecendo a mesma tutela estatal que o estado se propõe a realizar nas entidades tipificadas.

O posicionamento que abarca a união homoafetiva como entidade familiar, sob o prisma constitucional, fica subordinada à presença dos requisitos: da afetividade, se caracterizando esta não por um afeto comumente denominado, mais pelo afeto familiar; pela estabilidade, ou seja, uma união duradoura, ficando afastadas as uniões eventuais ou passageiras e a ostentabilidade ou publicidade, correspondendo à demonstração pública de que uma pessoa realmente compõe um núcleo familiar com outra. Lôbo (2010, p. 84) encontra-se adepto de tal entendimento, expondo que:

A ausência de lei que regulamenta essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 são auto-aplicáveis, independentemente de regulamentação. Por outro lado, não vejo necessidade de equipará-las à união estável, que é entidade completamente distinta, somente admissível quando constituída por homem e mulher (§ 3º do art. 226). Os argumentos que têm sido utilizados no sentido de equiparação são dispensáveis, uma vez que as uniões são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria.

Defende-se inquestionavelmente, tal união como entidade familiar, em vista, como já mencionado, da norma ser inclusão e não de exclusão, considerando como núcleos familiares tantas quantas uniões possam emergir da realidade social, fazendo-se necessário a aplicação do direito de família, adequando o texto ao contexto.

A corrente doutrinária que também reconhece a natureza de entidade familiar da união homoafetiva, equiparando-a, via analogia, à união estável, teve como pioneira Maria

Berenice Dias, afirmando não existir nenhuma diferença capaz de excluir tal união do rol de entidades familiares, que em virtude da ausência de regramento infraconstitucional, mister se faz buscar instrumentos de aplicação do direito para efetivar as conseqüências jurídicas oriundas de tais relações, dentre os quais deve se fazer uso da analogia, visando a necessidade imediata da aplicação desses direitos, justamente por estarem alicerçados na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais.

3.4 DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DA EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTAVÉL À UNIÃO HOMOAFETIVA: MECANISMOS DE INTEGRAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA

Verifica-se que nas últimas décadas houve uma profunda mudança na função representada pelos princípios constitucionais, deixando de ser uma fonte secundária para serem alçados ao centro do sistema jurídico. Não só irradiando este, como também influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral, permitindo uma leitura mais equitativa do direito.

Sustenta-se que para sanar a omissão normativa sobre as uniões homoafetivas, deve-se recorrer aos princípios embasados na Carta Magna. Produzindo-se como resultado a equiparação, em tudo que couber, das uniões estáveis entre homem e mulher às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Acerca das discussões sobre a presente temática, indaga-se porque se fala em interpretação extensiva ou analogia. Os dois mecanismos versam sobre uma situação expressa no texto normativo e outra não, embora a interpretação extensiva se direcione a duas situações idênticas, a analogia refere-se a duas situações que, mesmo sendo distintas em algum aspecto são idênticas no essencial.

Considerando que a interpretação extensiva e a analogia são técnicas de interpretação jurídica que visam suprir as lacunas da legislação, deve-se fazer uma análise para se saber se a situação não-citada pelo texto normativo é idêntica ou idêntica no essencial àquela citada pelo texto normativo. Em ambos os casos, se a resposta for positiva, o resultado será o mesmo: a extensão do regime jurídico da situação expressamente citada à situação não mencionada pelo texto normativo. Segundo Miguel Reale (2004, p. 64-65), ao expor a teoria tridimensional do Direito, mister:

[...] uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica; um aspecto normativo (o direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o direito como valor de justiça).

Extraí-se dessa teoria que a norma, se dá pela junção do fato mais o seu valor, percebendo-se que é o valor que justifica a regulamentação de um fato, sendo aquele, um elemento imprescindível, essencial, para a inserção do fato sob o manto da tutela estatal.

Assim verifica-se por meio de uma interpretação teológica²⁹, que a união homoafetiva tem o mesmo valor a ser protegido dos casais abarcados pela união estável. A própria legislação civil traz resposta, quando assevera em seu art. 1.723, que a união estável é pautada por uma “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, ou seja, os mesmo elementos formadores da união homoafetiva.

Pode-se considerar então que as uniões homoafetivas são idênticas no essencial as uniões estáveis, apresentando o mesmo valor, que faz com que estas sejam tuteladas pelo estado, sendo que ambas são pautadas pelo mesmo amor familiar, sendo absolutamente irrelevante o fato de ter-se uma união formada por pessoas de sexos diferentes. Nesse sentido discorre Paulo Roberto Lotte Vecchiatti (2008):

Casais homoafetivos possuem o mesmo amor familiar existente em casais heteroafetivos, razão pela qual encontram-se em situação idêntica ou, no mínimo, análoga à destes, donde merecem receber a mesma proteção jurídica que estes recebem.

Para o referido autor, não importa que tipo de meio interpretativo será utilizado, seja ele a interpretação extensiva ou a analogia, pois o que a norma visa realmente proteger é entidade familiar, e mais ainda, a sua essência, o amor familiar, pouco importando a identidade de sexos apresentada pelo casal.

Barroso (2010, p. 31) toma posicionamento, alegando que o meio interpretativo seria a analogia *legis*³⁰, recorrendo o aplicador do direito a uma regra específica destinada a regulamentar uma situação semelhante àquela que se pretende tutelar, não sendo esta prevista pelo legislador. A respeito discorre o referido autor:

²⁹ É a interpretação conforme a intenção da lei. Busca-se entender a finalidade para a qual a norma foi editada, isto é, a razão de ser da norma.

³⁰ Importante salientar que a analogia ainda pode ser *iuris*, quando a solução para satisfazer a omissão legislativa precisa ser buscada no sistema como um todo.

De fato, os elementos essenciais da união estável, identificados pelo próprio Código Civil – convivência pacífica e duradoura com o intuito de constituir família – estão presentes tanto nas uniões heterossexuais, quanto nas uniões homoafetivas. Os elementos nucleares do conceito de entidade familiar- afetividade, comunhão de vida e assistência mútua, emocional e prática – são igualmente encontrados nas duas situações. Diante disso, nada mais natural do que o regime jurídico de uma ser estendido à outra.

Nota-se que são verificados os mesmos elementos essenciais, ou seja, valorativos, da união estável heterossexual, nas uniões entre pessoas do mesmo sexo, de forma que as duas apresentam o mesmo valor que impulsiona a tutela Estatal, como as uniões homoafetivas carecem de legislação específica, buscando-se a efetividade do direito, nada mais coerente do que se aplicar as regras das uniões estáveis, para aquelas uniões que são idênticas na essência e diferentes apenas em algum aspecto, no caso presente a igualdade de sexos entre os parceiros. Favoravelmente a tal equiparação Rios (1988, p. 7), compreende que:

A equiparação das uniões homoafetivas à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo destinado originariamente a situação diversa, ou seja, comunidade formada por um homem e uma mulher. A semelhança aqui presente, autorizadora da analogia, seria a ausência de vínculos formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva e sexual duradoura e permanente entre os companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre entre os sexos opostos.

Por meio da analogia, as uniões homoafetivas não se apresentam despercebidas aos olhos do aplicador do direito. Percebe-se a imensurável injustiça quando ainda, nos dias atuais se reconhece as referidas uniões como meras sociedades de fato, retirando o valor afetivo intrínseco da relação, desconsiderando a comunhão de vidas, dando um aspecto obrigacional a uma entidade família. Segundo Dias (apud, Vecchiatti, 2008, p. 08), “não há dúvidas de que a analogia tem o mérito de reconhecer o caráter familiar das uniões homossexuais que satisfazem os pressupostos hoje valorizados pelo direito de família e consagrados na Constituição”.

Verificada há identidades de situação entre a união estável e a união homoafetiva, tendo em consideração a presença dos mesmos elementos valorativos, e a possibilidade de tal interpretação analógica pelo ordenamento, não há dúvidas quanto à aplicação das normas referentes à união estável.

3.5 DOS DIREITOS ADQUIRIDOS DA UNIÃO HOMOAFETIVA: DIREITOS SUCESSÓRIOS

Da problemática conceitual acerca da inserção das relações entre pessoas do mesmo sexo no rol das entidades familiares, também advêm à discussão referente aos direitos não só extrapatrimoniais como também patrimoniais que devem ser assegurados às relações homoafetivas.

Perante o Poder Judiciário, não raramente, são propostas demandas que versão sobre o direito sucessório do companheiro sobrevivente, se este teria ou não direito à herança do companheiro, ou lhe seria concedido apenas o direito à partilha do patrimônio deixado pelo *de cujos*.

Devido à ausência de regulamentação específica voltada às relações homoafetivas e conseqüentemente ao direito sucessório oriundo desta, a jurisprudência pátria tenta solucionar tais questões, se mostrando bastante divergente. As soluções judiciais bifurcam-se entre as que negam o caráter familiar dessas uniões, sendo consideradas sociedades de fato³¹, até as que aplicam analogicamente as normas referentes às uniões estáveis heterossexuais.

A teoria da sociedade de fato se demonstra totalmente arcaica e problemática, primeiramente ao inserir no rol obrigacional a união homoafetiva, desconsiderando a sua inserção constitucional, como entidade familiar, e em seguida pela dificuldade probatória da contribuição do patrimônio em comum dos companheiros, justamente, por que em uma união há uma comunhão de vidas, se embaralhando o próprio patrimônio. A respeito salienta Dias (2009, p. 202):

Ver uma sociedade de afeto como mera sociedade de fato leva a meia justiça, se tanto. Deferir ao parceiro somente a meação sobre o que comprovar que auxiliou a adquirir como sócio fosse do falecido, enseja o enriquecimento sem causa ou dos parentes ou do próprio Estado. O direito à meação não se confunde com o direito hereditário. Reconhecer direito à metade dos bens comuns não é conferir ao companheiro homossexual *status* de companheiro.

No que diz respeito ao aspecto probatório, a jurisprudência apresente duas correntes: uma que só admite as provas da contribuição financeira direta e outra que leva em

³¹ Afigura-se que a jurisprudência dominante no país e a doutrina mais conservadora, voltam-se para a teoria da sociedade de fato, que desconsidera a essência afetiva, ou seja, a identidade familiar da união homoafetiva, inserindo-a no âmbito obrigacional do direito, considerando o sobrevivente como sócio fosse do *de cujus*, exigindo a efetiva comprovação da participação no patrimônio amealhado durante o período de convivência, não sendo considerado como herdeiro. Tal posicionamento baseasse na Súmula 380 do STF.

consideração os meios probatórios indiretos, como a realização de atividades doméstica, auxílio na atividade laboral do companheiro, enfim, práticas que proporcionam um suporte na vida do outro parceiro, sempre zelando por essa vida compartilhada.

Quando se declina para a teoria da sociedade de fato, sob o enfoque probatório da contribuição direta, imputa-se ao parceiro sobrevivente o ônus de provar por meio de aportes financeiros diretos a sua contribuição para a constituição do patrimônio comum. Dispõe Fábio de Oliveira Vargas (2008, p. 3):

Esta prova configura-se de difícil produção, pondo o companheiro supérstite em desvantajosa posição processual, mormente se o patrimônio amealhado durante o tempo de convívio foi registrado apenas em nome do parceiro falecido, e não houve a confecção de um testamento em seu favor.

Já sendo satisfeita a prova de contribuição efetiva por meios indiretos, proporciona uma maior segurança ao sobrevivente, que não precisa comprovar contribuições financeiras para formação do acervo patrimonial comum, mais que forneceu uma base segura para a constituição do mesmo. Esclarece sobre o que se pode considerar como contribuição indireta, Ana Carla Harmatiuk Matos (apud, Vargas, 2008, p. 6), “o apoio espiritual, a troca de afeições, os trabalhos domésticos, os cuidados com os membros da família de seu companheiro (podendo englobar filhos)”.

Percebe que a partir da contribuição indireta, que a relação homoafetiva é considerada uma comunidade de afeto, flexibilizando a concepção de mera sociedade de fato, mais sem ainda conferir os direitos típicos de uma entidade familiar, como os direitos sucessórios, sem instituir o parceiro sobrevivente como herdeiro, lhe conferindo apenas o direito à meação.

Mister se faz ressaltar a imensurável injustiça em não se atribuir o status de herdeiro ao parceiro sobrevivente, em conseqüência são chamados muitas vezes familiares distantes que não mantinham qualquer laço afetivo como o *de cujus* ou ainda que mesmo próximos não aceitavam a sua orientação sexual, muitas vezes excluindo-o da própria família, discriminado-o ou ridicularizando-o. Ou ainda, na ausência de parentes sucessíveis, os bens são arrecadados como herança jacente e com a declaração de vacância o patrimônio construído em comunhão de vidas, será entregue ao município, sendo desconsiderado a afeto, as contribuições, enfim, toda uma vida compartilhada pelo parceiro com o *de cujos*.

Importante mencionar a decisão pioneira do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na comarca de Juiz de fora, que concedeu direito à meação ao companheiro supérstite, devido

à verificação não só de contribuições financeiras diretas como também pela provas indiretas, notando-se certa humanização na teoria da sociedade de fato, a saber:

Comprovada a existência de relacionamento de ordem afetivo/sexual entre pessoas do mesmo sexo, e demonstrada à colaboração recíproca dos parceiros para a formação do patrimônio, numa inequívoca comunhão de esforços e recursos, configurando participação na ordem direta e indireta, reconhece-se como presente uma sociedade fática, com todas as conseqüências jurídicas que lhe são inerentes, em especial o direito à partilha de bens, em caso de vir à mesma a ser dissolvida pelo falecimento de um dos sócios ou o rompimento espontâneo da relação que lhe deu origem (TJMG. Apelação Civil N° 309.092-0. Relatora Des. Jurema Brasil Martins. J. 27.02.2002).

Verifica-se que referida corrente proporciona decisões judiciais, que não valorizam realmente a existência do vínculo afetivo, de um entrelaçamento de vidas capaz não apenas de construir uma relação empresarial, constituída por sócios, mais sim uma entidade familiar, protegida devidamente pelo direito de família, que em virtude da omissão legislativa, como sustenta a segunda corrente, realiza-se, via analogia, a aplicação das regras atinentes a união estável as uniões homoafetivas, sendo o parceiro considerado como herdeiro e não apenas tendo direito à partilha, se comprovada sua contribuição seja direta ou indireta. Essa vertente teve como decisão pioneira a do Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis do Tribunal de Justiça do Rio grande do sul, in verbis:

União homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Meação. Paradigma. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. [...] Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros. (TJRS, AC 70001388982, 7ª C. Cív., Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 01/03/2000).

A jurisprudência tem realizado um papel primordial em vista da inércia do Poder Legislativo, procurando dar soluções aos direitos adquiridos pelo afeto que não são tutelados pelo Estado. Na questão sucessória, ainda que de forma tímida, já se vem notando que as decisões jurisprudências já se inclinam a atender de forma mais equitativa os casos concretos. Salienta Dias (2009, p. 203):

[...] deve figurar em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Na inexistência de contrato elegendo regime de bens, vigora o regime de comunhão parcial. Assim, além da meação sobre os aquestos, tem direito à concorrência sucessória com os descendentes ou os ascendentes do falecido. E, inexistindo herdeiros necessários, faz jus à herança como herdeiro exclusivo.

Verificados os requisitos configuradores da união estável heterossexual, a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, mister se faz proporcionar ao companheiro sobrevivente, analogicamente, os mesmos direitos sucessórios assegurados no Código Civil referente a tal entidade familiar, pois na teoria da sociedade de fatos, a realidade vivenciada pelos parceiros não é auferida de maneira valorativa, não gerando efeitos sucessórios e acobertando uma aplicação arcaica de normas ultrapassadas, além de não assegurar o direito de ser herdeiro, a quem não simplesmente contribuiu financeiramente para a formação de um patrimônio comum, mais dividiu, entrelaçou sua vida com a de seu parceiro, enfim construiu uma relação fundada na afetividade.

Exatamente no dia 05 de maio do presente ano, o STF, ao reconhecer as uniões homoafetivas, equiparando-as, via analogia as uniões estáveis, não só lhe conferiu o devido *status* de entidade familiar, como também estabeleceu que o rol de direitos das uniões estáveis fossem estendidos as uniões de afeto, dentre os quais se encontram os direitos sucessórios, sendo agora o companheiro supérstite chamado a herdar.

4 NEOCONSTITUCIONALISMO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: O PAPEL DO PODER LEGISLATIVO

Acompanhando os fenômenos sociais e adaptando-se aos avanços dos tempos, o direito, assim como a sociedade, deixa sua arcaica concepção fincada no princípio da legalidade formal, embaçador do Estado Liberal, passando a nortear-se pelos princípios basilares da Constituição Federal, irradiando todo o sistema infraconstitucional, dando um maior enfoque a função exercida pelo aplicador do direito, proporcionando meios para a verdadeira eficácia normativa, não podendo mais o Estado esquivar-se da função de atender as novas necessidades sociais, em virtude da omissão legislativa.

4.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS: BASE PARA PROTEÇÃO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

Sabe-se que toda Constituição, além de organizar estruturalmente o Estado, almeja limitar o Poder Estatal, assegurando uma parcela de direitos fundamentais individuais, sendo que na Constituição Federal de 1988 tais direitos se confirmam de maneira plena sob o enfoque dos direitos humanos.

Faz mister distinguir os direitos fundamentais dos direitos humanos, aqueles são direitos da pessoa humana assegurados e positivados na esfera do direito constitucional de um referido Estado, assevera José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 369): “são direitos do homem, jurídico-constitucionalmente garantidos e limitados espácio-temporalmente”.

Já os direitos humanos possuem um aspecto internacional de abrangência, são substanciados igualmente como os direitos fundamentais, em direitos que propiciem a dignidade da pessoa humana, aspirando uma validade universal, estando assegurados em documentos internacionais.

Constata-se que os direitos humanos apresentam-se intimamente ligados com os direitos fundamentais, na proporção em que estão inter-relacionados, independentemente da diferença intrínseca de suas positivações. Saliencia Howerston Humenhuk (2002, p. 15), “quando da ocorrência desta correlação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, emerge um coerente conceito que se chama de “Direito Constitucional Internacional”.

Emergindo assim um ramo do direito, oriundo da junção dos direitos fundamentais e humanos, tendo um caráter especial, almejando assegurar a dignidade da pessoa humana.

Verifica-se que as uniões homoafetivas, entidades familiares, substanciadas na afetividade, geradoras de direitos, protegidas constitucionalmente, também estão asseguradas ainda que de maneira implícita pelos direitos humanos na esfera internacional, que preza claramente pela dignidade da pessoa humana, norte de todo sistema jurídico brasileiro.

4.2 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E A QUESTÃO DAS PESSOAS HOMOSSEXUAIS

A Carta da ONU assim como a Constituição Federal de 1988, expressa em seu bojo, direitos asseguradores das relações homoafetivas, a saber: liberdade, igualdade, e a dignidade da pessoa humana, este englobando os dois direitos anteriores.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura em seu preâmbulo³² especialmente, e nos seus artigos I a III³³, o direito à liberdade, expondo que “todos os homens nascem livres”, possuindo a “capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração”, tendo “o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Sabe-se que o direito à liberdade da pessoa humana lhe proporciona realizar todos os atos ou ações que forem de sua vontade, desde que não prejudiquem terceiros. Comprovado que a união entre pessoas do mesmo sexo, não prejudica efetivamente a nenhum indivíduo, sendo desconsiderados preconceitos fundados na religião tradicionalista ou na suposta moral comum, percebe-se nitidamente que tal união esta totalmente abarcada pelo referido principio presente na Carta da ONU. Assevera Enéas Castilho Chiarini Júnior (2004, p. 9), “assim, a homossexualidade é, indiscutivelmente, parte do Direito de Liberdade, do qual todos os indivíduos são – por força internacional e constitucional – portadores, não sendo possível que o Estado crie, ou imponha limites a referido direito”.

³² “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.”

³³ Artigo I: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo II: “Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo III: “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Verifica-se que o Direito à liberdade, desdobra-se no direito à intimidade e à vida privada, estando previstos da Carta da ONU no artigo XII³⁴, discorrendo a respeito José Adérico Leite Sampaio (1998, p. 277), a saber:

No centro de toda vida privada se encontra a autodeterminação sexual, vale, a liberdade de cada um viver a sua própria sexualidade, afirmando-a como signo distintivo próprio, a sua identidade sexual, que engloba a temática do homossexualismo, do intersexualismo e do transexualismo, bem assim da livre escolha de seus parceiros e da oportunidade de manter com eles consentidamente, relações sexuais [...].

Diante dos direitos à liberdade, intimidade e vida privada, não restam dúvidas que a pessoa humana tem o direito de exercer sua orientação sexual como bem lhe aprouver, mais especificamente de ser homossexual, no entanto verifica-se a imensurável contradição, entre a liberdade inerente a toda pessoa de ser homossexual e o não direito de exercer esta preferência através de uma união reconhecida e assegurada legislativamente, substanciada pela afetividade, como as demais entidades familiares positivadas.

O direito à igualdade está assegurado nos artigos I e II, assim como o direito à liberdade, já transcritos anteriormente. O art. I da Carta da ONU consagra a igualdade de todos os seres humanos, sendo que no artigo seguinte vem completando o anterior, ao assegurar o livre exercício de todos os seus direitos, “sem distinção de qualquer espécie”, sendo tal termo generalizante, ficando proibidas todas as discriminações, mesmo aquelas não expressas no texto.

Constata-se que tanto no âmbito nacional, por meio dos direitos fundamentais, como na esfera internacional, sob o manto protetor dos direitos humanos, o direito à isonomia implica tratamento igualitário as todas as pessoas humanas, e garante o pleno exercício de seus respectivos direitos. Mister se faz a observação de Chiarini Júnior (2004, p. 11):

Com esta afirmação não se pretende – como os opositores do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas acreditam – dizer-se que hetero e homossexuais são iguais, pois é obvio que não são. O que se quer afirmar com o princípio de isonomia é que todos os indivíduos, como seres humanos que são, têm o sacro direito de se unir com quem desejar, não importando a sua preferência sexual. Ou, por outras palavras, homossexuais possuem o mesmo direito que os heterossexuais de conviver com outro indivíduo, e ter esta união reconhecida e protegida.

³⁴ Artigo XII: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Não há razões jurídicas plausíveis para excluírem as uniões homoafetivas do rol de uniões tuteladas pelo Estado, de negar-lhe reconhecimento e proteção, afrontando tanto sob o aspecto dos direitos humanos, como dos direitos fundamentais, o direito à igualdade.

Presente na Declaração Universal dos Direitos humanos, irradiando todos os demais direitos encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana, exercendo a mesma função como no ordenamento jurídico brasileiro. Como já salientado anteriormente, reconhecer a dignidade da pessoa humana implica respeitar e assegurar o valor intrínseco de cada pessoa, reconhecendo-lhes todos os direitos, a saber, liberdade, intimidade, vida privada, igualdade, sendo-lhe consagrado tanto internacionalmente como constitucionalmente.

Não se pode deixar de abarcar os direitos humanos e constitucionalmente tutelados, como o reconhecimento das uniões homoafetivas e seus respectivos direitos, sob pena de infringir o princípio norteador de ambos os sistemas, a dignidade da pessoa humana, englobando os demais direitos por ele permeado.

4.3 NOVOS HORIZONTES JURÍDICOS: NEOCONSTITUCIONALISMO

O Estado passou por um processo evolutivo, referente ao seu governo, suas leis, seu judiciário, enfim, passa de tempos em tempos por uma adaptação que foca nos dias atuais em atender as novas necessidades sociais, procurando englobar todos os cidadãos em sua esfera protetora.

O absolutismo monárquico e suas atrocidades são destituídos pelo Estado liberal, fundamentado no princípio da legalidade, dando supremacia a lei, onde sua validade associava-se a sua produção por uma autoridade legislativa competente, não importando a sua correspondência com a justiça, ou seja, sua validade restringia-se a mera formalidade. Ao cidadão era permitido fazer tudo o que não estava vedado expressamente pela lei. Salienta Luiz Guilherme Marinone (2008, p. 42):

A lei genérica ou universal, assim como a sua abstração ou eficácia temporal ilimitada, somente seria possível em uma sociedade formada por iguais - o que é utópico -, ou em uma sociedade em que o Estado ignorasse as desigualdades sociais para privilegiar a liberdade, baseando-se na premissa de que essa seria garantida se os homens fossem tratados de maneira formalmente igual, independentemente das suas desigualdades concretas.

O Estado liberal restringiu a função judiciária a apenas aplicar a lei, sem mesmo poder interpretá-la ao caso concreto. Recepcionando assim a teoria da separação dos poderes de Montesquieu (1994, p. 202), onde afirmava o próprio, que o judiciário era “apenas a boca que pronuncia as palavras da lei”, sendo um poder considerado “nulo”, já que os juízes se limitavam a afirmar o que estava expresso na norma.

Verificou-se o fracasso do ideal liberal, pela constatação de que a liberdade só poderia ser realmente exercida pelo cidadão que possuísse ao menos alguma condição material, uma dignidade de vida, ou seja, o legalismo liberal não via à realidade social e suas respectivas desigualdades, criou-se um sistema para atender uma sociedade utópica, sem mencionar na anulação do Poder Judiciário.

Surge, então, um Estado preocupado com os problemas sociais, desabrochando-se assim uma nova cultura jurídica, o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, que busca ver além da literalidade das normas jurídicas, sem desconsiderar o direito posto, almejando também estabelecer uma conexão entre o direito e a moral. A respeito das demais características desse movimento, corrobora Barroso (2005, p. 4), a saber:

A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspirados por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. [...] a atribuição de normatividade aos princípios e definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

O neoconstitucionalismo conferiu um novo conceito de lei, valorando o substancial em detrimento do formal, impôs um norte humanitário a todo ordenamento jurídico a partir dos princípios fundamentais constitucionais, agora com força normativa, expandiu a atividade jurisdicional e interpretativa, por fim, proporcionou uma roupagem mais justa e inovadora ao direito.

No direito brasileiro, o fenômeno do neoconstitucionalismo, se deu igualmente com a reconstitucionalização do país, advinda com a promulgação da Constituição Federal de 1988, transladando o Estado Brasileiro de um regime autoritarista, desumano, para um Estado Democrático, tendo por fim a promoção da dignidade da pessoa humana.

O direito constitucional brasileiro está impregnado pela atmosfera do neoconstitucionalismo, ensejando a supremacia dos princípios fundamentais constitucionais, a constitucionalização das normas infraconstitucionais e a forte atuação do Poder Judiciário. A respeito, o jurista italiano Guastini (apud, Vale, 2007, p. 69), afirma que um sistema jurídico à

à luz da constituição permeia toda a legislação infraconstitucional, jurisprudência e doutrina, até mesmo as ações políticas e relações sociais. O neoconstitucionalismo abre novos horizontes para o aplicador do direito, como bem assevera Marinone (2007, p. 47), onde:

A obrigação do jurista não é apenas a de revelar as palavras da lei, mas a de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça a aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei – ou, de forma figurativa, comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por ser impossível encontrar a imagem compatível.

A Carta Magna deixou de ter apenas um caráter político, e assume papel de centro irradiador de todo ordenamento jurídico brasileiro, sendo que todos os ramos do direito devem estar em conformidade com seus princípios fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade. Corrobora Barroso (2005, p. 13):

Nesse sentido, a Constituição passa a ser não um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

Em suma, deixa-se de lado o retórico pensamento positivista e abrem-se os caminhos para o neoconstitucionalismo, infiltrando todo o ordenamento jurídico com suas novas concepções, não podendo mais o Estado deixar a margem da sociedade problemas emergentes, em virtude da falta de legislação específica. Ressalta que tal fenômeno jurídico confere ao jurista uma maior possibilidade de efetivação dos propósitos do Estado Democrático brasileiro.

4.7 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS: PROTEÇÃO ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS.

Sabe-se que a partir do Neoconstitucionalismo os princípios constitucionais ganham força normativa, sendo considerados a expressão jurídica dos valores e dos fins de uma sociedade, substanciam-se em direitos fundamentais não apenas subjetivos, mas também com aspecto objetivo devendo impulsionar a interpretação e aplicação do direito.

Verifica-se que a Carta Magna tem como princípio supremo, a dignidade da pessoa humana, no qual serve como base para todo o ordenamento jurídico brasileiro, estando assegurado no próprio preâmbulo da Constituição Federal³⁵, e ao seu lado princípios primordiais para a efetivação da justiça, como o da isonomia, liberdade, segurança jurídica e liberdade sexual. No entanto, observa Dias (2009, p. 101):

Mas de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana, a igualdade e a liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmento alvo da exclusão social; tratamento desigualitário entre homens e mulheres: enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um país livre.

Todas as pessoas independentemente de suas características, origem, orientação sexual, devem ser envolvidas pelo manto protetor estatal, conferido pelos princípios constitucionais. Segundo Barroso (2010, p. 13), “a Constituição não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimadora das relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos do mesmo sexo”. Os princípios constitucionais estendem-se a todos os cidadãos sem nenhuma espécie de exclusão, não abarcar os homossexuais, ou as uniões homoafetivas implica em desvalorização humana, ou seja, em afronta constitucional.

4.5 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: NORTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme já disposto, o princípio da dignidade da pessoa humana se posiciona como o centro basilar dos direitos fundamentais, sendo norte para as demais normas jurídicas, assentando-se nos princípios da igualdade e liberdade. Segundo Rios (1998, p. 09) o presente princípio, “tem como núcleo essencial a ideia de que a pessoa humana é um fim em si mesmo, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função das características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal”. Ou seja, o ser humano deve ser aceito independentemente de qualquer atributo intrínseco a sua qualidade de pessoa humana,

³⁵[...] ao assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...].

seja, raça, cor, origem, orientação sexual, posicionamento político, enfim, características que formam sua identidade.

A ligação entre a orientação sexual de um ser humano e a proteção da dignidade humana é direta, tendo em vista que o Estado democrático de direito possui como seu fundamento no art.1º, III, da CF, “a dignidade da pessoa humana”, sendo que a segurança fornecida ao cidadão independe de sua orientação sexual, não se incumbindo apenas de proteger as pessoas contra os problemas e crimes presentes na sociedade, mas também deve proporcionar de maneira concreta a promoção da dignidade de todos os cidadãos. Corroboram Dias (2009, p. 103):

Há de se reconhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O valor da pessoa humana assegura o poder de cada um exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade. Representa fundamentalmente perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da existência humana,

Não cabe ao Estado determinar um público alvo de sua tutela, nem determinar condutas a serem seguidas, invadindo a esfera privada da pessoa humana. Inadmissível se faz que a proteção estatal seja vinculada a diversidade de sexos, não abarcando as uniões homoafetivas, formada pelo elo essencial de toda instituição familiar, o afeto. Descreve Rios (1988, p. 10):

De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana.

Dessa forma, a partir da afirmação da centralidade do princípio da dignidade humana no direito brasileiro, é papel primordial do Estado repelir qualquer espécie de discriminação seja por parte do próprio Estado, ou da sociedade. Devendo-se irradiar tal princípio constitucional e sua força normativa para todo o ordenamento jurídico, impedindo que as relações homoafetivas continuem a serem vistas e tratadas como algo anormal, não pertencendo ao rol da dignidade da pessoa humana.

4.6 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL INDEPENDENTEMENTE DE ORIENTAÇÃO SEXUAL: IGUALDADE PARA TODOS

A consecução da dignidade da pessoa humana está diretamente relacionada com a igualdade, proporcionando proteção especificamente as questões que envolvem gênero, assegurada no inc. IV do art.3º³⁶ como no inc. I do art.5º³⁷ e o inc. XXX do art.7º³⁸ da Carta Magna, vedando qualquer espécie de discriminação em razão do sexo. Segundo Dias (2009, p. 107):

Classicamente é dito, mas pouco praticado, que a igualdade deve ser concebida com o trato igual aos desiguais, em conformidade com a sua desigualdade. Deste modo, a igualdade configura direito a diferença. Em lugar de se reivindicar uma “identidade humana comum”, são contemplados as diferenças existentes entre as pessoas.

Essa igualdade assegurada na Constituição Federal de 1988 é pleiteada pelos movimentos homossexuais, visando o tratamento igualitário, o deferimento de seus respectivos direitos, o respeito a sua orientação sexual, a sua esfera de privacidade íntima, ou seja, o respeito à diferença, de viver da maneira que melhor satisfaça seu ser.

Mister se faz diferenciar a igualdade formal da igualdade material. Esta expressa uma concepção de justiça, de valoração substancial da norma, sendo insuficiente equiparar as pessoas perante a lei ou na lei, quando necessário se faz equipara-las perante a vida, levando em consideração a problemática social.

A noção de igualdade formal se finca nesses dois pólos, igualdade perante a lei e igualdade na lei, tendo que ser concretizada tanto pelo legislador como intérprete do direito. A respeito assevera Barroso (2010, p. 15):

A lei não deve dar tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais, sendo inconstitucionais as distinções caprichosas injustificadas. Já os intérpretes - doutrinários administrativos ou judiciais – devem atribuir sentido e alcance as leis de modo a evitar que produzam, concretamente, efeitos inegalitários.

³⁶ CF, art.3º, IV: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

³⁷ CF, art. 5º, I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

³⁸ CF, art. 7º, XXX: “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”.

Na presente problemática, referente à equiparação das uniões homoafetivas as uniões estáveis, busca-se justamente a igualdade formal, pleiteando-se a igualdade de valor e direitos, ou seja, que as uniões homoafetivas tenham a sua essência de entidade familiar e seus direitos adquiridos de tal relação assegurados pelo Estado e respeitados pela sociedade, observa Ana Carla harmatiuk Matos (2004, p. 190-191);

A igualdade na lei, no respeitante à orientação sexual, estaria a significar um tratamento jurídico não diferenciado para as pessoas, independentemente de sua orientação sexual. Por conseguinte, tanto heterossexuais quanto homossexuais devem receber o mesmo tratamento jurídico, não sofrendo discriminações em virtude de sua sexualidade. Segundo esse raciocínio, cessa-se a impossibilidade de uma identidade de casal para os parceiros homossexuais.

Verifica-se que em prol do princípio isonômico, a imposição do requisito da diversidade de sexos para o reconhecimento de uma união de afeto, encobre um imensurável preconceito à diferença, mais especificamente à orientação sexual, não se admite que as uniões homoafetivas sejam inferiorizadas, desequiparadas, as uniões heterossexuais, sendo intrínseca a afetividade em ambas, ferindo assim o ideal igualitário constitucional.

4.7 LIBERDADE SUBJETIVA E LIBERDADE OBJETIVA: LIVRES ESCOLHAS E DIREITO A NÃO-DISCRIMINAÇÃO

Sabe-se que as normas constitucionais e infraconstitucionais devem-se amoldar aos princípios fundamentais da Carta Magna. Esta deve garantir um amplo rol de liberdade ao invés de promover invasões ilegítimas na esfera privada de cada cidadão.

Modernamente a liberdade implica no poder de decisão da pessoa humana, de escolha entre várias possibilidades, estas condicionadas a circunstâncias do meio social, tratando-se assim não só de capacidade subjetiva, mas objetiva quando o cidadão se atem ao leque de opções para sua decisão.

Dessa forma a liberdade polariza-se em externa e interna, dispendo a respeito José Afonso da Silva (2010, p. 231-332), que a liberdade interna também denominada subjetiva, psicológica ou moral ou ainda liberdade de indiferença, manifesta-se por meio das escolhas individuais, refletindo de forma introspectiva, sendo uma liberdade de querer, já a liberdade externa ou objetiva corresponde justamente na exteriorização desse querer subjetivo, implica

na liberdade de fazer, não sendo tal limitada, podendo a pessoa humana exercê-la da melhor forma que desejar.

Não é suficiente apenas a garantia da liberdade interna, enquanto que o Estado e a própria sociedade por muitas vezes criam obstáculos para concretização da liberdade externa, ao contrário deve-se propiciar ao indivíduo plenas condições de desenvolver sua escolha pessoal seja ela qual for, independentemente de sua orientação sexual, tendo seus respectivos direitos tutelados pelo Estado.

Ressalta-se que certas manifestações de liberdade apresentam-se diretamente relacionadas com a formação e desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, devendo o estado assegurar a estas uma maior proteção, como no caso da orientação sexual homossexual. Privando a pessoa humana de viver plenamente sua orientação sexual, está o Estado enclausurando a própria existência desse indivíduo. Assevera Barroso (2010, p. 18):

[...] um Estado Democrático de direito deve não apenas assegurar ao indivíduo o seu direito de escolha entre várias alternativas possíveis, como, igualmente, deve propiciar condições objetivas para que estas escolhas possam se concretizar. As pessoas devem ter o direito de desenvolver a sua personalidade e as instituições políticas e jurídicas devem promover esse desenvolvimento, e não dificultá-lo.

Quando o Estado brasileiro omite-se ou nega a equiparação das uniões homoafetivas as uniões estáveis, esta cerceando, embaraçando o livre exercício de sua orientação sexual, da sua personalidade, em fim, limitando a esfera privada do indivíduo, impondo restrições, ao invés de assegurar-lhe o princípio sublime da liberdade. Corrobora Dias (2009, p. 105):

Na negação da homoafetividade reside, talvez, a maior tirania do legislador constituinte e derivado, por que destrói os mundos afetivos e ontológicos de milhões de brasileiros, fazendo com que essa intransigência se reflita no comportamento individual, familiar e social, visto que quem não respeita o próximo na relação familiar atuará da mesma forma na relação social.

Em suma, o Estado não deve preestabelecer condutas restringindo a liberdade sexual dos indivíduos, ou ainda julgá-las, ao contrário deve estabelecer uma liberdade plena, sem discriminações e preconceitos, abarcando e protegendo não só a homossexualidade como também as uniões homoafetivas de uma maneira idônea e efetiva, assegurando-lhes os seus respectivos direitos.

4.8 GARANTIA DOS DIREITOS ADQUIRIDOS DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS: SEGURANÇA JURÍDICA

Assim como os princípios já mencionados, o princípio da segurança jurídica se encontra diretamente relacionado com os propósitos essenciais do Estado Democrático de Direito, se voltando para a efetividade, ou seja, a obrigatoriedade do direito. A ideia de justiça esta interligada, ou seja, intrínseca a concepção de ordem.

Verifica-se que o princípio da segurança é composto pela obrigatoriedade do direito, estando estritamente vinculada ao valor de justiça de cada sociedade. Reconhece-se o referido princípio quando se assegura e proporciona os direitos oriundos e adquiridos das relações homoafetivas

O princípio da segurança jurídica, não se restringe apenas a problemática das uniões homoafetivas, mais sim influencia todo o ordenamento jurídico vigente, constituindo um elemento concretizante da paz social. Busca-se reger e tutelar valores como a estabilidade das relações jurídicas, proteção da confiança e a previsibilidade das condutas, e logicamente a segurança não só jurídica como também social.

A exclusão das uniões homoafetivas do regime jurídico da união estável, é fato gerador de insegurança jurídica, não se podendo deixar um segmento social sem proteção Estatal. Salienta Barroso (2010, p. 23):

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

Os primeiros afetados pela insegurança jurídica logicamente são os parceiros envolvidos na relação homoafetiva, é absolutamente previsível que um casal que partilha uma vida queira segurança aos seus direitos adquiridos dessa comunhão, como direito a herança, partilha de bens, dentre outros. E conseqüentemente tal insegurança afeta terceiros que por ventura se envolvam em algum negócio jurídico com os parceiros, como por exemplo, para alienar e conceder garantia precisa-se da anuência do companheiro nas relações positivadas, mais não existe nenhuma norma que regulamente tal situação envolvendo as uniões homoafetivas.

Mister se faz estender o regime jurídico das uniões estáveis as uniões homoafetivas, afim, de amenizar a esfera de insegurança que cerceia estas uniões, por meio da interpretação do direito posto, pode-se concretizar o pressuposto da segurança jurídica do Estado Democrático de Direito.

4.9 À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO: NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: ATIVISMO JUDICIAL?

Em virtude da Constituição Federal de 1988, substanciada em princípios fundamentais, se fez necessário não só reformas no âmbito do ordenamento infraconstitucional, mas também superar a interpretação positivista, decorrente do ideário liberal, para uma nova interpretação sob o enfoque do neoconstitucionalismo. A moderna interpretação da Constituição provém da indignação de alguns juristas com o positivismo lógico-formal. Buscando segundo Paulo Bonavides (2010, p. 476):

[...] um sentido mais profundo das Constituições como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito com a sociedade; do Estado com a legitimidade que lhe serve de fundamento; da ordem governativa com os valores, as exigências, as necessidades do meio social, onde essa ordem atua dinamicamente, num processo de mútua reciprocidade e constantes prestações e contraprestações [...].

Ostenta-se que a interpretação constitucional corresponde a uma modalidade de interpretação jurídica, em virtude da constatação lógica que as normas constitucionais são normas jurídicas, dotadas de força normativa. Como critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos, adotam-se o hierárquico, temporal e o especial. No entanto, o caráter específico intrínseco das normas constitucionais levou a jurisprudência e a doutrina pátria, já há algum tempo, a desenvolver ou sistematizar nortes principiológicos próprios para uma nova interpretação constitucional. Dispõe Barroso (2005, p. 17), a saber:

Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos de aplicação das normas constitucionais. São eles, na orientação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição; o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da afetividade.

Cumprе salientar que a interpretação constitucional tradicional não está defasada, ainda sendo aplicada numa significativa parcela, ou se não na maioria das questões jurídicas. A nova roupagem interpretativa constitucional, se dá em virtude da constatação pelos operadores jurídicos e doutrinadores, de que a interpretação tradicional não acompanha os fenômenos sociais atuais e a nova sistemática ou vontade constitucional de uma maneira satisfatória.

A nova interpretação constitucional preza a solução constitucionalmente adequada para o conflito, analisando este como um todo, em detrimento da aplicação abstrata da norma. E ainda estabelece uma expansão do papel do juiz, não sendo mais mero aplicador do direito, mas torna-se integrante do processo criativo do direito, adequando a norma ao caso concreto, fugindo da aplicação fria da letra da lei, analisando os aspectos específicos e valorativos de cada conflito, completando assim o papel legiferente. Afirma Bonavides (2010, p. 477):

Na vida do direito, a interpretação, pois, já não se volve para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega à vontade do intérprete ou do juiz, num Estado que deixa assim de ser o Estado de Direito clássico para se converter em Estado de justiça, único onde é fácil a união do jurídico com o social, precisamente por ocorrer o holocausto do primeiro ao segundo, com o Direito Constitucional se transformando numa Sociologia ou jurisprudência da Constituição.

A Carta Magna, à luz do neoconstitucionalismo concedeu força normativa aos princípios e cria novos caminhos para a função do juiz, buscando assim irradiar todo o ordenamento jurídico, preenchendo as lacunas legislativas, proporcionando uma tutela estatal para conflitos sociais não especificados legislativamente, como as uniões homoafetivas, não sendo mais justificável tal omissão, em um estado totalmente permeado por todos esses mecanismos integrativos, que almejam a justiça social.

Verifica-se com o neoconstitucionalismo a queda do monopólio do Poder Legislativo em relação à função interpretativa normativa/constitucional em decorrência da ascensão do Poder Judiciário na tomada de decisões e aplicação do direito, sendo agora intérprete das normas, pois agora o magistrado utiliza-se da decisão que lhe parecer mais prudente, mais condizente com a justiça. Como bem explica Hans Kelsen (2000, p. 390):

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.

Com tamanha mudança no papel do Poder Judiciário, há posicionamentos que sustentam que o reconhecimento das uniões homoafetivas e a sua respectiva inclusão no rol das entidades familiares por parte dos Tribunais, configuram um indevido ativismo judicial, afrontando contra o Estado Democrático, na medida que o judiciário estaria exercendo função típica do Poder Legislativo. Como salienta Streck et al. (2009.p. 1-2), no artigo, “Normas constitucionais inconstitucionais”, dispendo que o reconhecimento das relações homoafetivas pela jurisprudência do STF estaria incorrendo em “terceiro turno no processo constituinte”. Apresentando uma afronta ao estado democrático, rompendo com o texto constitucional, não podendo o judiciário substituir o legislativo.

No entanto, outra vertente divergente, afirma não se tratar de ativismo judicial, nem tão pouco de invasão da órbita funcional do legislativo, sem exercício de função atípica pelo judiciário, trata-se como assevera Luiz Ribeiro de Medeiros (2009 ?), de interpretação a saber:

[...] que reconhece as relações homoafetivas e as equipara a união estável não rompe com o texto constitucional nem parte da idéia de normas constitucionais inconstitucionais; o que esse reconhecimento propicia, em verdade, é a interpretação da Constituição de maneira unitária, a partir de direitos já existentes no plano Constitucional, não caracterizando, dessa forma, um ativismo judicial que cria direitos não previstos pelo ordenamento.

Não trata-se de ativismo, mas dessa nova interpretação constitucional, que não cria direitos ou excede os limites do judiciário, mais simplesmente que emprega os princípios fundamentais da constituição, os adequando aos fenômenos sócias, mas especificamente, as uniões homoafetivas que carecem de legislação específica. Discorre acerca da função do Poder Judiciário, Hwerstion Hunenhuk (2002, p. 26), segundo posicionamento do Ministro do Supremo Tribunal de Justiça, Eros Roberto Grau, a saber:

[...] o poder judiciário tem a função reproduzir o direito, bem como de reproduzir, baseado nos princípios jurídicos. Diante disto, esta produção do direito, não quer dizer que o judiciário assuma a função legislativa, mas tem por objetivo assegurar a pronta execução do direito, fundamentado na *Lex Suprema*. Tal designação não viola o princípio da Separação dos Poderes Porque [...], o legislativo tem o monopólio do exercício da função legislativa e não da função normativa.

O Poder Judiciário ao reconhecer as uniões homoafetivas não usurpa a função legislativa, apenas se atem a jurisprestação, a efetividade, ao desamparo legislativo presente nas relações homoafetivas, enfim, não se faz inerte, a espera de uma solução específica

positivada, mais faz jus a sua Constituição, que enseja meios para a solução dessa problemática. Expressa Medeiros (2009?):

Reitere-se que não se faz necessária uma alteração textual para elucidar algo que já se encontra presente em nosso ordenamento, mesmo que de maneira não enumerada. O entendimento pela necessidade de alteração textual para a inclusão e reconhecimento de famílias homossexuais, por mais que tenha uma preocupação legítima com aspectos Democráticos, acaba por ser antidemocrático, na medida em que procura submeter a uma discussão majoritária uma proteção que o ordenamento já concede à diversidade de maneira contramajoritária.

A partir da análise principiológica dos direitos fundamentais, deve-se reconhecer que não existe hoje no ordenamento jurídico pátrio nenhum fundamento jurídico capaz de excluir as uniões homoafetivas do rol de proteção estatal.

O Poder Judiciário, seja por suas decisões de primeira instância, seja pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, não cria leis, não dita condutas, ou seja, não excede sua função, já que não possui mais o arcaico *status* de poder “nulo”, ou seja, inerte, exerce tanto a função voltada para a solução dos conflitos adequando a lei ao caso concreto, como também a função interpretativa, irradiada pelo neoconstitucionalismo, proporcionando uma maior aproximação do judiciário com o meio social, visando amenizar a ausência específica de normas, e satisfazer as necessidades sociais, dando proteção as uniões homoafetivas, embasadas na comunhão de vidas, na afetividade, sendo merecedores igualmente de proteção estatal como qualquer outra união civil.

4.10 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PAPEL DO PODER LEGISLATIVO

A expressão “Estado Democrático” de direito não se resume ao somatório do Estado liberal, fundando na igualdade formal e no princípio da legalidade, com o Estado social, baseado na busca da igualdade material, mas implica em uma nova forma de prestação jurisdicional, ou seja, de efetivação aos direitos fundamentais e necessidades sociais. Por meio de uma interpretação diferenciada do direito, não sendo suficiente apenas elencar o rol de direitos dos cidadãos. Salienta Julia Maurmann Ximenes (s.d) que:

A preocupação com a legitimação é a tônica do Estado Democrático de Direito já que um dos seus pressupostos é a eliminação da rigidez formal, ou seja, não existe

uma forma preestabelecida, que deva ser simplesmente adotada independentemente das circunstâncias históricas e culturais dos diferentes Estados.

Ou seja, para que o Estado possa tutelar o direito pleiteado necessita-se da verificação da legitimação, da existência de fundamentos legais que embasem o direito pretendido, atenuando assim o caráter mecânico da lei e influenciando na ampliação do papel do judiciário. Observa, nesse sentido, Jailton Macena de Araújo (2007, p. 26):

[...] o Estado cria regras (normas e princípios) que visem a prestigiar o tratamento igualitário dos cidadãos, fortalecendo as garantias constitucionais, quando possibilita a proclamação de preceitos de interpretação mais ampla e construtiva, com a finalidade de promover o desiderato de inclusão social a ser reconhecido pelos poderes constituídos.

Verifica-se que o significado do Estado democrático não se restringe mais apenas a ideia de soberania popular, ao princípio da separação dos poderes, enfim, aos aspectos estruturais da organização Estatal, mas ganha um novo enfoque se voltando para as problemáticas sociais, para o direito emergente, direitos embasados nos princípios constitucionais e respectivos direitos fundamentais, um Estado voltado para a jurisprestação, a proporcionar a cada cidadão o direito que lhe é inerente e assegurado, fornecendo dessa forma uma ampliação do papel do judiciário.

O Estado democrático de direito à luz da Constituição Federal de 1988, busca proporcionar meios de satisfação individual que refletem conseqüentemente no aspecto social, deve ater-se então ao reconhecimento das uniões homoafetivas, deixando de ser uma matéria a parte, tratada somente via jurisprudencial e doutrinária. Afinal é objetivo do Estado à consecução e preservação dos direitos de seus cidadãos, independentemente da orientação sexual, tendo como pressuposto eliminar qualquer forma de preconceitos e discriminação. Mas não só proibir tais condutas, como também assegurar o direito ao exercício pleno dos direitos inerentes aos homossexuais de forma igualitária como qualquer outro cidadão. Ou seja, fazer jus aos direitos fundamentais e humanos, que almejam a dignidade da pessoa humana. Assevera Araújo (2007, p. 27):

[...] em nome especialmente do resguardo da dignidade humana, é que o Estado deve desenvolver ações efetivas na direção de promoção da igualdade de oportunidade a grupos e populações socialmente excluídas, por meio de disseminação e do fortalecimento institucional, bem como da articulação de políticas promovedoras da diversidade e da eliminação de todas as formas de discriminação.

O Estado deve combater energicamente qualquer pretensão de agressão a integridade moral e física aos seus cidadãos, cabendo ao judiciário juntamente com estado buscar e zelar todos os direitos, sempre almejando a efetividade da dignidade da pessoa humana.

O Poder Judiciário vem utilizando-se dos meios fornecidos pelo ordenamento jurídico pátrio, a fim, de amenizar a lacuna legislativa presente no reconhecimento das uniões homoafetivas. No entanto, tal entidade familiar faz mister de uma regulamentação específica, proporcionando uma ampla segurança dos seus direitos e obrigações, como também respeito social, devendo ser abarcada como as demais uniões, também pelo Poder Legislativo, sendo imprescindível que este assuma sua função típica, devendo se fazer presente na efetivação e consolidação na tutela estatal das uniões homoafetivas. Assevera Eduardo Santarelo (2010, p. 39):

[...] é no Poder Legislativo onde menos se avançou no reconhecimento dos direitos de LGBT. A Casa mais “democrática” do Estado brasileiro consegue ser o espaço que mais exclui essa população. Veja-se que frente Parlamentar pela Cidadania LGBT, composta por representantes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, mesmo sendo uma instância de articulação não encontra força política para aprovar qualquer lei que contemple os direitos desse segmento da população.

Precisa-se de lei específica que não deixe margem a dúvidas, que abordem o tema da união homoafetiva de forma clara, fornecendo-lhes o devido *status* de união civil, propiciando, assim, um tratamento igualitário civil-moral.

Não se pode exigir somente proteção efetiva por parte do Poder Judiciário, que não cria leis, mas as aplica, e agora sob a visão neoconstitucionalista promove uma interpretação conforme a Carta Maior, justamente preenchendo as lacunas legislativas, visando à promoção da dignidade humana.

Espera-se que a influência neoconstitucionalista também chegue às portas do legislativo. Inadmissível que tal poder, convergente com o Judiciário, nos mesmos objetivos do Estado Democrático de Direito, continue a não valorar a essência das relações homoafetivas, a saber, o afeto, desprezando um dos direitos emergentes da sociedade brasileira, enfim, o direito ao pluralismo.

No mais, percebe-se que o reconhecimento das uniões homoafetivas envolve-se por uma atmosfera de avanços e retrocessos, vitórias e derrotas ao longo da busca incessante dos seus direitos. Imperioso ao Estado aprender a conviver e evoluir com as diferenças sociais, não marginalizando nenhum segmento social, por não estar incluso nos padrões tidos

como “normais”, fornecendo a devida e digna tutela a todos os cidadãos, sendo indiferente a orientação sexual de cada um.

4.11 DO DIREITO AO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA: POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIRO

Diante de tudo que foi exposto, verifica-se a concreta possibilidade do reconhecimento jurídico das uniões compartilhadas por pessoas do mesmo sexo, estando abarcadas tanto sob o manto constitucional pátrio como no âmbito internacional à luz dos direitos humanos.

As uniões homoafetivas estão inseridas de maneira clara no âmbito familiar, não constituindo de forma alguma uma mera sociedade de fato, como há tempos se vinha estabelecendo. Verificados todos os pressupostos configuradores da união estável, tendo em vista a efetividade do direito e a necessidade de tutela estatal, mister se faz a aplicação do meio interpretativo da analogia, como forma de suprir a lacuna legislativa referente as uniões homoafetivas, fornecendo assim um suporte legal satisfatório a estas, assegurando e proporcionado os seus respectivos direitos.

Por mais que os Tribunais pátrios apresentem-se conservadores em muitos julgados, percebe-se uma forte tendência ao reconhecimento das uniões homoafetivas, visto que não se pode fechar os olhos para uma realidade tão presente que bate a porte, deixando de zelar e efetivar pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Como assevera Álvaro Villaça Azevedo (2010, p. 39):

Resta evidente a tendência de nossos Tribunais à consideração da união homoafetiva pelo Direito de Família, admitindo-se por analogia o preceituado nos arts. 1.725 e 1.790 do Código Civil, com a admissão em tese do regime patrimonial da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito, e do reconhecimento de herança ao companheiro supérstite, quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união.

Os Tribunais gaúchos merecem um especial enfoque pela sua visão corajosa e inovadora, pois foram os primeiros a se posicionarem favoravelmente em suas decisões ao reconhecimento das uniões homoafetivas, como mostra a jurisprudência abaixo colacionada do Tribunal do Rio Grande do Sul:

Apelação cível. União homoafetiva. Reconhecimento. Princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Ausência de regramento específico. Utilização de analogia e dos princípios gerais de direito. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (TJRS, AC 70009550070, Rel. Desa. Maria Berenice Dias, j. 17/11/2007).

Seguindo a posição jurídica gaúcha o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, também converge para a concepção das uniões homoafetivas como entidades familiares, valorando sua essência afetiva, afirmando inexistir uma cláusula constitucional de exclusão, enumerando as entidades familiares, mais sim uma cláusula de inclusão, abrangendo assim as uniões homoafetivas. Preleciona a jurisprudência mineira, a saber:

Direito constitucional e civil. Reconhecimento. Possibilidade. A constituição da República, especificamente em seu art.226, consagra uma concepção aberta de família, a qual deve ser apurada mediante as peculiaridades de cada caso concreto. Nesse campo, adotando-se uma interpretação sistemática, não se pode olvidar que o conceito de família expresso na Constituição encontra-se atrelado aos direitos e garantias fundamentais e, claro, ao princípio maior da Dignidade da pessoa humana. Assim afigura-se inconcebível admitir que a Constituição tenha adotado determinados modelos familiares, em detrimento de outros, com base em determinados aspectos que não propriamente o afeto. Ademais, mormente por ser a concepção de família uma realidade sociológica, que transcende o Direito, não há como restringir a formas pré-definidas ou modelos fechados, sendo, pois, absolutamente plural. Caracterizada a união estável há de ser concedido o benefício de pensão por morte pleiteado. (TJMG, Proc. nº 100240453158500011, Rel. Desa. Maria Elza, j. 03/12/2010).

Ostenta-se que essa corrente permeada pela justiça, flui também nos tribunais da região nordeste, onde a própria cultura se demonstra muitas vezes de maneira machista e preconceituosa acerca da homossexualidade, o fato é que não se pode encobrir um fenômeno social, o jeito de ser inerente ao indivíduo, não se permite podar a personalidade humana para que seja compatível com as condutas tidas como padrões da sociedade. Na comarca de Teresina no Piauí, assevera a seguinte sentença:

Nesse tipo de relação, que a sociedade era e ainda é preconceituosa, mesmo se tendo avanços, como o reconhecimento recentes de União Estável entre pessoas do mesmo sexo e congressos para tornar pública a luta pela igualdade de direitos dos homossexuais, é difícil se tornar a relação íntima pública ou do conhecimento de todos, sob pena de correr risco de repúdio e chicotadas constantes [...] embora a união estável homossexual ainda não esteja prevista em lei, a Justiça brasileira vem reconhecendo cada vez mais a união estável entre casais do mesmo sexo, estabelecendo uma equivalência com a união estável. (proc. nº 234932008, 4º vara da família e sucessões, juiz de Direito Dr. Antonio de Paiva Sales, j. 27/01/2011).

Em meio de tais mudanças sociais, o Tribunal Paraibano não poderia ficar inerte, como é demonstrado pela decisão da quarta Câmara Civil do TJPB no dia 15 de junho de 2010, tendo a relatoria do processo nº 025.2009.000193-1/001 ficado a cargo do desembargador Fred Coutinho, ao julgar procedente o Agravo de instrumento, contra decisão proferida pelo juiz de Direito da 3º Vara da cidade de Patos, que indeferiu liminar, na Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável Homoafetiva Post Mortem.

A agravante afirmou ter convivido durante 43 anos com a falecida, em união estável, tendo constituído ao longo desse tempo patrimônio comum com esta, sem deixar descendentes e nem ascendentes, mas somente uma irmã e alguns sobrinhos, que acordaram sobre os bens deixados pela falecida, excluindo totalmente da partinha a agravante.

Segundo a parceira supérstite, a liminar foi requerida com o intuito de impedir que os agravados registrassem Escritura de Partilha amigável e ainda temendo a feitura de um inventário Extrajudicial. No entanto o juiz de primeiro grau negou a tal medida, alegando a impossibilidade jurídica do pedido, ou seja, declarando inexistente a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

No entanto, o voto do desembargador Fred Coutinho dispôs que apesar do Código Civil limitar-se a reconhecer a união estável somente entre casais de sexos distintos, isso não significa excluir a possibilidade de configuração de uma união, desde que preenchidos os requisitos caracterizadores da mesma. Compreendendo que:

[...] é o caso, portanto, de atribuir normatividade idêntica à da união estável ao reconhecimento afetivo, evitando-se, por conta do evidente preconceito, sejam esquecidos os direitos fundamentais e, antes de mais nada, os sentimentos das pessoas envolvidas [...], a discriminação velada à condição sexual do ser humano apoiada nesta lacuna da lei deve esbarrar no bom senso deste Poder, que, ao desempenhar suas funções junto à sociedade, deve reconhecer, com respeito, situações existentes e emprestar-lhes os efeitos jurídicos adequados. (SJPB, proc. nº 025.2009.000193-1/001, 4º câmara Civil, des. Fred Coutinho, 15/06/2010).

Registra-se, que o Supremo Tribunal Eleitoral, em 01/10/2007, por seu pleno reconheceu o relacionamento homoafetivo da candidata à prefeita da Cidade de Viseu-PA,

com a atual prefeita , declarando a sua inelegibilidade em afronta ao art. 14 da Carta Magna³⁹ e cassando o seu respectivo registro. A saber:

Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade, Art.14, § 7. °, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, â semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14,§ 7. °da CF. recurso a que se dá provimento (TSE, REsp Eleitoral 24.564, j. 01.10.2004, rel. Min. Gilmar Mendes).

Se a união homoafetiva é reconhecida, para fins eleitorais, como uma entidade familiar, não há como negar o seu caráter afetivo e a possibilidade do seu reconhecimento como uma união estável, tendo seus direitos assegurados pela tutela Estatal. Afirma Roberto Baptista Dias da Silva (2005, p. 11):

Se duas pessoas que vivem uma união homoafetiva contínua e duradoura têm de se submeter às restrições impostas pela legislação eleitoral, elas também devem se beneficiar de todas as regras dos mais diversos ramos jurídicos que conferem direitos a pessoas que mantêm relação heterossexual contínua e duradoura. Não se pode admitir que os homossexuais tenham somente os mesmos ônus e não usufruam de iguais bônus.

Não pode o Judiciário reconhecer o *status* de entidade familiar das uniões homoafetivas de acordo com sua discricionariedade, no caso mencionado, para restringir o direito da parceira a candidatar-se, mas sim reconhecer toda a esfera de direitos adquiridos de tal relação de afeto, implicando tanto deveres como obrigações.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu pela possibilidade jurídica do reconhecimento das uniões homoafetivas, argumentando que a lei ao possibilitar a união estável heterossexual, não proibiu a união homoafetiva deste que preencha os requisitos caracterizadores da união estável, ou seja, convivência pública, contínua e duradoura. Como se observa no respectivo julgado:

Processo civil. Ação declaratória de união homoafetiva. Princípio da identidade física do juiz. Ofensa não caracterizada ao artigo 132, do CPC. Possibilidade jurídica do pedido. Artigos 1° da lei 9.278/96 e 1.723 e 1.724 do código civil. Alegação de lacuna legislativa. Possibilidade de emprego da analogia como método integrativo. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias,

³⁹ CF, art.14, § 7°: “São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição”.

quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 820.475/RJ, 4ª T., Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 02/09/2008).

Entende nitidamente o STJ, que se fosse do entendimento do legislador pátrio restringir a união estável somente às pessoas de sexos diferentes, teria feito de forma expressa. O inadmissível é que o aplicador do direito omita-se em fornecer a jurisprestação devida ao indivíduo, justificando-se em virtude da ausência específica de lei, tendo como utilizar-se dos mecanismos de integração interpretativos, como, na presente problemática, a analogia, deve-se buscar incessantemente a efetividade do direito, primando pela promoção da dignidade humana, tutelando o Estado a todos os cidadãos, independentemente da orientação sexual de cada um.

4.12 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CONQUISTA DOS DIREITOS HOMOAFETIVOS

Recentemente, no dia 05 de maio do presente ano, ao julgar a ADI n ° 4.277 (Ação Direta de Inconstitucionalidade), o Supremo Tribunal Federal⁴⁰, por meio de uma votação unânime reconheceu oficialmente as uniões homoafetivas, equiparando-lhes, às uniões estáveis e proporcionando-lhes os mesmos direitos desta, como os sucessórios.

⁴⁰ Órgão Máximo do Poder Judiciário, tendo competências típicas de Suprema Corte e de Tribunal Constitucional, zelando e garantindo a aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, estando estes envolvidos pela atmosfera da dignidade da pessoa humana.

Verifica que não só a Constituição Federal de 1988 permeou-se pelo neoconstitucionalismo e a concepção de direitos humanos, mas o próprio judiciário pátrio, com essa nova visão focada para realização da justiça, para a promoção da dignidade da pessoa humana, que se desdobra em direitos fundamentais supremos, em fim, passa a exercer uma função interpretativa de todo ordenamento jurídico conforme a Carta Magma, almejando a consecução dos direitos devidos e assegurados a cada cidadão.

Esse desabrochar de uma função que lhe é inerente, pois não se está criando leis, mais sim interpretando a legislação já positivada, consolidou-se por meio desse julgado histórico realizado pelo STF atualmente.

O relator Ayres Brito, não se investiu de preconceitos, conservadorismo ou pressões religiosas, ao se posicionar favoravelmente ao reconhecimento da união homoafetiva, equiparando-lhes às uniões estáveis, conferindo os mesmo direitos que desta, desde que presente os elementos configuradores de tal relação. Expressando em seu voto, que:

[...] merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “Interpretação conforme a Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), por quanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito verdadeiro anseio de constituição de uma família. (STF, ADI nº 4.277, ADPF n.º 132. rel. Min. Ayres Brito, 05.05.2011)

Ostenta-se que a jurisprudência instituída pelos demais Tribunais, a doutrina moderna, juntamente com os clamores sociais e a órbita de injustas contra as uniões homoafetivas, conseguiram desempenhar um significativo papel na superação progressiva do preconceito e discriminação que envolvia a presente problemática. Gloriosamente ensejando o seu reconhecimento pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, o STF.

Por meio desse marco jurídico, o STF afastou a injusta taxatividade das uniões homoafetivas como sendo mera sociedade de fato, envolvidas pelo direito obrigacional, verificando a inadmissibilidade de continuar considerando parceiros que convivem em comunhão de vidas, como simples sócios. Não sendo instituído como herdeiro, mas somente ficando restrito à meação dos bens, comprovando que contribuiu de forma direta e/ou indireta para a constituição do patrimônio comum do casal. Ayres Brito, nesse sentido, salienta:

União aclara-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 um voluntário navegar por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a experimentação de um novo a dois que se alonga tanto que se faz universal (STF, ADI nº 4.277, ADPF nº 132. rel. Min. Ayres Brito, 05.05.2011)

O Supremo Tribunal Federal, embasado na Carta Magna, almejando a dignidade da pessoa humana, ou seja, a promoção do bem estar (inciso IV do art. 3º) fez jus a sua função não só de zelar pela Constituição Federal, mas também dos primordiais objetivos do Estado Democrático de Direito, ao quebrar tabus e preconceitos infundados, reconhecendo as uniões homoafetivas inserindo-as no rol de entidades familiares constitucionalmente tuteladas, equiparando-as, às uniões estáveis, e assegurando-lhes os seus justos e devidos direitos.

De suma importância se faz destacar os efeitos oriundos dessa decisão no âmbito jurídico. Com a edição da Lei nº 9.868/99 e, posteriormente, com o advento da Ec.45/04, o efeito vinculante foi estendido expressamente à ADI, abrangendo dessa forma o presente julgado. Os limites do efeito vinculante das decisões proferidas pelo STF apresenta-se tanto de forma subjetiva como objetiva.

Na forma subjetiva, o efeito vinculante, se destina a conferir maior eficácia as decisões do STF, se direciona ao Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário, não atingindo o próprio Tribunal nem tão pouco o legislador. Esclarece Marcelo Novelino Camargo (2006, p. 2):

O embasamento desta concepção reside na própria idéia de Estado Democrático de Direito, segundo a qual não se pode impedir o legislador de aprovar, a qualquer momento, um novo projeto de lei. As circunstâncias momentâneas podem e devem ser melhoradas, o que significa fazer frente a uma mudança a uma interminável tarefa da adaptação às mudanças sociais e políticas mediante novas decisões. Para isso são, é necessário que sejam mantidas abertas todas as vias concebíveis de solução.

Tendo tal efeito subjetivo o intuito de preservar o equilíbrio nas relações entre o Poder Legislativo e o respectivo Tribunal Constitucional, não invadindo a esfera legiferante de atuação e evitando que a Constituição não acompanhe os fenômenos sociais, impedindo que suas normas se tornem obsoletas.

Na concepção objetiva, verifica-se o fenômeno da “transcendência dos motivos” que embasaram a decisão prolatada, ou seja, o efeito vinculante não se destina somente ao

dispositivo julgado, mas estende-se aos próprios fundamentos determinantes da decisão prolatada pelo STF.

Pretende-se com isso, expor realmente o que implica para o ordenamento jurídico brasileiro a presente decisão proferida pelo STF, a respeito do reconhecimento das decisões homoafetivas. Esse julgado apresenta eficácia *ergas omnes* e efeito vinculante, atendo-se aos fundamentos que embasam a decisão proferida, não só destinado somente as partes envolvidas na questão, mas vinculando todos os tribunais e autoridades administrativas no julgamento de casos futuros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se, por fim, uma progressiva superação do preconceito referente à orientação sexual de cada pessoa e, especificamente, às uniões homoafetivas no Estado Democrático de Direito brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 apresenta-se como um marco no ordenamento jurídico pátrio, proporcionando-lhe uma roupagem humanitária, afastando, conforme dito inicialmente, o engessamento das leis através de seus princípios fundamentais. Tal visão inovadora sepulta o positivismo exacerbado, dando lugar ao neoconstitucionalismo.

Tal movimento irradiou não só a Carta Magna como também todo o ordenamento jurídico, almejando, além de outros objetivos, uma nova interpretação jurídica à luz da Constituição, ou seja, a submissão da legislação aos princípios fundamentais fincados na Constituição Federal. Logo, não se admite mais a tutela Estatal insuficiente, voltada para a problemática das uniões homoafetivas. A inexistência de legislação específica para tais uniões nunca significou, na verdade, a ausência de direitos advindos dessa relação de afeto.

Em virtude desse novo horizonte constitucional, tendo como princípio supremo a promoção da dignidade humana, convergindo integralmente com os direitos humanos e com o atual posicionamento jurisdicional vem se reconhecendo as uniões homoafetivas, equiparando-lhes, via analogia, as uniões estáveis.

Não se permite mais que o Estado Democrático de Direito marginalize tais relações, sendo influenciado pelo conservadorismo, pelo positivismo ultrapassado. Pois a sociedade vive em metamorfose, sendo imprescindível que o Estado abarque todos os fenômenos sociais emergentes carecedores de seu manto protetor.

O Poder Judiciário não se restringe somente a ser aplicador da letra fria da lei, mas se propõem a interpretá-la e encaixá-la ao caso concreto, sendo inadmissível que se ausente de julgar, considerando os princípios fundamentais e os meios de integração da norma jurídica como efetivas soluções para se preencher as lacunas legislativas, não ficando inerte aos fenômenos sociais que almejam tutela judiciária.

A doutrina moderna e hoje parte majoritária da jurisprudência reconhecem as uniões homoafetivas como entidades familiares constitucionalmente protegidas, assegurando a existência de normas constitucionais de inclusão no art. 226 da CF, ressaltando não ser taxativo o rol da instituição familiar, equiparando, portanto, analogicamente as uniões entre

pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis, sendo necessário o preenchimento dos requisitos da convivência pública, duradoura e estável.

Toda a tese levantada no presente trabalho foi recentemente confirmada no julgamento da ADI n.º4.277, pelo Supremo Tribunal Federal, por votação unânime dos ministros da mencionada Corte, reconhecendo por meio da interpretação conforme a Constituição a união homoafetiva e seus *status* de entidade familiar. Com sua eficácia *erga omnes* e seu efeito vinculante, tal decisão se afigura como norte para os demais Tribunais brasileiros no julgamento de causas futuras, proporcionando os devidos direitos aos “companheiros” e não mais parceiros das uniões homoafetivas.

O Poder Judiciário, garantindo e assegurando os preceitos fundamentais da Carta Magna, influenciada pelo Neoconstitucionalismo e correlacionado com os direitos humanos, volta-se para a tutela de todos os indivíduos, independentemente de orientação sexual.

Por fim, tem-se como imperioso o abarcamento e efetividade do Poder Legislativo frente às uniões homoafetivas, proporcionando-lhes a devida regulamentação legal específica, exercendo sua função típica de legislar, acompanhando, assim, as mudanças sociais e, por conseguinte, reconhecer legalmente a entidade familiar tratada.

REFERÊNCIAS

I-Impressas:

AMARAL, Marcela Maria Ferreira. União homoafetiva. In: CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de família**. 2.ed. v.VII. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.265-279

ARAÚJO, Jailton Macena. **Hermenêutica jurídica e Dignidade Humana**: o direito à orientação sexual no Brasil. 2007. 79 f. Trabalho de conclusão de curso. Universidade Federal de Campina Grande, Paraíba.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almeida, 1999.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito civil**: questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito sucessório. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Romano Moderno**: Introdução ao direito civil brasileiro.7.ed. Rio de Janeiro: Forence, 1988

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva**:o Preconceito e a Justiça. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais,2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. v. V. 25. ed .São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD,Nelson. **Direito das famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris,2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: *Direito de família*. v.VI. 4. ed. São Paulo: Saraiva,2007.

GRAU, Eros Roberto. **Direitos, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito civil: famílias**. v.V.3.ed.São Paulo: Saraiva, 2010.

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

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINONE, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. v.I. 2. ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Kaline Lima de Oliveira. **Preconceito e Justiça: uma análise sobre o descaso do legislativo brasileiro em normatizar a união civil homoafetiva, enfocando o progresso social e humanitário da República Argentina**. 2011.18 f. Projeto de tese de Doutorado. Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Del Musco Social Argentino-UMSA. Argentina.

REALI, Miguel. **Filosofia do Direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

REALI, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS, Inayara Ramalho. **Neoconstitucionalismo e a promoção dos Direitos Humanos: os efeitos jurídicos da equiparação da união homoafetiva à união estável**. 14 f. 2010. Projeto de pesquisa. Universidade Federal de Campina Grande, Paraíba.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. v. VI, 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

II-Eletrônicas:

ALMEIDA, Patrícia Donati de. **Íntegra do voto do Ministro Ayres Brito-reconhecimento união homoafetiva**. 5 mai 2011. Disponível em:

<http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110505122734527&mode=pint>. Acesso em: 6 mai 2011.

ÁLVARO, Villaça Azevedo. **Unões entre pessoas do mesmo sexo**. Disponível em:

<<http://www.professoramorim.com.br/dados/anexos/585.dc>>. Acesso em: 1 maio 2011.

AS RELIGIÕES E O HOMOSSEXUALISMO. Disponível em:

<<http://www.armariox.com.br/conteudos/religioes.php>>. Acesso em: 2 fev. 2011.

BARROS, Sérgio Resende. **A ideologia do Afeto**. Disponível em:

<<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em: 5 mar. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 05 abr. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 5, p. 167, 2007. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º4.277e ADPF n.º132**. Rel. Min. Ayres Brito, julgado: 5 mai 2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>>. Acesso em: 5 mai 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Tribunal. **Supremo reconhece união homoafetiva**. Brasília, 5 mai 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp>>. Acesso em: 5 maio 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Direto do plenário; suspende julgamento sobre reconhecimento de união homoafetiva**. Brasília 5 mai 2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp>>. Acesso em: 5 maio. 2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Ação Declaratória de União homoafetiva**. REsp 820.475/RJ, julgado: . 2 set. 2008. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=1&idJurisSubAssunto=2>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Inelegibilidade**. Resp Eleitoral 24.564, julgado em: . 1 out. 2004, rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=17>>. Acesso em: 5 abr. 2011

CAMARGO, Marcelo Novelino. **O efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1136, 11 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8769>>. Acesso em: 7 maio 2011.

CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. **O princípio da segurança jurídica**. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 118, 30 out. 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4318>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **A união homoafetiva sob o enfoque dos direitos humanos**. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 235, 28 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4902>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil Sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e programação da cidadania homossexual**. Brasil: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetivas: uma realidade que o Brasil insiste em não ver**. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/12_-_uni%F5es_homoafetivas_-_uma_realidade_que_o_brasil_insiste_em_n%E3o_ver.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2010.

_____. **A Constitucionalização das uniões homoafetivas**. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/43__a_constitucionaliza%E7%E3o_das_uni%F5es_homoafetivas.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2010

_____. **Direitos humanos e homoafetividade**. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/43__a_constitucionaliza%E7%E3o_das_uni%F5es_homoafetivas.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2010.

_____. **Direito fundamental à homoafetividade.** Disponível em: <
http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/24_direito_fundamental_%E0_homoafetividade.pdf>. Acesso em: 3 out. 2010.

_____. **O princípio da afetividade como norte do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em:< http://www.portalmultipla.com.br/i/f/%7BFCA2F0BE-EAF5-4F58-82B2-C62A281C427B%7D_Clarindo_%20Neto.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2010.

_____. **União estável homossexual.** Disponível em:
 <<http://www.mariaberenicedias.com.br/pt/uniao-estavel-homossexual.com>>. Acesso em: 26 out. 2010.

DIARIO DO BREJO. **TJPB reconhece união homoafetiva.** 2 jul. 2010. Disponível em:<
<http://diariodobrejo.com/tjpb-reconhece-uniao-homoafetiva>>. Acesso em: 4 mai. 2011.

DROPA, Romualdo Flávio. **Direitos fundamentais, homossexualidade e uniões homoafetivas.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 341, 13 jun. 2004. Disponível em:<
<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5229>>. Acesso em: 29 de abr. 2011.

FILHO, Antonio Artêncio. **União homoafetiva: O STJ reconhece a possibilidade jurídica da ação visando o reconhecimento dessa união.** 4 set. 2008. Disponível em: <
<http://www.aaf.adv.br>>. Acesso em: 2 abr. 2011.

HOMOAFETIVO, Direito. **STF suspende julgamento com placar de 1 a 0 em favor dos homossexuais.** 5 maio 2011. Disponível em:<
<http://www.direitohomoafetivo.com.br/NoticiasPrint.php?idNoticia=166>>. Acesso em: 5 maio 2011.

HOMOAFETIVO, Direito. **STF discute união gay.** 30 mar. 2011. Disponível em:
 <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/NoticiasView.php?idNoticia=150>>. Acesso em: 5 mai. 2011.

HUMENHUK, Hewerton. **A Teoria dos direitos fundamentais.** Disponível em:
 <<http://jusvi.com/artigos/690>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

LIMA, Corrêa Luis. **A igreja Católica e as Uniões homoafetivas.** Disponível em:<
http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_artigo/a_igreja_cat%F3lica_e_as_uni%F5es_homoafetivas_-_lu%EDs_corr%EAa_lima.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: para além do Numerus Clausus. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 6 abr. 2011.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro. **Interpretar a Constituição não ativismo judicial**. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/Busca.php?q=interpreta+a+constitui%E7%E3o+n%E3o+%E9+ativismo+juridico>>. Acesso em: 16 mar. 2011.

MENDES, Gilmar. **O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n.43, 1 de jul. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/texto/108>>. Acesso em: 6 maio 2011.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Civil n.º 309.092-0**. Relatora Des. Jurema Brasil Martins, julgado em: 27 fev. 2002. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt/_inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=309092&complemento=0>. Acesso em: 5 abr. 2011.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Ação de reconhecimento de União Homoafetiva**. Proc. n.º 100240453158500011, Rel. Desa. Maria Elza, julgado em: 3 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6829610/100240453158500011-mg-1002404531585-0-001-1-tjmg/inteiro-teor>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

NACIONAL, Jornal. **STF tem votação unânime a favor da união de homossexuais**. São Paulo. 5 maio 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2011/05/stf-tem-votacao-unanime-favor-da-uniao-de-homossexuais.html>>. Acesso em; 5 maio 2011.

PIAUI, Tribunal de Justiça. **Ação de Reconhecimento de união estável pós-morte**. Proc. n.º 234932008, 4ª vara da família e sucessões, juiz de Direito Dr. Antônio de Paiva Sales, j. 27 jan. 2011. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_jurisprudencia/995.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2011.

REIS, Toni. **Aprovado o casamento entre pessoas do mesmo sexo na Argentina**: um exemplo de cidadania plena. 15 ago. 2010. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_artigo/aprovado_o_casamento_entre_pessoas_do_mesmo_sexo_na_argentina.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2011.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Civil n.º 70009550070**, Rel, Maria Berenice Dias, j. 17 nov.2007. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_jurisprudencia/356.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2011.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Ação de reconhecimento de união homossexual**. Ac 700011388982,7ª C. Cív.,Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis,j.1 mar 2000. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?page=2&idJurisAssunto=12>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

RIOS, Roger Rios. **Direitos fundamentais e orientação sexual: O direito brasileiro e a homossexualidade**. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal do Conselho da Justiça Federal, Brasília, v.2, n. 6 set/dez, 1988. Disponível em:<<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/indetz.php/artcle/viewArticle/160/248>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

SANTARELO, Eduardo. **Mudanças em arco-íris: evolução da política publica para a LGBT**. Revista Jurídica Consulex. São Paulo. 1 jul. 2010. ano XIV. n.º 323. P. 38-39. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br> >. Acesso em: 02 abr. 2011.

SCHIER, Paulo Ricardo Schier. **Novos desafios da filtragem no momento do neoconstitucionalismo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 11 jan. 2011.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. **União estável de pessoas do mesmo sexo**. Jornal do Centro Acadêmico 22 de Agosto, São Paulo, n. 2, p.11, abr. 2005.

SILVA. Caroline Bartolomeu. **Reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar**.2008. 135 f. Trabalho de conclusão de curso. Universidade Federal de Santa Catarina. Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br>>. Acesso em 21 fev. 2011.

SOLLA, Paulo Ramon da Silva. **Para além do arco-íris: a família constitucional e a união homossexual**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2269, 17 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13519>>. Acesso em: 1 jan. 2010.

STRECK, Lenio; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; BARRETO, Vicente de Paulo. **Normas Jurídicas inconstitucionais**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>>.Acesso em: 1 abr. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **PGR pede que STF equipare união homossexual estável à relação estável entre homem e mulher.** Brasília, 16 abr.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp>>. Acesso em: 16 abr. 2011.

VALE, André Rufino. **Aspectos do Neoconstitucionalismo.** Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo: Método n. 09. p. 67-77. Jan, 2007. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br> >. Acesso em: 2 ago. 2010.

VARGAS, Fábio de Oliveira. **Direito sucessório na união Homossexual.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1074> >. Acesso em: 25 out. 2009.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Homoafetividade e família. Casamento civil, união estável e adoção por casais homoafetivos à luz da isonomia e da dignidade humana.** Uma resposta a Rafael D'Ávila Barros Pereira. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1824, 29 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11441>>. Acesso em: 7 out 2010.

XIMENES, Julia Maurmann. **Reflexões sobre o conteúdo do Estado Democrático de Direito.** s.d. Disponível em: <<http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/?fuseaction=fbx.Materia&CodMateria=3384&CodEditoria=20>>. Acesso em: 13 dez 2010.

ANEXO - VOTO DO RELATOR MINISTRO AYRES BRITO NO JULGAMENTO DA
ADI 4.277

VOTO

O Senhor Ministro Ayres Britto (Relator):

Começo este voto pelo exame do primeiro pedido do autor da ADPF nº 132-RJ, consistente na aplicação da técnica da “interpretação conforme à Constituição” aos incisos II e V do art. 19, mais o art. 33, todos do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro). Técnica da “interpretação conforme” para viabilizar **o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais**. O que, em princípio, seria viável, pois entendo que os dispositivos em foco tanto se prestam para a perpetração da denunciada discriminação odiosa quanto para a pretendida equiparação de direitos subjetivos. E o fato é que tal plurissignificatividade ou polissemia desse ou daquele texto normativo é pressuposto do emprego dessa técnica especial de controle de constitucionalidade que atende pelo nome, justamente, de “interpretação conforme à Constituição”, quando uma das vertentes hermenêuticas se põe em rota de colisão como Texto Magno Federal.

2. Devo reconhecer, porém, que a legislação fluminense, desde 2007 (art. 1º da Lei nº 5.034/2007), equipara “*à condição de companheira ou companheiro (...) os parceiros homoafetivos que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se, para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável de parceiros de sexos diferentes*”⁴¹. Sendo que tal equiparação fica limitada ao gozo de benefícios previdenciários, conforme se vê do art. 2º da mesma lei, assim redigido: “*aos servidores públicos estaduais, titulares de cargo efetivo, (...) o direito de averbação, junto à autoridade competente, para fins previdenciários, da condição de parceiros homoafetivos*”. O que implica, ainda que somente quanto a direitos previdenciários, **a perda de objeto dessa presente ação. Perda de objeto que de logo assento quanto a esse específico ponto. Isso porque a lei em causa já confere aos companheiros homoafetivos o pretendido reconhecimento jurídico da sua união.**

3. Já de pertinência ao segundo pedido do autor da mesma ADPF 132, consistente no reconhecimento da incompatibilidade material entre os citados preceitos fundamentais da nossa Constituição e as decisões administrativas e judiciais que espocam em diversos Estados sobre o tema aqui versado, imperioso é dizer que tal incompatibilidade em si não constitui novidade. **É que ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre a**

⁴¹ Art. 1º da Lei Estadual nº 5.034/2007, que acrescentou ao art. 29 da Lei nº 285, de 03 de dezembro de 1979 (Lei que dispõe sobre o regime previdenciário dos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro), o seguinte parágrafo: §7º - “Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável”.

liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva. Dissenso a que não escapam magistrados singulares e membros de Tribunais Judiciários, com o sério risco da indevida mescla entre a dimensão exacerbadamente subjetiva de uns e de outros e a dimensão objetiva do Direito que lhes cabe aplicar.

4. Seja como for, **o fato é que me foi redistribuída a ADI 4.277**, versando o mesmo tema central da ADPF nº 132. Dando-se, por feito mesmo dessa distribuição, uma convergência de objetos que me leva a subsumir ao mais amplo regime jurídico da ADI os pedidos insertos na ADPF, **até porque nela mesma, ADPF, se contém o pleito subsidiário do seu recebimento como ADI.** Por igual, entendo francamente encampados pela ADI nº 4.277 os fundamentos da ADPF em tela (a de nº 132-DF). Fundamentos de que se fez uso tanto para a pretendida “interpretação conforme” dos incisos II e V do art. 19 e do art. 33 do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) quanto para o art. 1.723 do Código Civil brasileiro, assim vernacularmente posto: *“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”*. **É o que me basta para converter a ADPF em ADI e, nessa condição, recebê-la em par com a ADI nº 4.277, a mim distribuída por prevenção.** Com o que este Plenário terá bem mais abrangentes possibilidades de, pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com todos os seus consectários jurídicos. Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que **nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade.** É a perene postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.

5. Em outras palavras, **conheço da ADPF nº 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da “interpretação conforme à Constituição”.** O que vem reprisado na ADI nº 4.277-DF, proposta, conforme dito, pela Exma. Sra. Vice-Procuradora Geral da República, Débora Duprat, no exercício do cargo de Procurador Geral, e a mim redistribuída por prevenção. E assim procedo com base nos seguintes precedentes deste nosso Tribunal: ADPF-QO 72 e ADPF 178), dos quais seleciono as seguintes passagens:

“(…)Assim sendo, demonstrada a impossibilidade de se conhecer da presente ação como ADPF, pela existência de outro meio eficaz, sendo evidente o perfeito encaixe de seus elementos ao molde de pressupostos da ação direta de inconstitucionalidade e, ainda, demonstrando-se patente a relevância e a seriedade da situação trazida aos autos, referente a conflito surgido entre dois Estados da federação, **resolvo a presente questão de ordem propondo o aproveitamento do feito como ação direta de inconstitucionalidade, a ela aplicando, desde logo, o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99”** (ADPF-QO 72, Min. Relatora Ellen Gracie)”.

“Porém, em pedido subsidiário, a Procuradoria-Geral da República requer o conhecimento da presente ADPF como ação direta de

inconstitucionalidade, com pedido de interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil.

Assim sendo, e com base na jurisprudência desta Corte (ADPF-QO n° 72, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2.12.2005), conheço da ação como ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é o art. 1.723 do Código Civil.” (ADPF 178, Min. Gilmar Mendes, no exercício da Presidência.”.

6 Indicados tais fundamentos, devo acrescentar, ainda como preliminar de mérito, que **tenho por satisfeito o requisito da pertinência temática para a propositura da primeira ação de controle concentrado de constitucionalidade.** Requisito que se constitui em *“verdadeira projeção do interesse de agir no processo objetivo, que se traduz na necessidade de que exista uma estreita relação entre o objeto do controle e os direitos da classe representada pela entidade requerente”* (ADI-MC 4.356/CE, Relator Ministro Dias Toffoli). É que, no caso da ação proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, **tal unidade federada só pode reconhecer e efetivar os direitos de seus servidores se vier a trabalhar com elementos conceituais que já se encontram positivados na Constituição e no Código Civil, nessa ordem. É como dizer: a correta aplicação das normas estaduais inerentes à união duradoura entre pessoas do mesmo sexo reclama, para a sua concretização, a incidência de institutos de Direito Constitucional e de Direito Civil, como, *verbi gratia*, os institutos da família, do casamento, da entidade familiar, da união estável e da adoção.** Entendimento que se coaduna com a *“posição mais abrangente”* da legitimação para a propositura da ADI e da ADPF, conforme tese pioneiramente esgrimida pelo Min. Sepúlveda Pertence e versada com pena de mestre pela Ministra Ellen Gracie no julgamento da ADIMC 2396. Já no plano da habilitação processual ativa do Procurador-Geral da República em tema de ADI, a reconhecida finalidade institucional do Ministério Público em defesa de toda a ordem jurídica (*caput* do art. 127 da Constituição Federal) o torna imune a qualquer exigência de adequação temática entre o que postula em sede de controle abstrato de constitucionalidade e o que se põe como finalidade da instituição por ele *presentada* (é o que se tem chamado de habilitação universal, porquanto adrede chancelada pela Constituição). **Conheço também da ADI n° 4.277-DF, por consequência.**

7. Pronto! Não havendo outra questão preliminar remanescente, passo ao voto que me cabe proferir quanto ao mérito da causa. E, desde logo, verbalizo que **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.**

8. Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo “homoafetividade”, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra *“União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”*, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: *“Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se ‘homossexualismo’. Reconhecida a inconveniência do sufixo ‘ismo’, que está ligado a doença, passou-se a falar em*

'homossexualidade', que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais". (*Homoafetividade: um novo substantivo*)".

9. Sucede que não foi somente a comunidade dos juristas, defensora dos direitos subjetivos de natureza homoafetiva, que popularizou o novo substantivo, porque sua utilização corriqueira já deita raízes nos dicionários da língua portuguesa, a exemplo do "Dicionário Aurélio"⁴². Verbete de que me valho no presente voto 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 u'a mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de um voluntário navegar por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a experimentação de um novo a dois que se alonga tanto que se faz universal. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois – é Platão quem o diz –, "quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia". É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que "O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante"⁴³.

10. Com esta elucidativa menção à terminologia em debate, que bem me anima a cunhar, por conta própria, o antônimo da *heteroafetividade*, passo ao enfoque propriamente constitucional do mérito das ações. Isto para ajuizar, de pronto, que **a primeira oportunidade em que a nossa Constituição Federal emprega o vocábulo "sexo" é no inciso IV do seu art. 3º⁴⁴**. O artigo, versante sobre os "objetivos fundamentais" da nossa República Federativa; o inciso, a incorporar a palavra "sexo" para emprestar a ela o nítido significado de **conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher**. Exatamente como se verifica nas três outras vezes em que o mesmo termo é constitucionalmente usado (inciso XLVIII do art. 5º, inciso XXX do art. 7º e inciso II do § 7º do art. 201).

11. Trata-se, portanto, de um laborar normativo no sítio da mais natural diferenciação entre as duas tipologias da espécie humana, ou, numa linguagem menos antropológica e mais de lógica formal, trata-se de um laborar normativo no sítio da mais elementar diferenciação entre as duas espécies do gênero humano: **a masculina e a feminina**. Dicotomia

⁴² "Homoafetividade 1. Qualidade ou caráter de homoafetivo. 2. Relação afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo. Homoafetivo 1. Que diz respeito à afetividade e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo. 2. Realizado entre as pessoas do mesmo sexo: *casamento homoafetivo*. 3. Relativo ou pertencente a, ou próprio de duas pessoas que mantêm relação conjugal, ou que pretendem fazê-lo: *direito homoafetivo*." (Dicionário Aurélio, 5ª Edição, fl. 1105).

⁴³ Textos recolhidos de ensaio escrito por Sérgio da Silva Mendes e a ser publicado no XX Compedi, com o nome de "Unidos pelo afeto, separados por um parágrafo", a propósito, justamente, da questão homoafetiva perante o §3º do art. 226 da CF).

⁴⁴ "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

culturalmente mais elaborada que a do macho e da fêmea, embora ambas as modalidades digam respeito ao mesmo reino animal, por oposição aos reinos vegetal e mineral.

12. Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que **o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).**

13. “Bem de todos”, portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, “bem de todos” enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do “Constitucionalismo fraternal” sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra “Teoria da Constituição”, Editora Saraiva, 2003. Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental **igualdade civil-moral** (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homoafetivos”. Isto de parilha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, **a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-políticocultural**. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista **a respeitosa convivência dos contrários**. Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um “princípio de diferença”, também estudado por Francesco Viola sob o conceito de “similitude” (ver ensaio de Antonio Maria Baggio, sob o título de “A redescoberta da fraternidade na época do ‘terceiro’ 1789”, pp. 7/24 da coletânea “O PRINCÍPIO ESQUECIDO”, CIDADE NOVA, São Paulo, 2008).

14. Mas é preciso lembrar que o substantivo “preconceito” foi grafado pela nossa Constituição com o sentido prosaico ou dicionarizado que ele porta; ou seja, **preconceito é um conceito prévio**. Uma formulação conceitual antecipada ou engendrada pela mente humana fechada em si mesma e por isso carente de apoio na realidade. Logo, **juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela**. E imposto a ela, realidade, *a ferro e fogo* de u`a mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo. Espécie de *trave no olho da razão e até do sentimento*, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada. O que a torna ainda mais perigosa para a harmonia social e a verdade objetiva das coisas. Donde **René**

Descartes emitir a célebre e corajosa proposição de que “Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, sim, a autoridade do argumento”, numa época tão marcada pelo dogma da infalibilidade papal e da fórmula absolutista de que “O rei não pode errar” (*The king can do no wrong*). Reverência ao valor da verdade que também se lê nestes conhecidos versos de **Fernando Pessoa**, três séculos depois da proclamação cartesiana: “O universo não é uma idéia minha./A idéia que eu tenho do universo é que é uma idéia minha”.

15. Há mais o que dizer desse emblemático inciso IV do art. 3º da Lei Fundamental brasileira. É que, na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica da pessoa, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, **pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem**. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada. Cuida-se, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem da química da própria Natureza, ao menos no presente estágio da Ciência e da Tecnologia humanas.

16. Ora, como essa diferente conformação anatomo-fisiológica entre o homem e a mulher se revela, usualmente, a partir dos respectivos órgãos genitais (o critério biológico tem sido esse), cada qual desses órgãos de elementar diferenciação entre partes passou a também se chamar, coloquialmente, de “sexo”. **O órgão a tomar o nome do ser em que anatomicamente incrustado**. Mas “sexo” ou “aparelho sexual” como signo lingüístico de um sistema de órgãos cumpridores das elementares funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica. Três funções congênitas, como sabido, e que, por isso mesmo, prescindentes de livros, escola, cultura ou até mesmo treinamento para o seu concreto desempenho. Donde sua imediata definição, não propriamente como categoria mental ou exclusiva revelação de sentimento, **mas como realidade também situada nos domínios do instinto e não raro com a prevalência dele no ponto de partida das relações afetivas**. “Instinto sexual ou libido”, como prosaicamente falado, a retratar o fato da indissociabilidade ou unidade incindível entre o aparelho genital da pessoa humana e essa pessoa mesma. Ficando de fora da expressão, claro, as funções meramente mecânicas de atendimento às necessidades ditas “fisiológicas” de todo indivíduo.

17. Nada obstante, sendo o Direito uma técnica de controle social (a mais engenhosa de todas), busca submeter, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, as relações deflagradas a partir dos sentimentos e dos próprios instintos humanos às normas que lhe servem de repertório e essência. Ora por efeito de uma “norma geral positiva” (Hans Kelsen), ora por efeito de uma “norma geral negativa” (ainda segundo Kelsen, para cunhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como realidade normativa que se dota dos atributos da plenitude, unidade e coerência). Precisamente como, em parte, faz a nossa Constituição acerca das funções sexuais das pessoas. Explico.

18. Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera **por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa**, segundo a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve por bem positivar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula verbal de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e que me parece consagradora do que se poderia

chamar de **direito de não ter dever**). É falar: a Constituição Federal não dispõe, por modo expresso, acerca das três clássicas modalidades do concreto emprego do aparelho sexual humano. Não se refere explicitamente subjetividade das pessoas para optar pelo não-uso puro e simples do seu aparelho genital (absenteísmo sexual ou voto de castidade), para usá-lo solitariamente (onanismo), ou, por fim, para utilizá-lo por modo emparceirado. Logo, a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, **pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas**. Embutida nesse modo instintivo de ser a “preferência” ou “orientação” de cada qual das pessoas naturais. Evidente! Como se dá, já de forma até mesmo literal, com ordenamentos jurídicos da Comunidade Européia⁴⁵. O que também se lê em Constituições como a do Estado de Sergipe⁴⁶ e do Mato Grosso⁴⁷, aqui mesmo em nosso País, que também por modo textual vedam o preconceito contra a “orientação” sexual alheia. Que não tem nada a ver – repita-se à exaustão – com a maior ou menor dignidade dos seres humanos.

19. Noutra maneira de falar sobre o mesmo tema, tanto nos mencionados países quanto aqui na *Terra Brasilis* pós-Constituição de 1988, **o sexo das pessoas é um todo próindiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado**. Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. **Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca**

⁴⁵ Resolução do Parlamento Europeu, de 08 de fevereiro de 1994: “A comunidade européia tem o dever, em todas as normas jurídicas já adotadas e nas que serão adotadas no futuro, de dar realização ao princípio de igualdade de tratamento das pessoas, independentemente de suas tendências sexuais”. Resolução sobre o respeito pelos Direitos do Homem na União Européia, de 16 de março de 2000: “Os Estados-membros são incitados a adotar *“políticas de equiparação entre uniões heterossexuais e homossexuais designadamente, a garantirem às famílias monoparentais, aos casais não unidos pelo matrimônio e aos do mesmo sexo, a igualdade de direitos relativamente aos casais e famílias tradicionais, principalmente, no que se refere a obrigações fiscais, regimes patrimoniais e direitos sociais, e conclama todos os Estados nos quais não exista ainda esse reconhecimento jurídico a alterarem a sua legislação no sentido do reconhecimento jurídico das uniões sem laços matrimoniais independentemente do sexo dos intervenientes, entendendo se necessário conseguir rapidamente progressos quanto ao reconhecimento mútuo na União Europeia destas diversas formas legais de uniões de fato e de matrimônios entre pessoas do mesmo sexo.”*

⁴⁶ ‘Art. 3º O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes:
(...)

II – proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei.”

⁴⁷ “Art. 10 – O Estado do Mato Grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade e todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, (...), nos termos seguintes:
(...)

III – a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição”

dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do “Torna-te quem és”, tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche. Uma busca da irrepetível identidade individual que, transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que *a evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo* (cito de memória). Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um *plus* ou superávit de vida. Não enquanto um *minus* ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano. No particular, o derramamento de bÍlis que tanto prejudica a produção dos neurônios é coisa dos homens; não dos deuses do Olimpo, menos ainda da natureza. O que, por certo, inspirou Jung (Carl Gustav) a enunciar que “A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação”. Como que antecipando um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere “a liberdade” e “a igualdade” na lista dos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”.

20. Nesse fluxo de interpretação constitucional das coisas, vê-se que estamos a lidar com normas que não distinguem a espécie feminina da espécie masculina, como não excluem qualquer das modalidades do concreto uso da sexualidade de cada pessoa natural. É ajuizar: seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por antecipação. Até porque, reconheçamos, **nesse movediço terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva.** Tendendo mesmo a um tipo de mescla entre instinto e sentimento que parece começar pelo primeiro, embora sem o ortodoxo sentido de pulsão. O que já põe o Direito em *estado de alerta*, para não incorrer na temeridade de regulamentar o factual e axiologicamente irregulamentável. A não ser quando a sexualidade de uma pessoa é manejada para negar a sexualidade da outra, como sucede, por exemplo, com essa ignominiosa violência a que o Direito apõe o rótulo de estupro. Ou com o desvario ético-social da pedofilia e do incesto. Ou quando resvalar para a zona legalmente proibida do concubinato.

21. Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplinar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776⁴⁸) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, **se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só**

⁴⁸ “Art. 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança”

podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biogenicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozóide.

22. Muito bem. Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, **o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa.** Direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade (liberdade de pensamento, de locomoção, de informação, de trabalho, de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, etc). Mais ainda, liberdade que se concretiza:

I - **sob a forma de direito à intimidade**, se visualizada pelo prisma da abstenção, ou, então, do solitário desfrute (onanismo);

II – **sob a forma de direito à privacidade**, se a visualização já ocorrer pelo ângulo do intercurso ou emparceirado desfrute (plano da intersubjetividade, por conseguinte).

23. Não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade. Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico encaixe do livre uso da sexualidade humana nos escaninhos juridicofundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais. Tal como sobre essas duas figuras de direito dispõe a parte inicial do art. 10 da Constituição, *verbis*: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. **Com o aporte da regra da auto-aplicabilidade possível das normas consubstanciadoras dos direitos e garantias fundamentais**, a teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior, assim redigido: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.

24. Daqui se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e §1º do art. 5º), **se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso. Coisa que não existe.** Sendo certo que o direito à intimidade diz respeito ao indivíduo consigo mesmo (pense-se na lavratura de um diário), tanto quanto a privacidade se circunscreve ao âmbito do indivíduo em face dos seus parentes e pessoas mais chegadas (como se dá na troca de *e-mails*, por exemplo).

25. Faço uma primeira síntese, a título de fundamentação de mérito do presente voto.
Ei-la:

I - a Constituição do Brasil proíbe, por modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Uma proibição que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, assim como

da idade, da cor da pele e da raça, na acepção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se põe como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja;

II - Não se prestando como fator de merecimento inato ou de intrínseco desmerecimento do ser humano, o pertencer ao sexo masculino ou então ao sexo feminino é apenas um fato ou acontecimento que se inscreve nas tramas do imponderável. Do incognoscível. Da química da própria natureza. Quem sabe, algo que se passa nas secretíssimas confabulações do óvulo feminino e do espermatozóide masculino que o fecunda, pois o tema se expõe, em sua faticidade mesma, a todo tipo de especulação metajurídica. Mas é preciso aduzir, já agora no espaço da cognição jurídica propriamente dita, que a vedação de preconceito em razão da compostura masculina ou então feminina das pessoas **também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomofisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso empareirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino – tirante suas diferenças biológicas –, também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos;**

III – cuida-se, em rigor, de um salto normativo da proibição de preconceito para a proclamação do próprio direito a uma concreta liberdade do mais largo espectro, decorrendo tal liberdade de um intencional mutismo da Constituição em tema de empírico emprego da sexualidade humana. É que a total ausência de previsão normativoconstitucional sobre esse concreto desfrute da preferência sexual das pessoas **faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”** (esse o conteúdo do inciso II do art. 5º da nossa Constituição); em segundo lugar, porque **nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais.** Por isso mesmo que de sua rasa e crua desproteção

jurídica, na matéria de que nos ocupamos, resultaria brutal intromissão do Estado no direito subjetivo a uma troca de afetos e satisfação de desejos tão *in natura* que o poeta-cantor Caetano Veloso bem traduziu na metafórica locução bruta flor do querer". E em terceiro lugar, a âncora normativa do §1º do mesmo art. 5º da Constituição;

IV – essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo “cláusula pétrea”, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange “os direitos e garantias individuais” de berço diretamente constitucional);

V – esse mesmo e fundamental direito de explorar os potenciais da própria sexualidade tanto é exercitável no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual ou coisa que o valha). **Pouco importando, nesta última suposição, que o parceiro adulto seja do mesmo sexo, ou não, pois a situação jurídica em foco é de natureza potestativa (disponível, portanto) e de espectro funcional que só pode correr parelha com a livre imaginação ou personalíssima alegria amorosa, que outra coisa não é senão a entrega do ser humano às suas próprias fantasias ou expectativas erótico-afetivas. A sós, ou em parceria, renove-se o juízo.** É como dizer: se o corpo se divide em partes, tanto quanto a alma se divide em princípios, o Direito só tem uma coisa a fazer: tutelar a voluntária mescla de tais partes e princípios numa amorosa unidade. Que termina sendo a própria simbiose do corpo e da alma de pessoas que apenas desejam conciliar pelo modo mais solto e orgânico possível sua dualidade personativa em um sólido conjunto, experimentando aquela *nirvânica* aritmética amorosa que Jean-Paul Sartre sintetizou na fórmula de que: *na matemática do amor, um mais um... é igual a um;*

VI – enfim, assim como não se pode separar as pessoas naturais do sistema de órgãos que lhes timbra a anatomia e funcionalidade sexuais, também não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir. Dimensão que, de tão natural e até mesmo instintiva, só pode vir a lume assim por modo predominantemente natural e instintivo mesmo, respeitada a mencionada liberdade do concreto uso da sexualidade alheia. **Salvo se a nossa Constituição lavrasse no campo da explícita proibição (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da sexuada imaginação das pessoas (o que também seria tão empiricamente ineficaz quanto ingênuo até, pra não dizer ridículo). Despautério a que não se permitiu a nossa Lei das Leis.** Por conseqüência, homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou

masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir). O que significa o óbvio reconhecimento de que **todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade**. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados.

26. Se é assim, e tratando-se de direitos clausulados como pétreos (inciso IV do §4º do artigo constitucional de nº 60), cabe perguntar se a Constituição Federal sonega aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união, o mesmo regime jurídico-protetivo que dela se desprende para favorecer os casais heteroafetivos em situação de voluntário enlace igualmente caracterizado pela estabilidade. Que, no fundo, é o móvel da propositura das duas ações constitucionais *sub judice*.

27. Bem, para responder a essa decisiva pergunta, impossível deixar de começar pela análise do capítulo constitucional que tem como seu englobado conteúdo, justamente, as figuras jurídicas da família, do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção. É o capítulo de nº VII, integrativo do título constitucional versante sobre a “Ordem Social” (Título VIII). Capítulo nitidamente protetivo dos cinco mencionados institutos, **porém com ênfase para a família, de logo aquinhoada com a cláusula expressa da especial proteção do Estado, *verbis*: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”** (*caput* do ar. 226). Em seqüência é que a nossa Lei Maior aporta consigo os dispositivos que mais de perto interessam ao equacionamento das questões de que tratam as duas ações sob julgamento, que são os seguintes: a) “O casamento é civil e gratuita a sua celebração” (§1º); b) “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei” (§2º); c) “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento” (§3º); d) “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (§4º); e) “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (§5º); f) “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio” (§6º); g) “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” (§7º); h) “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (§8º); i) “A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros” (§5º do art. 227); j) “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (§6º do art. 227).

28. De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Müller), salta à evidência que **a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou**

informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). Tanto assim que referida como parâmetro de fixação do salário mínimo de âmbito nacional (inciso IV do art. 7º) e como específica parcela da remuneração habitual do trabalhador (“salário-família”, mais precisamente, consoante o inciso XII do mesmo art. 5º), sem que o Magno Texto Federal a subordinasse a outro requisito de formação que não a faticidade em si da sua realidade como autonomizado conjunto doméstico. O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art.191; inciso IV e §12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221, **nos quais permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.** Sem embargo de, num solitário parágrafo §1º do art. 183, referir-se à dicotomia básica do homem e da mulher, mas, ainda assim: a) como forma especial de equiparação da importância jurídica do respectivo labor masculino e feminino; b) como resposta normativa ao fato de que, não raro, o marido ou companheiro abandona o lar e com mais facilidade se predispõe a negociar seu título de domínio ou de concessão de uso daquele bem imóvel até então ocupado pelo casal. Base de inspiração ou vetores que já obedecem a um outro tipo de serviência a valores que não se hierarquizam em função da heteroafetividade ou da homoafetividade das pessoas.

29. Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão *insimilar* a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se vêm tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiramente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão desse estado personalizado de coisas a outros membros desse mesmo núcleo doméstico, de que servem de amostra os filhos (consangüíneos ou não), avós, netos, sobrinhos e irmãos. **Até porque esse núcleo familiar é o principal locus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo “inviolável do indivíduo”,** consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional. O que responde pela transformação de anônimas casas em personalizados lares, sem o que não se tem um igualmente personalizado *pedaço de chão no mundo*. E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar.

30. Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros,

constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. **O que a credencia como base da sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como “a Pátria amplificada”)**. Que termina sendo o alcance de uma forma superior de vida coletiva, porque especialmente inclinada para o crescimento espiritual dos respectivos integrantes. Integrantes humanos em concreto estado de comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino histórico. Vida em comunidade, portanto, sabido que comunidade vem de “comum unidade”. E como toda comunidade, tanto a família como a sociedade civil são usinas de comportamentos assecuratórios da sobrevivência, equilíbrio e evolução do Todo e de cada uma de suas partes. Espécie de *locomotiva social* ou *cadinho* em que se tempera o próprio caráter dos seus individualizados membros e se chega à serena compreensão de que ali é verdadeiramente o espaço do mais entranhado afeto e desatada cooperação. Afinal, é no regaço da família que desabrocham com muito mais viço as virtudes subjetivas da tolerância, sacrifício e renúncia, adensadas por um tipo de compreensão que certamente esteve presente na proposição spozista de que, “Nas coisas ditas humanas, não há o que crucificar, ou ridicularizar. Há só o que compreender”.

31. Ora bem, **é desse anímico e cultural conceito de família que se orna a cabeça do art. 226 da Constituição**. Donde a sua literal categorização com “base da sociedade”. E assim normada como figura central ou verdadeiro **continente** para tudo o mais, ela, família, é que deve servir de norte para a interpretação dos dispositivos em que o capítulo VII se desdobra, conforme transcrição acima feita. Não o inverso. Artigos que têm por objeto os institutos do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar, da adoção, etc., todos eles somente apreendidos na inteireza da respectiva compostura e funcionalidade na medida em que imersos no **continente** (reitere-se o uso da metáfora) em que a instituição da família consiste.

32. E se insistimos na metáfora do “continente” é porque o núcleo doméstico em que a família se constitui ainda cumpre explícitas funções jurídicas do mais alto relevo individual e coletivo, amplamente justificadoras da especial proteção estatal que lhe assegura o citado art. 226. Refiro-me a preceitos que de logo tenho como fundamentais pela sua mais entranhada serventia para a concreção dos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, que são, respectivamente, os incisos II, III e IV do art. 1º da CF. Logo, preceitos fundamentais por reverberação, arrastamento ou reforçada complementaridade, a saber:

I – “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da **família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”;

II – “Art. 227. É dever da **família**, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”;

III – “Art. 230. A **família**, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (sem os caracteres negritados, no original).

33. E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que **a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser.** Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extra-muros domésticos, porque, endogenamente ou *interna corporis*, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. **Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família.** Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levas e levas de seres humanos despejam suas últimas sobras de gente. mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes.

34. Assim interpretando por forma **não-reducionista** o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indistigavelmente preconceituoso ou *homofóbico*. Quando o certo – data vênha de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, **agora arrematados com a proposição de 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. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.** Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra liberdade “mais ou menos”, para lembrar um poema alegadamente psicografado pelo tão prestigiado médium brasileiro Chico Xavier, hoje falecido, que, iniciando pelos versos de que “A gente pode morar numa casa mais ou menos,/ Numa rua mais ou menos,/ Numa cidade mais ou menos”/ E até ter um governo mais ou menos”, assim conclui a sua lúcida mensagem: “O que a gente não pode mesmo,/ Nunca, de jeito nenhum,/ É amar mais ou menos,/ É sonhar mais ou menos,/ É ser

amigo mais ou menos,/ (...) Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos”.

35. Passemos, então, a partir desse contexto normativo da família como base da sociedade e entidade credora da especial tutela do Estado, à interpretação de cada qual dos institutos em que se desdobra esse emblemático art. 226 da Constituição. Institutos que principiam pelo casamento civil, a saber:

I – “O casamento é civil e gratuita a celebração”. Dando-se que “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei” (§§1º e 2º). Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. **Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, *literis*: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”** (caput do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional nº1, de 1969). É deduzir: se, na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora mais que ansiada, a *última pá de cal*. Sem embargo do reconhecimento de que essa primeira referência ao casamento de *papel passado* traduza uma homenagem da nossa Lei Fundamental de 1988 à tradição. Melhor dizendo, homenagem a uma tradição ocidental de maior prestígio sociocultural- religioso a um modelo de matrimônio que ocorre à vista de todos, *com pompa e circunstância* e revelador de um pacto afetivo que se deseja tão publicamente conhecido que celebrado ante o juiz, ou o sacerdote juridicamente habilitado, e sob o testemunho igualmente formal de pessoas da sociedade. Logo, um pacto formalmente predisposto à perdurabilidade e deflagrador de tão conhecidos quanto inquestionáveis efeitos jurídicos de monta, como, por exemplo, a definição do regime de bens do casal, sua submissão a determinadas regras de direito sucessório, pressuposição de paternidade na fluência do matrimônio⁴⁹ e mudança do estado civil dos contraentes, que de solteiros ou viúvos passam automaticamente à condição de casados. A justificar, portanto, essas primeiras referências que a ele, casamento civil, faz a nossa Constituição nos dois parágrafos em causa (§§1º e 2º do art. 226); ou seja, nada mais natural que prestigiar por primeiro uma forma de constituição da família que se apresenta com as vestes da mais ampla notoriedade e promessa igualmente pública de todo empenho pela continuidade do enlace afetivo, pois, *ao fim e ao cabo*, esse tipo de prestígio constitucional redundará em benefício da estabilidade da própria família. O continente que não se exaure em nenhum dos seus conteúdos, inclusive esse do casamento civil;

II – com efeito, após falar do casamento civil como uma das formas de constituição da família, a nossa Lei Maior adiciona ao seu art. 226 um §3º para cuidar de uma nova modalidade de formação de um autonomizado núcleo doméstico, por ela *batizado* de “entidade familiar”. É o núcleo doméstico que se constitui pela “união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Donde a necessidade de se aclarar:

⁴⁹ “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento (...)”

II.1. - que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos “homem” e “mulher”;

II.2. que a normação desse novo tipo de união, agora expressamente referida à dualidade do homem e da mulher, também se deve ao propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano, sabido que a mulher que se une ao homem em regime de companheirismo ou *sem papel passado* ainda é vítima de comentários desairosos de sua honra objetiva, tal a renitência desse ranço do patriarcalismo entre nós (não se pode esquecer que até 1962, a mulher era juridicamente categorizada como relativamente incapaz, para os atos da vida civil, nos termos da redação original do art. 6º do Código Civil de 1916); tanto é assim que o §4º desse mesmo art. 226 (antecipo o comentário) reza que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Preceito, este último, que relança o discurso do inciso I do art. 5º da Constituição (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”) para atuar como estratégia de reforço normativo a um mais eficiente combate àquela renitência patriarcal dos nossos costumes. Só e só, pois esse combate mais eficaz ao preconceito que teimosamente persiste para inferiorizar a mulher perante o homem é **uma espécie de briga particular ou bandeira de luta que a nossa Constituição desfralda numa outra esfera de arejamento mental da vida brasileira, nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade**. Logo, que não se faça uso da letra da Constituição para *matar o seu espírito*, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado *caput* do art. 175 da Constituição de 1967/69. Ou como diz Sérgio da Silva Mendes, que não se separe por um parágrafo (esse de nº 3) o que a vida uniu pelo afeto. Numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro;

II.3. que a terminologia “entidade familiar” não significa algo diferente de “família”, pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão “entidade familiar” não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas *a meio caminho* da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura da *sub-família*, *família de segunda classe* ou família “mais ou menos” (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade,

embora sem personalidade jurídica. Logo, diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, **mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se prefere, Uma nova “entidade familiar”, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos.** Afinal, se a família, como entidade que é, não se inclui no rol das “entidades associativas” (inciso XXI do art. 5º da CF), nem se constitui em “entidade de classe” (alínea *b* do inciso XXI do mesmo art. 5º), “entidades governamentais” (ainda esse art. 5º, alínea *A* do inciso LXXII), “entidades sindicais” (alínea *c* do inciso III do art. 150), “entidades beneficentes de assistência social” (§7º do art. 195), “entidades filantrópicas” (§1º do art. 199), ou em nenhuma outra tipologia de entidades a que abundantemente se reporta a nossa Constituição, **ela, família, só pode ser uma “entidade ... familiar”.** Que outra entidade lhe restaria para ser? Em rigor, trata-se da mesma técnica redacional que a nossa Lei das Leis usou, por exemplo, para chamar de “entidades autárquicas” (inciso I do §1º do art. 144) as suas “autarquias” (§3º do art. 202). Assim como chamou de “entidade federativa” §11 do art. 100) cada personalizada unidade política da nossa “Federação” (inciso II do art. 34). E nunca apareceu ninguém, nem certamente vai aparecer, para sustentar a tese de que “entidade autárquica” não é “autarquia”, nem “entidade federativa” é algo diferente de “Federação”. Por que entidade familiar não é família? E família por inteiro (não pela metade)?

II.4. que as diferenças nodulares entre “união estável” e “casamento civil” já são antecipadas pela própria Constituição, como, por ilustração, a submissão da união estável à prova dessa estabilidade (que só pode ser um requisito de natureza temporal), exigência que não é feita para o casamento. Ou quando a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§6º do art. 226). Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos. Inteligência que se robustece com a proposição de que **não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem.** E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não-equiparação jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o

dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição.

III – salto para o §4º do art. 226, apenas para dar conta de que a família também se forma por uma terceira e expressa modalidade, traduzida na concreta existência de uma “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. É o que a doutrina entende por “família monoparental”, sem que se possa fazer em seu desfavor, pontuo, qualquer inferiorizada comparação com o casamento civil ou união estável. Basta pensar no absurdo que seria uma mulher casada enviudar e manter consigo um ou mais filhos do antigo casal, passando a ter que suportar o rebaixamento da sua família à condição de “entidade familiar”; ou seja, além de perder o marido, essa mulher perderia o *status* de membro de uma consolidada família. Sua nova e rebaixada posição seria de membro de uma simplória “entidade familiar”, porque sua antiga família *morreria* com seu antigo marido. *Baixaria ao túmulo com ele*. De todo modo, também aqui a Constituição é apenas enunciativa no seu comando, nunca taxativa, pois não se pode recusar a condição de família monoparental àquela constituída, por exemplo, por qualquer dos avós e um ou mais netos, ou até mesmo por tios e sobrinhos. Como não se pode pré-excluir da adoção ativa pessoas de qualquer preferência sexual, sozinhas ou em regime de emparceiramento.

36. Por último, anoto que a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§5º do art. 227); E também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante “homo” ou “heteroafetivo”. E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do art. 5º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o §1º do art. 5º da Constituição. Mas é óbvio que o mencionado regime legal há de observar, entre outras medidas de defesa e proteção do adotando, todo o conteúdo do art. 227, cabeça, da nossa Lei Fundamental.

37. Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva.

É como voto.